

دور القضاء في اكمال النقص التشريعي وازالة غموضه في نطاق

مسائل الحقوق العينية

١. و. محمد علي صاحب حسن
كلية القانون / الجامعة (المستنصرية

المقدمة

للإجتهاد القضائي في مجال القانون دور بالغ الأهمية و الأثر لا يكاد يقل في على أهميته عن دور التشريع نفسه، فالإجتهاد القضائي هو الذي يضيف على القانون طابعه العملي الحي، و هو الذي يحدد مداه وأبعاده، فهو ذو أدوار متعددة سواء في إطار تفسير القانون متى شابه غموض (الفقرة الأولى) أو في إطار تحقيق الأمن القانوني (الفقرة الثانية). و اكمال النقص التشريعي ففي مسائل الحقوق العينية سواء في نطاق حق الملكية او الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية قد يلجا القاضي لاكمال النقص في التشريع الى احكام الشريعة او مبادئ العدالة او العرف وقد يحتاج النص الى تاويل وتفسير وازالة ما يعتيه من غموض .

المطلب الاول: دور الإجتهاد القضائي في تفسير القانون

للإجتهاد القضائي دور أساسي في تفسير القانون، فإذا كان التشريع يرتبط بالقانون فالإجتهاد القضائي يرتبط بحياة القانون، ويشكل تفسير القاعدة القانونية باعتباره آلية من الآليات التي يساهم من خلالها القضاء في تطوير القانون، الجانب المهم لأنه يرتبط بتطبيق القانون، بخلاف التشريع الذي يرتبط أساسا بملء الفراغ التشريعي في حالات نادرة ينعدم فيها النص والتفسير القضائي هو على شكلين فإما أن ينصب على توضيح معاني الألفاظ في حالة غموضها إما أن يتصل بإصلاح العيوب في النص إن وجدت و بالتالي إزالة التناقض أو التعارض بين النصوص القانونية أو إكمال النقص الوارد في التشريع و يرتبط تفسير القانون أساسا بالنص بحيث متى كان النص واضح المعنى وجب تطبيقه بشكل مباشر دون حاجة إلى تفسير أو تاويل، إعمالا لنظرية النص الواضح، التي تعتبر من النظريات الراسخة في الفقه و القضاء، إلا أنه في بعض الأحيان يكون النص واضحا لايحتاج لأي تاويل أو تفسير ومع ذلك يجد القاضي نفسه مجبرا على تفسير النص قبل تطبيقه على الحالة المعروضة عليه، إذا كان النص المراد تطبيقه يتعارض مع نصوص قانونية أخرى بشكل يستدعي تفسيره استحضار تلك النصوص، إما باعتباره مكمل له أو باعتبارها استثناء يرد عليه.

ومما تجدر الإشارة إليه أن هناك فرق بين تفسير القانون و بين ملء الفراغ القانوني، فالأول يتجلى بشكل واضح من خلال أحكام مدونة الأسرة وأحكام الفقه المالكي استناداً لما جاء في المادة ٤٠٠ من مدونة الأسرة، أما إذا استنفد ما جاء في أحكام مدونة الأسرة وأحكام الفقه المالكي، فإنه ينتقل إلى ما يسمى بملء الفراغ التشريعي عن طريق الاجتهاد بناء على سند قانوني تضمنه نص المادة ٤٠٠ من نفس المدونة.

المطلب الثاني: دور الاجتهاد القضائي في تحقيق الأمن القانوني

مما لا شك فيه، أن ما يسعى إليه الإنسان تحقيق الأمن القانوني، الذي لا يقل أهمية عن الأمن القضائي، لهذا أصبح الاجتهاد القضائي مطلباً من المطالبات الحقوقية بالنظر إلى ما يحققه من توحيد الحلول القضائية، وبدون جهد مضني من تحديد ما هو مباح و ما هو محظور بمقتضى القانون الجاري به العمل، متى كانت النصوص القانونية واضحة و مفهومة.

وقد أبانت التجربة على أن القانون، في إطار خدماته التي يقدمها للقضاء إلى كونه يسعى لضبط و توجيه سلوك القاضي في شتى المجالات، و يهدف أساساً إلى تحقيق الأمن القانوني و لعل قطاع العدالة في شقه الضيق يمثل الحقل الذي يجب بعث هذا المفهوم في وسطه سواء من خلال سياسة تروم تأهيل هذا القطاع ، و كذا عبر استكمال المقومات الأساسية التي تكفل للقضاء استقلاليته التامة هي ما جعلت مفهوم الأمن القانوني يتم ربطه عادة بالأمن القضائي، فيقال أن مبدأ الأمن القانوني والقضائي لإظهار الطابع الحمائي للقضاء في سهره على تطبيق القانون و حماية الحقوق.^١

تأتي قواعد العدالة، ووفقاً للقانون المدني العراقي، في المرتبة الرابعة بوصفها مصدراً من مصادر القانون الرسمية، وقد اضيفت بعض القوانين وصف القاعدة على العدالة ، الا انها لم تعرف لا العدالة ولا القاعدة (١) .

وينتقد رأي وجود العدالة ضمن المصادر الرسمية للقانون ، اذ يرى بان مبادئ العدالة لا تقدم للقاضي قواعد عامة مجردة يطبقها على القضية التي يريد حسمها ، وانما تلزمه الاجتهاد برأيه للوصول الى حل منصف يطبقه على النزاع ، ووسيلة تحول دون نكول القاضي رفضاً او توقفاً عن الحكم (٢) .

ولمحاولة رد استقرار المعاملات المالية الى قواعد العدالة بوصفها مصدراً من مصادر القانون ، وبحث امكانية تأسيسه على قواعد العدالة ، فاننا سنبحث في هذا الموضوع تعريف قواعد العدالة والتمييز بين العدل والعدالة ، فضلاً عن تقييم تأسيس الاستقرار على قواعد العدالة ، وهو ما سيكون مضمون الفروع الثلاثة الاتية .

فالقاضي لا يمكن ان يفصل النزاع حتى يقف على إثبات الادعاء أو نفيه من خلال الأدلة القانونية ، ولكن الدليل المباشر في الدعوى لا يتوفر دائماً أو قد يتوفر إلا أنه لا يكون تاماً ، وعندئذ يأتي الدور الإيجابي للقاضي من خلال ما يقوم به من عمل استنباطي في التوصل إلى ما يُثبت الواقعة أو يستكمل الأدلة الناقصة فيها. وهذا الاستنباط قد ذكره

^١ - صالحة مرحبا دور القضاء في تطوير القاعدة القانونية على الموقع الالكتروني

المشرع العراقي في المادة (١٠٢) من قانون الإثبات عند تعريفه للقرينة القضائية بأنها (استنباط القاضي أمراً غير ثابت من أمر ثابت لديه في الدعوى المنظورة)، وذكره المشرع المصري في المادة (١٠٠) من قانون الإثبات إذ نص على أنه (يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون) ، وتناول المشرع الفرنسي هذه المسألة في المادة (١٣٤٩) من القانون المدني ونص بان (القرائن نتائج تستخلص بحكم القانون أو تقدير القاضي من واقعة معروفة للاستدلال على واقعة غير معروفة) وفي ترجمة أخرى لهذا النص بانها (نتيجة يستنبطها الحاكم أو القاضي من حادثة معلومة ليقس عليها حالة مجهولة. (فما هي دلالة هذا الاستنباط، هل يُراد به معناه اللغوي أم الاصطلاحي كما في المنطق الحديث؟ أي تبني المنهج الاستنباطي في البحث والاستدلال على المجهول، الذي يُقابل المنهج الاستقرائي. فإذا فرغ القاضي من المرحلة المتقدمة ، وبعد إعطاء الوصف القانوني للواقعة موضوع النزاع وتشخيص القاعدة القانونية المنطبقة عليها ، يعود مرة أخرى ليمارس عملاً استنباطياً آخر وهو استنباط الحكم القضائي الذي يفصل الدعوى، ولهذا الاستنباط مصادره وقواعده عند وجود النص التشريعي وعند فقدانه . أو قد يطبق الحكم الموجود في النصوص على الوقائع بعد تكييفها^١. فمحور البحث أولاً الاستنباط القضائي الذي يمارسه القاضي للتوصل إلى الدلالات والقرائن لإثبات أو نفي الواقعة موضوع النزاع أو استكمال الأدلة الناقصة في الدعوى المنظورة ، وما يستلزمه هذا الاستنباط من شروط في الوقائع التي تكون مصدراً له من حيث ثبوتها وصلتها بالواقعة موضوع النزاع ، وما يستلزمه من كفاءات في القاضي لأجل ممارسة هذا الاستنباط سواء الكفاءة العلمية أم الكفاءة الشخصية ودور الطرق الاستنباطية الاستدلالية التي يسلكها القاضي كالاستقراء والقياس ، وثانياً الاستنباط القضائي الذي يمارسه القاضي لأجل التوصل إلى الأحكام التي تحسم الدعوى ببيان المراكز القانونية للخصوم إزاء الواقعة موضوع النزاع ، سواءً كان ذلك الاستنباط في حالة وجود النص التشريعي ودلالة ألفاظه وفحواه والقواعد التي بموجبها تشخص تلك الدلالات ، أو كان ذلك في حالة الفراغ التشريعي والنقص القانوني ، وما يلجأ إليه القاضي من المصادر الاحتياطية في هذه الحالة ومدى دوره في إنشاء القاعدة القانونية للاجتهاد القضائي دو في تفسير النصوص القانونية وإزالة غموضها في حل ومن الأمثلة على الاجتهاد القضائي إقرار نظام التعسق في استعمال الحق دوم وجود نص خاص حيث إن القانون المدني الفرنسي والمصري القديم لم يتضمنوا نصاً خاصاً بذلك وكان ذلك بدأه النظرة القدسية إلى حق الملكية والحقوق الفردية

ومن جانب آخر ، فإن اعتماد القضاء الانكليزي على المعايير القانونية أتاح تطوير الأحكام القضائية التي كانت غالباً ما تتقيد بالأعراف القضائية ونها معيار المعقولية كمفادخ

^١ د. طارق عبد الرزاق شهيد الحمادي ، الاستنباط القضائي في الدعوى المدنية (دراسة مقارنة بالقواعد الأصولية ٢٠٢٢ طروحة دكتوراه تاريخ النشر على الموقع الإلكتروني

ان تفسير القوانين والاعراف وتكييف الوقائع ينبغي ان يكون منسجما مع مقتضيات العقل والفهم الصحيح للامور وبتطبيق هذا المعيار على الشوط العقدي التي اختل توازنها بسبب ما طرأ من ظروف جديدة لم تكن متوقعة عند التعاقد

مبررات الاجتهاد القضائي بد يكون مشوبا بعقف من من الغموض والابهام والنقص والسكوت والتعارض الخطا المادي او الغموض او الابهام فاذا كانت عبارة النص غير واضحة بحيث تحتل التفسير والتاويل الى اكصر من من معنى ومخمة القاضي هنا ان يختار بين ابعاني المختلفة اكثر صحة ويعتبر النص ناقصا اذا جاءت عباراته خالية من بعض الالفاش التي لا يستقيم الحكم إلا بها او اذا اغفل بعض الحالات التي كان يفترض النص عليها ويقوم القاضي في هذه الحالة سد النقص في القانون^١

ونصت المادة (١٢٢١) مدني اردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ على أنه: "للمالك ان يتصرف في ملكه كيف يشاء مالم يكن تصرفه مضراً بالغير ضرراً فاحشاً أو مخالفاً للقوانين المتعلقة بالصحة العامة او المصلحة الخاصة"، كما نصت المادة (١٠٢٢/١) منه: "على المالك لا يغلو في استعمال حقه الى حد يضر بملك الجار".

قرار محكمة التمييز العراقية جاء فيه: "من المستمسكات المبرزة ومحضري الكشف المستعجل والكشف الذي أجرته محكمة الموضوع بمعرفة الخبير ظهر من كل ذلك ان ٦٠% من الاضرار الحادثة في ملك المميز عليهما يرجع سببه الى الحفريات التي قامت بها الممييزة في اسس ملكها بعمق يزيد بكثير عن عمق اسس جدران ملك المميز عليهما وانها تركت تلك الاسس وهي محفورة مدة ولم تاخذ الاحتياطات اللازمة عند الحفر وبعده لدرء الضرر عن ملك المميز عليهما ولم تهيء مواد البناء قبل الحفر تسببت مع العوامل الاخرى المذكورة في الكشفين الى الانهيارات الحاصلة في جدرانه وقد اخذت المحكمة بنظر الاعتبار مقدار التعويض الواجب الحكم به على الممييزة بنسبة تسببها في الاضرار الحاصلة فعليه واستنادا لحكم المادة ١٠٥١ من القانون المدني يصبح الحكم المميز للاسباب والحيثيات التي استند اليها صحيحاً وموافقاً للقانون "رقم القرار ١٠٢٩/حقوقية رابعة /١٩٧٠ في ١٣/١٠/١٩٧٠ النشرة القضائية، ع٤، س١، ١٩٧١ ص٧٨.

وليس كل ضرر يصيب الجار يستوجب مسؤولية المالك، وانما يشترط ان يكون الضرر فاحشاً، والضرر الفاحش عرفته المادة ١١٩٩ من مجلة الاحكام العدلية: "هو كل ما يمنع الحوائج الاصلية يعني المنفعة الاصلية من البناء كالسكنى أو يضر بالبناء اي يجلب له وهناً ويكون سبب تهدمه"، اما الاضرار المألوفة التي يتسامح بها العرف فلامسؤولية على المالك عنها، وهي الاضرار المعتاد حدوثها كنتيجة طبيعية لاستعمال المالك ملكه ولا يمكن تجنبها، كتطايير بعض الدخان والاتربة واصوات الموسيقى في الاعراس، أو اصوات وبكاء الاطفال^(٢).

^١ شفاة لخضر فتاك علي جامعة ابن خلدون الجزائر دورد الاجتهاد القضائي في سد النقص في التشريع في الظرو الاستثنائية تاريخ النشر ٢٠٢٢ المستجدة

(١) د. يوسف محمد عبيدات، المرجع السابق، ص٣٦.

والضرر غير المألوف هو الضرر الذي يزيد على المعهود فيما يتحملة الجيران بعضهم من بعض بحكم الجوار ، وهذا ما اكدته الفقرة الثانية من المادة (٨٠٧) مدني مصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨: "وانما له (الجار) ان يطلب ازالة هذه المضار اذا تجاوزت الحد المألوف على ان يراعي في ذلك العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة للآخر والغرض الذي خصصت له"، فالقاضي يراعي في تحديد الضرر غير المألوف اعتبارات خاصة ، كالعرف وطبيعة العقارات المجاورة ومواقعها والغرض منها^(١).

تقرر المادة (٧) مدني عراقي "١- من استعمل حقه استعمال غير جائز وجب عليه الضمان ٢- ويصبح استعمال الحق غير جائز في الاحوال الاتية ا- اذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الاضرار بالغير ب- اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها لا تتناسب مطلقاً مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها. ج- اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها غير مشروعة " ، ويتبين من هذه المادة ان الحالات التي يعتبر فيها المالك متعسفاً في استعمال حقه ويلحق ضرراً بجاره هي :-

١- **قصد الاضرار بالغير** :- قد لا يقصد صاحب الحق من استعمال حقه تحقيق منفعة له وانما يقصد الاضرار بجاره بما يكتنه من عداوة وحقد لجاره لاي سبب ، كبناءه حائطاً عالياً ليحجب النور والضياء عن جاره أو ان يحفر بئراً زائداً عن حاجته لتغيض بئر جاره .

٢- **رجحان الضرر على المصلحة رجحاناً كبيراً** :- قد يكون لصاحب الحق مصلحة في استعمال حقه لكن هذه المصلحة لا تبرر هذا الاستعمال لكونها قليلة الاهمية مقارنة إلى ما يصيب جاره من ضرر بسببها ، وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة (١٠٩١) مدني عراقي بقولها : " ومع ذلك ليس للمالك ان يهدمه مختاراً دون عذر قوي ان كان يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط " ، ونصت المادة (١٠٦٠) منه ايضاً على انه : " لكل مالك ان يسور ملكه على ان لا يمنع ذلك استعمال حق لعقار مجاور " ..

٣- **عدم مشروعية المصلحة التي يرمي صاحب الحق الى تحقيقها** :- وتعد المصلحة غير مشروعة اذا كانت مخالفة للقانون ، أو النظام العام أو الآداب ، كأن يخصص المالك منزله لخطف الاطفال وحجزهم رهينة ، أو لتعاطي المخدرات ، أو ممارسة الدعارة أو لعب القمار .

نصت المادة (٨٢٣) من القانون المدني المصري : "١- اذا تضمن العقد او الوصية شرطاً يمنع المتصرف في ماله فلا يصح الشرط مالم يكن مبنياً على باعث مشروع ومقصوراً لمدة معقولة ٢- ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من

(٢) السنهوري ، المرجع السابق ، ج٨ ، ص ٦٩٧ ويفضل استاذنا محمد طه البشير معيار الضرر المألوف على الضرر الفاحش ، المرجع السابق ، ص ٧٢ . ينظر تفاصيل اكثر المحامي جاد يوسف خليل ، مضار الجوار غير المألوفة ، دار العدالة ، لبنان ، ٢٠١٤ ، ص ١٠٤ وما بعدها جاء فيه (ان معيار الضرر غير المألوف معيار مرن وليس جامد فيكيف مع الظروف المختلفة ، وهو معيار موضوعي لا معيار ذاتي ، فلا اعتبار لحالة الجار الذاتية كأن يكون مريضاً وهو معيار موضوعي يعود تقديره لقاضي الموضوع) . وكذلك ، د. شروق عباس فاضل ، د. اسماء صبر علوان ، المسؤولية المدنية عن مضار الجوار غير المألوفة ، الطبعة الاولى ، المركز العربي للنشر و التوزيع ، مصر ، ص ٥٩

التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو المتصرف اليه أو للغير ٣- والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف اليه أو للغير".

الفرع الاول - شروط صحة شرط المنع من التصرف :-

ويشترط لصحة شرط المنع من التصرف توفر شرطين، الاول: أن يكون الباعث مشروعاً ، والثاني: أن يكون المنع من التصرف لمدة معقولة.

اولاً- ان يكون الباعث مشروعاً:- بان تكون هناك مصلحة جدية من هذا الشرط سواء كانت حماية مصلحة المتصرف أو المتصرف اليه ، أو الغير، ومثال المصلحة المشروعة للمتصرف اذا وهب منزله لاحد ذويه واشترط لنفسه حق السكن فيه مدى حياته ، أو يشترط البائع على المشتري عدم التصرف إلا بعد سداد كامل الثمن، ومثال المصلحة المشروعة للمتصرف له اذا وهب عقار لاحد اولاده بشرط أن لا يتصرف فيه حتى يبلغ سن معينة حتى ينضج ويكتسب خبرة . ومثالاً للمصلحة المشروعة للغير ، كان يهب شخص عقاره لآخر ويشترط عدم التصرف فيه ، لانه ضمان لسكن زوجته فيه مدى حياتها (١) .

ثانياً- ان يكون المنع من التصرف لمدة معقولة : - حتى لو كانت مدة حياة المتصرف ، أو المتصرف اليه ، أو الغير ، لأنها مدة مؤقتة.

واجاز القانون الفرنسي شرط المنع من التصرف في حالات استثنائية، منها تبرع الوالدين لاولادهما مع اشتراط عدم التصرف في هذه الاموال طيلة حياة الوالدين ، المادة ١٠٤٨ مدي فرنسي (٢). ونص القانون المدني الاردني على شرط المنع من التصرف إذ نصت المادة (١٠٢٨) منه : "ليس للمالك ان يشترط في تصرفه عقداً كان أو وصية شروطاً تقيد حقوق المتصرف اليه، إلا اذا كانت هذه الشروط مشروعة وقصد بها حماية مصلحة مشروعة للمتصرف او المتصرف اليه او الغير لمدة محددة " .

ولا يوجد نص صريح في القانون المدني العراقي على شرط المنع من التصرف ، لكن هناك نصوص متفرقة من هنا وهناك تُعد تطبيقاً لشرط المنع من التصرف ، مثل المادة (١٠٧٠) مدني عراقي (٣). وطبقاً للقواعد العامة للشروط المقترنة في العقد ، إذا كان الشرط غير مخالف للقانون ولا النظام العام ولا الاداب يعد صحيحاً ، وهذا ما اكدته المادة (١٣١) مدني عراقي بقولها : "١- يجوز ان يقرن العقد بشرط يؤكد مقتضاه ، أو يلأنمه أو يكون جارياً به العرف والعادة . ٢- كما يجوز ان يقرن بشرط فيه نفع لاحد العاقدين أو للغير إذا لم يكن ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام أو للاداب وإلا لغي الشرط وصح العقد مالم يكن الشرط هو الدافع الى التعاقد

(١) قارن ذلك مع السنهوري، المرجع السابق، ج٨، ص٥١٠ وما بعدها د. نبيل ابراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص٤٦.

(٢) Article.1048 Une libéralité peut être grevée d'une charge comportant l'obligation pour le donataire ou le légataire de conserver les biens ou droits qui en sont l'objet et de les transmettre, à son décès, à un second gratifié, désigné dans l'acte.

(٣) المادة (١٠٧٠) مدني عراقي: "لكل شريك ان يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبراً على البقاء في الشبوع بمقتضى نص أو شرط ولا يجوز بمقتضى الشرط ان يمنع القسمة الى اجل يجاوز خمس سنين فاذا اتفق الشركاء البقاء في الشبوع مدة اطول أو مدة غير معينة فلا يكون الاتفاق معتبراً الا لمدة خمس سنين وينفذ شرط البقاء في الشبوع في حق الشريك وفي حق من يخلفه" .

فببطل العقد ايضاً " ، فعليه إذا كان شرط المنع من التصرف يحقق لمصلحة مشروعة ، ولمدة معقولة يكون صحيحاً في القانون العراقي ايضاً ، وهذا كله يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع حسب ظروف ووقائع كل قضية .

المنقول اما منقول بطبيعته أو منقول حسب المآل ، لا يوجد في القانون المدني العراقي وكذلك المصري والفرنسي نص عام حول المنقول حسب المآل كما في العقار بالتخصيص ، بل هناك نصوص متفرقة من هنا وهناك . والمنقول حسب المآل هو عقار بطبيعته يكتسب صفة المنقول ، هو عقار يكون معداً ليصبح منقول في المستقبل بارادة الطرفين المتعاقدين ، كبيع انقاض البناء بعد الهدم ، أو المحصولات أو الثمار المعدة للجني ، أو خشب الاشجار المعد للقطع^(١).

نصت الفقرة الاولى من المادة (١٠٤٩) مدني عراقي على أنه: "مالك الشيء يملك كل ما يعد من عناصره الجوهرية عرفاً بحيث لا يمكن فصله دون ان يهلك أو يتلف أو يتغير " ، ويتبين من هذا النص ان حق الملكية يشمل الشيء ذاته، ويتحدد نطاق الملكية بمحل هذا الحق ، فحق الملكية باعتباره حقاً عينياً يرد على شيء معين بالذات اي محدداً على نحو يميزه عن غيره من الاشياء ، واتصال حدود العقارات مع بعضها البعض قد يؤدي إلى صعوبة الوقوف على الحد الفاصل بين كل منها مما يترتب نزاعات بين الملاك المتجاورين عند مباشرة كل منهم لحقه ، لذلك نصت المادة (٨٣١) مدني مصري : "إن لكل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة وتكون نفقات التجديد شراكة بينهما " ، فلا بُد من رسم الحدود وتحديد الحد الفاصل بين الملكين المتلاصقين^(٢).

التزامات الجوار غير المألوفة: ان كان المالك حراً في استعمال ملكه إلا أنه مقيد بعدم الحاق ضرراً فاحشاً بجاره ، والضرر الفاحش يزال ، نصت الفقرة الاولى من المادة (١٠٥١) مدني عراقي على أنه : "لا يجوز للملك ان يتصرف في ملكه تصرفاً مضراً بالجوار ضرراً فاحشاً ، والضرر الفاحش يزال سواء كان حادثاً أو قديماً " ، وهذا ما اكدته محكمة التمييز العراقية في احد قراراتها : " ان لا يتصرف المالك تصرفاً يلحق ضرراً فاحشاً بجاره ، وإلا يلتزم بتعويض ما احدثه من ضرر"^(٣).

- المهاية الزمانية: ويجوز ان يتفق الشركاء على أن يتناوبوا في الانتفاع بالشيء الشائع كله كل منهم لمدة زمنية تتناسب مع حصته ، مثلاً الاتفاق على أن يزرع كل منهم

(٤) محمد طه البشير ود غني حسون طه ، المرجع السابق ، ص ١٨.

(١) د. نبيل ابراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص ٣٥ .

(١) قرار محكمة التمييز العراقية جاء فيه : "من المستمسكات المبرزة ومحضري الكشف المستعجل والكشف الذي أجرته محكمة الموضوع بمعرفة الخبير ظهر من كل ذلك ان ٦٠% من الاضرار الحادثة في ملك المميز عليهما يرجع سببه الى الحفريات التي قامت بها المميزة في اسس ملكها بعمق يزيد بكثير عن عمق اسس جدران ملك المميز عليهما وانها تركت تلك الاسس وهي محفورة مدة ولم تأخذ الاحتياطات اللازمة عند الحفر وبعده لدرء الضرر عن ملك المميز عليهما ولم تهيء مواد البناء قبل الحفر تسببت مع العوامل الاخرى المذكورة في الكشفين الى الاتهيارات الحاصلة في جدرانها وقد اخذت المحكمة بنظر الاعتبار مقدار التعويض الواجب الحكم به على المميزة بنسبة تسببها في الاضرار الحاصلة فعليها واستناداً لحكم المادة ١٠٥١ من القانون المدني يصبح الحكم المميز للأسباب والحيثيات التي استند اليها صحيحاً وموافقاً للقانون " رقم القرار ١٠٢٩/١٠٢٩/١٠٢٩/١٠٢٩ في ١٣/١٠/١٩٧٠ النشرة القضائية ، ع ٤ ، س ١ ، ١٩٧١ ، ص ٧٨.

الارض المشتركة سنة واحدة أو اكثر ، أو أن يسكن كل منهم الدار الشائعة سنة واحدة أو اكثر^(١).

وتخضع المهأية من حيث الاهلية وحقوق والتزامات الشركاء لاحكام عقد الايجار ما دامت هذه الاحكام لا تتعارض مع طبيعة المهأية^٢.

ولابد من اغلبية الحصص فاذا كانت النصف من الحصص لايجوز الزام رأي الاقلية ، وهذا ما اكدته محكمة الاستئناف العراقية بصفتها التمييزية في قرار حديث لها جاء فيه : "ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون ذلك ان المحكمة اعتبرت المدعين (أ.ع.) و(هـ.ع.) يمثلان غالبية الحصص في حين انهما يملكان (٩٦) حصة من أصل (١٩٢) حصة في العقار المرقم ٧٥٨/١ رأس القرية وهو يمثل النصف من الحصص وليس الاغلبية ، كما ان ادخال بقية الشركاء يجب ان يكون الى جانب المدعين بشكل اختصاصي وليس للاستيضاح اذ الاغلبية يجب ان تكون في حالة الخصومة وليس غيرها هذا من جانب ، أما من جانب آخر فان المحكمة عينت مديراً للمال الشائع دون ان تحضره امامها وتتأكد من موافقته على قبول هذه المهمة وافهامه بمهامه في ادارة المال الشائع ، وكل هذه النواقص اخلت بصحة الحكم المميز لذا قرر نقضه"^(٣)، كما ليس للشريك الذي لا يملك القدر الاكبر من الحصص ادارة المال الشائع بدون اذن بقية الشركاء ، وهذا ما اكدته محكمة التمييز العراقية^(٤).

وعند تعذر استقرار الاغلبية على رأي في ادارة المال الشائع تتخذ المحكمة بناء على طلب احد الشركاء إجراءات معينة والتدابير التي تقتضيها الضرورة لادارة المال الشائع ، كأن تامر بتأجير الارض الزراعية الشائعة لمن يرغب بايجارها ، أو تعيين مديراً يتولى القيام بادارة المال الشائع^(٥)، وفي قرار حديث لمحكمة التمييز العراقية اكدت فيه أن الحكم بازالة شيوع العقار الشائع لا يمنع من تعيين من يتولى ادارته ادارة معتادة بعد عزل المدير السابق لسوء ادارته^(٦).

(١) د. يوسف محمد عبيدات ، المرجع السابق ، ص ٤٨.

(٢) انظر المادة (١٠٧٩) مدني عراقي تطابقها المادة (٨٤٨) مدني مصري .

(٣) قرار محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية رقم القرار - ٢٠١٢/م/١٢٢٨ - تاريخ القرار - ٢٠١٢/٩/١٩ . الموقع الالكتروني :

قرارات محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية [http:// www tqmag.net](http://www.tqmag.net)

(٤) "ولما كان الشخص الثالث لا يملك القدر الاكبر من الحصص فليس له ادارة المال الشائع دون اذن شركائه ، كما ليس له أن يتصرف فيها تصرفاً مضراً باي وجه كان من غير رضاهم كما اشترطت ذلك المادتان ١٠٦٢ و ١٠٦٤ من القانون المدني " رقم القرار ١٣٧٥ /حقوقية رابعة / ١٩٧٠ في ١١/١٤ / ١٩٧٠ النشرة القضائية ع ٤٤ ، س ١ ، ١٩٧١ ، ص ٥٦٥٥ .

(٥) د. السنهوري ، المرجع السابق ، ج ٨ ، ص ٨٢٨ - ٨٢٩ . د. محمد كامل مرسي ، الحقوق العينية ، المرجع السابق ، ص ١٢٧ .

(٦) تتلخص وقائع القضية طلب مالكي لاربعة اسهم من اصل سبعة بعزل المدعي عليها عن ادارة الاموال المشتركة للورثة فردت محكمة الموضوع الطلب وطعن امام محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية نقض الحكم المميز واتباعا اصدرت محكمة الموضوع حكماً يقضي بتعيين مدير ادارة الاملاك العائدة للورثة وادارة الاموال المشتركة للعقار وكافة المستندات وتوقيع العقود مع المستأجرين واستلام بدلات الايجار وتسديد رواتب العمال والموظفين وكل مايتصل بالادارة المعتادة وتسديد الضرائب وايداع المبالغ باسم الورثة في المصرف وتوزيع الايرادات على الشركاء كل حسب سهامه في القسومات الشرعية . القرار " وجد ان المحكمة اتبعت قرار النقض التمييزي المرقم ٣١٨٢ م ٢٠٠١/٢٢ م والمؤرخ ٢٠٠١/١٢/٨ واستكمل ما ورد فيه وتم تعيين مدير الادارة وافهمته مهمته مع العرض بأن صدور حكم بازالة شيوع الملك دون تصفيته تنفيذاً لذلك الحكم لا يمنع من تعيين مدير الادارة لذا قرر تصديق الحكم" . قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم القرار ١١٧٣ / ٢ / ٢٠٠٢ في ١٢/٤/٢٠٠٢ غير منشور.

٢- الادارة غير المعتادة : هي احداث تغييرات اساسية على المال الشائع والتعديل في الغرض المعد له في سبيل تحسين الانتفاع به ، كتحويل الارض من زراعة القطن إلى الرز، أو تحويل الارض الفضاء إلى بناء ، أو تحويل الارض الزراعية إلى مصنع أو محلات تجارية ، أو تحويل منزل إلى فندق ^(١) .

نصت المادة (١٠٦٥) من القانون المدني العراقي على أنه : " للشركاء اصحاب القدر الاكبر في الحصص ان يدخلوا باذن من المحكمة في سبيل تحسين الانتفاع بالمال الشائع من التغييرات الاساسية والتعديل في الغرض الذي اعد له المال ما يخرج عن حدود الادارة المعتادة " ، وتكون الادارة غير المعتادة بالاغلبية مع أخذ موافقة المحكمة سلفاً بهذه الاعمال ، وللمحكمة ان تتخذ من الاجراءات اللازمة ، كأن تشترط شروطاً معينة لتنفيذ قرار الاغلبية ، أو تامر باعطاء الشريك المخالف كفالة تضمن له الحصول ما يستحقه من تعويض اذا لحق الشركاء من الادارة غير المعتادة ضرراً ^(٢) . ومن قبيل الادارة غير المعتادة تشييد منشآت على العقار الشائع فلا يكفي موافقة بعض الشركاء للقيام بهذا التصرف بل لابد من الاغلبية ، وهذا ما اكدته محكمة التمييز الاتحادية في قرار حديث لها ^(٣) .

والمشرع العراقي لم يفرق بين الادارة المعتادة ، وغير المعتادة بالاغلبية المطلوبة لاصحاب القدر الاكبر من الحصص ، بينما يشترط المشرع المصري ثلاثة ارباع الحصص في الادارة غير المعتادة ، واغلبية معتادة النصف زائد واحد في الادارة المعتادة ^(٤) .

ويجوز لاحد الشركاء ادارة المال الشائع بدون اعتراض بقية الشركاء باعتباره وكيلا عنهم ، وهذه هي الوكالة الضمنية ^(٥) ، فيجوز لاحد الشركاء التأجير أو البناء على الارض الشائعة من دون اعتراض بقية الشركاء باعتباره نائباً عنهم ^(٦) ، وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة الثالثة من المادة (١٠٦٤) مدني عراقي على انه : " واذا تولى احد

(١) د. السنهوري ، المرجع السابق ، ج ٨ ص ٨٣٠-٨٣١ . المستشار فايز السيد المساوي ود. اشرف فايز المساوي ، المرجع السابق ، ص ١٩٨ د. يوسف محمد ، المرجع السابق ، ص ٥٢ د. محمد كامل مرسي ، الحقوق العينية ، المرجع السابق ص ١٣ د. نبيل ابراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص ١٢٣ .

(٢) محمد طه ود. غني حسون ، المرجع السابق ، ص ١٠٩ .
(٣) القرار " بان الطرفين المتداعيين هما شركاء في العقار .. مع شركاء اخرين على وجه الشيوخ وقد تأيد من الكشف الذي أجرته المحكمة بمعرفة خبير بان الميزة المدعى عليها قد شيدت منشآت دار بمساحة قدرها ١٥٠ م وحسب المرتسم المرفق بتقرير الخبير المنتخب وأن المدعى عليها لم تستحصل موافقة المدعي باعتباره شريكاً في ذلك التشييد حتى لو كانت قد استحصلت على موافقة بقية الشركاء ، ذلك ان تشييد المنشآت يعتبر من قبيل الادارة غير المعتادة على اجراء مثل ذلك التصرف في العقار المملوك على وجه الشيوخ وبعد ذلك التشييد قد حصل تجاوزاً ، ويكون من حق المدعي طلب رفعه على ألا يسلم ذلك الجزء الى المدعي باعتباره شركاء على الشيوخ ذلك ان كل شريك في الشيوخ يملك حصته في العقار ملكاً تاماً وفي نفس الوقت يعتبر كل شريك اجنبياً في حصة الشريك الاخر ليس له أن يتصرف فيها تصرفاً مضراً باي وجه كان من غير رضاهم المادة ١٠٦١ و ١٠٦٢ من القانون المدني " قرار محكمة التمييز الاتحادية ١٩٦٦ / الهيئة المدنية عقار / ٢٠٠٧ في ١١ / ٢٩ / ٢٠٠٩ ، مشار اليه دريد داوود الجنابي المرجع السابق ، ص ١٣ .

(٤) انظر المادة ٨٢٩ مدني مصري . و ينظر تفاصيل ذلك د. ايمن سعد ، المرجع السابق ، ص ١٢٣ .
(٥) د. السنهوري ، المرجع السابق ، ج ٨ ، ص ٨٢٦ . د. محمد كامل مرسي ، الحقوق العينية ، المرجع السابق ، ص ١٢٧ .

(٦) المستشار فايز السيد المساوي ود. اشرف فايز المساوي ، المرجع السابق ، ص ٢٤٢ .

الشركاء الادارة دون اعتراض من الباقيين عد وكيلا عنهم " تطابقها الفقرة الثالثة من المادة (٨٢٨) مدني مصري.

وإنّ الحالات التي يجبر فيها الورثة البقاء في الشيوخ تقتصر على دار السكن ولا تشمل الارض الزراعية ، أو البستان لذا لا يجوز التوسع في بقاء الورثة على الشيوخ بسبب زوجة المتوفى ، أو القاصر في عدم بيع الدار المشتركة ، وهذا ما جاء في قرار محكمة التمييز^(١).

وإذا لحقت القسمة ضرراً بدائني كل شريك فلهم حق الطعن بالقسمة اذا كان فيها غشاً وتواطؤاً بين الشركاء بقصد الاضرار بالدائنين ، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة (١٠٧١) مدني عراقي بقولها : "لدائني كل شريك ان يطعن بالقسمة اذا كان فيها غش أو اضر بمصالحهم " وهذا تطبيقاً لدعوى عدم نفاذ التصرف^(٢) ، وهذا ما اكدته محكمة التمييز الاتحادية في قرار حديث لها جاء فيه: "فيكون التصرف الذي اجراه المميز الى ولديه بهبة العقار وبدون بدل قد اضر بحقوق الدائنين المميز عليهما وان ذلك التصرف لا يكون نافذا بحقهم وهذا مانصت عليه المادة ٢/٢٦٤ من القانون المدني اما اذا كان التصرف تبرعاً فانه لا ينفذ في حق الدائن حتى لو كان من صدر له التبرع حسن النية حتى لو ثبت ان المدعي لم يرتكب غش"^(٣).

ولا بد أن تتوفر شروط دعوى عدم نفاذ التصرف وهذا ما اكدته محكمة التمييز في قرار لها جاء فيه : " وحيث ان التصرفات القانونية المشمولة بالمادة (٢٦٣) هي التصرفات التي تؤدي الى نقصان ذمة المدين كالهبة دون عوض والبيع وحيث ان حجز العقار لا يؤدي الى نقصان ذمة المدين وانما وضع احترازي للدائن "^(٤).

وبما ان وصف الدائن جاء مطلقاً لذا فيشمل دائن كل شريك سواء كان دائن عادي ، أو دائن مرتتهن ، الدائن يعنيه ان تتم القسمة الرضائية دون اضرار بمصالحه وألا يتعمد الشركاء قسمة المال الشائع وأن يوقع في نصيب مدينه اعياناً منقولة أو نقوداً يسهل على المدين تهريبها من تنفيذ الدائن عليها ، وكذلك الا يقع في نصيب مدينه إلا اموالاً قيمتها اقل من حصته فيقل الضمان العام الدائنين^(٥). المادة ٨٤٢ مدني مصري : "لدائني كل شريك ان يعارضوا في ان تتم القسمة عينا أو ان يباع المال بالمزاد وتوجه

(١) "متعلق بدار الورثة ولا ينصرف حكمها الى الاراضي الزراعية والبساتين مما انشأ عليها وحيث ان وجود دار سكن ضمن مساحة البستان العمومية لا يعطل حكم القانون بازالة الشيوخ بيعا لان الشريك لا يجبر على البقاء في الشيوخ المادة ١٠٧٠ مدني وان قرار مجلس قيادة الثورة- لقرار المرقم ١٠٤١ لسنة ١٩٨٢ المكمل بالقرار المرقم ١٦١١ لسنة ١٩٨٢- استثناء من الاصل لاعتبارات انسانية وحيث ان الاستثناء لا يجوز التوسع فيه " محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية ١٢٤ / حقوقية ١٩٩٩ في ١٩٩٩ مجلة القضاء نقابة المحامين ع ٢٠١ ، السنة الخامسة والخمسون ، ص ٢٨٧ .

(٢) انظر المادة ٢٦٣ وما بعدها مدني عراقي.
(٣) القرار رقم ١٦٧٥ / مدنية عقار / ٢٠٠٧ في ١٢ / ٩ / ٢٠٠٧ مشار اليه دريد داوود سلمان، المرجع السابق ج١، ص ٣٣-٣٤.

(٤) القرار ١٨٢٥ / مدنية عقار / ٢٠٠٧ في ١٤ / ١١ / ٢٠٠٧ مشار اليه دريد داوود سلمان، المرجع السابق ، ج ١ ، ص ٣٥ وانظر ايضا القرار رقم ٧٤٦ / الهيئة الاستئنافية / عقار / ٢٠٠٦ ، في ٢٨ / ٥ / ٢٠٠٦ "ان من شروط دعوى عدم نفاذ التصرف ان يكون حق الدائن مستحق الاداء قبل التصرف من المدين وان هذا الشرط غير محقق في وقائع الدعوى "مشار اليه دريد داوود ، المرجع السابق ، ج ١ ، ص ٣٥-٣٦.

(٥) د. السنهوري ، المرجع السابق ، ج ٨ ص ٩٣٧ ف ٥٦٤.

المعارضة الى كل الشركاء ويترتب عليها الزامهم بان يدخلو من عارض من الدائنين في جميع الاجراءات وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم ويجب على كل حال ادخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة".

ازالة الشبوع في الاراضي الزراعية وفق قرار مجلس قيادة الثورة رقم ٢٨٦ لسنة ١٩٨٧ وحدد الحدود الاقتصادية العليا للافراز في اولا منه ونص ثالثا منه تختص المحاكم المدنية بالنظر في دعاوى ازالة الشبوع وفق احكام القانون المدني مع التقيد في الحدود في الفقرة اولا من هذا القرار.

ثانيا :القسمة القضائية:- نصت الفقرة الاولى من المادة (١٠٧٢)مدني عراقي على إنه: "اذا لم يتفق الشركاء على القسمة أو كان بينهم محجور فللشريك الذي يريد الخروج في الشبوع مراجعة محكمة الصلح (محكمة البداية) لازالته "١" ، فاذا لم يتفق الشركاء جميعا على قسمة المال الشائع أو كان بينهم محجور او غائب واراد بعضهم الخروج من الشبوع فلهم رفع دعوى القسمة امام المحكمة المختصة نصت المادة (٣١) من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ على إنه : "تختص محكمة البداية بدرجة اخيرة قابلة للتمييز بالنظر في دعوى ازالة الشبوع في العقار او في المنقول مهما بلغت قيمة كل منهما " ، تقام دعوى ازالة شبوع العقار في محكمة بداءة موقع العقار (١) ،وتقام دعوى ازالة شبوع المنقول في محكمة بداءة موطن المدعى عليه أو المحل الذي يختاره الطرفين لاقامة الدعوى(٢).

الاصل ان تتم القسمة القضائية عينا ،حيث يختص كل شريك بجزء مفرز من الشيء الشائع وإذا لا يقبل القسمة عينا تتم قسمة تصفية وتقرر المحكمة بيعه بالمزاد العلني .

١- القسمة العينية:فاذا كان المشاع عقارا تمسح الارض وتفرز على اساس اصغر نصيب يراعى النوع والجودة والميزات الاخرى من حق الطريق والشرب والمسيل وغيرها من حقوق الارتفاق ، وتعين قيم الحصص باتفاق الشركاء فان لم يتفقوا عينها القاضي(٣).

وإذا كان المال الشائع منقول يفرز الى حصص متعادلة بمقياس حسب نوعه وتوزع على الشركاء بالقرعة(٤). والاصل أن تتولى المحكمة القيام بعملية القسمة ولكن الغالب أن تندب المحكمة خبيرا او اكثر ليتولى تقدير قيمة المال الشائع وتقسيمه على الشركاء كل بقدر حصته(٥).

واكدت محكمة الاستئناف ميسان بصفتها التمييزية بقرارها على "قابلية قسمة المال الشائع عينا على اساس اصغر حصة لكون العقار بعد القسمة يبقى منتفعا به انتفاعاً من جنس الانتفاع الذي كان حاصلًا قبل القسمة ، ومن غير ان تقوت على احد الشركاء

(١) انظر نص المادة (٣٦) مرافعات مدنية .

(٢) انظر نص المادة (٣٧) مرافعات مدنية .

(٣) انظر نص الفقرة الثالثة من المادة (١٠٧٢) مدني عراقي.

(٤) انظر نص الفقرة الرابعة من المادة (١٠٧٢) مدني عراقي

(٥) د. نبيل ابراهيم ، المرجع السابق ، ص١٧٨.

المنفعة المقصودة منه قبل القسمة وفقا لما ورد بتقرير الخبراء الخمسة^(١)، وإذا كان العقار الشائع إذا وإذا كان العقار الشائع يقبل القسمة عيناً فلا يجوز للمحكمة ان تقرر بيعه خصوصاً إذا كان اصحاب النصيب الاصغر رضو بالقسمة عيناً ، وهذا ما اكدته محكمة التمييز العراقية في احد قراراتها^(٢).

واما اذا كان الشيء الشائع يقبل القسمة فإن المحكمة تقرر قسمته عيناً، والقسمة العينية اما قسمة جمع ، أو قسمة تفريق .

أ- قسمة الجمع:- نصت المادة (١٠٧٤) من القانون المدني العراقي على إنه: "إذا كان المشاع اعيانا متعددة وكانت متحدة الجنس يزال الشبوع فيها بقسمتها قسمة جمع " ، وقسمة الجمع هي جمع الحصص الشائعة في الاعيان المشتركة في قسم منها ، غمناً اذا

(١) قرار محكمة استئناف ميسان الاتحادية بصفتها التمييزية رقم القرار - ٢٠١٢/١٢/٢٧ جاء فيه "وبعد ان تأيد لمحكمة بداءة العمارة قابلية العقار موضوع الدعوى للقسمة بالنسبة الى اصغر حصة فيه والمتمثلة بحصة الزوجة (خ.م.ع.) وحصة البنت (ن.ش.ح.) كون حصة كل واحدة منهما هي (٢٨١٨) ثمانية عشر متر مربع طبقاً لما ورد بتقرير الخبراء الخمسة والذي ينسجم واحكام الفقرة (ب) من المادة (٢) من نظام الطرق والابنية رقم (٤٤) لسنة ١٩٣٥ المعدل بموجب نظام التعديل المرقم (٥٣) في ١٩٤٠/٨/٨ التي تنص (ان لاتكون مساحة الدكان أقل من ستة امتار مربعة) والتي حددت أقل مساحة للدكان بعد التقسيم بستة امتار مربعة كذلك جاء منسجماً واحكام المادة (١٠٧٢) من القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل لكون العقار بعد القسمة يبقى منتفعاً به انتفاعاً من جنس الانتفاع الذي كان حاصل قبل القسمة ومن غير ان تفوت على احد الشركاء المنفعة المقصودة منه قبل القسمة وفقاً لما ورد بتقرير الخبراء الخمسة المشار اليه آنفا الصادر بالاكثرية " وايضا قرار محكمة استئناف ميسان الاتحادية بصفتها التمييزية بتاريخ ٢٠١١/١١/٣٠ رقم القرار - ٢٠١٢/٩/٩٩ تاريخ القرار - ٢٠١١/١١/٣٠ جاء فيه :لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون ذلك ان محكمة بداءة العمارة قضت برد الدعوى معللة قضاءها بعدم قابلية العقار موضوع الدعوى للقسمة استناداً لتقرير الخبير المساح (ر.م.ك.) المؤرخ في ٢٠١٠/٣/١٦ وملحقه التقرير المؤرخ في ٢٠١٠/٤/١٥ قبل ان تستكمل تحقيقاتها ودون ان تنتبه الى الاخطاء التي رافقت اجراءاتها في الدعوى المنظورة حيث انها اعتمدت تقرير المساح المشار اليه آنفا المنتخب خلافاً للاصل القانوني واحكام المادة (١٣٣) من قانون الاثبات ذلك ان المحكمة لم تنتخب الخبير المذكور وانما انتخبت خبيراً آخر ويدعى المساح (ع.ج.) اثناء جلسة المرافعة المؤرخة ٢٠١٠/٣/١٥ واعلنت اسمه للطرفين لما لهم من حق الاعتراض والرد الا انها اجرت الكشف بمعرفة خبير آخر هو المساح (ر.م.ك.) وفقاً لما هو مثبت بمحضر الكشف المؤرخ ٢٠١٠/٣/١٦ والذي قدم تقريره في ذات اليوم واتخذته المحكمة سبباً لحكمها المشار اليه اعلاه . كما ان المحكمة انتخبت الخبراء الثلاثة واعلنت اسماءهم بجلطة المرافعة المؤرخة ٢٠١١/٤/٥ واجرت الكشف بمعرفةهم وبعد ان قدموا تقريرهم دون ان تلاحظ ان اثنان منهم ليسوا من الخبراء القضائيين المقيدين في جدول الخبراء لغرض تحليلهم اليمين طبقاً لاحكام الفقرة (ثانياً) من المادة (١٣٤) من قانون الاثبات . كما انها لم تسأل وكيل المميز عليه (المدعى عليه) عندما اعترض على تقرير الخبراء الثلاثة بجلطة المرافعة المؤرخة ٢٠١١/٧/٦ فيما اذا كان يطلب اجراء الكشف مجدداً بمعرفة خمسة خبراء ، كما انها لم تلاحظ ان تقرير الخبراء الثلاثة المؤرخ في ٢٠١١/٥/١٠ وملحقه التقرير المؤرخ ٢٠١١/١٠/٥ يخالف احكام المادة (١٠٢٩) من القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل كونه لم يراعي قابلية العقار للقسمة لأصغر حصة فيه على ضوء استمارة صورة التسجيل العقاري للعقار موضوع الدعوى المؤرخة في ٢٠١٠/٢/٨ والقسم الشرعي المرقم ١٩٩٧/٢٥٤ في ١٩٩٧/٦/٢ الصادر من محكمة الاحوال الشخصية في العمارة الذي يتضمن أصغر حصة لكل من الزوجة (خ.م.ع.) و للبننت (ن.ش.ح.) بحيث ان العقار بعد القسمة لا يضره التبعيض بل يبقى منتفعاً به انتفاعاً من جنس الانتفاع الذي كان حاصل قبلها وبما ان المحكمة اصدرت حكمها المميز دون ملاحظة ما تقدم فقد اخل بصحته لذا قرر نقضه واعادة اضبارة الدعوى الى محكمتها لاتباع ما سلف على ان يبقى التمييز تابعاً للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق في ٤/محرم/١٤٣٣ هـ الموافق ٢٠١١/١١/٣٠ م "الموقع الالكتروني :

<http://www.tqmag.com> قرارات محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية

(١) "تبين من الكشف الوارد من دائرة الطابو ان القطعة موضوع الدعوى قابلة للقسمة كما ان اغلب الشركاء ومنهم اصحاب الاسهم الصغيرة يرغون القسمة على ما يظهر من طلباتهم اثناء المرافعة وفي اللائحة التمييزية واللائحة الجوابية المرفوعة الى هذه المحكمة وحيث ان الفقرة الثانية من المادة ١٠٧٢ من القانون المدني تلزم المحكمة باجراء القسمة متى امكن ذلك وعليه فاصدار المحكمة حكماً المميز ببيع الارض قبل التثبيت بصورة واضحة من اصحابها عن امكنية القسمة بينهم من عدمه واسباب ذلك نقص اخل بصحة الحكم المميز" رقم القرار ١٠٢٠ /١/حقوقية رابعة / ١٩٧٠ في ١٩٧٠/١٠/١٠ النشرة القضائية العدد الرابع السنة الاولى ١٩٧١ ص ٧٥.

كانت الاعيان المشتركة ثلاث سيارات والشركاء ثلاثة قسمت بينهم كل واحد سيارة ، وتجاوز القسمة الرضائية في الاعيان المشتركة قسمة جمع سواء كانت متحدة الجنس أو غير متحدة الجنس ، فاذا كانت الاعيان دار وسيارة يجوز الاتفاق على أن يأخذ احد الشركاء الدار والآخر سيارة ، ولا تجاوز القسمة القضائية قسمة جمع إلا إذا كانت الاعيان المشتركة متحدة الجنس ، فليس للقاضي ان يعطي لاحد الشركاء داراً والآخر دكان أو سيارة ^(١). وهذا ما اكدته رئاسة محكمة استئناف الكرخ الاتحادية بصفتها التمييزية: "وعند عطف النظر على الحكم المميز المؤرخ ٢٠١٥/٥/١٨ وجد بأنه صحيح وموافق للقانون للأسباب التي استند إليها إذ جاء أتباعاً للقرار التمييزي الصادر عن هذه المحكمة بالعدد ١٣٩/حقوقية/٢٠١٥ في ٢٠١٥/٣/٤ حيث ثبت من صورة قيد العقار موضوع الدعوى بأنه غير قابل للقسمة بين الشركاء لأصغر حصة فيه لتعارض القسمة مع مساحة الحد الأدنى المسموح إفرازها قانوناً بمقتضى أحكام القرار ٩٤٠ لسنة ١٩٨٧ وان إزالة شيعه قسمة جمع طبقاً لأحكام المادة ٢١٧ من قانون التسجيل رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ يتطلب موافقة جميع الشركاء على هذه القسمة باعتبارها نوع من أنواع القسمة الرضائية وهذا غير متحقق في دعوى المميزيين / المدعين لمعارضة المدعى عليها الرابعة على أجراء القسمة المذكور" ^(٢).

والسبب الصحيح لا يفترض بل على الحائز اثباته ويخضع للقواعد العامة في الاثبات سواء كتابة أو بشهادة الشهود، بخلاف السبب في الحيازة في المنقول حيث تعتبر حيازة المنقول قرينة على السبب الصحيح ^(٣)، وإذا كان التصرف القانوني يخضع للتسجيل فلا بد من صحة التصرف كسبب صحيح أيضاً أن يكون مسجلاً في دائرة التسجيل العقاري وإلا كان باطلاً وغير ناقل بطبيعته للحق. وعدم حساب مدة التقادم التي سرت قبل تسجيله .

ثانياً - حسن النية : ويشترط كذلك للتمسك بالتقادم الخمسي أن تكون الحيازة مقترنة بحسن نية ^(٤)، ويعد الحائز حسن النية إذا كان يجهل أنه يعتدي على حق الغير ، أو يعتقد انه تلقى الحق من صاحبه، فاذا كان يعلم بأن ملكية العقار محل نزاع امام القضاء عدّ سيء النية ، وكذلك إذا كان الحائز غاصباً أو اخذ حيازته بالاكراه .

ومعيار حسن النية معيار شخصي ينظر فيه لاعتقاد الحائز نفسه واشترط المشرع المصري اضافة لحسن النية أن لا يكون جهل الحائز ناشئاً عن خطأ جسيم وهو الخطأ الذي لا يقع فيه الشخص المهمل ، كعدم اطلاع المشتري على سند العقار المبيع ، وحسن النية مفترض فالاصل البراءة ومن يدعي خلاف ذلك عليه اثبات سوء نية الحائز باثبات الخطأ الجسيم الصادر من الحائز وكذلك اثبات بأن الحائز غاصب وحاز العقار بالاكراه ، لذلك لا يستطيع الغاصب وان كان له سبب صحيح أن يملك بالتقادم

(١) محمد طه البشير ود . غني حسون ، المرجع السابق ، ص ١٢٢ .

(٢) رئاسة محكمة استئناف الكرخ الاتحادية بصفتها التمييزية رقم القرار ٣١٠ / مدنية اولى / ٢٠١٥ في ٢٠١٥/٦/١٦ الموقع الالكتروني <http://qanoun.iraqia.iq/view.2171>

(٤) د. حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص ٩٨ .

(٥) انظر الفقرة الاولى من المادة (١١٤٨) مدني عراقي

القصير^(١)، والعبرة بحسن النية وقت تلقي الحق^(٢) ، أي وقت تسجيل التصرف لا وقت صدور التصرف^(٣) .

الخاتمة نتائج والتوصيات النتائج

يجوز للقاضي بما يتمتع من سلطة تقديرية فحسب ظروف ووقائع القضية تطبيق احنص القانون على الحالات المماثلة
يجوز للقاضي تفسير النصوص القانونية وازالة غموضها
في حالة النقص التشريعية يلجا القاضي الى احكام الشريعة ومبالعرف ومبادئ القانون والعدالة

التوصيات

- ١- لابد من وجود نص صريح بشرط منع من التصرف في القانون المدني العراقي
- ٢- لابد من النص على اساس التزامات الجوار غير المألوفة في القانون المدني العراقي
- ٣- لابد من النص على منع القضاء من المشاكة بالمزايدة في القسمة القضائية في نطاق القسمة في القانون المدني
- ٤- لابد من وجود نص عام في القانون المدني العراقي على المنقول حسب المأل وليس مجرد تطبيقات متفرقة .
- ٥- لابد من وضع معايير للضرر الفاحش في التزامات الجوار في القانون المدني العراقي كما نص على ذلك القانون المدني المصري

(١) المادة ٢/٩٦٥ مدني مصري تشترط أن لا يكون جهل الحائز ناشيء عن خطأ جسيم ، ينظر تفاصيل اكثر د. حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص ٥٠٠ والمستشار أنور طلبية ، التقادم ، المرجع السابق ، ص ٥٥٩ .
(٢) ونصت الفقرة الثانية من المادة (١١٥٨) مدني عراقي في شطرها الاخير: " ولا يشترط توفر حسن النية إلا وقت تلقي الحق " ، تقابلها المادة ٢/٩٦٩ مدني مصري
(٣) المستشار أنور طلبية ، التقادم ، المرجع السابق ، ص ٥٦٢ .