

الشيوع العقاري في القانون العراقي.  
*Real estate communism in Iraqi law.*  
بحث مشترك مقدم من قبل  
الاستاذ الدكتور محمد صادقي  
الباحث عبد الهادي عدنان هادي  
جامعة المصطفى العالمية – قم / جمهورية ايران

### الخلاصة.

عرفت المادة (138) من مجلة الأحكام العدلية المشاع بأنه: "ما يحتوي على حصص شائعة كالنصف والربع والسدس وغير ذلك من لخصص السارية إلى كل جزء من أجزاء المال منقولاً كان أم غير منقول، ولقد سميت الحصة السارية في المال المشترك حصة شائعة وذلك لعدم تعيينها في أي قسم من أقسام المال الشائع.

الملكية الشائعة وسط بين الملكية المفروزة والملكية المشتركة إذ أن الحصة التي يملكها الشريك في الشيوع شائعة في كل المال وليس في جزء عين منه ، وهذا ما يميز الملكية الشائعة عن الملكية المفروزة والشيء المملوك على الشيوع لا يملكه الشركاء مجتمعين بل يملك كل شريك حصة فيه وهذا ما يميز الملكية الشائعة عن الملكية المشتركة وتمثل حصة الشريك فيه بكسر حسابي كالربع أو الثلث أو النصف كما عرفت المادة 713 ق م ج وهي تقابل المدة 825 مدني مصري الشيوع بقولها : « إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً وكانت حصة كل منهما فيه غير مفروزة فهم شركاء على الشيوع وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقم دليل على غير ذلك »

الكلمات المفتاحية: الشيوع ، العقاري ، حق الملكية، القانون العراقي .

### Abstract.

Article (138) of the Code of Judicial Judgments al-Masha' defined it as: "What contains common shares such as one-half, one-fourth, one-sixth and other shares valid to each part of the money, whether or not movable, and the current share in the joint money was called a common share because it was not specified. In any section of common money

Common ownership is a middle ground between separate ownership and joint ownership, as the share owned by a common partner is common in all the money and not in a specific part of it. Distinguishes common ownership from joint ownership, and represents the partner's share in it with an arithmetic fraction such as a quarter, a third or a half, as defined by Article 713 BC, which corresponds to the period of 825 Egyptian common civilians by saying: The shares shall be considered equal if there is no evidence to the contrary".

**Keywords:** commonality, real estate, property right, Iraqi law.

**المقدمة .**

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على اشرف الخلق والمرسلين ابا القاسم محمد وعلى اله وصحبه الأطهار المنتجبين ، وبعد .

**اولا / موضوع البحث .**

الشيوع العقاري فهو ذلك الشيوع الذي لا يقبل القسمة فيه بالنظر للغرض الذي اعد له هذا المال ويجب ان يبقى شيوعه على الدوام ويدرس البحث الحالي الشيوع العقاري في القانون العراقي .

**ثانيا / اهمية البحث .**

إن الأصل في الملكية أن تثبت لشخص واحد على الشيء فيقال لها ملكية مفرزة ، ولكن قد تثبت لأكثر من شخص على نفس الشيء ويقال لها ملكية شائعة

**ثالثا/ سبب اختيار البحث .**

الملكية الشائعة وسط بين الملكية المفرزة والملكية المشتركة إذ أن الحصة التي يملكها الشريك في الشيوع شائعة في كل المال وليس في جزء عين منه ، وهذا ما يميز الملكية الشائعة عن الملكية المفرزة والشيء المملوك على الشيوع لا يملكه الشركاء مجتمعين بل يملك كل شريك حصة فيه وهذا ما يميز الملكية الشائعة عن الملكية المشتركة وتمثل حصة الشريك فيه بكسر حسابي كالربع أو الثلث أو النصف كما عرفت المادة 713 ق المدني العراقي وهي تقابل المدة 825 مدني مصري الشيوع بقولها : « إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً وكانت حصة كل منهما فيه غير مفرزة فهم شركاء على الشيوع وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقم دليل على غير ذلك »

**رابعاً / نطاق البحث .**

ان الشيوع العقاري يمكن ان يكون في حق الملكية وحق المنفعة وحق الاستعمال والسكنى وحق المساحة والاجارة الطويلة وكون حق الملكية هو ابرز هذه الحقوق فسيكون نطاق بحثنا يدور حوله

**رابعاً / منهج البحث .**

سنحاول معالجة الموضوع من خلال اتباع اسلوب الدراسة المقارنة وكذلك اسلوب تحليل الاراء الفقهية والنصوص القانونية

**خامساً / خطة البحث .**

سنتناول الموضوع من خلال خطة علمية مكونة من مبحثين يكون الاول تحت عنوان مفهوم الشيوع العقاري الذي يتكون من مطلبين الاول يتضمن تعريف الشيوع العقاري والثاني تمييزه عما يشته به اما المبحث الثاني فيكون تحت عنوان احكام الشيوع العقاري الذي ينقسم بدوره الى مطلبين نتناول في الاول اثار الشيوع العقاري وفي الثاني انقضائه وسنختتم البحث بخاتمة تتضمن اهم النتائج والمقترحات

**المبحث الاول/ مفهوم الشيوع العقاري.**

الشيوع العقاري هو ما يحتوي على حصص شائعة كالنصف والربع والسدس وغير ذلك من لخصص السارية إلى كل جزء من أجزاء المال ، ومن هذا الفهم فقد جاء المبحث الاول بثلاثة مطالب ، المطلب الاول تضمن تعريف الشيوع والمطلب الثاني تضمن مصادر الشيوع العقاري والمطلب الثالث تضمن تمييز الشيوع العقاري عما يشته به وكالاتي:

**المطلب الأول / تعريف الشيوع العقاري.**

الشيوع العقاري فهو ذلك الشيوع الذي لا يقبل القسمة فيه بالنظر للغرض الذي اعد له هذا المال ويجب ان يبقى شيوعه على الدوام حيث ان ازالة شيوعه تؤدي الى الاضرار بمصالح الشركاء وتعطيل الانتفاع به، ومن هذا المنطلق قسمت المطلب الاول الى فروع :

**الفرع الاول / الشيوع العقاري لغة .**

شَاعَ الخَبْرُ في النَّاسِ يَشِيْعُ شَيْعاً بِالفَتْحِ وَشُيوعاً بِالضَّمِّ وَمَشَاعاً بِالفَتْحِ وَشَيْعُوَةً كَدَيْمُوَةً وَشَيْعَاناً مُحَرَكَةً اقْتَصَرَ الجَوْهَرِيُّ منها على الرَّابِعِ فهو شَائِعٌ : ذَاعَ وَفَشَا وَظَهَرَ وَانْتَشَرَ وَقَوْلُهُمْ (1) : هَذَا خَبْرٌ شَائِعٌ وَقَدْ شَاعَ في النَّاسِ معناه : قد انْصَلَّ بِكُلِّ أَحَدٍ فَاسْتَوَى عِلْمُ النَّاسِ به ولم يكن علمه عند بعضهم دون بعض .

شائع وشاع ومُشاع: غير مقسوم الثاني مقلوب كما يُقال: سائر الشيء وسارُهُ قاله الجوهري قال ابن بري: وشاهده قول ربيعة بن مَروم: "له رَهَجٌ من التَّقريبِ شاعُ أي شائعٌ ومثله: "خَفَضُوا أَسِنَّهُمْ فَكُلُّ نَاعٍ أي ناعٍ. ويُقال: ما في هذه الدَّارِ سَهْمٌ شائعٌ أي مُشتهرٌ ومُنْتَشِرٌ ونصيبُ فلانٍ في جميع هذه الدَّارِ شائعٌ ومُشاعٌ أي ليس بمقسوم ولا بمعزول. يُقال: هذا شَيْعٌ هذا أي شَوْعُهُ أو مِثْلُهُ الأخير قولُ أبي عبيدٍ. والشَيْعُ: المقدارُ يُقال: أقام فلانٌ شهراً أو شَيْعَهُ. نقله الجوهري أي مقدارَه أو قريباً منه. أَسَنَدَتْ الرَّكْبُ عن أشياءهم خيراً... أم راجع القلب من أطرايه طربُ وقال تعالى: "إن الذين فرَّقوا دينهم وكانوا شيعاً" أي فرَّقاً مُختلفين كلُّ فرقةٍ تُكْفِرُ الفرقةَ المُخالفةَ لها يعني به اليهود والنصارى. (2) وشِعَتْ بالشيء كبعثت: أدعته وأظهرته هكذا في النسخ: بالشيء ومثله في العباب والأولى بالسُّرِّ كما في اللسان كأشعته وأشعت به قال الطُّرْمَاحُ: جرى صَبِياً أدَّى الأمانةَ بَعْدَما... أشاع بلوماه عليّ مُشيعُشعت الإناء شيعاً: ملأته فهو مُشيعٌ كَمبيعٍ ومنه: هو صبُّ مُشيعٍ للحدود كما سيأتي. (3)

والشيوخ: يُطلق على الشيء غير المميز، أو على الذي لم يُعزل عن غيره ويكون مختلطاً بأجزاء أخرى، يقال فلان نصيبه في الشيء شائع ومشاع أي غير محدد وغير معزول عن غيره، قال أبو سعيد: هما متشايعان ومتشاعان في دار أو في أرض إذا كانا شريكين، ومنه قيل سهم شائع كأنه ممتزج لعدم تميزه. (4)

#### الفرع الثاني/ الشيوخ العقاري اصطلاحاً.

عرفت المادة (138) من مجلة الأحكام العدلية المشاع بأنه: "ما يحتوي على حصص شائعة كالنصف والربع والسدس وغير ذلك من لخصص السارية إلى كل جزء من أجزاء المال منقولاً كان أم غير منقول" (5).

ولقد سميت الحصة السارية في المال المشترك حصة شائعة وذلك لعدم تعيينها في أي قسم من أقسام المال الشائع.

وقد عرفت المادة (139) من المجلة الحصة الشائعة: "بأنها الحصة السارية إلى كل جزء من أجزاء المال المشترك، فالحصة السارية هي الحصة الشائعة أو المشاعة ومجموع الحصص المشتركة لا يعد مشاعاً، فالمزرعة المشتركة من حيث كل حصة على حدة مشاعة، ومن حيث مجموع الحصص غير مشاعة بل مشتركة بين الشركاء".

وقد عرفها - الملكية الشائعة - بعض المحدثين بقوله: "هي ما تعلق بجزء نسبي غير معين ومحدد، وتكون كل ذرة من المال الشائع مشتركة بين جميع الشركاء فإذا كانت الدار مثلاً مشتركة بين خمسة أشخاص فإن لكل واحد منهم الخمس في كل ذرة من ذراتها دون الاستثناء بنصيب معين منها" (6).

الشيوخ العقاري: وهو الشيوخ المؤبد الذي أشارت إليه المادة 1081 من قانون المدني العراقي، والشيوخ لا يكون إجبارياً مؤبداً إلا بناءً على الغرض الذي أعد له المال المشاعر، والشيوخ العقاري، أما أن يكون بصفة أصلية أو تبعية، ويختلف الشيوخ العقاري عن الشيوخ العادي من ناحية الغرض الذي أعد له الشيء الشائع، فإذا كان الغرض دائماً كان الشيوخ إجبارياً.

الشيوخ العقاري الأصلي: يتحقق هذا الشيوخ بالنسبة للأشياء التي تخصص، وتكون مستقلة لخدمة أو أستعمال جماعة من الأفراد بصورة دائمة كمدافن الأسرة ووثائقها وصورها. (7)

الشيوخ العقاري التبعي: ويقوم إذا كان المال المشاع عبارة عن أموال غير منقولة مخصصة لأستعمال أموال أخرى غير منقولة مملوكة لملاك مختلفين وتمتزة بعضها عن بعض ومن أمثلتها: الطرق المشتركة و الممرات والسواقي وكذلك الحائط المشترك.

أن هذا النوع من الشيوخ هو الأكثر أهمية من الناحية العملية، وقد نظم المشرع حالتين من حالات الشيوخ العقاري التبعي:

#### 1- الحائط المشترك 2- الطريق الخاص المشترك

للمقارنة بين الشيوخ العادي والشيوخ العقاري، يمكن أن تكون:

- 1- القسمة في الشيوخ العادي ممكنة دائماً، أما في الشيوخ العقاري فليس للشركاء طلب القسمة.
- 2- حصة الشريك في الشيوخ العادي يجوز للشريك التصرف فيها والتنازل عنها وتقرير الحقوق العينية عليها، أما الشيوخ العقاري فلا يجوز التصرف فيها أو تقرير حق من الحقوق العينية عليها أو حجزها.

3- حقوق الشركاء في الشيووع العقاري أوسع من حقوق الشركاء في الشيووع العادي ، فقد جعل القانون حق لكل شريك في الشيووع العقاري الحق في أستعمال الشيء الشائع على نحو لا يتعارض مع الغرض الذي أعد له ولا يضر بالشركاء.<sup>(8)</sup>

4- يجوز لكل شريك في الشيووع العقاري إتخاذ الوسائل اللازمة للمحافظة على الشيء المشترك ولو بدون أن بقية الشركاء ، كما في الشيووع العادي وله أيضاً ، أن يحدد المال المشترك وأن يصلحه.<sup>(9)</sup>

5- أن نفقات تجديد المال المشترك ( الشيء الشائع) ، فيقاس حسب تقدير المشرع العراقي على نفس نفقات حفظ المال الشائع عادياً أي أن الشريك يرجع على سائر الشركاء كلاً بقدر حصته ، وهذه تطبق بالنسبة لنفقات الحائط المشترك ، أما القاعدة الأخرى لتحمل النفقات هي الأشتراك في تحمل النفقات بنسبة قيمة ملكية الشركاء من ملكيات مفرزة والتي أعد الشيء الشائع لخدمتها.<sup>(10)</sup>

و الشيووع العقاري فهو ذلك الشيووع الذي لا يقبل القسمة فيه بالنظر للغرض الذي أعد له هذا المال ويجب ان يبقى شيووعه على الدوام حيث ان ازالة شيووعه تؤدي الى الاضرار بمصالح الشركاء وتعطيل الانتفاع به. فالقسمة تؤدي الى فوات المنفعة المقصوده ومثال الحائط المشترك والطريق الخاص المشترك والقنطرة المشتركة والابار ومخازن القاذورات المشتركة لعدة طوابق او المشتركة لعدة عقارات ومسالة كون الشيووع اجباري من عدمه مساله وقائع يعود تقديرها لقاضي الموضوع ونتيجة التطور الاقتصادي والاجتماعي فقد ظهر للواقع انواع جديده من هذا الشيووع كملكية الطوابق والشقق غير تلك التي ذكرها القانون المدني العراقي الذي لا يعرف الا الشيووع العادي. ففي الشيووع العادي الملكية الشائعة هي تلك الملكية التي تثبت لمجموعة اشخاص على الشيء ذاته من غير تخصيص بجزء مادي معين لاي منهم وانما يكون لكل منهم حصه شائعة فيه يرمز اليها بنسبه حسابيه كالنصف والثالث. فنصيب كل منهم يتحدد ماديا لا معنويا وهي ترد على المنقول وعلى كافة الحقوق العينيه الاخرى وتحول صاحبها كافة صلاحيات المالك من تصرف واستغلال واستعمال دون ان يكون هناك جزء مفرز يختص به اما الشيووع العقاري

هو تلك الملكية التي تعود لعدة اشخاص والتي لا يمكن قسمتها بينهم بالنظر للغرض الذي أعد من اجله هذا المال الشائع. حيث ان قسمته تؤدي الى فوات المنفعة المقصوده. والشيووع العقاري اما ان يكون اصليا وهو ذلك المال الذي يختص لخدمة مجموعه من الاشخاص أي لا يكون تابعا للعقار وتبعيا وهو الذي يخصص لخدمة عدة عقارات وتعود لعدة من المالكين يملكونها ملكيه مفرزه والمال الشائع تابع لهذه العقارات ومخصص لخدمتها وعليه فان الشيووع العادي يختلف عن العقاري. في جواز القسمة فيه. وفي الشيووع العقاري لا يجوز التصرف في العقار الا مع الاجزاء المشتركة بخلاف الشيووع العادي. حيث ان التصرف في الشيووع العقاري يكون نتيجة للتصرف بالمال الشائع كون هذا المال يعتبر من الملحقات الضرورية للعقار. وهو لا يستطيع التصرف والانتفاع بالطريق المشترك كما ان الشيووع العقاري دائم وتقتضيه مصلحة الشركاء بخلاف الشيووع العادي الذي الاصل فيه انه مؤقت وتتعارض فيه مصالح الشركاء وفي الشيووع العادي لكل شريك التصرف في حصته بخلاف الحال في الشيووع العقاري. كما ان حق الشريك في الشيووع العقاري اوسع منه مدى ونطاقا من الشيووع العادي. وذلك لتسهيل الانتفاع به. اذ للمالك في الشيووع العقاري اجراء بعض التعديلات وعلى نفقته الخاصه شرط ان لا يضر بالآخرين وان لا يخرج المال عن غرضه الذي أعد من اجله وقد قضت محكمة التمييز بانه "1- لا يجوز ازالة شيووع العماره قسمة اذا بقيت المرافق العامه والارض والمساعد وقواعد الارضيات مشتركه بين الطوابق التي تقسم فيها العماره" كما ان الشيووع العقاري افضل من الشيووع العادي حيث انه يؤدي الى حسن الانتفاع بالاموال وتداولها ويحقق اغراضا اجتماعيه اكثر مما يحققه الشيووع العادي.<sup>(11)</sup>

وفي نهاية المطاف يمكن ان نعرف الشيووع العقاري بانه ثبوت حث عيني لاكثر من شخص واحد على مال عقاري.

#### المطلب الثاني / مصادر الشيووع العقاري.

التطابق في العقود وعدم الدقة في التعبير عن معنى الارتباط بين أطراف العقد، إلا أنها تضيف إضافة مهمة للتعريف، وهي التنبيه على أن العقد كما أنه يتكون بارتباط إرادتين، فإنه يمكن أن يتكون بارتباط أكثر من إرادتين يكون للشيووع العقاري مصادر عدة نتناولها تباعا من خلال الفروع الاتية :

## الفرع الأول / العقد.

عرّف القانونيون العقد بأنه هو: "توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني"<sup>(12)</sup>، وعرّفوه كذلك بأنه: "توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معيّن"<sup>(13)</sup>. وعرّفوه كذلك بأنه: "اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر، نحو شخص آخر أو أكثر، بإعطاء شيء، أو بفعله، أو الامتناع عن عمل شيء"<sup>(14)</sup>. يُلاحظ أنّ كلمة "توافق" الواردة في التعريفين الأولين غير دقيقة في التعبير عن حقيقة معنى العقد، فإنّ الإرادتين قد تتوافقان وتتجهان نحو إحداث الأثر القانوني، ولكن قد لا يحدث الترابط بينهما، فلا يتكون العقد بالتوافق، بل يتكون بارتباط الإرادات.

وقد ذهبت بعض القوانين في البلاد العربية إلى تعريف العقد وفقاً لتعريف الأحناف له، فقد عرّف القانون المدني العراقي العقد بأنه: "ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه"<sup>(15)</sup>.

وعرّفه قانون المعاملات المدنية العراقية لسنة 1984 م بأنه:

1- ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه، ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر.

2- يجوز أن تتطابق أكثر من إرادتين لإحداث الأثر القانوني<sup>(16)</sup>.

فقول المشرّع (الشارع) العراقي في الفقرة (1): "ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر"؛ يفصح عن قصد المشرّع في تأكيد مبدأ المسؤولية العقدية.

أمّا الفقرة الثانية مع ما يلاحظ فيها على كلمة "تتطابق" من عدم الدقة في التعبير عن معنى الارتباط بين أطراف العقد، إلّا أنّها تضيف إضافة مهمة للتعريف، وهي التنبيه على أنّ العقد كما أنه يتكون بارتباط إرادتين، فإنه يمكن أن يتكوّن بارتباط أكثر من إرادتين.

والقانونيون - في الراجح - لا يرون أهمية عملية للتمييز بين العقد والاتفاق. بل لا يرون أي فرق بين أن تُسمّى عقود التبرعات "كالهبة"، وعقود المعاوضات المالية "كالبيع"، وعقود المكارمات "كالزواج" عقوداً، سواء أكوّنت بإرادة منفردة، أم تكوّنت بإرادتين أو أكثر<sup>(17)</sup>.

وهذا النظر القانوني يكاد يطابق نظر جمهور الفقهاء الذين أخذوا بالمعنى اللغوي العام للعقد. ممّا سبق عرضه من تعريفات فقهاء الشريعة الإسلامية لمعنى كلمة "عقد"، وتعريفات القانونيين لها، يتضح أنهم مجمعون على أنّ العقد يتكون بارتباط إرادتين أو أكثر، إلّا أنهم اختلفوا في تكوين العقد بإرادة منفردة، وإن كانوا كلهم يقرون بانعقاد العقد بإرادة منفردة، ولهذا قال فقيه شرعي معاصر: "ومهما يكن من أمر الاختلاف في معنى العقد بين العموم والخصوص، فمن المقرر بلا خلاف أنّ التصرفات الشرعية التي تنشأ عنها التزامات للشخص، قد تنشأ بإرادة منفردة، وقد تنشأ بتوافق إرادتين"<sup>(18)</sup>.

## الفرع الثاني / الميراث والوصية.

صدر القانون المدني العراقي<sup>(19)</sup> وبقيت الاحكام السابقة مطبقة في مسائل الأحوال الشخصية. إذ نصت المادة (1106) من القانون المدني العراقي على أنه:

(1- يكسب الوارث بطريق الميراث المنقولات والعقارات والحقوق الموجودة في التركة 2- وتعيين الورثة وتحديد انصائبهم في الارث وانتقال اموال التركة ، تسري عليها احكام الشريعة الإسلامية والقوانين الخاصة بها).

أ- وردت في صدر هذه المادة عبارة (الوارثون بالقرابة وكيفية توريثهم)، وهي تشعر بان المشرع العراقي قسم الورثة إلى مراتب تحجب ورثة المرتبة الاقرب ورثة المرتبة الابعد، وهذا التجاه لم يقصده المشرع العراقي بحسب رأينا.

ب- ورد في الفقرة (2) من هذه المادة لفظ (الجد)، وهذا اللفظ يحدث غموضاً في النص، اذ ان لفظ (الجد) يعني أب الأب وان علا، ومن ثم يشمل معنى الجد في الفقه السني دون الفقه الجعفري.

ج- ورد في الفقرة (3) من هذه المادة عبارة (الأعمام والعمات والأخوال والخالات وذوي الأرحام) مما يحدث غموضاً في النص وتضارباً في تفسيره من قبل القضاء اذ ان العمات والخالات والأخوال هم من ذوي الأرحام، ومن جهة أخرى فمصطلح ذوي الأرحام متداول في الفقه السني دون الفقه الجعفري.

د- ورد في الفقرة (4) من هذه المادة عبارة (تعتبر الأخت الشقيقة بحكم الأخ الشقيق في الحجب)، وهذا التجاه يتفق مع الفقه الجعفري دون الفقه السني، علماً أن هذا النص يطبق على الشعب العراقي كافة، ومن ثم يكون الحجب بخلاف معتقد المتوفى إذا كان سني المذهب.

3- نصت المادة (90) على أنه (مع مراعاة ما تقدم يجري توزيع الاستحقاق والانصبه على الوراثين بالقرابة وفق الاحكام الشرعية التي كانت مرعية قبل تشريع قانون الأحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959 كما تتبع فيما بقي من أحكام المواريث)، ان هذا النص غامض ويثير لبساً في التطبيق سيما وان هناك تضارب في تطبيق المذهب السني أو الجعفري بالنسبة للمادتين (88 ، 89) من القانون العراقي

4- ان المواد (88 ، 89 ، 91) تتعلق جميعها بموضوع واحد وهو تعداد الورثة، وان معالجتها بمواد متفرقة يؤدي إلى الاضطراب في التفسير مما يولد تناقض في قرارات المحاكم.<sup>(20)</sup>

#### الفرع الثالث/ القانون.

هناك من يسمي هذا المبدأ بمبدأ التدرج التشريعي ، وهناك من يسميه بمبدأ التسلسل الهرمي ، والأفضل تسميته بمبدأ التدرج التشريعي إذ أنه يشير إلى درجات التشريعات المختلفة ومراتبها عند التطبيق ، والمقصود بمبدأ التدرج التشريعي أن التشريعات المختلفة ليست في درجة واحدة أو مرتبة واحدة أو نوع واحد ، وإنما هي تتدرج من حيث قوتها ووجوب تنفيذها على ثلاث درجات ، فيوجد في قمة التشريعات الأساسية وهو الدستور وتليه في الدرجة التشريعات العادية (القوانين) ثم يأتي التشريع الفرعي (اللائحة) في الدرجة الدنيا ، وهناك من يذهب إلى جعل التشريعات على خمس درجات الأولى الدستور والثانية القوانين الأساسية كقانون الانتخابات وقانون مجلس النواب والقانون المدني وقانون المرافعات والدرجة الثالثة القوانين العادية والدرجة الرابعة اللوائح والخامسة القرارات الإدارية<sup>(21)</sup>.

#### المطلب الثالث / تمييز الشيوخ عما يشبهه به .

قد يختلط الشيوخ العقاري بغيره من الاوضاع القانونية المشابهة له وعليه سنحاول تمييزه عن ثلاث حالات مشابهة وذلك من خلال ثلاثة فروع سيكون الاول مخصصا لتمييزه من الشيوخ في المنقول والثاني مخصصا لتمييزه عن عقد الشركة اما الفرع الثالث فسنتناول فيه تمييزه عن الشيوخ العقاري من الملكية المشتركة

#### الفرع الاول / تمييز الشيوخ العقاري من الشيوخ المنقول .

قد تكون إدارة المال الشائع من أعمال الحفظ والصيانة ، وقد تكون هذه الإدارة من أعمال الإدارة المعتادة ، وقد تكون من أعمال الإدارة غير المعتادة.<sup>(22)</sup>

نصت المادة 718 من القانون المدني العراقي على أنه " لكل شريك في الشيوخ الحق في أن يتخذ من الوسائل مايلزم لحفظ الشيء ، ولو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء "

فقد خرج المشرع بهذا النص عن قاعدة الإجماع أو الأغلبية لكون هذا العمل لا يضر بقية الشركاء ، بل ينفعهم ، لأنه من واجب كل شريك أن يقوم بكل ما من شأنه أن يحفظ الشيء من الإتلاف وصيانته.<sup>(23)</sup> وأعمال الحفظ والصيانة قد تكون أعمال مادية ، كالقيام بقطف الثمار قبل تلفها أو بيعها قبل فسادها ، أو القيام ببعض الترميمات الضرورية لحفظ العقار من التهدم على المارة تجنباً لقيام مسؤولية المالكين على تهدم البناء ( م 140 ت.م.) ، وقد تكون أعمال الحفظ والصيانة من قبيل الأعمال الإدارية أو تصرفات قانونية ، كالوفاء بالضرائب المفروضة على الملكية العقارية ، وقطع التقادم ضد من يحوز العقار بنية كسبه بالتقادم.<sup>(24)</sup>

ويعتبر الشريك الذي يستقل بهذه الأعمال رغم معارضة الشركاء الآخرين نائباً عنهم نيابة قانونية ، ويحق له الرجوع على كل واحد من الشركاء بقدر نصيبه في النفقات التي أنفقها في حفظ الشيء أو صيانته ، وذلك على أساس الفضالة ، لأن الشريك قد تولى شأناً لنفسه ، وتولى في نفس الوقت شأناً لغيره من الشركاء نظراً لإرتباط الشائين ، إذ لا يمكن القيام بأحدهما منفصلاً عن الآخر ، وفقاً لأحكام المادة 151 من التقنين المدني العراقي ، أما إذا أجاز بقية الشركاء هذا العمل، فإن الشريك الذي قام بالعمل يعتبر وكيلاً عنهم ، لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة كما تقضي بذلك المادة 152 القانون المدني العراقي.

وجميع النفقات التي تصرف من طرف الشريك المنفرد يتحملها الشركاء بقدر حصة كل واحد منهم على أساس الأنسبة وليس بالتساوي بينهم ، كما تقضي بذلك المادة 719 القانون المدني العراقي. غير أنه لكل شريك أن يتخلص من دفع هذه النفقات إن هو تخلى عن نصيبه لبقية الشركاء وفقاً للقواعد العامة التي تجيز التخلي عن الحق العيني ، فيكون لصاحب هذا الحق أن يتخلص حينئذ من كل الالتزامات التي يتحملها بسبب الشيء محل الحق.<sup>(25)</sup>

**الفرع الثاني / تمييزه عن عقد الشركة .**

نجد أن القانون العراقي نحا منحاً الفريق الذي نادى بالفكرتين معا ، فكونه ارتباط بين إيجاب صادر من أحد الأطراف المتعاقدين بقبول من الطرف الآخر فهاتان هما الارادتان ومعبر عنهما بوضوح تام وتحريري. وكذلك فان تنظيم قانون يخص الشركة وهو قانون الشركات ينظم أحوال الشركة وإدارتها وأعمالها فانه بذلك أكد على الفكرة القانونية للعقد، إلا ان وجود القانون لا يعني إلغاء فكرة العقد عن الشركة في كل الأحوال.

كون الشركة عقد يستلزم توافر شروط موضوعية فيها كأنواع العقود كلها من أهلية ورضا ومحل وسبب وهذه تمت معالجتها في القانون المدني العراقي وكما سيتم توضيحه لاحقاً. فضلاً على ذلك فان هناك شروطاً موضوعية خاصة بعقد الشركة من تعدد الشركاء وتقديم حصة كل شريك ونية الاشتراك واقتسام الأرباح والخسائر. وهناك شروط شكلية ككتابة عقد الشركة والإعلان عن الشركة وهذه الشروط تمت معالجتها في قانون الشركات (21) لسنة 1997،

**أ- الرضا :** الرضا في عقد الشركة هو التعبير عن إرادة المتعاقدين في تكوين الشركة والذي يجب أن يتم على شروط العقد ككل من دون استثناء ، وعند انعدام الرضا عند أي شريك من الشركاء يعد العقد باطلا وبالتالي لا وجود للشركة، ومن عيوب الرضا هي الغلط والإكراه والتغريب مع الغبن والاستغلال<sup>(26)</sup>. فإذا وقع أحد الأطراف في غلط سواء بالنسبة لذات المتعاقد الآخر بخصوص نوع الشركة أو طبيعة نشاطها فان العقد يعد موقوفاً بالنسبة للمتعاقد الذي شاب رضاه هذا العيب. وله الحق في نقضه أو إجازته خلال ثلاثة اشهر من تاريخ اكتشاف الغلط<sup>(27)</sup> ، ويؤخذ بالحكم المتقدم نفسه عند وقوع الإكراه أو التغريب مع الغبن أو الاستغلال<sup>(28)</sup>.

**ب- الأهلية :** يشترط أن يكون المتعاقد أهلاً للتصرف والالتزام وقد أتم الثامنة عشرة من العمر<sup>(29)</sup>. أو استثناءً من أتم الخامسة عشرة من العمر وكان متزوجاً بأذن من المحكمة في هذه السن<sup>(30)</sup>، وبما أن الشركة من عقود المعاوضة الدائرة بين النفع والضرر فانه لا يجوز للقاصر الإسهام بإنشاء شركة مع آخرين ، ويعد العقد المبرم من قبل القاصر موقوفاً غير نافذ بحقه ، وله الخيار بين نقضه أو إجازته خلال ثلاثة اشهر يبدأ احتسابها من تاريخ بلوغ القاصر سن الرشد ، فإذا مضت تلك المدة ولم يصدر منه نقض أو إجازة فان العقد يعد نافذاً بحقه<sup>(31)</sup>.

وان تمييز عقد الشركة عن الشيوخ العقاري يترتب بان أشارت إليه المادة (11) من القرار رقم (188) المتعلق بنظام السجل العقاري التي بعد أن نصت على أن "الصكوك الرضائية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء حق عيني أو إلى تصرفه أو إعلانه أو تعديله، أو إسقاطه، لا تكون نافذة حتى بين المتعاقدين إلا من تاريخ قيدها أضافت أن ذلك "لا يمنع المتعاقدين من ممارسة حقوقهم ودعاويهم المتبادلة عند عدم تنفيذ اتفاقاتهم". (1) وبعد أن اعتبرت المحاكم اللبنانية في اجتهاداتها، بأن العقد غير المقيد في السجل العقاري لا يمنع حق المطالبة بالقيده، وأن الموجب الوحيد الذي يترتب على الفريق الناكل هو ضمان العطل والضرر ليس إلا، تراجعت عن هذا الرأي، وقضت باستمرار، بأنه يحق لمن تعاقده بسند عادي إذا كان موضوع العقد حقاً عينياً عقارياً-أن يطلب قيده قضاء-لأن موجب إعطاء العقار-طبقاً لما نصت عليه المادة (268) من قانون الملكية العقارية-يتضمن موجب فراغه في السجل العقاري. وقد أيدت محكمة التمييز اللبنانية رأي محاكم الأساس، فقررت أنه "يحق للمشتري المطالبة بتسجيل البيع العادي بواسطة القضاء"<sup>(32)</sup>.

## الفرع الثالث / تمييزه عن الملكية المشتركة.

قضت المادة ثانياً من قرار مجلس قيادة الثورة السابق المرقم 120 لسنة 2002<sup>(33)</sup> على أن (تفرض ضريبة مقطوعة بنسب تصاعديّة من قيمة العقار أو حق التصرف فيه المقدر وفق أحكام قانون تقدير قيمة العقار ومنافعه المرقم بـ(85) لسنة 1978 أو البديل أيهما أكثر ، على مالك العقار أو صاحب حق التصرف فيه ، عند تصرف الملكية أو حق التصرف بأية وسيلة من وسائل تصرف الملكية أو كسب حق التصرف أو تصرفه ، كالبيع والمقايضة والمصالحة والتنازل والهبة وإزالة الشبوع وتصفية الوقف أو المساحة ويعامل المستأجر معاملة المالك عند إيجاره العقار الذي دخل في تصرفه بعقد المساحة وتحتسب وفق ما يأتي ... الخ) يتضح من خلال النص أن المشرع الضريبي العراقي قد أخضع للضريبة الدخول المتحققة من تصرف ملكية العقار والدخول المتحققة من تصرف حق التصرف ، كما لم يشترط الاحتراف في تجارة الأموال غير المنقولة ، هذا يعني أنه قد أخذ بالمفهوم الواسع للدخل ، أي بنظرية الإثراء . وكذلك لم يتقيد بوسيلة دون سواها من وسائل تصرف الملكية وهذا المعنى المستفاد من عبارة (بأي وسيلة كانت) الواردة في النص ، فضلاً عن أن الوسائل التي وردت في النص كانت على سبيل المثال لا الحصر ، وذلك لأن حرف (الكاف) يفيد التشبيه وهو المعنى المستفاد من عبارة (كالبيع... الخ) . كما أن الضريبة على تصرف ملكية العقار أو حق التصرف هي ضريبة عينية مقطوعة مفروضة على القيمة العمومية للعقار وليس على الأرباح المتحققة عن بيع العقار كما ذهبت إليه الفقرة (4) من المادة (2) الملغاة ، لذا فهي ليست مشمولة بالتنازلات والسماحات المنصوص عليها في قانون ضريبة الدخل العراقي النافذ<sup>(34)</sup> للإجابة عن هذا التساؤل يمكن القول أن لا عبرة بالبيع الجاري خارج دائرة التسجيل العقاري فيما يتعلق بقانون ضريبة الدخل لكون القانون المدني يرتب عليه أثراً لا داعي لذكره لعدم الخروج عن الموضوع ، وعليه يمكن اتباع جميع القواعد المقررة من تاريخ التسجيل في دائرة التسجيل العقاري . وذلك للتخلص منه في التصرف العادي ولكن اذا اتفقوا على البقاء فيه مده لا تتجاوز<sup>(35)</sup> خمس سنوات فهذا الاتفاق صحيح ونافذ في حق الجميع ولا يجوز لأي منهم نقضه الا باتفاقهم جميعاً كما لا يجوز للمجكمه ان تنقضه او تنقصه او تقرر ازالة التصرف . ويعتبر شرط عدم التصرف الذي يفرضه الشركاء على انفسهم خلال المده المحدده من الشروط الخطره حيث ان الحقوق الماليه ومنها حق التصرف وامكانية التصرف فيها من قبل المتصرف هي التي تعطي هذه الحقوق قيمه اقتصاديه ولذلك فان من مقتضيات المصلحه العامه حرية تداول الاموال ولكن يجب ان يلاحظ الباعث ع ن شرط منع التصرف وان تكون مدة المنع معقوله فاذا كان اتفاقهم لاكثر من خمس سنوات فيجب ان ينقض الى خمس سنوات اما اذا تبين انهم لم يكونوا ليتفقوا فيها فيما لو كانوا يعلمون انه لا يجوز الاتفاق على اكثر من خمس سنوات وقد انصرفت نيتهم الى الاتفاق على اكثر من خمس سنوات فان العقد يعتبر باطلا ويجوز للشركاء تجديد الاتفاق بعد انتهائه شرط ان لا يزيد على خمس سنوات ويعتبر نافذ من تاريخ تجديده ولا يجوز الاتفاق على كون المده تتجدد تلقائياً وحيث ان هذا الاتفاق مقيد بحق المالكه فلا بد من اثباته في البيئه التحريريّه وليس في البيئه الشخصيه اما الاتفاق الشفوي ففائدته في الاقرار او النكول عن اليمين ويجب اتفاق جميع الشركاء وليس الاغلبه فاذا اتفق بعضهم دون البعض الاخر فان هذا الاتفاق ملزم لمن لتفق ولمن لم يتفق حق طلب ازالة التصرف<sup>(36)</sup>... وقد قضت محكمة التمييز "للشريك طلب ازالة شيوخ العقار ولو صدر حكم بصحة الوصيه المتعلقه بالعقار الا اذا وجد اتفاق او نص على البقاء في التصرف" . وعليه فاذا كان العقار قابلاً للقسمه فان الشريك الذي لم يتفق ان يأخذ حقه عن طريق فرز حصته ويبقى الآخرون على اتفاقهم اما اذا كان غير قابل للقسمه فيزول شيوخه ولا يبقى اثر للاتفاق حتى بين الشركاء المتفقين علماً ان الاتفاق على البقاء في التصرف يبقى نافذاً على جميع الشركاء وخلفهم سواء كان عاماً او خاصاً. ولو لم يكن الخلف الخاص كالمشتري عالماً بالاتفاق وقت الشراء وهذا مغاير لما نصت عليه ماده 2/142 مدني بان التزامات السلف لا تنتقل الى الخلف الا اذا كان الخلف عالماً بها وقت الشراء. ولدائني الشريك التنفيذ على حصة مدينهم الشائعه وليس لهم طلب ازالة التصرف قبل انتهاء المده. وللواهب او الموصي ان يشترط على الموصي له و الموهوب له على البقاء في التصرف مده لا تتجاوز خمس سنوات... اذا كان شرطه هذا صادر عن باعث مشروع حيث انهما بقبولها للهبه او الوصيه يكونان

كالمعتاد معه.. كما ان شرط البقاء في التصرف احق هو من منع التصرف. وفيما يتعلق بالموانع القانونية فهناك موانع قانونية تنص عليها قوانين وانظمه تمنع من ازالة التصرف ومن هذه القوانين قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم 1497 في 1982/11/29. حيث اصبحت الفقرة الثانية من القرار مكمله للفقرة الاولى من القرار المرقم 1497 في 1982/11/29 حيث اصبح بموجب هذين القرارين عدم جواز ازالة شيوع دار السكن الموروثه اذا كانت مشغوله من قبل احد اولاد المتوفي القاصرين او الزوجه او كلاهما حتى بلوغ القاصرين سن الرشد حقيقه او حكما او اكالمهم الدراسه في الكليات والمعاهد العاليه اذا كانوا مستمرين على الدراسه واذا كانت الزوجه هي التي تشغل الدار فلا يجوز ازالة التصرف الا بموافقتها شرط ان لا تملك دار اخر على وجه الاستقلال.. ويلاحظ ان ماده "55" من قانون رعاية القاصرين رقم "78" لسنة 1980 اجازت للمحكمة المنظوره الدعوى امامها بيع العقار الذي للقاصر حصص فيه مشاعه لاتدر عليه ايرادا مناسباً ان تقرر ازالة شيوع العقار مادام البقاء على التصرف لا يحقق مصلحة القاصرين وخاصة اذا كان القاصرون لايشغلون هذه الدار وبعد اخذ موافقة مديرية رعاية القاصرين.. (37)

**المبحث الثاني/ احكام الشيوخ العقاري.**

**المطلب الاول / اثار الشيوخ العقاري.**

الأصل في الشيوخ التوقيت بحيث يكون مصيره الزوال بالقسمة واستبدال كل شريك ملكية مفرزة لجزء من المال الشائع بحقه الشائع على المال كله، عليه سنتناول اثار الشيوخ العقاري من خلال الاتي :

**الفرع الاول / التصرف الصادر عن احد الشركاء.**

نص القانون المدني المصري في المادة (431) منه على الحالة التي يجب تسليم الأجر بها بقوله ((يلتزم المؤجر بتسليم المأجور بالحالة التي كان عليها وقت البيع)).

الأجر المعين بالذات هو الشيء القيمي الذي يتميز عن غيره بصفات خاصة تعينه تعييناً ذاتياً يجعل غيره لا يقوم مقامه عند الوفاء. ومن المفترض أنه إذا كان المأجور معيناً بالذات أن يكون المؤجر -حتى وإن لم يره - قد أحاط به وعلم به علماً كافياً لأن المؤجر يلتزم بإحاطته علماً بجميع الأمور اللازمة للتعرف على حالة الأجر وقت التسليم. (38). عدم تنفيذ المؤجر التزامه بتركيب التدفئة المركزية خلافاً لما التزم به في عقد الايجار وقيام المستأجرة بدفع بدل الايجار عن السنة العقدية الاولى مقدما ، واضطرارها لتترك المأجور بسبب ما كانت تواجهه من ازعاج واستفزاز معتمد من ابناء المميز لغايات ثنيها عن المطالبة بتركيب التدفئة قبل انتهاء السنة العقدية الاولى ، يجعل من حقها استناداً للمادة (18/ب) من قانون المالكين والمستأجرين والمواد ( 675 و 677/1 و 687 1/686 ) من القانون المدني ان يحكم لها بالتعويض العادل ، عن اخلاص المؤجر بالشرط الذي التزم بموجبه بتركيب التدفئة المركزية وبالاجرة التي دفعها عن المدة التي لم تشغل فيها العقار المأجور. أما إذا كان المأجور غير قابل للتجزئة دون ضرر كأن يكون قطعة أرض جرى العقد على ألف متر منها ثم ظهر أنها ألف وخمسون متراً (39). الظاهر من نص الفقرة (2) من المادة 433 مدني مصري ومن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المذكور أنه إذا زاد مقدار المأجور وكان الثمن مقدراً جملة واحدة ، كان للمشتري أخذ المأجور - مع الزيادة - بالثمن المتفق عليه ولا يكون للمستأجر أن يطالب المؤجر بزيادة في الثمن ، وذلك استناداً لما سبقت الإشارة إليه من أن مقدار المأجور هنا يعد وصفاً لا أصلاً على النحو الذي سبقت الإشارة إليه ، والوصف لا يقابله شيء من الثمن ، فإذا زاد مقدار المأجور عن المقدار المعين في العقد لم يزد الثمن ، إذ أن ذلك لا يدخل في حسابان الطرفين أو في اعتبارهما ، أي لا يدخل في اعتبارهما إقامة رابطة ما بين الثمن ومقدار المأجور (40). هي المصروفات التي يضطر الشخص إلى إنفاقها لحفظ العين من الهلاك . وقد أشارت إلى هذا التعريف الفقرة الأولى من المادة 1167 من القانون المدني العراقي التي تقابل المادة 980 من القانون المدني المصري. هذه المصروفات لا يحق للمؤجر أن يرجع بشيء مما أنفقه على المأجور لأن المؤجر ملتزم بالمحافظة على المأجور من الهلاك أو التلف ، وتبعية الهلاك تقع على المؤجر (41) الشيوخ العقاري الأصلي يتحقق إذا كان المنال الشائع مخصصاً بصفة مستقلة الخدمة أو انتفاع مجموعة من الأشخاص على وجه الدوام كما هو الشأن بالنسبة للشركات إذ أن الشخص المعنوي المملوك يكون في هذه الحالات مخصصاً لغرض معين في سبيل خدمة أو انتفاع الأشخاص المالكين له.

**الفرع الثاني / التصرف الصادر عن جميع الشركاء.**

عمد المشرع في التقنين المدني المصري إلى وضع نظام خاص لملكية الأسرة وفيه ما يربط أفراد الأسرة من صلة وثيقة لا تتحقق عادة بين الشركاء الذين لا تربطهم الأسرة الواحدة فقد يبقى أفراد الأسرة الواحدة في الشيوخ بعد موت مورثهم يستثمرون تركته معا إذا كانت أرض زراعية أو يستعملونها معا إذا كانت منزلا يسكنونه وملكية الأسرة تشمل ما يكون مملوك لأعضائها من منقول أو عقار ويتفق على إدخاله فيها أيا كان سبب اكتساب ملكية وسواء أكان هو الميراث أمة غيره من أسباب كسب الملكية على أن تكون الأشياء الداخلة في ملكية الأسرة مملوكة للأعضاء وقت الاتفاق فلا يصح الاتفاق على إنشاء ملكية الأسرة بالأموال التي توول إليهم في المستقبل وملكية الأسرة لا تنشأ إلا باتفاق كتابي بين أعضاء الأسرة فإذا لم يوجد اتفاق فلا تقوم ملكية الأسرة أصل نظرا لأن رابطة التعاون التي تقوم عليها ملكية الأسرة قد لا تكون متوافرة بين أعضاء الأسرة ، وكذلك الحال إذا لم يكن هذا الاتفاق كتابيا « فالكتابة شرط للإنعقاد لا للإثبات » (42) وتعتبر ملكية الأسرة ملكية شائعة بين الأعضاء وتطبق عليها أحكام الشيوخ في كل ما لم يرد بشأنه نص (43) وعمل ما يلزم لجعل الحائط يتحمل زيادة العبء الناشئ عن التعلية دون أن يفقد شيئا من ..... (44) بالإضافة إلى نفقات الهدم والبناء تكون على من يريد التعلية وكذلك يتعين على من يريد التعلية أن يجري زيادة سمك الحائط في أرضه إذا اقتضى الأمر ذلك ، وإذا تعذرت زيادة السمك في أرضه ولزم أن يشمل جزءا من أرض جاره تعين عليه أن يعرضه عن ذلك ويلاحظ أن الحق في التعلية مشروط في الحالتين بعدم الإضرار بالجار ضررا بليغا ، فإذا كان يترتب على هدم الحائط المشترك انهدام بناء الجدار أو إحداث خلل فيه فلا يجوز لجاره الشريك في هذا الحائط هدمه لإعادة بنائه.

- إذ امتدت التعلية دون حاجة إلى هدم الحائط أو بعد هدمه وإعادة بنائه ظل الجزء الأسفل ملكا مشترك دون أن يكون لمن قام بذلك مطالبا الآخر بتعويض، أما الجزء المعلى فيكون ملكا خالصا لمن قام بالتعلية (45)

**المطلب الثالث / ملكية الطبقات أو الشقق.**

يقصد بملكية الطبقات أو الشقق ملكية البناء الذي يتعدد مالكة بحيث يكون لكل منهم طبقة أو شقة خاصة به يملكها ملكية مفترزة ، مما يستتبع تملكهم للأجزاء المشتركة من البناء ملكية شائعة وقد انتشر هذا النوع من الملكية في بعض الدول الأجنبية عقب الحرب العالمية الأولى والثانية وما تبعهما من أزمة الإسكان وانتشر أيضا في مصر على إثر أزمة الإسكان بعد أن لجأ الأفراد إلى بناء العمارات وبيعها شققا قد يتفق الشركاء على التصرف في المال الشائع كله أو في جزء منه ، وهذه الحالة لا تثير أي إشكال ، وقد يختلف الشركاء فيما بينهم على التصرف في المال الشائع ولا تصل أغلبية الراغبين في التصرف ثلاثة أرباع (46) ، ففي هذه الحالة يكون لمن رفض التصرف أن يطلب القسمة ، أما إذا رغبت ثلاث أرباع الشركاء في التصرف في المال الشائع كله ، وإستندت في ذلك إلى أسباب قوية كان تصرفها صحيحا شريطة أن يعلنوا قرارهم هذا إلى بقية الشركاء ، ولهؤلاء التظلم في هذا القرار في خلال شهرين من يوم الإعلان أمام المحكمة ، وللمحكمة أن تقدر - عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء - ما إذا كان التصرف واجبا أم لا ، وذلك تبعا للظروف المحيطة بالقضية المادة 720 ت.م. وللمحكمة أن تقضي وفقا لطلب الأقلية المتظلمة ، فإذا طلبت الأقلية إلغاء القرار ولم تطلب القسمة ، فإن سلطة المحكمة تنحصر في تقرير ما إذا كان التصرف مبنيا على أسباب جديرة تبرره ، وتبعا لهذا التقدير تلغي قرار الأغلبية أو تقره ، أما إذا طلبت الأقلية القسمة ، فإن المحكمة تنظر أولا ما إذا كانت القسمة ضارة أو غير ضارة بالشركاء ، فإذا قدرت أن القسمة لاتضر بمصلحة الشركاء أمرت بالقسمة .

هذا فيما يتعلق بالتصرف في كل المال الشائع ، أو في جزء منه ، أما تصرف الشريك في حصته غير مفترزة ، كالزوجة التي تبيع الثمن أو الربع ، حسب الحالة ، في قطعة أرض كانت مملوكة لزوجها المتوفى ، أو الأم التي تبيع السدس في قطعة أرض كان يملكها ابنها قيد حياته ، فهذا بيع لا يختلف عن بيع الملكية المفترزة ، من حيث سلطة المالك في التصرف ، ومن حيث إجراءات نقل الملكية ، فالخلاف الوحيد أن المشتري يحل محل البائع في حقوقه ويصبح شريكا في الشيوخ مع المالكين للعقار ، ولهؤلاء طرده باتباع إجراءات الشفعة. (47)

**الخاتمة .**

بعد الانتهاء من كتابة متن البحث نحاول ايراد اهم النتائج التي توصلنا اليها واهم المقترحات التي نراها جديرة بالاهتمام من اجل معالجة مشاكل البحث وكما يأتي:

**اولا / النتائج .**

- 1- الشيوخ العقاري هو ثبوت حق عيني لاكثر من شخص واحد على مال عقاري
- 2- ينشأ الشيوخ العقاري من مصادر عدة منها العقد والميراث والوصية والقانون .
- 3- يتميز الشيوخ العقاري من الشيوخ المنقول كون الاول يكون محله عقارا بينما الثاني يكون محله عقارا ، ولذلك يتميز عن عقد الشركة كون الاخير مصدره الارادة بينما الشيوخ العقاري قد يكون اراديا او غير ارادي ، اما الملكية المشتركة فانها تكون بطبيعتها غير قابلة للقسمة وكذلك انها قد ترد على منقول كالصور العائلية او على عقار كمدافن الاسرة في حين ان الشيوخ العقاري قد يكون قابل للقسمة وقد يكون غير قابل للقسمة اضافة الى كونه يرد على عقار فقط .
- 4- ينقضي الشيوخ القاري اذا كان غير اجباري عن طريق القسمة القضائية او الاتفاقية او ازالة الشيوخ بيعا اما اذا كان الشيوخ العقاري اجباريا فانه لا ينقضي بحكم القانون الا اذا هلك محله هلاكا كلياً .

**ثانيا / المقترحات .**

من خلال ما تقدم من البحث اعلاه يقترح البحث الحالي ما يلي:

- 1- الاهتمام بدراسة البحث الحالي وبشكل اوسع من خلال عقد الجلسات المتعددة .
- 2- تكثيف البحوث والدراسات على غرار موضوع البحث الحالي على الشيوخ العقاري في القانون المقارن .
- 3- دراسة الشيوخ العقاري بالقانون المقارن .
- 4- دراسة الشيوخ العقاري في القانون المدني العراقي .

**الهوامش.**

- 1 - ابن منظور ، لسان العرب ، دار الاعلامي ، بيروت ، 1998 ، مادة(شاع) ، ص234.
- 2 - الفيروز ابادي، البحر المحيط، ج4، دار افاق ، لبنان ، 1996 ، ص318 .
- 3 - الفيروز ابادي ، المصدر نفسه، ص319-320
- 4 ابن منظور : مصدر سابق ، ص 450.
- 5 محمد الحسني ، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام العدلية، دار افاق ، بيروت ، 1998 ، ج1، ص103.
- 6 محمد مصطفى شلبي ، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، دار التراث العربي، بيروت، ص 402.
- 7 - د.عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول القانون : الطبعة الخامسة، مؤسسة الرسالة، 1417هـ/ 1996م، ص32
- 8 - عبد الكريم زيدان المصدر نفسه، ص33.
- 9 - علي الخفيف ، الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين الوضعية، مطبعة الجبلوي، بغداد ، 2000 ، ص45.
- 10 - عبد الكريم زيدان ، مصدر سابق، ص35
- 11 - علي الخفيف، مصدر سابق، ص46-48.
- 12- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري : نظرية العقد، دار الفكر، بيروت، 1998،، ص 80-81.
- 13- د. همام محمد محمود ود. محمد حسين منصور: مبادئ القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 231.
- 14- المصدر نفسه، ص 231.
- 15- القانون المدني العراقي، م/73. وانظر: د. عبد المنعم فرج الصّدّة: نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار التراث العربي ، بيروت ، 1993 ، ص 49.
- 16- قانون المعاملات المدنية العراقي لسنة 1984م، م/33.
- 17- انظر: د. السنهوري: نظرية العقد، مصدر سابق، ص80-81.
- 18- أبو زهرة، الإمام محمد: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار العلم ، لبنان ، 1993 ، ص 191.
- 19- نشر القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 في الوقائع العراقية ذي العدد (3015) في 1951/9/8.

- 20- د. علاء الدين خروفة ، شرح قانون الأحوال الشخصية رقم 188 سنة 1959 ، ج1 ، مطبعة العاني ، بغداد ، 1962 ، ص543 ،
- 21- توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية – مؤسسة الثقافة الجامعية – الطبعة الثانية 1981م ص207.
- 22 - د. حسن علي الذنون ، الحقوق العينية الأصلية ، شركة الرابطة للطباعة ، بدون سنة طبع ، ص563.
- 23 - د. سعدون العامري ، العقود المسماة ، ج1 ، ط3 ، مطبعة العاني ، بغداد ، 1974 ، ص451
- 24 - د. جعفر جواد الفضلي ، العقود المسماة ، عقد الإيجار ، مديرية دار الكتب ، الموصل ، 1989 ، ص35.
- 25 - جعفر جواد الفضلي ، المصدر نفسه، ص36
- 26- ينظر: المادة 12 ، القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
- 27- ينظر: المادة 136 ، الفقرة الثانية والثالثة ، القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
- 28- ينظر: المواد 115، 121 ، 125 ، 132 القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
- 29- ينظر: المادة 106 ، القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
- 30- ينظر: المادة الثالثة ، الفقرة الأولى ، قانون رعاية الفاسرين العراقيين ، رقم78 ، لسنة 1980.
- 31- ينظر: المادة 36 ، الفقرة الثانية ، والفقرة الثالثة ، القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
- 32- زهرة ، محمد المرسي ، بيع المباني تحت الإنشاء ، دراسة مقارنة ، ط1 ، 1989 ، ص127.
- 33- نشر هذا القرار بجريدة الوقائع العراقية بالعدد المرقم (3938) في 2002/7/8 والذي الغى الفقرة (4) من المادة (2) من قانون ضريبة الدخل العراقي المرقم 113 لسنة 1982 المعدل والتي كانت تنص على إخضاع (الأرباح الناجمة عن نقل ملكية العقار أو نقل حق التصرف فيه ولو لمرة واحدة بأي وسيلة من وسائل نقل الملكية أو كسب حق التصرف أو نقله كالبيع والمقايضة والتنازل والهبة وإزالة الشبوع وتصفية الوقف والمساحة ، ويعامل المستأجر معاملة المالك عند إيجاره العقار الذي دخل في تصرفه بعقد المساحة وتقدر قيمة العقار وفق القواعد الآتية ... الخ) .
- 34- المادتان (12،8) من قانون ضريبة الدخل العراقي النافذ .
- 35 - د. سعيد عبد الكريم – شرح القانون المدني العراقي – نظام الملكية – ط1 – دار الحرية للطباعة – بغداد – 1973 – ص24
- 36 - أنظر كذلك د. محمد طه البشير – د. غني حسون طه – نظام الملكية – (ب. م) – 1982 – ص42.
- 37 - د. سعيد عبد الكريم – شرح القانون المدني العراقي – نظام الملكية – ط1 – دار الحرية للطباعة – بغداد – 1973 – ص24
- 38- د. توفيق حسن فرج ، العقود المسماة ، دار افاق ، بيروت ، 1998 ، ص243.
- 39- د. السنهوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، ج4 ، ص573 .
- 40- أ. أحمد نجيب الهلالي و د. حامد زكي ، شرح القانون المدني /عقود البيع والحوالة والمقايضة في التقنين القديم والجديد ، ط3 ، مطبعة الفجالة الجديدة ، القاهرة ، 1954 ، ص329 ، بند 323
- 41- د. عبد الرزاق السنهوري ، نفس المصدر ، ص564 ، بند 295 .
- 42 - د. مصطفى محمد الجمال – نظام الملكية – منشأة المعارف بالإسكندرية ، مصر ، 1990 ، ص29.
- 43 - د. صلاح الدين الناهي – الوجيز في الحقوق العينية الأصلية – ج1 – شركة الطبع والنشر الأهلية – بغداد – 1961 – ص6.
- 44 - د. مصطفى محمد الجمال ، مصدر سابق ، ص29.
- 45 - المصدر نفسه، ص30
- 46 - محمد طه البشير – د. غني حسون طه – نظام الملكية – (ب. م) – 1982 – ص45.
- 47 - المصدر نفسه، ص48

## المصادر.

اولا / القرآن الكريم .

ثانيا / المصادر الغوية .

1- ابن منظور ، لسان العرب ، دار الاعلمي ، بيروت ، 1998 ، مادة(شاع) .

2- الفيروز ابادي ، البحر المحيط، دار افاق ، لبنان ، 1996 .

ثالثا / المصادر القانونية .

3- د. مصطفى محمد الجمال – نظام الملكية – منشأة المعارف بالإسكندرية – (ب.ت) .

4- د. مصطفى محمد الجمال – نظام الملكية – منشأة المعارف بالإسكندرية – (ب.ت) .

5- سعيد عبد الكريم – شرح القانون المدني العراقي – الحقوق العينية الأصلية – ط1 – دار الحرية للطباعة – بغداد –

1973 .

6- سعيد عبد الكريم – شرح القانون المدني العراقي – نظام الملكية – ط1 – دار الحرية للطباعة – بغداد – 1973

7- سعيد عبد الكريم – شرح القانون المدني العراقي – نظام الملكية – ط1 – دار الحرية للطباعة – بغداد – 1973

8- صلاح الدين الناهي – الوجيز في الحقوق العينية الأصلية شركة الطبع والنشر الأهلية – بغداد – 1961 .

9- عبد الرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – حق الملكية – الناشر – دار النهضة العربية – القاهرة

– 1967 .

10- عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول القانون : مؤسسة الرسالة، الطبعة الخامسة، 1417هـ/ 1996م.

11- علي الخفيف ، الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين الوضعية، مطبعة الجبلاوي.

12- محمد حسنين ، عقد البيع في القانون المدني العراقي ، ديوان المطبوعات الجامعية ، طبعة 02 ، سنة 2000

13- محمد طه البشير – د. غني حسون طه – الحقوق العينية – (ب.م) – 1982 .

14- محمد طه البشير – د. غني حسون طه – نظام الملكية – (ب.م) – 1982 .

15- محمد علي حنبولة – الوظيفة الاجتماعية للملكية – ط1 – دار بور سعيد للطباعة – الإسكندرية – 1974 .

16- مصطفى الجمال ، نظام الملكية ، الفتح للطباعة والنشر ، الإسكندرية ، الطبعة 2 ، سنة 2000