

تقييد سلطة التصرف القانوني للشريك في المال الشائع

أ.د. سعد حسين عبد ملحم

كلية القانون / جامعة الفلوجة

ملخص البحث :

يفترض الشيوع تعدداً في أصحاب حق الملكية في وقت واحد على شيء واحد بحيث لا يستطيع أي منهم الاستئثار بالانتفاع بالشيء الشائع، أي أن سلطاتهم في الاستعمال والاستغلال والتصرف تتراحم على نفس الشيء. فالشيوع يكون بطبيعته مقيداً لهذه السلطات وبالذات سلطة التصرف القانوني. والغاية الأساسية لهذا البحث هي بيان كيفية تقييد الشيوع لسلطة التصرف القانوني، وكيفية معالجة القانون للمشاكل التي تثار في هذا الصدد، ومدى نجاعة هذه المعالجة.

Restrict the legal authority to act partner Almstaa the

Abstract :-

Supposedly common multiplicity of property right holders at one time on one thing so that any of them can not monopolize the use of the common thing, that is, their powers in use, exploitation and disposition bunched on the same thing. Valchioa be inherently tied to this particular authorities and the legal authority to act. The main purpose of this research is how to restrict the common statement of the legal authority to act, and how to deal with the law of the problems that arise in this regard, and the extent of the efficacy of this treatment.

المقدمة

أولاً: أهمية الموضوع وسبب اختياره:-

تعد سلطة التصرف القانوني من أهم سلطات المالك كونها تخوله استنفاد السيادة الكاملة في رقبة ومنافع الشيء محل الملكية استنفاداً كلياً أو جزئياً حيث ان سلطة التصرف القانوني ذات طابع شمولي فهي تستوعب الشيء كله أي أنها تتناول الحق ومحلّه . وإذا كانت سلطة التصرف القانوني تثبت للمالك ولأي صاحب حق عيني آخر متفرع عن الملكية، فإنه يبقى مدى التصرف القانوني الذي يثبت للمالك أوسع من مدى التصرف القانوني الذي يثبت لأي صاحب حق عيني آخر، فالمالك له وحده التصرف برقبة ومنفعة الشيء محل الملكية، أما صاحب الحق العيني (مثل صاحب حق المنفعة) فله التصرف بمنافع الشيء دون رقبة لأن حقه قاصر على المنفعة . وهذا يظهر الأهمية الخاصة للقيود التي تحد من سلطة التصرف القانوني .

ولتختلف الملكية الشائعة من حيث الجوهر عن الملكية المفردة العادية كونها حق عيني يخول صاحبه سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف، فتعدد الملاك في الملكية الشائعة لا يمنع الشريك المشتاع من ممارسة هذه السلطات في حدود حصته وبشرط عدم الأضرار بالشركاء الآخرين . لكن الشيوع بطبيعته مقيد لهذه السلطات وبالتالي سلطة التصرف القانوني كون هذه السلطة تثبت لكل واحد من الشركاء فيتراحمون في ممارستها على ذات الشيء محل الملكية الشائعة، حيث وأن كان كل منهم يملك حصة شائعة إلا أنها لا تتحدد في جزء مفرز من الشيء إنما تمتد وتنتشر في كل ذرة من ذراته . ونظراً لانتشار الملكية الشائعة في الواقع العملي لأن الميراث (الوفاة) أهم مصادرها، ولأجل معالجة المشاكل التي تثار في الواقع العملي نتيجة تصرف احد الشركاء في حصته الشائعة أو في المال الشائع كله أو في جزء منه، مما يتطلب الإحاطة والإلمام بالأحكام القانونية المنظمة لهذا الموضوع وجدت من الضروري بحثه .

ثانياً: مشكلة البحث :-

أن من أهم خصائص الملكية المفردة هي أنها حق مانع استثنائي بمعنى أنها تمنع الغير من مشاركة المالك في الانتفاع بالشيء محل الملكية إلا برضائه حتى وأن لم يلحقه أي ضرر من هذه المشاركة . وهذه الخاصية تتعارض مع منطق الشيوع في الملكية الذي يفترض تعدداً في أصحاب حق الملكية الواحدة في وقت واحد على شيء واحد، بحيث لا يستطيع أي منهم الاستئثار بالانتفاع بالشيء الشائع، أي أن سلطاتهم في الاستعمال والاستغلال والتصرف تتراحم على نفس الشيء . ولا يكفي للرد على ذلك القول بأن للمالك المشتاع حقاً مانعاً استثنائياً على حصته الشائعة يخوله الاستئثار باستعمالها واستغلالها والتصرف فيها ، لأنه إذا كان صحيحاً أن المالك المشتاع يملك حصته ملكاً تاماً إلا أن الاستعمال والاستغلال يردان على الشيء الشائع نفسه، باعتباره شيئاً مادياً، وليس الحصة الشائعة لأنها شيء معنوي، لكن الشريك المشتاع لا يستطيع أن يستأثر وحده باستعمال المال الشائع واستغلاله. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى أن بعض التصرفات القانونية التي يكون محلها الحصة الشائعة يتطلب تنفيذها التسليم المادي للحصة الشائعة، وهو متعذر واقعاً لأن التسليم يكون لشيء

مفرز والحصّة الشائعة تُنسب إلى الشيء في مجموعته وتمتد إلى كل ذرة من ذراته كالثلاث أو الربع أو السدس، دون أن تُخصص في جزء مادي مفرز من الشيء . مما يتطلب البحث في الحلول القانونية التي توفّق بين قدرة الشريك على التصرف في حصته الشائعة كونه يملكها ملكاً تاماً وبين تنفيذ التسليم المادي دون التجاوز على حقوق الشركاء الآخرين . وهناك أيضاً مشكلة أخرى تتطلب البحث تتمثل في مدى جواز تصرف الشريك في جزء مفرز من الشيء الشائع ان كان يعادل قيمة حصته الشائعة .

ثالثاً: منهج البحث :-

أتبعنا في هذا البحث المنهج الاستقرائي التحليلي المقارن إذ وقفنا بالتحليل الدقيق على نصوص القانون وأراء الفقه وأحكام القضاء (التي تيسر الحصول عليها) بخصوص موضوع البحث . وكانت المقارنة بين القانون المدني العراقي من جهة والقانون المدني المصري من جهة أخرى .

رابعاً: خطة البحث :-

يتطلب الإلمام بأثر الشبوع في تقييد سلطة التصرف القانوني للشريك بحث الأحكام القانونية لأنواع التصرف القانوني الذي يصدر من الشريك للإحاطة بمدى التقييد الذي يطال كل نوع منها، إذ ان الشريك باعتباره مالكا له أن يتصرف في حصته الشائعة لكنه قد يتصرف في جزء مفرز من المال الشائع او في المال الشائع كله . وعليه نُقسم البحث إلى ثلاثة مباحث على النحو الآتي:-

المبحث الأول : تصرف الشريك في حصته الشائعة .

المبحث الثاني : تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع .

المبحث الثالث : تصرف الشريك في كل المال الشائع .

المبحث الأول

تصرف الشريك في حصته الشائعة

ان الشريك له ان يتصرف بحصته الشائعة باعتباره مالكا لها تصرف الملاك , بجميع أنواع التصرفات حيث ان حق الشريك هو حق ملكية بالمعنى الدقيق وان كان نطاقه المادي هو الشيء الشائع كله إلا ان نطاقه المعنوي او الحسابي هو الحصّة الشائعة التي يملكها هذا الشريك في المال الشائع ومن ثم فان تصرفه في حصته الشائعة هو تصرف في حقه والذي لا يزاحمه فيه غيره من الشركاء الآخرين فله ان يتصرف في حصته الشائعة كلها او بعضها سواء كان ذلك بنقل ملكيتها للغير او بتقرير أي حق عيني آخر عليها⁽¹⁾.

1 د. غني حنون طه، الحقوق العينية الأصلية، بغداد، 1977، ص 11.

وان تصرفه هذا يعتبر صحيحاً ونافاً في حق جميع الشركاء دون حاجه إلى موافقتهم. ومن الجدير بالذكر ان تعهد الشريك بعدم تصرفه بحصته الشائعة يُعد تعهداً باطلاً⁽²⁾.

ويحق للشريك ان يطلب منع معارضة شريكه له في التصرف بحصته في العقار , ليتسنى له الانتفاع بها واستغلالها على وفق القانون . فللشريك الحق في التصرف بحصته الشائعة بجميع أنواع التصرفات طالما ان تصرفه لا يلحق ضرراً ببقية الشركاء الآخرين⁽³⁾, سواء كان التصرف ناقلاً للملكية بعوض كالبيع او المقايضة او بدون عوض كالهبة او الوصية او كان التصرف بترتيب حق عيني اصلي كحق المنفعة او حق عيني تباعي كالرهن بنوعيه التأميني والحيازي.

ويُعد تصرف الشريك بحصته الشائعة تصرفاً صحيحاً ونافاً في حق جميع الشركاء الآخرين لانه لا ينطوي على المساس بحقوقهم, فقد نصت المادة (1. 61ف2) من القانون المدني العراقي على ((كل شريك في الشيوخ يملك حصته الشائعة ملكاً تاماً وله حق الانتفاع بها واستغلالها بحيث لا يضر بشركائه والتصرف فيها بالبيع والرهن وغير ذلك من انواع التصرف, ولو بغير اذنتهم)). ولكن اذا تصرف الشريك بحصته الشائعة بالبيع لاجنبي فيحق لبقية الشركاء تملكها بالشفعة إذا كان المبيع حصة شائعة في دار او شقة سكنية, فقد عرفت المادة (1128) من القانون المدني العراقي الشفعة بنصها على " الشفعة هي حق تملك العقار المبيع ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة " كما ان المادة (1129) من القانون المدني العراقي بعد تعديلها بقرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم 978 في 1978/7/24 حصرت حق الأخذ بالشفعة بالشريك في دار السكن (الشقة السكنية) الشائعة فقط وبشرط عدم تملك الشفيع دار سكن أخرى على وجه الاستقلال وفيما عدا دار السكن (الشقة السكنية) من الأعيان المشاعة فان تصرف الشريك بحصته لا يسري عليه احكام الشفعة .

ونبحث حكم تصرف الشريك في حصته الشائعة واسترداد الحصة الشائعة المتصرف فيها وذلك في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول

حكم تصرف الشريك في حصته الشائعة

ان المشرع العراقي قد أعطى الحق للشريك ان يبيع حصته الشائعة في العقار وفي المنقول للشريك ولغير الشريك, او ان يهبها من دون ان يتوقف نفاذ البيع او الهبة على اذن بقية الشركاء .

2 قضت محكمة التمييز ((يعتبر تعهد الشريك بعدم تصرفه بحصته مدة معينة وبدفعه تعويضاً عن مخالفته يعتبر تعهداً باطلاً)) القرار المرقم 73/2م/124 في 1973/3/26, النشرة القضائية العدد الأول, السنة الرابعة, ص 79
3 قضت محكمة التمييز الاتحادية ((. لما كانت احكام الملكية الشائعة في العقار تضمن بان كل شريك في الشيوخ يملك حصته الشائعة ملكاً تاماً وله حق الانتفاع بها واستغلالها بحيث لا يضر بشركائه وان كل واحد من الشركاء اجنبي في حصة الاخر وليس له ان يتصرف فيها باي وجه كان من غير رضا المادتين 1. 61, 62 من القانون المدني, وبذلك يستلزم ان يأخذ الشريك الذي يُحدث المنشآت موافقة جميع الشركاء على احدثائها وبخلافه يُعد ذلك الشريك متجاوزاً باحدثائه تلك المنشآت ويستلزم إزالتها)) القرار المرقم 65/ الهيئة المدنية عقار 2/ 9 في 2/3/4 . . 9, النشرة القضائية, العدد الرابع عشر, ايلول 2. 1. ص 2.

ويترتب على التصرف أثره حسب القواعد العامة، مع ضرورة مراعاة قواعد التسجيل إذا كانت الحصة الشائعة محل التصرف حصة في عقار أو في مجموعة أموال تشمل على عقار فينتقل حق الشريك المتصرف إلى المتصرف إليه (المشتري أو الموهوب له) ويصبح هذا الأخير شريكاً مع شركاء المتصرف الآخرين في حدود الحق الذي تلقاه من سلفه. وإذا كان الشريك قد تصرف بحصته الشائعة في عقار بالبيع وكان المشتري اجنبياً عن الشركاء وأراد هؤلاء منع دخوله بينهم فلا يمتنع ذلك، بل الحصة المبيعة ولو جبراً على المشتري عن طريق الشفعة (4).

أما إذا كان التصرف في الحصة الشائعة بيعاً لأجنبي وكانت الحصة المبيعة حصة في منقول أو في مجموع من المال فإن بعض القوانين كالقانون الفرنسي والمصري هيأت لأي من الشركاء الآخرين وسيلة يحل بها محل المشتري في الحصة المبيعة وهي الاسترداد، أما القانون المدني العراقي فلم يأخذ بالاسترداد. وسنبين هذه الوسيلة تفصيلاً في المطلب الثاني.

ويرى الفقه المصري أن أفراد الشريك بعمل أو تصرف لا يلزم باقي الشركاء أو ينفذ في مواجهتهم إذا كان يتضمن معنى الاعتداء على حقوقهم وسلطاتهم المماثلة على الشيء الشائع، ولما كان أفرادهم بالتصرف في حصته الشائعة لا يحمل عادة هذا المعنى فيكون هذا التصرف صحيحاً وناظراً في حق باقي الشركاء دون حاجة إلى موافقتهم (5).

وبمقتضى ذلك فإذا كان تصرف الشريك بنقل الملكية كالبيع مثلاً، فإنه ينقل ملكية الحصة الشائعة فور التعاقد أو من تاريخ التسجيل إلى المتصرف إليه أو المشتري إذا كان المال الشائع عقراً وهذا ما يؤدي إلى إحلال هذا الأخير محل المتصرف أو البائع شريكاً لباقي الشركاء. فإذا كان التصرف أو البيع وارداً على الحصة الشائعة فسيخرج المتصرف أو البائع نهائياً من الشيوع أما إذا كان البيع والتصرف وارداً على جزء حسابي من الحصة الشائعة للشريك المتصرف كالنصف أو الربع مثلاً فسيكون في هذه الحالة حنولاً جزئياً مما يؤدي إلى أن يدخل المشتري نتيجة هذا التصرف أو البيع شريكاً بقدر جزء الحصة الشائعة المتصرف فيها، ويبقى المتصرف أو البائع كذلك شريكاً بالنسبة إلى المتبقي له من حصته بعد التصرف أو البيع (6).

أما إذا كانت العين الشائعة داخلة في مجموع من المال الشائع كما لو كانت داراً داخلة في شركة وقام البائع ببيع حصته الشائعة في هذه الدار وحدها دون سائر الأموال الشائعة فإن المشتري سوف يحل محل الوارث في هذه الدار مع سائر الورثة إلا أنه عند إزالة شيوخ المال الشائع لابد من إجراء قسمتين الأولى بين المشتري وسائر الشركاء في الدار التي أصبح المشتري شريكاً فيها والقسم الثانية الأخرى بين الوارث الذي باع حصته في الدار وسائر الورثة في بقية أموال الشركة.

4. علي هادي العبيدي، الحقوق العينية الأصلية، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، مطبعة الأرز، صان، 2. ص 171. 5. د. أحمد عبد العال أبو قرين، حق الملكية في الفقه والقضاء والتشريع، ط1، القاهرة، 199. ص 172-173. د. اسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، ج1، مكتبة عبد الله وهيب، 1959، ص 179. د. محمد كامل مرسي بك، شرح القانون المدني، الحقوق العينية، ج2: أنواع الملكية، الحقوق المنفردة عن حق الملكية، تنقيح الممنشور محمد علي سكيكر والمسنشور معتز كامل مرسي، طباعة شركة الجلاء، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية، 2. ص 12. 121. 6. حسن كير، أصول القانون المدني، ج1: الحقوق العينية الأصلية، أحكام حق الملكية، ط2، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1965، ص 4. هامش 1.

وتجنباً لهذا التعقيد فإن بعض التشريعات كالتشريع الألماني قضت بأنه لا يجوز التصرف في حصة شائعة في مال داخل في مجموع إلا باتفاق جميع الشركاء، أما بعض الفقهاء الفرنسيين فإنهم عدوا التصرف صحيحاً ولكن أثره يتوقف على نتيجة القسمة فإن وقعت العين التي تصرف الوارث في حصته الشائعة منها في نصيب هذا الوارث صح تصرفه في حصته وإن وقعت في نصيب غيره من الورثة تبين بأن الوارث لم يكن مالكا للحصة التي باعها وكان حكم بيعه لهذه الحصة هو حكم بيع ملك الغير⁽⁷⁾.

أما الفقهاء المسلمون فقد نظروا الى طبيعة القسمة نظرة عميقة وبينوا ان في القسمة معنى المبادلة ومعنى الإفراز، إفراز أي كاشفة من جهة، ومبادلة من جهة أخرى أي ناقلة، فقد نصت مجلة الأحكام العدلية في المادة (116) على ((القسمة من جهة إفراز ومن جهة مبادلة)) . فللقاعدة في الفقه الإسلامي هي ان القسمة إفراز من جهة حيث تتعين حصته كل شريك في الجزء الذي آل اليه. ومبادلة من جهة أخرى حيث يبادل كل واحد من الشركاء حصته في الجزء الذي آل الى هذا الشريك إلا ان الفقهاء عادوا وقرروا تحت تأثير الحاجات العملية بأن جهة الإفراز أي الصفة الكاشفة ترجح في المثليات وان جهة المبادلة أي الصفة الناقلة ترجح في القيميات . وان هذا التحليل الدقيق لطبيعة القسمة أي باعتبارها إفرازاً ومبادلة اخذ به القانون المدني العراقي⁽⁸⁾، فقد نصت المادة (75.1) من القانون المدني العراقي على ((ترجح جهة الإفراز على المبادلة في القسمة ويعتبر كل متقاسم انه كان دائماً مالكا للحصة المفردة التي آلت اليه وان لم يملك قط شيئاً من باقي الحصص)) .

وكما بينا سابقاً فإن الشروع في الشروع له الحق في ان يتصرف في حصته الشائعة بجميع انواع التصرفات من دون الحاجة الى اذن بقية الشركاء ، فله ان يتصرف بحصته الشائعة بنقل ملكيتها للغير كلاً او بعضاً وله كذلك ان يرتب عليها حقاً للغير كأن يرتب منفعة (انتفاع) عليها، او يرهنها رهناً تاميناً او حيازياً او ان يرتب عليها أي حق عيني آخر اصلي او تبعية لا تحول طبيعته من دون وروده على الحصة الشائعة.

وهذا ما سنبحثه تباعاً فيما يأتي :-

أولاً: ترتيب حق عيني اصلي على الحصة الشائعة

ان أهم الحقوق العينية الأصلية عدا حق الملكية هي حق الانتفاع وحق الارتفاق وحق المساطحة⁽⁹⁾.

ولا يجوز ترتيب حق ارتفاق او حق مساطحة على حصة شائعة حيث ان حق الارتفاق او حق المساطحة يقتضي مباشرة صاحب هذا الحق اعمالاً لا تصح مباشرتها إلا على عقار مفرز كالمرور أو البناء أو السقي أو

7. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 8، حق الملكية، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، 2 . . ، فقره 512، ص 844 .
8. د. غني حيون طه والاستاذ محمد طه البشير، الحقوق العينية الأصلية، ج 1، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 1982، ص 128 .
9. حق المساطحة هو حق عيني يخول صاحبه ان يقيم بناءً او منشآت أخرى غير الغراس على ارض الغير بمقتضى اتفاق بينه وبين صاحب الارض، ويحدد هذا الاتفاق حقوق المساطح والتزاماته (م 1266 ف منقح عراقي) .
فيثبت من ذلك ان للمساطح بالاتفاق مع صاحب الارض ان يقيم بناءً للسكنى او منشآت أخرى كمعمل او مخزن او غير ذلك . اما الغراس فقد استثناء المشرع العراقي، في حين اجازته تشريعات عربية أخرى كالقانون السوري والقانون اللبناني .
ويجوز ترتيب حق المساطحة على الارض المملوكة ملكاً صرفاً كما يجوز ترتيبه على الاراضي الموقوفة وفقاً صحيحاً . اما القانون المصري فقد نص على حق الحكر والذي تستعصي طبيعته على الشروع فلا يجوز لصاحب الحصة الشائعة ان يرتب عليها حق حكر لان الحكر يقتضي البناء والغراس في ارض مفرزة وان الحكر اصبح لا يجوز ترتيبه إلا على ارض موقوفة والارض الموقوفة لا تكون شائعة .

البزل . . . الخ، ولكن يجوز ان يتفق جميع الشركاء على ترتيب حق الارتفاق على العقار الشائع ويبقى حق الارتفاق على العقار كله مهما كانت نتيجة القسمة وهذا الحكم الاخير هو نفس حكم القانون المدني المصري . اما حق المنفعة فيمكن لصاحب الحصة الشائعة ان يرتبه على حصته ويكون لصاحب حق المنفعة في الحصة الشائعة جميع الحقوق التي يؤولها هذا الحق بما يتلائم مع الشيوع ، فيجوز له ان يستغل الحصة الشائعة ويقوم بادارتها إدارة معتادة مع سائر الشركاء الآخرين في المال الشائع (10).

وإذا اقتضى شأن من شؤون الإدارة رأي اغلبيية الشركاء اعتد برأي صاحب حق المنفعة لا برأي الشريك صاحب الرقبة، أما أعمال الإدارة غير المعتادة وكذلك أعمال التصرف وطلب القسمة فيكون الشريك صاحب الرقبة هو صاحب الرأي فيها. وإذا انتضى حق المنفعة قبل انقضاء الشيوع عادت الملكية كاملة الى الشريك صاحب الرقبة. ولكن ما هو مصير حق المنفعة الذي يرتبه الشريك على حصته الشائعة إذا تمت القسمة قبل ان ينقضي حق المنفعة نجد ان التشريع العراقي لم يعرض لمصير حق المنفعة (11). ولكن نجد نصاً بخصوص الرهن هو حكم المادة (1291 ف 1) من القانون المدني التي نصت على ((إذا رهن احد الشركاء حصته الشائعة في عقار يتحول الرهن بعد القسمة إلى الحصة المفردة التي وقعت في نصيب هذا الشريك)) ولم يرد نص خاص بترتيب حق المنفعة ونرى انه يمكن القياس على حكم هذا النص، والقول بانتقال حق المنفعة بعد القسمة الى الحصة المفردة التي وقعت في نصيب الشريك صاحب الرقبة.

ثانياً: ترتيب حق عيني تبعية على الحصة الشائعة

الحقوق العينية التبعية هي حق الرهن الرسمي وحق الرهن الحيازي وحقوق الامتياز ويجوز ان تترتب كل هذه الحقوق على الحصة الشائعة. فقد نصت المادة (1. 61 ف2) من القانون المدني العراقي على ((وكل شريك في الشيوع يملك حصته الشائعة ملكاً تاماً، وله حق الانتفاع بها، بحيث لا يضر بشركائه والتصرف فيها بالبيع والرهن وغير ذلك من انواع التصرف ولو بغير اذنهم)) (12).

ومن الواضح بان المادة المذكورة قد اجازت بصورة مطلقة رهن الحصة الشائعة دون تمييز بين الرهن التأميني والرهن الحيازي، وقد اجاز القانون المدني العراقي رهن الحصة الشائعة رهناً تأمينياً في المادة (1291 ف1) التي نصت على ((إذا رهن احد الشركاء حصته الشائعة في عقار يتحول الرهن بعد القسمة الى الحصة المفردة التي وقعت في نصيب هذا الشريك)) . ولا يشترط لانعقاد الرهن التأميني انتقال الحيازة الى الدائن المرتهن حيث ان المرهون يبقى بيد الراهن وقد حدد القانون المدني العراقي كيفية انعقاد الرهن التأميني وتسجيله في المواد (1285-132). ، اما الرهن الحيازي فقد أجاز في المادة (1329) مدني عراقي بنصها

10 د. اسماعيل غانم، المصدر السابق، ص 176.

11 د. غني حنون طه والاستاذ محمد طه البشير، المصدر السابق، ص 1. 2.

12 نصت المادة 1. 39 ف2 من القانون المدني المصري على ((إذا رهن احد الشركاء حصته الشائعة في العقار او جزء مفرد من هذا العقار، ثم وقع في نصيبه عند القسمة اعيان غير التي رهنها، انتقل الرهن بمرتبه الى قدر من هذه الاعيان يعادل قيمة العقار الذي كان مرهوناً في الاصل، ويعين هذا القدر بأمر على عرضه . ويقوم الدائن المرتهن بأجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل اليه الرهن خلال تسعين يوماً من الوقت الذي يخطره فيه أي من ذي الشأن بتسجيل القسمة، ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين)) .

على ((يجوز رهن المال الشائع رهنًا حيازياً، وتسري عليه أحكام الرهن التأميني)) . وقد يُقال أن رهن الحصة الشائعة رهنًا حيازياً أمراً ممكنًا من الناحية النظرية فقط لأنه عقد عيني لا يُعقد إلا بالقبض أي تسليم المرهون (الحصة الشائعة) إلى الدائن المرتهن، ويتعذر تسليم الحصة الشائعة المرهونة تسليمًا حقيقيًا إلى الدائن المرتهن إلا من خلال تسليم المال الشائع كله للمرتهن، وإذا تسلم الأخير المال الشائع كله يكون قد تجاوز إلى حقوق الشركاء الآخرين. إلا أن الفقهاء اجمعوا على أن تسليم الحصة الشائعة يكون حكمياً (13). ويتحقق ذلك مثلاً بوضع المال الشائع كله باتفاق جميع الشركاء تحت يد المرتهن رهن حيازة، فيحوز بصفته دائن مرتهن بالنسبة إلى الحصة الشائعة التي ارتهنها و بصفته مديراً للمال الشائع بالنسبة إلى باقي الحصص، أو يتفق الدائن المرتهن مع الشركاء الآخرين على استئجار حصصهم فيكون حائزاً لحصة المدين الراهن كدائن مرتهن وحائزاً لحصص الشركاء الآخرين كمستأجر، أو أن يتفق الدائن المرتهن مع الشركاء الآخرين على وضع المال الشائع كله تحت يد أحدهم أو تحت شخص اجنبي يحوز الحصة المرهونة بصفته العدل الذي اشارت اليه المادة (1323 ف1) من القانون المدني العراقي (14) ويحوز حصص بقية الشركاء بصفته وكيلًا عنهم وبهذا يتم التغلب على العقبة المادية التي تحول دون تسليم الحصة الشائعة المرهونة تسليمًا حقيقيًا للدائن المرتهن.

وكما قلنا سابقاً أن كل شريك في الشبوع يملك حصته الشائعة ملكاً تاماً وله حق التصرف فيها. فله أن يرهنها، ويكون رهنه صحيحاً ما دام العقار شائعاً. وإذا باع هذه الحصة الشائعة انتقلت مرهونة إلى المشتري. وإذا أفرزت هذه الحصة الشائعة نتيجة القسمة انتقل الرهن بمرتبته إلى النصيب المفروز الذي تقرر للشريك وتركز عليه لأعلى أساس فكرة الحلول العيني وانما على اعتبار أنه مجرد اثر طبيعي للقسمة (15). وهذا ما تقضي به الفقرة الأولى من المادة (1291) من القانون المدني العراقي بنصها على ((إذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في عقار يتحول الرهن بعد القسمة إلى الحصة المفروزة التي وقعت في نصيب هذا الشريك)) . وإذا وقع العقار كله أو جزء منه في نصيب الراهن فإن الرهن لا يمكن أن يشمل إلا الحصة المرهونة شائعة. ويثور التساؤل عن مصير حق الرهن في حالة إذا وقع في نصيب الشريك الراهن اموال غير التي رهن حصته فيها أو في حالة ما إذا لم يقع بنتيجة القسمة في نصيب الشريك الراهن شيء من العقار المرهون وغيره من العقارات وانما اختص بمبلغ من النقود أو المنقول؟ نجد أنه لا يوجد نص في القانون المدني العراقي بهذا الصدد . ويرى بعض الفقه في فرنسا أنه في حالة رسو العقار المرهونة فيه حصة الشريك الشائعة على أحد الشركاء أو على الغير فإنه لا يكون للدائن المرتهن الحق في التقدم على الثمن الذي يقابل الحصة الشائعة المرهونة لأن خروج العقار من نصيب المدين معناه أنه لم يكن مالاً له في يوم من الأيام نظراً للأثر الرجعي للقسمة وبذلك يكون قد رهن ما لا يملك ورهن ملك الغير باطل لا تتحقق الاجازة . ويذهب البعض الآخر إلى أن

13. د. شاكر ناصر حيدر، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، ج 1، 1959، فقرة 341، ص 363.
14. نصبت المادة (1323 ف1) على ((يد العدل كيد المرتين فلو اتفق المرهن و المرتين على ايداع المرهون عند امين ورضي الامين وقبض المرهون تم الرهن ولزم، ولو اتفق حين العقد على قبض المرتين المرهون ثم وضعه الراهن والمرتين بالاتفاق في يد عدل جاز ذلك)).
15. د. غني حيون طه والاستاذ محمد طه البشير، المصدر السابق، ص 391.
د. حسن كبر، المصدر السابق، فقرة 12، ص 4، 3.

الشريك الراهن كان مالكا يوم الرهن وبذلك يكون للدائن المرتهن التقدم على ما يقابل الحصة الشائعة المرهونة من الثمن ولكن ليس له حق التتبع⁽¹⁶⁾. وقد وضحت المادة (1. 39 ف2) من القانون المدني المصري بان الرهن ينتقل من الحصة الشائعة إلى العقار الآخر الذي وقع بالقسمة في نصيب الراهن ويجري هذا الانتقال في حدود قيمة الحصة المرهونة بقرار من القاضي بناءً على طلب الدائن.

اما القانون المدني العراقي فانه جاء خالياً من أي نص يقابل المادة (1. 39) من القانون المدني المصري إذ أن انتقال الرهن من الحصة الشائعة المرهونة إلى العقار الآخر الذي آل بالقسمة إلى الراهن امر لا ينسجم مع القواعد العامة إذ نصت المادة (1. 62 ف2) من القانون المدني العراقي على ((وإذا تصرف الشريك في جزء من المال الشائع . فلا يكون للتصرف اثر إلا اذا وقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب هذا الشريك)) . إذ تشترط لصحة التصرف من قبل الشريك في جزء مفرز من المال الشائع ان يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب هذا الشريك ، وإلا كان التصرف عديم الاثر ، وعلى ذلك فان الرهن يكون باطلاً إذا وقع في نصيب الشريك عقار آخر غير الذي رهن حصته الشائعة فيه . أما إذا وقع في نصيب الشريك الراهن لا العقار المرهون ولا عقار آخر يحل محله بل منقول فيكون الرهن في هذه الحالة باطلاً أيضاً لأن العقار وقع في نصيب شريك لم يرهنه وكذلك لا ينتقل الرهن التأميني إلى المنقول الذي وقع في نصيب الشريك الراهن لان المنقول لا يصح ان يكون محلاً للرهن التأميني.

اما اذا وقع في نصيب الشريك الراهن مبلغ من النقود فان للدائن المرتهن اذا كان دينه قد حل ان يستوفي حقه بالتقدم من هذه النقود واذا لم يكن اجله قد حل كان له ان يطلب ايداع المبلغ عند عدل، وعلى المرتهن والراهن ان يتعاونوا على استغلاله في انفع الوجه للراهن، حتى يحل اجل الدين فيستوفي حقه منه⁽¹⁷⁾.

المطلب الثاني

استرداد الحصة الشائعة

الاسترداد هو حق الشريك في المنقول الشائع او في المجموع من المال في ان يحل محل المشتري للحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي⁽¹⁸⁾، وهو احد طريقين ارد بهما المشرع المصري ان يمكن الشركاء من منع دخول اجنبي بينهم في الشيوع⁽¹⁹⁾. والطريق الثاني هو الشفعة . وان حق الاسترداد لا يكون إلا في

16 نقلاً عن د. سعيد عبد الكريم مبارك، الحقوق العينية الاصلية، شركة الطباعة والنشر، بغداد، 1973، ص 86 .
17 نصت المادة (1359) من القانون المدني العراقي على ((1- إذا حل الدين المرهون قبل حلول الدين الموثق بالرهن، فلا يجوز للمدين ان يوفي الدين إلا للمرتهن . والراهن معاً ولكل من هذين ان يطلب الى المدين ايداع ما يؤديه عند عدل وينتقل حق الرهن الى ما اداه المدين . 2- وعلى المرتهن والراهن ان يتعاونوا على استغلال مانده المدين، وان يكون ذلك على اقل الوجه للراهن دون ان يكون فيه ضرر للمرتهن)) .
18 د. عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الاصلية، دراسة مقارنة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1982، ص 194 .
19 نصت المادة (833) من القانون المدني المصري على ((1- للشريك في المنقول الشائع او في المجموع من المال ان يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي بطريقة الممارسة، وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ علمه بالبيع او من تاريخ اعلانه به، ويتم الاسترداد بإعلان يوجه الى كل من البائع والمشتري، ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته اذا هو عرضه عن كل ما انفقه 2- وإذا تعدد المستردون فلكل منهم ان يسترد بنسبة حصته)) .

بيع الحصة الشائعة في منقول معين او في مجموع من المال اما حق الشفعة فلا يكون إلا في بيع الحصة الشائعة في عقار معين . والمصدر التاريخي لحق الاسترداد هو القانون الفرنسي، اما المصدر التاريخي لحق الشفعة فهو الشريعة الإسلامية.

والاسترداد حق استثنائي، خرج فيه المشرع الفرنسي على القواعد العامة فهو لا يثبت إلا بنص . وليس هناك تفرقة في هذا الشأن فيما يتعلق بسبب الشيوع ولا بين شريك وآخر . فحق الاسترداد يثبت اياً كان سبب الشيوع، وهو يثبت لكل شريك في الشيوع وقت البيع وذلك دون تفرقة بين شريك أصلي وشريك عارض. ولا يسري حكم الاسترداد في القانون العراقي، حيث لم يرد في هذا القانون نص يقرره. وسنبحث فيما يأتي شروط حق الاسترداد وإجراءاته .

أولاً: شروط الاسترداد:-

تقضي المادة (833) من القانون المدني المصري بانه لا يجوز الاسترداد إلا عند بيع حصة شائعة لأجنبي بطريق الممارسة لذلك تتحدد الشروط اللازمة لجواز الاسترداد بما يأتي :-

- 1- يجب ان يكون التصرف بيعاً فلا يجوز الاسترداد عند ابرام تصرف اخر غير البيع كالهبة او المقايضة.
- 2- ان يرد المبيع على حصة شائعة في منقول او مجموع من المال ولو كان به عقار . فلا محل للاسترداد اذا كان البيع عقاراً معيناً بذاته . ويستوي ان يرد البيع على حصة الشريك في المال الشائع بأكملها او على جزء منها . ولا محل للاسترداد اذا كان المبيع جزءاً مفزاً من المال الشائع . لان مثل هذا البيع لا يحتج به في مواجهة بقية الشركاء، ولا ينفذ في حقهم وبالتالي لا يصبح المشتري شريكاً معهم في المال الشائع (20).
- 3- يجب ان يكون البيع صادراً لأجنبي فإذا كان المشتري احد الشركاء فلا يجوز الاسترداد، لان البيع لن يؤدي الى دخول اجنبي بين الشركاء وبذلك تنتفي الحكمة من الاسترداد .
- 4- يجب ان يكون البيع بطريق الممارسة . فإذا كان البيع بطريق المزاد ورسا المزاد على اجنبي فلا يجوز الاسترداد لان الشركاء كان في وسعهم ان يدخلوا المزاد .
- 5- لا يجوز استرداد جزء من الحصة المبيعة فالاسترداد لا يقبل التجزئة إذ ان الاسترداد لا يكون إلا في الحصة المبيعة بأكملها . لأن الحكمة من الاسترداد ان لا يتمكن الاجنبي من الدخول مع الشركاء في المال الشائع . والاسترداد رخصة للشريك، او حق متصل بشخصه، ويترك لتقديره، فلا يجوز لدانيه ان يستعملوا هذا الحق باسمه او نيابة عنه بالدعوى غير المباشرة .

ثانياً: إجراءات الاسترداد:-

قيد القانون المدني المصري في المادة (833) منه حق الاسترداد بميعاد قصير حتى لا يظل مصير البيع معلقاً مدة طويلة، فلو يجب على المسترد ان يعلن البائع والمشتري برغبته في الاسترداد خلال ثلاثين يوماً من

تاريخ علمه بالبيع او من تاريخ اعلانه به . ولم يحدد ميعاداً للاعلان بالبيع، بل ترك الامر ليقظه صاحب الشأن، كما انه لم يشترط ان يكون الاعلان رسمياً، وذلك على خلاف ما هو مقرر في الشفعة (م 942/ 1 مدني مصري) فيصح الاعلان بأي طريق (21).

وان المشرع لم يفرض على المسترد ان يرفع الدعوى خلال مدة معينة وذلك على خلاف ما فعل بالنسبة الى الشفعة (م 943/ مدني مصري) . وان مدة الثلاثين يوماً هي ميعاد لاعلان الرغبة في الاسترداد، وليست ميعاداً لرفع الدعوى وعلى هذا الأساس ذهب الشراح الى ان المسترد إذا أعلن رغبته في الاسترداد في الميعاد المحدد فإنه يستطيع بعد ذلك ان يرفع الدعوى في أي وقت يشاء الى ان تقع القسمة . ويرى الأستاذ السنهوري ان الاسترداد يتم بمجرد ان يعلن المسترد استرداده للحصة المباعة لكل من البائع والمشتري، وهذا هو السبب في ان المشرع لم يعن بتنظيم الدعوى ان كان لها مقتضى، فتركها للقواعد العامة (22).

ويلاحظ ان الرغبة في الاسترداد يجب ان توجه في الميعاد المحدد الى كل من البائع والمشتري، فإذا أعلن أحدهما في الميعاد المحدد، ولم يعلن الآخر إلا بعد انقضائه، سقط الحق في الاسترداد. ولم يشترط المشرع إجراءات أخرى غير إعلان الرغبة في الاسترداد في الميعاد المحدد الى كل من البائع والمشتري فليس على المسترد ان يودع خزانة المحكمة الثمن الذي حصل به البيع قبل رفع الدعوى، وذلك على خلاف ما هو مقرر في الشفعة (م 932/ 2 مدني مصري)، وليس عليه ان يعرض الثمن عرضاً حقيقياً . إنما يجب ان توجه الإجراءات الى كل من البائع والمشتري . ويجب ان ترفع الدعوى عليهما معاً، فلا يقبل الاسترداد إلا إذا أعلن رغبته الى كل منهما في الميعاد المحدد، ذلك ان الاسترداد يتم في مواجهة كل من البائع والمشتري شأنه في ذلك شأن الشفعة .

المبحث الثاني

تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع

سبق ان بينا ان الشريك في الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً، وله الحق ان يتصرف بحصته بجميع انواع التصرفات من دون اذن الشركاء . وان تصرفه يعتبر صحيحاً وناهماً في حق باقي الشركاء الاخرين . أما إذا تصرف بجزء مفرز من المال الشائع بالبيع مثلاً فإنه يكون قد تصرف في ملكه وملك الغير لتعلق حق بقية الشركاء بالجزء المفرز، مما يقتضي بحث حكم هذا التصرف بين طرفيه وحكمة بالنسبة لبقية الشركاء، وهذا مانفصله في المطلبين الآتيين .

21 د. عبد المنعم فرج الصنده، المصدر السابق، ص 197 .

22 د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 8، حق الملكية، المصدر السابق، فقرة 523، ص 86 .

المطلب الأول

حكم التصرف فيما بين طرفيه

الاصل ليس لأحد من الشركاء في الشيوع ان يتصرف مستقلاً في المال الشائع او في جزء مفرز منه من دون اذن باقي الشركاء سواء كان التصرف مادياً ام قانونياً إلا انه يجوز للشريك المأذون ان يتصرف في جزء مفرز من المال الشائع وفي حدود الاذن سواء كان التصرف مضرراً او لم يكن لكونه يُعدّ اصيلاً عن نفسه ووكيلاً عن شركائه أما إذا لم يكن الشريك مأذوناً فليس له ان يجري أي نوع من انواع التصرفات، فإذا تصرف الشريك بجزء مفرز يعادل او يزيد على حصته كان تصرفه صادراً من غير مالك بالنسبة الى ما زاد عن حصته . فإذا كان هذا التصرف بيعاً مثلاً وقع البيع فيما يزيد على حصة الشريك البائع موقوفاً على اجازة الشركاء الآخرين، فان اجازوه غدت الاجازة توكيلاً لان الاجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة ويطالبون الشريك البائع بالبدل ان كان قبضة، وإذا لم يجيزوا التصرف فانه يُعد باطلاً، وإذا هلك المبيع قبل الاجازة في يد المشتري فان الشريك البائع باعتباره غاصباً يضمن هذا الهلاك لشركائه الآخرين⁽²³⁾ . أما إذا لم يصدر من الشركاء الآخرين اجازة او رفض فان التصرف ينقذ موقوفاً على نتيجته القسمة فإذا وقع الجزء المفرز المتصرف فيه في نصيب الشريك المتصرف صح التصرف لان الشريك وحده يصبح مالكا لهذا الجزء وليس للشركاء الآخرين حق فيه أما إذا لم يقع الجزء المفرز محل التصرف في نصيب الشريك المتصرف نتيجة للقسمة فلا يكون للتصرف اي اثر لانه سوف يكون وارداً على ملك الغير. وقد فقرت ذلك صراحة المادة (1. 62 ف2) مدني عراقي بنصها على ((وإذا تصرف الشريك بجزء مفرز من المال الشائع فلا يكون للتصرف اثر إلا إذا وقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب هذا الشريك)) . لذلك فان تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع وان كان يتضمن تصرفاً في ملك الغير إلا انه حالة قائمة بذاتها، ولها حكمها الخاص إذ هي ليست تصرف الفضولي بالضبط لان تصرف الفضولي ينقذ موقوفاً على اجازة المالك فان اجازته نفذ باثر رجعي وان لم يجزه بطل فالحالة هنا ليست حالة تصرف الفضولي لان الشريك في الشيوع وان كان لا يملك الجزء المفرز الذي تصرف فيه على وجه الاستقلال إلا انه في نفس الوقت له حصة شائعة فيه وكذلك ايضاً فان الجزء المفرز الذي تصرف فيه قد يقع في نصيبه ومن ثم فانه سوف يكون مملوكاً له من تاريخ التصرف بحكم الأثر الرجعي للقسمة⁽²⁴⁾.

أما القاتون المدني المصري فقد نصت المادة (826 ف2) منه على ((إذا كان التصرف منصفاً على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة ، وللمتصرف إليه إذا كان يجهل ان المتصرف لا يملك العين المتصرف بها مفرزة الحق في ابطال التصرف)). . ويتبين من هذه المادة ان المشرع المصري جعل حكم تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع متفقاً مع حكم الرهن في المال الشائع من جهة ومع حكم

23 د. غني حنون والإستاذ محمد طه البشير، المصدر السابق، فقرة 97، ص 115 .

24 د. شاكر ناصر حيدر، المصدر السابق، فقرة 358، ص 384 .

بيع ملك الغير من جهة أخرى، أي جعل حق المشتري يرد على العين المفروزة التي يختص بها البائع عند القسمة سواء كانت العين المباعة أو غيرها، وجعل للمشتري الحق في ابطال البيع للفظ في حالة ما اذا كانت العين هي غير العين المباعة. ويتضح من هذا ان المادة (2/826) مدني مصري تتناول حكم تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع فيما بين طرفيه، سواء كان ذلك بالبيع أو بالهبة أو بالرهن أو بترتيب حق عيني آخر⁽²⁵⁾، وذلك في المرحلة التي تأتي بعد القسمة، ومن هنا يتضح وجوب التفرقة بين حكم هذا التصرف قبل القسمة وحكمه بعدها.

اولاً: حكم التصرف قبل القسمة

لم يتعرض النص المصري وكذلك نص المادة (1. 62 ف2) من القانون المدني العراقي لحكم تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع وذلك في الفترة السابقة على القسمة لذلك يجري تطبيق القواعد العامة في الشيوخ وحسب هذه القواعد حق الشريك المشتاع لا يتركز في الجزء المعين الذي تصرف فيه، وإنما ترد على هذا الجزء ايضاً حقوق الشركاء الآخرين، فيكون الشريك قد تصرف في ملك غيره بقدر ما للشركاء من حقوق في هذا الجزء. ومن ثم يحق للمشتري من الشريك ان يطلب ابطال البيع، وذلك دون حاجة الى انتظار نتيجة القسمة، وسواء كان يعلم وقت التصرف بقيام الشيوخ أو كان يجهله. فيُعد تصرف الشريك قبل القسمة في جزء مفرز من المال الشائع تصرفاً في ملك الغير، لكن ينقلب التصرف صحيحاً فيمتنع الأبطال إذا اقر الشركاء الآخرون تصرف شريكهم، أو إذا آلت الى الشريك الملكية الخالصة للجزء الذي تصرف فيه باي سبب كان. ثانياً: حكم التصرف بعد القسمة :-

إذا أُجريت القسمة ووقع الجزء المتصرف فيه في نصيب الشريك المتصرف صار التصرف صحيحاً واستقر الأمر للمتصرف إليه. أما إذا لم يقع الجزء المتصرف فيه في نصيب الشريك المتصرف، وإنما وقع في نصيبه جزء آخر فحسب م (26 ف2) مدني مصري ينتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف الى الجزء الذي آل الى الشريك بطريق القسمة اخذاً بفكرة الحلول العيني، وذلك في حدود القدر الذي حصل التصرف فيه⁽²⁶⁾. وليس للمتصرف إليه في هذه الحالة ان يطلب الإبطال إلا اذا كان يجهل ان الشريك المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة، لانه لو كان يعلم بقيام الشيوخ فانه يكون على بينة من مصير التصرف بعد القسمة، اما اذا كان يجهل قيام الشيوخ فان انتقال حقه الى جزء آخر غير الذي ورد عليه التصرف قد يفوت عليه غرضه من الصفقة. فالمشرع المصري اتخذ من الحلول العيني وسيلة للإبقاء على التصرف إذا وقع في نصيب المتصرف جزء غير الذي ورد عليه التصرف. أما إذا لم يقع في نصيب المتصرف أي جزء من المال الشائع، بان اختص بمقابل نقدي، جاز للمتصرف إليه ان يطلب الإبطال على اساس ان التصرف يكون قد ورد على ملك الغير طبقاً للمادة (466) مدني مصري فلا ينتقل حق المتصرف إليه الى هذا المقابل النقدي فيما

25 د. محمد كامل مرسي، المصدر السابق ص 123 و د. عبد المنعم فرج الصده، المصدر السابق ص 18 .
26 د. انور طلبة، الملكية الشائعة، الناشر المكتب الجامعي، الاسكندرية، 2. 4، ص 31-32. د. عبد المنعم فرج الصده، المصدر السابق، ص 182 .

عدا الرهن، حيث ان الدائن المرتهن ينتقل حقه الى المقابل النقدي بمقتضى ماله من افضلية. ولم تتضمن المادة (826) مدني مصري بياناً للإجراءات التي تتبع في تعيين الجزء الذي ينتقل إليه حق المتصرف إليه. لكن المادة (1. 2/39) مدني مصري بينت هذه الإجراءات بخصوص الرهن الرسمي، فنصت على ((إذا رهن احد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزءاً مفرزاً من هذا العقار، ثم وقع في نصيبه عند القسمة اعيان غير التي رهنها، انتقل الرهن بمرتبها إلى قدر من هذه الاعيان يعادل قيمة العقار الذي كان مرهوناً في الاصل، ويعين هذا القدر بأمر على عريضة، ويقوم الدائن المرتهن بأجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل اليه الرهن خلال تسعين يوماً من الوقت الذي يخطر فيه أي ذي شأن بتسجيل القسمة ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين)). ويصح بطريق القياس ان تتبع هذه الإجراءات في شأن كل تصرف آخر غير الرهن الرسمي، فإذا كان التصرف بيعاً وجب على المشتري ان يستصدر امراً على عريضة يعين فيها القاضي القدر الذي ينتقل اليه حق المشتري، ثم يقوم المشتري بتسجيل هذا الامر اذا كان الشيء عقاراً، وذلك في خلال تسعين يوماً من الوقت الذي يخطر فيه ذو شأن بتسجيل القسمة. فإذا تم التسجيل على هذا النحو استند اثره الى وقت تسجيل البيع، فلا تنفذ في حق المشتري التصرفات التي صدرت من البائع في الفترة ما بين تسجيل البيع وتسجيل الامر (27).

ويلاحظ أن المادة (2/826) مدني مصري تفترض ان تصرف الشريك ورد على جزء مفرز من العين الشائعة، ثم وقع في نصيبه عند القسمة جزء آخر من العين ذاتها. بينما تفترض المادة (1. 2/39) مدني مصري ان الرهن الذي عقده الشريك ورد على جزء مفرز من العين الشائعة، ثم وقعت في نصيبه عين أخرى تدخل ايضاً في نطاق المال الشائع. وهذا الاختلاف بين المادتين معقول. فكل تصرف فيما عدا الرهن لا يتحقق الحلول العيني في شأنه إلا بالنسبة الى جزء آخر من العين ذاتها، كان يبيع الشريك جزءاً مفرزاً من الارض الشائعة ثم يقع في نصيبه جزء اخر من الارض ذاتها. فإذا كان المال الشائع يشمل مثلاً منزلاً وقطعة ارض، ثم باع احد الشركاء جزءاً مفرزاً من الارض، ولكن وقع المنزل في نصيبه عند القسمة، فلا يصح ان ينتقل حق المشتري من الارض الى المنزل. اما إذا كان التصرف رهنأ فان الحلول العيني يتحقق في شأنه، ولو كانت العين التي وقعت في نصيب الراهن غير العين التي ورد عليها الرهن لان المهم في الرهن هو القيمة النقدية للشيء المرهون. ولكل ما تقدم نرى ان المشرع العراقي قد ذهب الى عكس ما اتجه اليه المشرع المصري فيما يتعلق بتصرف الشريك بجزء مفرز من المال الشائع فقضى بأن هذا التصرف لا يكون له اثر إلا اذا وقع الجزء المفرز في نصيب الشريك المشتاع (28).

27 د. اسماعيل غانم، حق الملكية، المصدر السابق، فقرة 77.

د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج8، في حق الملكية، المصدر السابق، فقرة 532، ص 876. 28 قضت محكمة التمييز الاتحادية ((...)) أن الأحكام الخاصة بالمال الشائع تقضي بعدم جواز المطالبة بإحياء المنشآت المحدث من قبل احد الشركاء إلا بعد إزالة الشبوع أو انتظار نتيجة القسمة العقار الشائع أن كان قابلاً للقسمة، لأن الشريك إذا تصرف في جزء من المال الشائع فلا يكون للتصرف اثر إلا إذا وقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب هذا الشريك (م 1. 62 مدني) وبذلك تكون الدعوى موجبة الرد لأقلمتها قبل أوانها ((...)) القرار المرقم 234/ استئنافية عقار / 2. 21/25. 9، النشرة القضائية، العدد الثامن، أب 2. 9، ص 48.

المطلب الثاني

حكم التصرف بالنسبة إلى الشركاء الآخرين

رأينا فيما تقدم حكم التصرف الصادر من الشريك المشتاع في جزء مفرز من المال الشائع فيما بين طرفيه، وذلك سواء كان هذا التصرف ببيع الجزء المفرز أو برهنه أو بترتيب حق عيني آخر عليه. أما بالنسبة للشركاء الآخرين فإن هذا التصرف لا ينفذ في حقهم لأن تصرف الشريك على هذا النحو فيه اعتداء على حقوقهم والشريك لا يحق له القيام بتصرف يترتب عليه المساس بحقوق بقيه الشركاء فإذا قام الشريك ببيع جزء مفرز دون إذن بقيه الشركاء جاز لهم رفع دعوى الاستحقاق على المشتري دون حاجة إلى انتظار نتيجة القسمة. وهذا الحكم هو تطبيق للقواعد العامة في الشيوخ. أما إذا أقر الشركاء الآخرين التصرف فإنه بإقرارهم له يصبح نافذاً. وإذا حصل أن خلصت ملكية العين الشائعة كلها للشريك المتصرف بأي سبب، كالبيع أو الهبة أو الميراث، استقر الأمر لمن صدر له التصرف وأمن التعرض من جانب الشركاء الآخرين، وإذا أجريت القسمة أو وقع الجزء المتصرف فيه في نصيب الشريك المتصرف، استقر الأمر أيضاً لمن صدر له التصرف (29).

هذا ويلاحظ أن الحكم الذي نص عليه المشرع المصري في المادة (826 ف2) من القانون المدني والذي أخذت به قسم من القوانين المدنية العربية كالقانون السوري في المادة (781) والمتضمن انتقال حق المتصرف إليه، من وقت التصرف إلى ما يقع في نصيب المتصرف من أموال أخرى غير المتصرف فيه عند القسمة هو حكم منتقد وغير منطقي من الناحية النظرية وغير مقبول من الناحية العملية. فمن الناحية النظرية يثور السؤال: ما هو الحق الذي ينتقل، وهو سؤال يستدعي السؤال عن ماهية حق المتصرف إليه قبل القسمة وهو الحق الذي يقال أنه انتقل ولا يصح أن يقال أنه حق عيني فهو ليس حق ملكية مفرزة ولا حق ملكية شائعة. ومن الناحية العملية ليس من المقبول أن يشتري شخص شيئاً معيناً بذاته، ويفرض عليه أن يمتلك شيئاً آخر حتى لو كان معادلاً للمبيع في القيمة، إذ قد لا يحقق الشيء الآخر الغرض الذي قصد إليه، حتى لو كان كل من الشئين جزء من كل، مثال ذلك أن يشتري شخص قطعة أرض ليبني عليها وهي جزء من أرض شائعة واسعة ولكنها قريبة من العمران، ثم يقع في نصيب البائع جزء آخر من هذه الأرض لكنه بعيد عن

29 قضت محكمة النقض المصرية ((...)) ومن حق الشريك على الشيوخ أن يبيع جزءاً مفرزاً من المال الشائع قبل إجراء القسمة ((نقض مدني 972/4/29 طعن 286 س 37 ق، 198/3/25، طعن 91. س 45 ق نقلاً عن د. أنور طلبه، المصدر السابق، ص 32. وقضت محكمة النقض النقض المصرية ((لما كان المقرر في قضاء هذه المحكمة عملاً بالمادة 2/826 من القانون المدني المصري أنه إذا كان البيع الصادر من أحد المشاعين قد انصب على جزء مفرز من العقار الشائع وتمت قسمته بعد ذلك بين الشركاء فإن القسمة تكون حجة على المشتري ولو لم يكن طرفاً فيها، ويترتب عليها في حقه ما يترتب عليها في حق المتقاسمين من انتهاء حالة الشيوخ واعتبار كل متقاسم مالكاً للجزء المفرز الذي وقع في نصيبه. ويتحدد بهذه القسمة مصير التصرف الصادر إليه فإذا وقع القدر المقرر المبيع له في نصيب الشريك البائع خلص له هذا القدر وإن لم يقع انتقال حقه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى البائع بطريق القسمة، وخلص القدر المبيع لمن خصص له في القسمة مطهراً من هذا التصرف وبذلك يصبح استمرار المشتري في وضع يده على هذا القدر مجرداً من السند ويكون لمن اختص به الحق في استلامه من تحت يد المشتري، كما يحق ذلك لمن اختص به ولو لم يسجل عقده ((بقرار ما نقض مدني 981/12/13 طعن 686 س 48 ق نقلاً عن د. أنور طلبه، المصدر السابق، ص 31.

العمران وقد لا يصلح للبناء عليه. وما يقال عن التصرف الذي من شأنه نقل ملكية يقال كذلك عن التصرف الذي يراد منه إنشاء حق عيني تبقي كالرهن مثلاً (30).

واننا نميل الى ما اتجه اليه المشرع العراقي في المادة (1/62 ف2) مدني، من ان التصرف يصح فقط اذا وقع الجزء محل التصرف في نصيب الشريك المتصرف بعد القسمة لان المتصرف اليه عندما اشترى الجزء المفروز محل التصرف كان رغبة منه في هذا الجزء لا في غيره ومن ثم فلا يجبر على ان يحل الجزء المفروز الذي آل الى الشريك المتصرف محل الجزء المتصرف فيه.

ولا يمكن للشريك الدفع بوجود قسمة المهيأة المكانية لتبرير تصرفه بالجزء الذي اقتطعه لنفسه، طالما لم تتحقق الشروط المنصوص عليها في القانون لهذه القسمة (31).

المبحث الثالث

تصرف الشريك في كل المال الشائع

ان حق الشريك في الشيوع هو حق ملكية بالمعنى الدقيق، وان هذا الحق ينتشر في كل المال الشائع وينصب على كل نره من نراته. إلا ان سلطة الشريك في مباشرة هذا الحق مقيدة بما للشركاء من حقوق تتزاحم معه على نفس المال، لذلك فانه لا يجوز لأحد الشركاء ان يتصرف مستقلاً في المال الشائع كله سواء كان ذلك تصرفاً مادياً او تصرفاً قانونياً من دون اذن باقي الشركاء الآخرين. اما الشريك المأذون فله الحق في ان يتصرف في المال الشائع في حدود الاذن ويستوي في ذلك ان يكون هذا التصرف مضراً او لم يكن كونه يُعد اصيلاً عن نفسه ووكيلاً عن شركائه الآخرين. وإذا لم يكن مأذوناً فليس له ان يجري أي نوع من انواع التصرف.

ونبحث حكم التصرف في العلاقة بين اطرافه وحكم التصرف بالنسبة الى الشركاء الآخرين وذلك في المطلبين الآتيين:

30. لقد تحاشى القانون المدني الكويتي هذه الانتقادات في المادة (829) التي جردت تصرف الشريك في جزء مفروز من المال الشائع من كل اثر فيما يتعلق بنقل الملكية وإنشاء الحقوق العينية الأخرى اذا لم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب الشريك المتصرف. وتقول المذكرة الإيضاحية الكويتية في هذا الصدد (ص 294) ((لم يأخذ المشرع بالحكم الوارد في القانون المصري والذي نقلته قوانين بعض البلاد العربية. وهو انتقال حق المتصرف إليه من وقت التصرف الى ما يقع في نصيب المتصرف من اموال أخرى غير المال المتصرف فيه عند القسمة)) انظر د. محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997، ص 131.

31. قضت محكمة التمييز ((... أن المميز عليه - المدعى عليه - دفع بوجود القسمة الرضائية بين الشركاء لتبرير استقلاله بالتصرف بسماحة أربعين دونم اقتطعها لنفسه من القطعة المشاعة موضوع الدعوى وتصرف فيها. وحيث ان المادة (11/271) من القانون المدني تشترط لأتمام القسمة الرضائية وجوب تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري وبدونه لا يكون الاعتداد بها قانوناً بما يستوجب رد دفعه المتقدم. وان مجرد سكوت المدعيتين السابق لإقامة الدعوى لا يخلل على وجود المهيأة المكانية بين الشركاء دون توفر شروطها المنصوص عليها في المادة (1/78) من القانون المدني، والتي من بينها قسمة المال الشائع مهايأة (إفرازة) فيختص كل منهم بمنفعة جزء مفروز يوازي حصته من المال الشائع (...)) القرار المرقم 213/موسعة أولى/87 - 88 في 3/ 1988/4، مجموعة الأحكام العنلية، العدد الثاني لسنة 1988، ص 5.

المطلب الأول

حكم التصرف في العلاقة بين اطرافه

للشركاء في المال الشائع ان يتصرفوا بالشئ كما يشاؤون، وهذا التصرف سواء كان مادياً او قانونياً لا بد من اجماع الشركاء عليه. والتصرف الصادر من جميع الشركاء تصرف ممن يملكون ابرامه، كما أنه لا يتضمن مساساً بحق أي شريك ما دام الشركاء جميعاً قد ارتضوا هذا، فإذا أقدم الشركاء على بيع المال الشائع كله او جزء منه فتصرفهم سليماً من الناحية القانونية ولا توجد مشكلة تثار بهذا الشأن إذ يستلم المشتري المبيع ان كان منقولاً، ويجب تسجيل المبيع في دائرة التسجيل العقاري ان كان المبيع عقاراً. اما اذا تصرف الشريك في المال الشائع كله كان باعاً او اجرة فان ذلك التصرف يبقى موقوفاً على اجازة الشركاء، فان اجازوه نفذ، وان لم يجيزوه نفذ في حصته هو وبطل في حصص الشركاء الآخرين وفي هذه الحالة سوف يكون للمشتري او المستأجر حق طلب فسخ العقد لعبب الغلط. اما بالنسبة لحكم القانون المدني المصري فانه طبقاً للمادة (446) منه، إذا تصرف الشريك في المال الشائع كله او في مقدار شائع يزيد على حصته في هذا المال سواء كان ذلك بالبيع او بالرهن او بإنشاء حق عيني آخر، فان تصرفه يكون صادراً من غير مالك بالنسبة الى ما زاد على حصته. فان كان التصرف الصادر من الشريك بكل المال الشائع بيعاً مثلاً، فانه يُعدّ بيعاً لملك الغير فيما يجاوز حصة الشريك البائع وبالتالي يحق للمشتري ان يطلب ابطال البيع دون انتظار نتيجة القسمة، ويمتد البطلان الى التصرف بأكمله اذا كان المشتري يجهل ان المال مملوكاً على الشيوع اذ يُعدّ قد وقع في غلط في صفة جوهرية للمبيع. كما ان البطلان يمتد الى التصرف بأكمله، اذا انصرفت إرادة المتعاقدين الى التصرف في المال باعتباره غير قابل للتجزئة وان المشتري لم يكن يرغب بشراء المال مجزأ. اما اذا كان المشتري عالماً بحالة الشيوع فان حقه في المطالبة بالأبطال يقتصر على ما يجاوز حصة الشريك البائع أي تنتقل إليه فقط حصة الشريك في المال الشائع مع مراعاة الأحكام الخاصة بالتسجيل، فإذا كان المبيع عقاراً أصبح المتصرف اليه شريكاً في المال الشائع ويؤخذ صوته عند القيام بأعمال إدارته بنوعها المعتادة وغير المعتادة⁽³²⁾. وإذا استطاع البائع ان يستخلص ملكية العقار الشائع كله كأن اشترى حصص الشركاء الآخرين، انتقلت ملكية العقار الشائع كله الى المشتري بالتسجيل. أما إذا لم يستطيع البائع استخلاص ملكية المال الشائع كله يكون للمشتري الحق في طلب فسخ البيع⁽³³⁾.

أما إذا رهن الشريك المال الشائع كله كان يكون عقاراً مثلاً فان الرهن يُعدّ موقوفاً ايضاً بالنسبة للنقد الزائد على حصة الشريك الراهن، ونافذاً في حدود حصته ويستطيع الشركاء الآخرون ان يطلبوا عدم نفاذ الرهن فيما زاد على حصة الراهن، ويستطيع الدائن المرتهن ان يطلب نقض الرهن للغلط اذا كان يعتقد ان الشريك الراهن يملك العقار المرهون ملكية مفرزة، اما إذا كان الدائن المرتهن يعلم بان الراهن يملك العقار على وجه الشيوع

32 د. احمد عبد المال ابو قرين، المصدر السابق، ص 197. د. علي حسون طه، الحقوق العينية الأصلية، بغداد، 1977، ص 1. 1.

33 د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ج8، المصدر السابق، فقرة 534 ص 879.

مع غيره من الشركاء فإن هذا الرهن يكون صحيحاً لأن الدائن المرتهن لا يستطيع نقضه للفظ، ولكن هذا الرهن لا ينفذ في مواجهة الشركاء الآخرين ويجب انتظار نتيجة القسمة، فإذا تمت القسمة ووقع العقار المرهون كله في نصيب الراهن أصبح الرهن باتاً وصار نافذاً في حق الراهن، أما إذا وقع في نصيب الشريك الراهن جزء مفرز من هذا العقار فحق الرهن يتحول إلى الحصة المفزة التي وقعت في نصيبه، أما إذا آل إلى الشريك الراهن مبلغ من النقود، فالدائن في هذه الحالة يستوفي حقه بالتقدم من هذه النقود، إن كان أجل دينه قد حل، أما إذا لم يحل أجل دينه فله أن يطلب من المحكمة الفصل في أمر أيداع المبلغ في حالة عدم الاتفاق على ذلك، وعلى المرتهن والراهن أن يتعاونوا على استغلاله في انفع الوجوه للراهن، حتى يحل أجل حق الدائن المرتهن فيستوفي حقه منه (34).

وإذا آل إلى الشريك الراهن منقولاً فالدائن المرتهن يفقد حقه في الرهن لأن العقار المرهون لم يقع في نصيب الشريك الراهن ولأن المنقول الذي وقع في نصيب هذا الشريك لا يصلح أن يكون محلاً للرهن التاميني (35). أما إذا كان المال المشاع منقولاً ورهنه أحد الشركاء رهنًا حيازياً وسلمه إلى المرتهن بدون أن الشركاء الآخرين، ولم يُجز الشركاء هذا الرهن فلهم أن يستردوا حيازتهم عليه من المرتهن لأنه يُعد غاصباً إذ إن القاعدة في الشريعة الإسلامية أن غاصب الغاصب في حكم الغاصب. وقد أخذ القانون المدني العراقي بقاعدة ((أن غاصب الغاصب في حكم الغاصب)) فقد نصت المادة (198 ف 1) على ((غاصب الغاصب حكمه حكم الغاصب فإذا غصب أحد من الغاصب المال المغصوب واتلفه أو تلف في يده فالمغصوب منه مخير أن شاء ضمنه الغاصب الأول وإن شاء ضمنه الغاصب الثاني. وله أن يضمن مقدراً منه الأول والمقدار الآخر الثاني فإذا ضمن الغاصب الأول. كان لهذا أن يرجع على الثاني. وإذا ضمن الثاني فليس له أن يرجع على الأول)). وبمقتضى هذا النص فإنه يصبح من حق الشركاء الذين لم يجيزوا رهن شريكهم للمال الشائع أن يستردوا حيازتهم عليه بمقدار حصصهم. ولكن قد يُقال إن القانون المدني العراقي قد أقر قاعدة ((الحيازة في المنقول سند الملكية)) فقد نصت المادة (1163) منه على ((من حاز وهو حسن النية منقولاً أو سنداً لحامله مستنداً في حيازته إلى سبب صحيح لا تسمع عليه دعوى الملك من أحد))، فإذا كان الحائز حسب هذا النص يستطيع كسب ملكية المنقول الذي وردت عليه الحيازة إذا كان حسن النية ويستند في حيازته إلى سبب صحيح فإنه من باب أولى يستطيع كسب حق عيني تبقي كالرهن لذلك يكون من حق الدائن أن يحتفظ بالمرهون إلى أن يستوفي الدين إذا ما توافرت شروط القاعدة لديه بأن حاز المرهون بحسن النية بالإضافة إلى السبب الصحيح، إلا أنه يُرد على هذا القول بأن النص المتقدم لم يكن واضحاً في شموله لحاله من يحوز المنقول بنية اكتساب حق عيني عليه غير حق الملكية كحق الرهن ومن ثم فإن الدائن المرتهن لا يستطيع التمسك بقاعدة الحيازة في

34. د. غني حسون طه والامتياز محمد طه البشير، المصدر السابق، ص 393.

35. د. شاكر ناصر حيدر، الوسيط ج 1، المصدر السابق، ص 467.

المنقول سند الملكية⁽³⁶⁾. وهذا عكس ما اتجه اليه المشرع المصري إذ نصت المادة (967 ف 2) من القانون المدني المصري على ((من حاز بسبب صحيح منقولاً او حقاً عينياً على منقول او سند لحامله فانه يصبح مالكا له اذ كان حسن النية وقت حيازته)). وائنا نرى ضرورة ان يحذو المشرع العراقي حذو المشرع المصري وينص صراحة على حالة حيازة المنقول بنية اكتساب حق عيني اخر غير الملكية عليه كحق الرهن . وقد أتفق الفقه المصري على انه في حالة رهن ملك الغير رهنا حيازياً بدون اذنه فيكون من حق الدائن المرتهن والذي توافرت لديه شروط قاعدة ((الحيازة في المنقول سند الملكية)) ان يتمتع عن رد المرهون الى مالكه حتى يستوفي دينه⁽³⁷⁾.

ثانياً :- حكم التصرف بالنسبة للشركاء الآخرين .

تصرف احد الشركاء في كل المال الشائع لا يكون نافذاً بالنسبة إلى الشركاء الآخرين فيما يتعلق بالقدر الزائد على حصة الشريك المتصرف وذلك سواء على اساس حكم المادة (446) مدني مصري او على اساس القواعد العامة في الشيوع والتي تقضي بانه ليس للشريك ان يأتي عملاً فيه مساس بحقوق الشركاء الآخرين . ويحق للشركاء ان يرفعوا دعوى بتثبيت ملكياتهم وعدم نفاذ البيع فيما زاد على حصة الشريك البائع دون انتظار نتيجة القسمة وهذا هو موقف القضاء في مصر . فكل شريك ان يطالب باستحقاق نصيبه في مواجهة المتصرف إليه إذ ان التصرف الصادر من شريكه لا يحتج به عليه . ويكون للمشتري حق ابطال البيع لجميع المال اذا كان يجهل ان المتصرف لا يملك العين المتصرف بها مفرزة على اساس الغلط ويسري هذا الحكم على الرهن ايضاً⁽³⁸⁾. ويُعد الشركاء من الغير في التصرف الذي يصدر من الشريك في كل المال الشائع وذلك بالنسبة إلى حصصهم الشائعة في هذا المال ولكن التصرف ينفذ في حقهم بالنسبة الى الحصة الشائعة التي للشريك البائع ومن ثم يحل المشتري محل الشريك البائع في هذه الحصة ويصبح شريكاً في الشيوع مع سائر الشركاء , وليس للشريك من هولاء ان يتعرض للمشتري في حصته الشائعة ولا ان يطلب ابطال البيع في هذه الحصة ولا ان يدعى الاستحقاق فيها⁽³⁹⁾. ويرى الاستاذ السنهاوري انه اذا باع الشريك كل المال الشائع، وكان المشتري يعلم وقت البيع ان للبائع شركاء في المال المبيع، ولم يستطع ان يستخلص ملكية كل هذا المال، كان للمشتري الحق في طلب فسخ البيع، اما اذا كان المشتري وقت البيع يعتقد ان المال مملوك للبائع وحده، فإن البيع يكون قابلاً للابطال في حصة الشريك البائع للفظ الجوهرى، وفي حصص سائر الشركاء لان بيع الشريك لها هو بيع لملك الغير⁽⁴⁰⁾.

ويتضح مما تقدم بان الشريك في الشيوع لا يستطيع ان يتصرف في المال الشائع كله من دون اذن بقية الشركاء الآخرين لان كل شريك يُعد اجنبياً في حصة الآخر فان فعل ذلك وتصرف في المال الشائع كان فضولياً

36 د. عبد الفتاح عبد الباقي، التأمينات العينية، بغداد، 195، ص 532 .

37 د. محمد كامل مرسى، التأمينات العينية، القاهرة، 1951، ص 376 .

38 د. عبد المنعم البدر اوي، الحقوق العينية الأصلية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1956، ص 165 .

39 د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج8، المصدر السابق،قرة 535، ص 88 .

40 د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر نفسه، قرة 534، ص 878 - 879 .

ويكون حينئذ تصرفه موقوفاً على إجازة الشركاء فان أجازوه غُذ تصرفاً صحيحاً ونافذاً في حقهم وان لم يجيزوه بطل بالنسبة إلى حصصهم ونفذ في حصة الشريك المتصرف.

الخاتمة

بعد الانتهاء من بحث أثر الشيوع في تقييد سلطة التصرف القانوني للشريك في المال الشائع، نورد أهم النتائج والمقترحات التي نراها جديرة بالأخذ من قبل المشرع، وعلى النحو الآتي :-

أولاً:- النتائج.

- 1- ان سلطة التصرف الممنوحة للشريك في الملكية الشائعة لا تختلف من حيث الجوهر عن سلطة التصرف في الملكية المفردة ولكن الاختلاف من حيث النطاق والتقييد . إذ ان سلطة الشريك في التصرف القانوني مقيدة بحقوق غيره من الشركاء معه في نفس المال الشائع حيث ان لكل منهم حصة رمزية شائعة في كل ذرة من ذرات المال الشائع دون ان يتحدد حق كل منهم بجزء مادي مفرز . في حين ان المالك ملكية مفردة يستأثر وحده بالشيء محل الملكية دون مزاحمة من احد ودون ان يتقيد بالقيود التي يتقيد بها المالك ملكية شائعة .
- 2- ان تراحم الشركاء بسلطاتهم المتماثلة ومنها سلطة التصرف القانوني على الشيء محل الملكية الشائعة وتقييد كل واحد منهم اثناء ممارسة سلطته بحقوق الشركاء الآخرين، هو السبب في كافة المشاكل التي تثار بين الشركاء وهذا ما يجعل الملكية الشائعة اردأ انواع الملكية .
- 3- يُعد كل شريك في المال الشائع مالكاً لحصته الشائعة ملكاً تاماً لذلك يستطيع كأصل عام التصرف فيها بجميع انواع التصرفات القانونية دون حاجة الى اذن بقية الشركاء شريطة ان لا يضر بأي وجه من الوجوه بحقوق شركائه الآخرين، كما ان الشريك يعد في ذات الوقت اجنبياً عن حصص بقية الشركاء . لكن عندما يقال ان الشريك اجنبي في حصص الشركاء الآخرين فانه لا يقصد بذلك معنى الغير عن العقد . فالشريك المشتاع لا يعد غيباً بمفهوم الغير عن العقد لان الغير عن العقد هو من لا يتأثر بالحقوق والالتزامات التي يولدها العقد في حين ان الشريك يتأثر بالتصرف القانوني الذي يبرمه بقية الشركاء كما توجد بين الشركاء علاقات تعاون في استعمال واستغلال المال الشائع وإدارته، وان ذلك يتم في كثير من الاحيان من خلال تصرفات قانونية .
- لكن المقصود بالصفة الأجنبية ان الشريك لا يستطيع التصرف بحصة أي شريك دون اذن هذا الشريك .
- 4- اذا كان الأصل ان الشريك يملك حصته ملكاً تاماً لذلك يستطيع ان يتصرف بها بأي نوع من انواع التصرفات القانونية إلا ان هذا الأصل مقيد غير مطلق . فطبيعة الشيوع تقييد سلطة الشريك في ابرام تصرفات قانونية معينة على حصته الشائعة لان الآثار التي ترتبها هذه التصرفات (الحقوق) لا يمكن ان ترد إلا على جزء مفرز لا على حصة شائعة من ذلك ان الشريك لا يستطيع ابرام تصرف قانوني يرتب حق مساطحة او حق ارتفاق على حصته الشائعة لان حق المساطحة وكذلك حق الارتفاق يقتضي مباشرة اعمال (المرور، شق

ساقية، إقامة بناء . . الخ) لا يمكن مباشرتها إلا على عقار مفرز لا على حصة شائعة فيه . كما ان هناك تصرفات قانونية وان كان من الناحية النظرية يمكن ابرامها إلا أن طبيعة الشيوع تجعل ابرامها نادراً من الناحية الواقعية نظراً لما يتطلبه ابرام هذه التصرفات من شروط تستعصي أحياناً على طبيعة الملكية الشائعة من ذلك رهن الحصة الشائعة رهنأ حيازياً، فبالرغم من ان مشرع القانون المدني اجاز بنص صريح رهن الحصة الشائعة إلا ان من النادر ابرام رهن على الحصة الشائعة من الناحية العملية ذلك لان ابرام الرهن الحيازي يقتضي تسليم المرهون الى الدائن المرتهن او الى يد عدل ومن الناحية العملية من المتعذر تسليم الحصة الشائعة المرهونة لان الحصة الشائعة لا تتحدد في جزء مادي مفرز انما تنتشر في كل المال الشائع وإذا سلم المال الشائع الى الدائن المرتهن او الى يد العدل كان التسليم وارداً على حصة الشريك الراهن وحصص الشركاء الآخرين التي يفترض ان لا يتعدى الرهن إليها . ورغم تقديم الفقهاء حلولاً عملية للتغلب على صعوبة تسليم الحصة الشائعة المرهونة، إلا ان هذه الصعوبة المتأصلة من طبيعة الشيوع تحد إلى حد كبير من امكانية رهن الحصة الشائعة رهنأ حيازياً .

5- لا يجوز للشريك ان يتصرف بجزء مفرز من المال الشائع حتى لو كان هذا الجزء يعادل من حيث القيمة حصته الشائعة لانه حسب طبيعة الملكية الشائعة حق الشريك المشتاع لا يتركز في هذا الجزء المعين الذي يتصرف فيه انما ترد ايضاً على هذا الجزء حقوق الشركاء الآخرين أي الحصص الشائعة لبقية الشركاء . فيكون الشريك قد تصرف في ملك الغير بقدر ما للشركاء الآخرين من حصص في هذا الجزء . واستناداً الى القواعد العامة يكون هذا التصرف قبل القسمة موقوفاً على اجازة الشركاء الآخرين فان اجازوه اعتبر تصرفاً صحيحاً وناظراً في مواجهتهم وان طالبوا باطلاله حكم باطلاله دون حاجة الى انتظار نتيجة القسمة . أما إذا لم يصدر من الشركاء اجازة او ابطال لهذا التصرف فان حكم التصرف يكون موقوفاً على نتيجة القسمة حسب ما نصت عليه المادة (1. 62 ف2) مدني عراقي. فإذا اجريت القسمة ووقع الجزء المتصرف فيه في نصيب الشريك المتصرف صح التصرف وان وقع هذا الجزء في نصيب غيره بطل التصرف . ونرى أن حكم القانون المدني العراقي يفضل من الناحية العملية حكم المادة (826 ف2) مدني مصري الذي قضى بانتقال حق المتصرف إليه إلى الجزء الذي آل إلى الشريك بطريق القسمة وأن لم يكن هو الجزء الذي تصرف به قبل القسمة وذلك في حدود القدر الذي حصل التصرف فيه، ذلك لأن المتصرف إليه عندما اشترى الجزء المفرز محل التصرف كان رغبةً منه في هذا الجزء لا في غيره ومن ثم من غير المنطقي أن يُجبر على القبول بشي آخر وأن كان مساوياً له في القيمة .

6- رغم ان الشريك يملك حصة شائعة في كل المال الشائع إلا انه لا يستطيع التصرف في المال الشائع كله دون اذن بقية الشركاء، لانه حسب طبيعة الملكية الشائعة يكون تصرفه هذا تصرفاً في ملك الغير فيما زاد على حصته . وحكمه هو ان يكون موقوفاً على اجازة الشركاء فان اجازوه غد تصرفاً صحيحاً وناظراً في مواجهتهم وان لم يجيزوه بطل بالنسبة إلى حصصهم ونفذ في حصة الشريك المتصرف .

7- لا يقيد الشيوع التصرف القانوني الذي يتم باتفاق جميع الشركاء . فمثل هذا التصرف يكون صحيحاً وناظراً سواء ان كان محله الشيء الشائع كله او جزء مفرز منه او حصة شائعة فيه وسواء كان التصرف بنقل الملكية او بترتيب حق عيني اصلي او تباعي .

ثانياً :- المقترحات

نقترح على المشرع العراقي الأخذ بالحكم الذي قرره المادة (832) مدني مصري، بالسماح للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة ارباع المال الشائع بالتصرف في المال الشائع او بجزء مفرز منه إذا استندوا في هذا التصرف الى اسباب قوية على ان يسمح للأقلية المعترضة بمراجعة المحكمة خلال شهرين من تاريخ اعلانهم بهذا التصرف، ويكون للمحكمة المختصة تبعاً للظروف ان تلغي هذا التصرف او تقره . وما يبرر الأخذ بهذا الحكم انه قد يتعذر في كثير من الاحيان اجماع الشركاء على التصرف في المال الشائع مع قيام اسباب قوية تستدعي مثل هذا التصرف، كأن يتطلب تعميم المال الشائع واستثماره مبالغ يعجز عن توفيرها الشركاء وتكون القسمة العينية في ذات الوقت ضارة بالشركاء، مع قيام فرصة بيع المال الشائع بما يعود على الشركاء بالربح . ومثال هذه الاسباب والظروف التي تستدعي ابرام تصرف معين على المال الشائع ايضاً، احتياج المال الشائع الى تعميم ولا توجد طريقة لتأمين نفقات الاعمار إلا عن طريق الاقتراض بضمان المال الشائع مما يقتضي رهن المال الشائع . علماً انه لا يوجد في تقرير هذا الحكم أي ضير على الأقلية التي تستطيع اللجوء الى المحكمة اذا ما وجدت ان التصرف ضار بمصالحها للاعتراض على هذا التصرف، وللمحكمة ان تقرر اقرار هذا التصرف اذا وجدت ان هناك اسباباً قوية تستدعي القيام به او تقرر ابطال هذا التصرف اذا وجدت ان ليس هناك ما يبرره . بل ان للمحكمة ان تستجيب لطلب القسمة إذا وجدت أن القسمة لا تضر بمصلحة الشركاء .

قائمة المصادر

- 1- د. احمد عبد العال ابو قرين، حق الملكية في الفقه والقضاء والتشريع، ط1، القاهرة، 1999.
- 2- د. اسماعيل غانم، الحقوق العينية الاصلية، حق الملكية، ج1، مكتبة عبد الله وهبه، 1959.
- 3- د. انور طلبه، الملكية الشائعة، الناشر المكتب الجامعي، الازاريطه، الاسكندرية، 2. . 4 .
- 4- د. حسن كيره، اصول القانون المدني، ج1: الحقوق العينية الاصلية، أحكام حق الملكية، ط2، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1965 .
- 5- د. سعيد مبارك، الحقوق العينية الاصلية، شركة الطباعة والنشر، بغداد، 1973 .
- 6- د. شاكر ناصر حيدر، الوسيط في الحقوق العينية الاصلية، ج1، بحث مقارنة مع الشريعة الاسلامية، 1959 .
- 7- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج8، حق الملكية، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، 2. . . .

- 8- د. عبد الفتاح عبد الباقي، التأمينات العينية، بغداد، 195. .
- 9- د. عبد المنعم البدر اوي، الحقوق العينية الاصلية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1956 .
- 10- د. عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الاصلية دراسة مقارنة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1982 . 2 . 5 .
- 11- د. علي هادي العبيدي، الحقوق العينية الاصلية، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، مطبعة الارز، عمان، 2. . . .
- 12- د. غني حسون طه، الحقوق العينية الاصلية، بغداد، 1977 .
- 13- د. غني حسون طه والاستاذ محمد طه البشير، الحقوق العينية الاصلية، ج1، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 1982 .
- 14- د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني، الحقوق العينية، ج2: أنواع الملكية، الحقوق المتفرعة عن حق الملكية، تنقيح المستشار محمد علي سكيكر والمستشار معتز كامل مرسي، طباعة شركة الجلاء، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية، 2 . 5 .
- 15- د. محمد كامل مرسي، التأمينات العينية، القاهرة، 1951 .
- 16- د. محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997.