اقليم كوردستان العراق

مجلس القضاء

حق الرجوع على الشريك في مال الشائع في حالة الانتفاع والتصرف

بحث تقدم به القاضي

سوزان حمة شريف عبدالله

كجزء من متطلبات الترقية الصنف الرابع الى الصنف الثالث

من صنوف القضاة

باشراف

القاضي / كمال رضا أحمد

قاضي محكمة بداءة السليمانية

1442 ه 2721 ك 2021م

الاهداء

الى كل من يسعى الى نشر قيم العدل والمساواة, اهدي هذاالجهد المتواضع

والحمد لله رب العالمين

الشكر والتقدير

اتقدم بالشكر والعرفان وخالص التقدير الى القاضي الاستاذ (كمال رضا احمد) الذي كان لي شرف الحصول على اشرافه على هذا البحث والاستفادة من توجيهاته في اعداد هذا البحث بهذه الصورة .

والشكر موصول الى كل من ساعدنى في توفير المصادرلانجاز هذا البحث .

الباحثة

خطة البحث

- ملخص
- المقدمة
- المبحث الاول
- تعريف المال الشائع وتكييف حق الشريك واختلاف الملكية الشائعة عن الملكية الفردية والملكية المشتركة
- المطلب الاول
- تعريف المال الشائع وتكييف حق الشريك
- المطلب الثاني
- اختلاف الملكية الشائعة عن الملكية الفردية
- المبحث الثاني
- الرجوع على الشريك في حالة الانتفاع والتصرف بحصة الشائعة
- المطلب الاول
- الرجوع على الشريك في حالة الانتفاع بحصة الشائعة
- المطلب الثاني
- الرجوع على الشريك في حالة التصرف بحصة الشائعة
- المبحث الثالث
- الرجوع على الشريك في حالة الانتفاع والتصرف بالمال الشائع كله
- المطلب الاول
- الرجوع على الشريك في حالة الانتفاع بالمال الشائع كله
- المطلب الثاني
- الرجوع على الشريك في حالة التصرف بالمال الشائع كله
- الخاتمة
- الاستنتاجات والتوجهات
- المصادر

حق الرجوع على الشريك في المال الشائع في حالة الانتفاع والتصرف

ملخص

اذا كانت الملكية بصورتها المألوفة يتحدد وعائها على نحو يخول المالك استئثارا جامعا فانه في الملكية الشائعة يتقيد مضمون حق ملكية الشريك فيها بوجوب عدم الاضرار بباقي

الشركاء, اذ لهؤلاء جميعا حقوق على المال الشائع, كما له, ومن ثم فأن حق ملكية الشريك يتجرد من خصوصية الاستئثار المانع ويتميز بسلطان جماعي يشترك فيه كل الشركاء.

فالشريك الشائع اذا كان يسمح له القانون باستعمال حصته الشائعة واستغلالها والتصرف فيها، فأن ذلك يجب ان يكون في الحدود القانونية بمعنى ان تكون بمقدار الحصة الشائعة فاذا انتفع الشريك او تصرف بمقدار يزيد عن حصته الشائعة او بكل المال الشائع ، او تسبب من خلال مباشرة سلطته بالانتفاع او التصرف بضرر لحصص باقي الشركاء، ففي مثل هذه الحالات يكون للشريك الاخر مباشرة حقه في الرجوع عليه عن هذا التجاوز او التسبب.

ومن خلال البحث موضوع الدراسة سوف يتبين لنا الحالات التى تشكل تعديا على شريك اخر, ومن خلال هذه الحالات يكون للشريك مباشرة حقه في الرجوع على الشريك الذي انتفع او تصرف في المال الشائع متجاوزا النطاق الذي سمح به القانون.

المقدمة

أولا: اهمية الموضوع وسبب اختياره

ان الصورة العادية للملكية هي الملكية المفرزة حيث يكون الشيء الواحد مملوكا لشخص واحد على وجه الاستقلال و الانفراد, وقد يحصل ان يكون الشيء الواحد مملوكا لاكثر من شخص بحيث يكون لكل منهم الحق في حصه رمزية شائعة تنسب الى الشيء في مجموعة

كالنصف أو الربع أو السدس مثلا دون ان يخصص لكل منهم جزءا ماديا مفرزا من الشيء والملكية في هذه الحالة ملكية شائعة.

قد ينتفع الشريك في المال الشائع او يتصرف بحصته الشائعة، وهذا حقه الطبيعي الذي يتمتع به بمقتضى ما له على هذه الحصة من حق ملكية مستقل يبيح له مباشرة كافة سلطاته عليها. واذا سلمنا بإن هذا هو حق الشريك على حصته الشائعة، فإن هذا الحق ليس مطلقا بل مقيد بحقوق باقي شركائه، فيترتب عليه عدم الاضرار بسائر حقوق الشركاءالاخرين، لأن اي ضرر يلحق بالشريك، يكون للأخير بمقتضى حق الرجوع مطالبة هذا الشريك المتسبب بالضرر.

ومن هنا جائت اهمية البحث في هذا الموضوع مما يتطلب الاحاطة والالمام بالاحكام القانونية المنظمة لهذا الموضوع .

ثانيا: مشكلة البحث :-

من اهم خصائص الملكية المرزة هي انها حق مانع استئثاري بمعنى انها تمنع الغير من مشاركة المالك في الانتفاع بالشيء محل الملكية الا برضائه حتى وان لم يلحقه اي ضرر من هذه المشاركة. وهذه الخاصية تتعارض مع منطق الشيوع في الملكية الذي يفترض تعددا في اصحاب حق الملكية الواحدة في وقت واحد على شيء واحد, بحيث لايستطيع أي منهم الاستئثار بالانتفاع بالشيء الشائع, أي أن سلطاتهم في الاستعمال والاستغلال والتصرف تتزاحم على نفس الشيء. ولا يكفي للردعلى ذلك القول بأن للمالك المشاع حقا مانعا استئثاريا على حصته الشائعة يخوله الاستئثار باستعمالها واستغلالها والتصرف فيها لأنه اذا كان صحيحا ان المالك المشاع يملك حصته ملكا تاما الا أن الاستعمال والاستغلال يردان على الشيء الشائع نفسه باعتباره شيئا ماديا, وليس الحصة الشائعة لانها شيء معنوي وان الشريك المشاع لايستطيع أن يستأثر وحده بأستعمال المال الشائع واستغلاله. ومن ناحية اخرى ان بعض التصرفات القانونية التي يكون محلها الحصة الشائعة يتطلب تنفيذها التسليم المادي للحصة الشائعة, وهو متعذر واقعا لان التسليم يكون لشيء مفرز والحصة الشائعة تنسب الى الشيء في مجموعة وتمتد الى كل ذرة من ذراته دون أن

تخصص في جزء مادي مفرزمن الشيء. وان تقييد الشريك في حقه بالانتفاع والتصرف بحصته يعتبر تعطيل لمصالحه.

قد لا ينتفع الشريك في الشيوع او يتصرف بمقدار حصته الشائعة فحسب، بل يتجاوز على حصص باقي الشركاء وقد يشمل ذلك المال الشائع كله وقد يكون في جزء من المال الشائع، وهنا يكون لشركائه الاخرين حق الرجوع عليه ومطالبته عن ذلك لان كل شريك يعتبر اجنبي في حصته بالنسبة للشركاء الآخرين، مما ينبغي ان نوازن بين مصالح الشركاء المشاعين والبحث في الحلول القانونية التي توفق بين قدرة الشريك على الانتفاع والتصرف في حصته الشائعة دون التجاوز على حقوق الشركاء الاخرين.

.

ثالثا: منهج البحث :-

اتبعنا في هذا البحث المنهج التحليلي الذي يقوم على جمع النصوص القانونية التي عالجت الموضوع واستنباط الاحكام منها بغية الوصول الى نية المشرع, وكذلك اعتمدنا على المنهج التطبيقي وذلك بعرض مجموعة من القرارات التميزية التي تبين المباديء القانونية التي اقرتها محكمة تمييز اقليم كوردستان العراق ومحكمة المييز الاتحادية في هذا الموضوع.

رابعا : هيكلية البحث :-

تشهد ساحات القضاء تطبيقات لأحكام (الرجوع على الشريك في مال الشائع في حالة الانتفاع والتصرف)والتي من المتوقع أن تتوسع مستقبلا وذلك بسبب عدم اتفاق الشركاء على ادارة و استغلال المال الشائع, وقد اخترناه موضوعا للبحث وعلى اساس الخطة الاتية سوف نقسم البحث الى ثلاثة مباحث, نتناول في المبحث الاول تعريف الملكية الشائعة وتكيف حق الشريك واختلاف الملكية الشائعة عن الملكية الفردية والملكية المشتركة , وفي

المبحث الثاني نتناول الرجوع على الشريك في حالة الانتفاع والتصرف بحصته الشائعة ، وفي المبحث الثالث الرجوع على الشريك في حالة الانتفاع والتصرف بالمال الشائع كله.

المبحث الاول

تعريف المال الشائع وتكيف حق الشريك واختلاف الملكية الشائعة عن الملكية المفرزة والملكية المشتتركة :

سوف نقسم هذا المبحث الى المطلبين : المطلب الاول تعريف المال الشائع وتكيف حق الشريك والمطلب الثانى اختلاف الملكية الشائعة عن الملكية المفرزة والمشتركة.

المطلب الأول

سوف نقسم هذا المطلب الى فرعين :الفرع الاول / تعريف المال والمشاع لغة وأصطلاحا الفرع الثانى تكييف حق الشريك.

الفرع الاول :

وسوف نبين كلا منهما كالتالي:

تعريف المال لغة : يقصد بالمال في اللغة ما ملكته من كل شيء, ومال مولاَومؤلاَالرجل أي صار ذامال وكثر ماله ومال مولا وامال فلانا :اعطاه المال ومول الرجل صاحبه أي صيره ذامال, وخرج الرجل الى ماله أي الى ضياعه أو جماله والعامة تقول مويّلَ بتشديد الياء وهو رجل مال, وتمول مثله ومولهه غيره, وانشد حسان بن ثابت قائلا:-

المال تزري بأقوام ذوي حسب وقد تسود غير السيد المال

وفي ذلك البيت نهي عن اضاعة المال وقيل اراد به الحيوان أي يحسن اليه ولا يهمل وقيل أراد به التبذير والاسراف وان كان في حلال مباح كما قيل اضاعته بانفاقه في الحرام والمعاصي وما لا يحبه الله, ويذكر المال فيقال هو المال, ويؤنث المال فيقال هي المال , ويطلق المال عندالعرب على الابل كونها كانت اكثر اموالهم (1).

1ـمحمداحمدعيسي الجبورى،من كتاب قسمة المال المشاع, من صفحة 7-14, منشور على الانترنيت، موقع view,https://almaerja.net.في 2017/5/24.

تعريف المال اصطلاحا :

فقد عرفه جانب من الفقهاء المال بأنه (الحق ذو القيمة المالية أيا كان ذلك الحق سواء اكان حقا عينيا ام حقا شخصيا ام حقا من الحقوق الادبية أم فنية أم صناعية)(1), في حين عرفها جانب أخر من الفقهاء بأنه (كل ما له قيمة مادية بين الناس وأجاز الشارع الانتفاع به من حالة السعة و الاختيار)(2), ولقدجاء في مادة (65) من القانون المدنى العراقي بأن المال هو (كل حق له قيمة مادية)فيفهم من ذلك بأن المشرع العراقي قد ميز بين الشيء وبين المال(3), ذلك لان الشيء قد تكون له قيمة مادية وقد لاتكون.

تعريف المشاع لغة : الشيوع لغة (سهم غير مقسوم) فقد جاء في قاموس مختار الصحاح الرازى مانصه (السهم المشاع) و(شائع) أي غير مقسوم وعرف الفقهاء الملكية الشائعة بانها (الشركة في الاموال سواء اكانت عقارا ام منقولا(4).

1-سعيد عبدالكريم مبارك , الحقوق العينية الاصلية , بغداد , شركة الرابطة للطباعة والنشر 1973 (ص7)

2- د.مصطفي الزلمي ,والاستاذ عبدالباقي البكرى , المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية ,بغداد , مديرية دار الكتب للطباعة والنشر 1989 (ص/175)

3-محمد طه بشير ود.غنى حسون طه الحقوق العينية الاصلية ,جزء1 , بغداد , وزارة تعليم العالي والبحث العلمى 1982(ص10)

4- تعريف المال المشاع, الرجع الالكترونى للمعلوماتية (https://almerja.net).

تعريف المشاع اصطلاحا :

لقدعرف جانب من الفقه حالة الشيوع فى الاموال بانه (ملكية شخصين او اكثر مالا لم تفرز حصة كل منهم فيه فهم شركاء على الشيوع في ذلك المال ومثاله ملكية الورثة للتركة قبل توزيعها(1), كما عرفه الاخرون منهم بانه (حالة من الاحوال الملكية يكون فيها الشيء محلا لملكيات فردية مختلفة تتحدد فيها انصبة الشركاء في الشيء دون تمييز وتفرقة فكل شريك يكون مالكا لكل جزء من الشيء المملوك بدون تعين وبغض النظر عن قابيلة المال للقسمة من عدمه)(2), في حين عرفه الاخرون بانه (مال مملوك لاكثر من شخص واحد دون ان يتعين لاى من الملاك نصيب مادى معين فيه حيث تتحدد حصة كل شريك من الشركاء في ذلك المال بحصة شائعة يرمز اليها بنسبة حسابية كالنصف او الثلث او

الربع)(3), ولقد عرفت الفقرة (1) من المادة (1061) من القانون المدنى العراقي حالة الشيوع بقولها (اذا ملك اثنان او اكثر شيئا فهم شركاء فيه على الشيوع) وعليه يظهر ان الحصة التى يملكها الشريك في الشيوع تكون شائعة في كل المال ولا تتركز في جانب منه بالذات.

1- د. مصطفي الزلمى ود. عبدالباقي بكرى المصدر السابق ,(ص/178).

2- د. صلاح الدين الناهي , الوجيز في الحقوق العينية الاصلية, ج1 ,بغداد شركة الطبع والنشر الاهلية ذ.م.م , 1961,ص111.

3- سعيد عبدالكريم مبارك , المصدر السابق (ص/64).

الفرع الثانى

تكييف حق الشريك في الشيوع:

أختلف الفقهاء حول طبٌيعة حق الشرٌيك في الشيوع فذهب رأي إلى أن حق الشرٌيك هو مجرد حق شخصًي وليس حقا عينًيا وذلك على أساس القول بأن الحق العٌينًي يفترض وجود محل معٌين محدد مفرز, بٌينما ذهب اخرون الى راي قريب من ذلك تاسيسا على ان الملكية الشائعة ملكية جماعية او مشتركة, والملكية مشتركة يعتبر كل شريك فيها مجرد دائن بحق شخصي, وذهب راي ثالث الى اعتبار حق الشريك حقا عينيا من نوع خاص يختلف عن الحقوق العينية المعروفة .

على ان الرأي السائد في الفقه, القديم والحديث, يذهب الى ان حق الشريك في الشيوع هو حق الملكية بمعنى الدقيق, فهو يشتمل على جميع عناصر حق الملكية فلمالك المشتاع سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف, كل ما في الامر ان حق الملكية الوارد على الشيء الشائع له اصحاب متعددون و خلافا للملكية العادية المفرزة حيث يثبت فيها حق الملكية لمالك واحد, وبهذا التكييف اخذت التشريعات العربية الحديثة و كذلك الفقه الاسلامي عامة ومجلد الاحكام العدلية خاصة(1), وقد قطعت المادة 1061 فقرة 2 من القانون المدنى العراقي كل شك حول طبيعة حق الشريك في الشيوع بقولها :(وكل شريك في الشيوع يملك حصته الشائعة ملكا تاما ...)

1- محمد طه البشير – د / غني حسون طه ,المصدر السابق, ص99.

المطلب الثاني

اختلاف الملكية الشائعة عن الملكية المفرزة والملكية المشتركة

سوف نقسم هذا المطلب الى فرعين ونبين في الفرع الاول اختلاف الملكية الشائعة عن الملكية المفرزة, وفي الفرع الثاني اختلاف الملكية الشائعة عن الملكية المشتركة وكالاتي :

الفرع الاول : اختلاف الملكية الشائعة عن الملكية المفرزة

يفهم مماتقدم ان الملكية الشائعة تختلف عن الملكية المفرزة في صاحب الحق وفي محله وفي المنفعة التى يخولها هذا الحق لصاحبه .

ففي الملكية الشائعة يتقرر حق الملكية لاكثر من شخص خلافا للملكية المفرزة التى تثبت لمالك واحد, وفي الملكية الشائعة يكون محل الحق محددا تحديدا معنويا , فلكل شريك في العين حصة شائعة يرمز اليها بنسبة حسابية , اما في الملكية المفرزة فان محل الحق محدد ماديا. ولايجوز للمالك في الملكية الشائعة ان ينتفع فى العين الا بقيود خاصة وفي حدود حصته, اما في الملكية المفرزة فان المالك الفرد يستاثر بمنافع العين كلها, فله ان يتصرف بها وان يستعملها وان يستغلها كما يشاء(1) .

الفرع الثاني : اختلاف الملكية الشائعة عن الملكية المشتركة

وتختلف الملكية الشائعة عن الملكية الجماعية وخاصة ما يسمى بالملكية المشتركة وهي الملكية التى يعرفها القوانين الالمانية في ان المالك في الملكية المشتركة جماعة

1- د.احمد عبدالرزاق, شرح القانون المدنى الجديد ,حق الملكية ,المجلد الثامن ,الطبعة الثالثة ,منشورات الحلبي الحقوقية ,بيروت ,2000,ص794.

من الناس لايملك اي واحد منهم بمفرده لا الشيء المملوك ولا أي حصة فيه, بل الكل يملكون مجتمعين, دون أن تكون لهم شخصية معنوية, كل شيء المملوك(1).

ففي الملكية المشتركة يفقد كل شريك حقه العينى في المال المشترك فلا يكون لة نصيب مفرز أو شائع يستطيع التصرف فيه, بل ينتقل كل ذلك الى الجماعة, فهي التي تملك وتتعامل وتسند اليها الحقوق, كملكية القبيلة أو العشيرة على ان للشريك في الملكية المشتركة حقا شخصيا في استغلال المال المشترك والحصول على نصيب من غلته , اما في الملكية الشائعة فأن كل شريك يملك ملكية فردية حصته في المال الشائع , وينصب حقه مباشرة على هذة الحصة (2).

1- د.احمد عبدالرزاق, شرح القانون المدنى الجديد ,حق الملكية ,المجلد الثامن ,الطبعة الثالثة ,منشورات الحلبي الحقوقية ,بيروت ,2000,ص794.

2- محمد طه البشير ود. غنى حسون طه , المصدر السابق , ص98.

المبحث الثاني

الرجوع على الشريك في حالة الانتفاع والتصرف بحصة الشائعة

قلنا ان حق الشريك في الشيوع هو حق ملكية بالمعنى الدقيق, فله كصاحب أي حق أن يتصرف بحصته بمختلف انواع التصرفات, لكن نظرا لان المال الشائع لا يستأثر به الشريك المشتاع وحده فأن سلطته في الانتفاع والتصرف في حصته يجب ان تتقيد بحقوق باقي الشركاء، فقد ينشأ عن هذا الانتفاع او التصرف حقا للشريك الاخر في الرجوع على الشريك الذي انتفع او تصرف بحصته الشائعة . ومن اجل الخوض اكثر في حقيقة هذا الموضوع سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين, نتناول في المطلب

الاول الرجوع على الشريك في حالة الانتفاع بحصة الشائعة ، وفي المطلب الثاني نتناول فيه الرجوع على الشريك في حالة التصرف بحصة الشائعة .

المطلب ألاول

الرجوع على الشريك في حالة الانتفاع بالحصة الشائعة

الانتفاع بالشيء الشائع حق لجميع الشركاء , فلهم الانتفاع به بنسبة فيه حصصهم أو بالقدر الذي يتفقون عليه, على ان لايكون هذا الانتفاع ضارا ببقية الشركاء، أى ان الشريك المنتفع هنا ملزم بعدم إلاضرار بحقوق شركائه الاخرين، بل ان الشريك المنتفع ملزم بالتقييد بحقوق سائر الشركاءالاخرين، وهذا ما نصت عليه بعض القوانين ومنهاالقانون المدنى المصري في المادة(826)على انه (كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما و له ان يتصرف فيها وان يستولي على ثمارها وان يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء) .

وبالنسبة للمشرع العراقي فإنه لا يختلف ايضا عن موقف المشرع المصري اذ منح الشريك في الشيوع الحق في الانتفاع بحصته الشائعة كما يشاء على ان يتقيد بحقوق سائر الشركاء الاخرين وان لا يلحق بهم الضرر، لذلك نص في المادة (2/1061)من القانون المدني على انه: (وكل شريك في الشيوع يملك حصته الشائعة ملكا تاما، وله حق الا نتفاع بها واستغلالها بحيث لا يضر بشركائه, وتصرف فيها بالبيع والرهن وغير ذلك من انواع التصرف ولو بغير اذنهم).

ويؤخذ على هذه النصوص بإنها لم تكن دقيقة في صياغتها، فقد جعلت الاستعمال والانتفاع ينصب على الحصة الشائعة، مع ان الاستعمال لا يرد الا على شيء مادي وليس على شيء معنوي كالحصة الشائعة التي يشار اليها بحصة رمزية.

واذا كانت الحصة الشائعة هي محل حق المالك المشتاع المباشر، فإن هذه الحصة تتضمن اموال مادية عقارات او منقولات، والذي يستعمل هذه الاموال، ودور الحصة الشائعة هو تحديد مقدار حق كل شريك في الاستعمال (1). والشريك المشتاع اذا كان بمقتضى ماله من حق ملكية الشيء الشائع ان يستعمل هذا الشيء وان يستغله فأن سلطته في هذا الاستعمال والاستغلال تكون مقيدة بحقوق الشركاء الاخرين، بحيث يتعين الا يترتب على ممارسته لهذه السلطات اعتداء على حقوق غيره من الشركاء،لان الشريك يعتبر اجنبي بالنسبة لحصص شركائه الاخرين، وعلى هذا نصت المادة (1/1062)من القانون المدني العراقي على انه (كل واحد من الشركاء اجنبي في حصة الاخروليس له أن يتصرف فيها تصرفا مضرا بأي وجه كان من غير رضاه).

وذلك يعنى انه يجب على الشريك ان يستعمل الشيء الاستعمال الذي يتفق وطبيعته وتخصيصه وان يستغله على هذا النحو، فالجواز الشرعي ينافي الضمان، فمن استعمل

1-الدكتور ايمن سعد عبدالمجيد ,سلطات المالك على الشيوع في استعمال المال الشائع واستغلاله ،دراسة مقارنة ،دار النهضة العربية ,القاهرة 2000,ص58.

حقه استعمالا مشروعا لا يضمن ما يصيب الغير من ضرر، ولكن من استعمل حقه استعمالا غير جائز لزمه الضمان، فالشريك الذي يستعمل حصته الشائعة يجب ان يستعملها وفقا للغرض الذي اعد له المال الشائع ولا يحق له استعمال هذه الحصة بغير هذا الغرض، حيث يعتبر الشريك متعسفا باستعمالها على وجه مخالف لهذا الغرض .

وعلى هذا الاساس قضت محكمة تمييز اقليم كوردستان بقرار لها على (لايجوز للشريك ان يقطع جزء من الملك المشاع و التصرف به دون موافقة الشركاء الاخرين, وفي حالة انتفاع الشريك بجزء من الملك المشاع يلزم بدفع اجر مثله لبقية الشركاء كل

بنسبة حصته من الجزء المتصرف به حتى وان كان الجزء المتصرف به يعادل حصته من مجموع حصص الملك كله لان احكام الملك المشاع تقضي ان لكل شريك الحق في الانتفاع بالملك المشاع على قدر حصته)(1).

واذا كان المال الشائع دار سكني يجب ان يستعمله اصحابه بالسكنى، ولا يحق لأي منهم ان يلحق به ضررا بسوء الاستعمال،وكثيرأ ما يتعذر على الشركاء الانتفاع أو الاستعمال بالمال الشائع من قبلهم جميعأ, وليس في نيتهم إنهاء حالة الشيوع بطلب قسمته فبامكانهم تنظيم الانتفاع به فيما بينهم بحيث ينتفع كل شريك بالمال الشائع بمقدار يتناسب مع حصته ولهذا الغرض وجدت قسمة المهايأة والغرض منها تنظيم الانتفاع بالمال الشائع, فالشريك ملزم اثناء مباشرة سلطة استغلال حصته في المال الشائع او استعماله لهذه الحصة عن طريق قسمة المهايأة بالتقيد بحقوق شركائه الآخرين وعدم الاضرار بهم ، وبخلاف ذلك يحق لاي من الشركاء الرجوع على

1- - القرارالمرقم(314/الهيئة المدنية الاستئنافية/2018) في 2018/12/19 ذكره القاضي(رزكارعبداللة حسن)والمحامي المستشار(ئامانج عارف كريم)في تحفة القضاء من صفوة مباديء احكام قضاء محكمة تميزاقليم كوردستان شرحآو تعليقآ, الطبعة الاولى, مكتبة هوليرالقانونية, 2021, ص44.

شريكه الآخر للمطالبة بحقه عما اصابه من ضرر نتيجة سوء استعمال المال الشائع اواستغلاله. و على هذا الاساس قضت محكمة التمييز في العراق(قسمة مال الشائع بين الشركاء مهايأة هي احدى طرق الانتفاع بالمال الشائع بالوجه الذي ينسجم وطبيعة هذا المال وهي الطريقة المعتادة لادارة هذا المال وان اقامة بناء في الارض المشاعة المعدة للاستعمال الزراعي يكون ضمن الادارة غير المعتادة بما يستوجب موافقة جميع الشركاء وان مجرد وجود قسمة مهايأة لا يبيح للمتقاسم البناء على الجزء المخصص له)(1) واساس رجوع الشريك على شريكه ألاخر في هذه الحالات يكون مبنيا على المسئولية التقصيرية(2).

1-القرار المرقم 212/هيئة موسعة مدنية/2007في 2008/4/22النشرة القضائية, تصدر عن مجلس قضاء الاعلى العدد الثاني, 2008, ص22. منشور في كتاب المحامي فوزي كاظم المياحي , شركاء الشيوع ونزاعاتهم المتعددة, بغداد الكرادة, 2014,ص256.

2- د.حسن علي الذنون شرح القانون المدنى العراقي ,الحقوق العينية الاصلية ,الرابطة للنشر ,بغداد,1954,ص69.

المطلب الثاني

الرجوع على الشريك في حالة التصرف بالحصة الشائعة

ان الشريك له ان يتصرف بحصته الشائعة باعتباره مالكاً لها تصرف الملاك, بجميع أنواع التصرفات حيث ان حق الشريك هو حق ملكية بالمعنى الدقيق وان كان نطاقه المادي هو الشيء الشائع كله الا ان نطاقه المعنوي او الحسابي هو الحصة 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 الاخرين, فله ان يتصرف في حصته الشائعة كلها او بعضها سواء كان ذلك بنقل ملكيتها للغير او بتقرير أي حق عيني آخر عليها (1), وعلى هذا

الاساس قضت محكمة التمييز في اقليم كوردستان في قرار لهاعلى:(ان الشريك استعمل حقاً مقرراً له شرعاً و قانوناً في العقار عندما يفرغ حصته لشخص آخر في الملك المشاع شريطة ان يكون المبيع او المساحة المفرغ عنها تعادل سهامه في الملك المذكور ولم يعتدي على حق شركاء الاخرين) (2).

وتصرف الشريك في حصته الشائعة لا يحتاج الى موافقة بقية الشركاء لآنه يملك حق الرقبة والمنفعة كقاعدة عامة, ولا يمكن القول بحرية الشريك بأجراء تصرفات مادية على جزء من العقار الشائع دون اذن من باقى الشركائه ولوكان هذا الجزء يعادل حصته الشائعة كاقامة بناء مثلا, لأن تصرفه هذا وقع على ما يملك وما لايملك، ومن ثم لايكون لهذا التصرف اثر الا اذا وقع هذا الجزء من المال الشائع في نصيب الشريك المتصرف المادة (2/1062)المدنى العراقي, والقول بخلاف ذلك سيؤدي الى نشؤ تضارب بين مضمون نص مادة (2/1061) والمادة (2/1062) مدنى عراقي(3).

1-د. غني حسون طه،الحقوق العينية الاصلية،بغداد، 1977 ،ص 100.

2- القرار المرقم(204/الهيئة المدنية الاستئنافية/2018) في 2018/9/4 ذكره القاضي(رزكار عبداللة حسن)والمحامي المستشار(ئامانج عارف كريم)في المصدر السابق, ص30 .

3-المحامي جمعة سعدون الربيعي , احكام ازالة الشيوع في القوانين العراقية معززا بقرارات محكمة التمييز, 1989 ,ص8.

ويجوز ان يصدر التصرف الى احد الشركاء الاخرين أو اليهم جميعا , كما يجوز ان يصدر الى الاجنبي من غير الشركاء, ومتى تم التصرف كان صحيحا ونافذا في حق باقي الشركاء دون حاجة الى أي اجراء اخر, فليس من الضروري أن يعلن التصرف الى باقي الشركاء, أو ان يوافقوا على التصرف كما في حوالة الحق, لأن الشريك في صدد نقل حق عينى لا حق شخصي, ولكن اعلان باقي الشركاء بالتصرف يكون مفيدا بحسب رأي البعض، اذ يجعل ميعاد الحق في استرداد المنقول او الحق في الآخذ بالشفعة في العقار يسري على هؤلاء الشركاء(1).

والتصرف المادي بالحصة الشائعة من قبل احد الشركاء قد يسبب ضررا يصيب الشركاء الاخرين، فإن لهم الحق في الرجوع عليه بدعوى الضمان عما اصابهم من ضرر واساس رجوع الشريك هنا المسئولية التقصيرية، لأن الشريك وان كان له الحق في ممارسة سلطة التصرف على حصته الشائعة غير انه مقيد بعدم الاضرار بحقوق شركائه الاخرين، اذ الشريك يعد بمركز الاجنبي بالنسبة الى حصص باقي الشركاء (المادة 1/1602 من القانون المدني العراقي). فإذا كان الشيء المشترك طريقا مثلا استعمله كل شريك في المرور دون ان يكون لاحد منهم ان يبني فيه, لان ذلك البناء من شأنه تعطيل حقوق الاخرين في استعماله، واذا كان المال الشائع دارا فلا يسوغ لاحدهم ان يهدم جزءا بمقدار حصته لأن حقه مقيد بجميع الحالات بعدم الاضرار بحقوق الشركاء الاخرين(2) .

والشريك الشائع على ضوء ذلك لا يحق له ان يرتب على حصته الشائعة حق ارتفاق او حق مساطحة، اذ يقتضي مباشرة صاحب هذه الحقوق اعمالا لا تصح مباشرتها الا على عقار مفرز، فتصرف الشريك على هذا النحو يسبب ضررا لباقي الشركاء، ويكون لهم

1- د.احمد عبدالرزاق السنهوري, الصدر السابق,ص843.

2- د.أحمد عبالرزاق السنهوري, المصدر السابق, ص802.

الحق في الرجوع على هذا الشريك، وبذلك قضت محكمة التمييز في العراق في قرار لها على (أن حقوق الارتفاق من التصرفات المضرة ليس للشريك في الملك المشاع ان يرتبها دون اذن شركائه(1). ومن الجدير بالذكر ان تعهد الشريك بعدم تصرفه بحصته الشائعة يُعد تعهداً باطلًا(2).

والشريك الشائع له مباشرته سلطة التصرف بحسب الاصل، غير انه يرد استثناء في بعض الحالات، فقد يكون لشريكه الاخر حق الرجوع عليه بالرغم من ان الشريك الذي تصرف بحصته الشائعة لم يسبب ضررا للشريك الذي يستعمل حقه في الرجوع، وذلك في

حال كان التصرف بيعا للحصة الشائعة في منقول او في مجموع من المال حتى وان كان من بينه عقار، ومن ثم يسترد الشريك الحصة المبيعة منعا من دخول الاجنبي بين الشركاء في الشيوع، وكذلك يحق للشريك في المال الشائع ان يستعمل حقه في الرجوع على شريكه الاخر اذا كان التصرف بيعا لحصه شائعة في عقار وذلك من خلال استعماله حق الشفعة واساس حق الرجوع هنا هو القانون.

والاسترداد لا يعني الشفعة، فأذا كانا يتفقان في علة تقريرهم في مجال الشيوع، الا ان للشفعة نطاقا يجاوز الاسترداد الذي يكون في الشيوع، فهي تثبت للشريك في الشيوع في العقار وغيره من الشفعاء كالخليط والجار الملاصق.(3)

مع ملاحظة ان المشرع العراقي، لم يأخذ بالاسترداد كما فعل المشرع الفرنسي والمصري، وضيق من نطاق تطبيق حق الشفعة اذا كان الشريك في المال الشائع العقار قد

1- القرار المرقم /221م2 عقار /973 تأريخ القرا 1973/4/26 نشره ابراهيم المشاهدي في المباديء القانونية فى قضاء محكمة التمييز , القسم المدنى , بغداد 1988,ص86.

2- قضت محكمة التمييز (يعتبر تعهد الشريك بعدم تصرفه بحصته مدة معينة وبدفعه تعويضا عن مخالفته يعتبر تعهدا باطلا)القرار المرقم 142 /م73/2 في 1973/3/26 ,النشرة القضائية, العدد الاول, السنة الرابعة, ص79.

3-الدكتور غنى حسون طه, محمد طه بشير, المصدر السابق, ص179.

تصرف بيعا لحصته الشائعة الى اجنبي، فللشركاء الاخرين ان يتملكوا الحصة المبيعة ولو جبرا على المشتري والبائع عن طريق الشفعة، وقد قصرها المشرع العراقي على الحصة الشائعة في الدار السكني والشقة السكنية(1).

فقد عرفت المادة (1128) من القانون المدني العراقي الشفعة بنصها على " الشفعة هي حق تمليك العقار المبيع ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتاد " كما ان المادة (1129) من القانون المدني العراقي بعد تعديلها بقرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم 978 في 1978/7/24 حصرت حق الاخذ 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 الاعيان المشاعة فان تصرف الشريك بحصته لا يسري عليه أحكام الشفعة.

ويثار التساؤل في هذا المجال، ما هو الحكم لو تصرف الشريك اثناء الشيوع في جزء مفرز من المال الشائع وكان هذا الجزء يوازي حصته الشائعة ؟ لا نجد نصا صريحا في القانون المدني العراقي يعالج هذه الحالة، وانما تمت الاشارة الى مصير هذا التصرف بعد القسمة، ولم يعالج مصير هذا التصرف قبل القسمة وبهذا فقد تعددت اراء الفقهاء حول حكم هذا التصرف فهناك ثلاثة اراء بهذا الصدد ، نتناولها على النحو الاتي :-

الرأي الاول :- يرى اصحاب هذا الراي بأن هذا التصرف ليس الا تصرفاً في ملك الغير، لان هذا الجزء ليس ملكا خالصا له حتى وان كان يعادل سهامه فيه، لان حصته محددة معنويا يرمز اليها بنسبة معينة تنتشر في العين الشائعة بأكملها(2).

---

1 -د. صلاح الدين الناهي , المصدر السابق , ص137.

2 -الدكتور غنى حسون طه, محمد طه بشير,المصدر السابق ,ص 183.

الرأي الثاني:- يرى اصحاب هذا الرأي بأن تصرف الشريك في جزء مفرز يوازي حصته، يعتبر تصرفا صحيحاً بين طرفيه لصدوره من مالك سواء كان ذلك قبل القسمة او بعدها، الا انه غير نافذ بحق بقية الشركاء قبل القسمة وبعدها ولهم الحق في اجازته قبل القسمة او اقامة دعوى الاستحقاق لتأكيد حقوقهم في ذلك الجزء الذي انصب عليه التصرف، فحق الشريك على الشيء الشائع مقيد باحترام حقوق الشركاء الاخرين المماثلة، فاذا كان تصرف الشريك صحيحا لصدوره من مالك، فانه لا يكون

نافذا في حق باقي الشركاء، فلهم حق اقراره ولهم الحق برفع دعوى الاستحقاق لتأكيد حقوقهم الشائعة على الجزء المفرز المتصرف فيه، طالما انهم لا يطالبون بالقسمة.(1)

الرأي الثالث :- يرى اصحاب هذا الرأي ان تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع يوازي حصته الشائعة، يكون تصرف موقوف على نتيجة القسمة وبها يستقر الامر نهائيا، ولكن اصحاب هذا الرأي عالجوا المسألة بعد القسمة، وهو الاتجاه الذي اخذ به المشرع العر اقي، حيث جعل المشرع العراقي هذا التصرف لا اثر له الا اذا وقع الجزء المتصرف فيه في نصيب الشريك(2)، وبذلك قضت محكمة التمييز(وجد ان الحكم المميز موافق للقانون, ذلك لان الطرفين شركاء على الشيوع في عقار موضوع الدعوى, وان الاحكام الخاصة بالمال الشائع تقتضي بعدم جواز المطالبة بأقيام المنشأت المحدثة من قبل احد الشركاء الا بعد ازالة شيوع العقار و انتظار قسمة المال الشائع ان كان قابلاً للقسمة, لآن الشريك اذا تصرف في جزء من المال الشائع

1--الدكتور حسن كيرة ,اصول القانون المدنى ,الحقوق العينية الاصلية , احكام حق الملكية ,جزء الاول ,منشأة المعارف , الاسكندرية ,1965,ص369.

2-انظر نص المادة (2/1062)من القانون المدنى العراقي .

فلا يكون للتصرف اثر الا اذا وقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب هذا الشريك المادة1062 المدني, وبذلك تكون الدعوى موجبة للرد لاقامتها قبل اوانها)(1)

فأذا وقع هذا البناء او الغراس في نصيب الباني او الغارس، فلا اعتراض عليه، اما اذا وقع في نصيب شريك آخر غير الباني او الغارس فإنه يعتبر كأنما تصرف في ملك الغير ويلزم برفع البناء أو الغراس ويتحمل هو تكاليف ذلك(2). وهذه نتيجة طبيعية للأثر الكاشف للقسمة(3). ولكن اذا اقر الشريك الذي وقع في نصيبه البناء او الغراس وطلب بقائه على حاله، فانه من الممكن في هذه الحالة تطبيق احكام الالتصاق، اذ رخصة ألخيار في بقاء

البناء او الغراس على حاله لا تكون رهن ارادة الشريك الباني او الغارس، وانما تكون رهن ارادة الشريك الذي وقع في نصيبه الجزء المقام عليه البناء أو الغراس، فيكون له الخيار في ابقاء البناء أو الغراس على حاله ويطلب تمليكه ، حيث يجب التمييز بين ما اذا كان الشريك الباني أو الغارس حسن النية او سيء النية، فاذا كان حسن النية يتملك الشريك الذي وقع الجزء المتصر ف فيه بالبناء او الغراس بقيمته الحقيقية، اما اذا كان سيء النية فيتملكها بقيمتها مستحقة للقلع, وذلك بموجب المادة (1120) من القانون المدني العراقي والتي تنص على (اذا احدث شخص بناء او غراساً او منشآت اخرى بمواده من عنده على

1-القرار 234/هيئة استئنافية عقار/ 2009في 2009/1/5 منشور في كتاب المحامي فوزي كاظم المياحي , شركاء الشيوع ونزاعاتهم المتعددة, بغداد الكرادة/ 2014, ص318

2-نصت المادة (2/1062) من القانون المدنى العراقي (واذا تصرف الشريك في جزء من المال الشائع ,فلا يكون للتصرف الاثر الااذا وقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب هذا الشريك) و تنص المادة(1123)منه على(اذا بنى احد اصحاب الحصص لنفسه في الملك المشترك القابل للقسمة بدون اذن الاخرين ثم طلب الاخرون القسمة, فتقسم, فان اصاب ذلك البناء حصة بانيه ملكه, وان اصاب حصة الاخر فله ان يكلف الباني بالهدم)

3--نصت المادة (1075) , من القانون المدنى العراقي(ترجح جهة الافراز على جهة المبادلة في القسمة فيعتبر كل متقاسم انه كان دائما مالكا للحصة المفرزة التي الت اليه وانه لم يملك قط شيئا من باقي الحصص .)

ارض مملوكة لغيره بزعم سبب شرعي, فان كانت قيمة المحدثات قائمة اكثر من قيمة الارض كان للمحدث ان يتملك الارض بثمن مثلها, واذا كانت قيمة الارض لا تقل عن قيمة المحدثات, كان لصاحب الارض ان يتملكها بقيمتها قائمة).

وعلى ذلك قضت محكمة التمييزفي العراق في قرار لها على (لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي ضمن المدة القانونية فقرر قبوله شكلا وعند النظر في الحكم المميز ظهر انه غير صحيح ومخالف للقانون, لأن المحكمة لم تتبع قرار النقض التميزي الصادر بالعدد 877/مدنية عقار2007وتأريخ 2007/7/23 بصورة صحيحة,

عندما ذهبت الى أن ثبوت عائدية البناء المشيد على جزء من أرض العقار موضوع الدعوى للمدعي يعتبر لوحده دليلا على توافر الزعم الشرعي عند التشيد وهذا غير وارد لأن(المراد من زعم السبب الشرعي هو وجود سبب من اسباب التملك في الظاهر عند انشاء البناء والغرس وذلك كأن يتلقي الباني أو الغارس الارض ارثا أو هبة أو وصية أو شراء من أحد ثم يظهر لها مستحق يثبت (انها ملكه)مما يتطلب أن تنصب تحقيقات المحكمة قيام المدعي بالبناء معتقدا ان الارض تعود له لوجود سبب ظاهرمن اسباب التملك لديه قد حمله على البناء ثم ثبت ان الارض لاتعود له, ويجب على المحكمة التحقق من تسجيل عائدية البناء للمدعي في السجل العقاري تنفيذا لقرارتثبيت العائدية المشار اليه اعلاه, لذلك قررنقض الحكم المميزواعادة اضبارة الدعوى الى محكمتها للسير فيها على ضوء ما تقدم على ان يبقى رسم التمييز تابعا للنتيجة,وصدر القرار بالاتفاق في 2008/5/4 م (1).

1- القرار المرقم (759/ السبب الشرعي /2008) المنشور على الانترنت ,موقع qview,https//www.hjc.iq

المبحث الثالث

الرجوع على الشريك في حالة الانتفاع والتصرف بالمال الشائع كله

يحصل في بعض الاحيان ان ينتفع احد الشركاء او يتصرف في المال الشائع كله دون ان يقتصر على مقدار حصته الشائعة بل يتجاوز الى حصص الشركاء الاخرين وهذا الفرض قد يكون بعلم وموافقة الشركاء الاخرين وقد يكون بدون علمهم وموافقتهم، وينشأ تبعا لذلك حقا للشريك الاخر في الرجوع على شريكه الذي انتفع او تصرف بالمال الشائع كله. لذلك سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين نتناول في المطلب الاول حالة الرجوع على الشريك

عند الانتفاع بالمال الشائع كله، وفي المطلب الثاني نتناول حالة الرجوع على الشريك عند التصرف بالمال الشائع كله.

المطلب الاول

الرجوع على الشريك في حالة الانتفاع بالمال الشائع كله

تبين لنا ان للشركاء ان ينتفعوا باتفاقهم بالمال الشائع كيفما يشأون, فلهم ان يتهايأوا الانتفاع به, ولهم ان يزرعوها اذا كانت ارضاً او يسكنوها اذا كانت مما يسكن كالدار او ان يؤجرها و يقتسموا الاجرة حسب حصصهم او غير ذلك من اوجه الاستعمال و الاستغلال, كما ان لاحد الشركاء ان ينتفع بالعين المشتركة بأذن شركائه, فيسوغ لهذا الشريك عندئذ الانتفاع بها وفق الاذن.(1)

1-محمد طه بشير و الدكتور غني حسون طه, المصدر السابق,ص109.

ولكن الشريك الشائع في بعض الاحيان قد يضع يده على العين الشائعة كلها دون موافقة باقي الشركاء لينتفع بها، وهنا يكون لباقي الشركاء الرجوع عليه بسبب حرمانهم من الانتفاع، فاذا كانت العين الشائعة ارضا زراعية ووضع احد الشركاء يده عليها كي يستقل بزراعتها والانتفاع منها كان للشركاء الاخرين ان يعترضوا على ذلك، ويطلبوا منع معارضته لهم في الانتفاع بحصصهم الشائعة من المال الشائع.

وبهذا الصدد قضت محكمة التمييز(وجد ان محكمة البداءة قضت بحكمها برد الدعوى دون ان تتبع ما جاء بقرار محكمة التمييز لأسباب غير مقبولة قانونا, وهي ان الملكية الشائعة تستعصي الحكم بمنع معارضة الشريك لشريكه, كما وان الحكم الصادر بمنع المعارضة لايمكن تنفيذه و دون ان تلاحظ بأنه ليس للشريك الاستئثار

بجزء من الملك المشترك لنفسه, لآن كل شريك على الشيوع يملك في ذلك الجزء حصته ملكاً تاما وله حق استغلالها و الانتفاع بها بحيث لايضر بشركائه و ان كل واحد من الشركاء اجنبي في حصة الآخر, وبالتالي تصح المطالبة بمنع المعارضة بين الشركاء ولكن دون ان يتم تسليم الجزء المتجاوز عليه....)(1).

ومن الناحية العملية ان الحكم دون التسليم له ما يبرره , اذ يتعذر تسليم الحصة الشائعة الى الشريك دون الافراز, فالشركاء يملكون المال الشائع بمقدار حصصهم الشائعة بكل جزء منه دون ان يستقل احدهم بجزء مستقل و مفرزمنه, وان القانون المدني العراقي في المادة (2/1063) تنص على انه(1- يجوز للشركاء ان ينتفعوا بالعين الشائعة جميعا . 2 -ويجوز لكل منهم حق الانتفاع بحصته، فاذا انتفع بالعين كلها في سكنى ومزار عة او ايجار او غير ذلك من وجوه الانتفاع بلا اذن شركائه،

1-القرار 395/موسعة اولى/1997, ذكره المحامي فوزي كاظم المياحي, في المصدر السابق, ص312.

وجب عليه لهم اجر المثل، على انه اذا اجر العين الشائعة باكثر من اجر المثل, وجب ان يعطي كل شريك حصته من الاجرة المسماة). و يتضح من هذه النصوص بإنه لا يجوز لآي من الشركاء ان ينفرد باستعمال الشيء الشائع او باستغلاله كله او جزء معين منه بدون اذن شركائه، كأن يكون الشيء دارا فيسكنها او ارضا فيزرعها او يؤجرها فإنه يكون مسؤولا عن ذلك ويحق لباقي شركائه الرجوع عليه بمقدار حصصهم من خلال المطالبة بأجر المثل او الاجر المسمى على حسب الحال.

وهناك من يرى بان اساس رجوع الشركاء على الشريك المنتفع بأجر المثل او بأجر المسمى (حسب الاحوال)هو منعأ من الاثراء دون سبب(1), الا اننا لا نؤيد هذاالاتجاه و نرى بأن اساس الرجوع على الشريك في حالة الانتفاع بكل المال الشائع

هو نص المادة(2/1063)من القانون المدني, أي القانون وليس تطبيقاً لقواعد الكسب دون السبب.

وهذا الحكم الذي يقرره القانون المدني العراقي في الفقرة 2 من المادة 1063 يخالف ما كانت تقرره مجلة الاحكام العدلية اخذا بما هو مقرر في الفقه الحنفي، فقد فرقت المجلة في صدد استقلال احد الشركاء بالانتفاع بالشيء بينما اذا كان الشريك الآخر حاضرا وبينما اذا كان غائبا, فاذا كان الشريك الآخر حاضرا وقت انتفاع شريكه بالعين المشتركة فليس له ان يطالب باجرة حصته عن المدة الماضية ولا ان يطلب الانتفاع بالعين المشتركة بقدر ما انتفع شريكه لآنه قد انتفع بها على انها ملكه، وهذا ما يسمى بالانتفاع بتأويل ملك ، فالاعيان المشتركة تعتبر بالنسبة للانتفاع بها

1-الدكتور حسن علي الذنون, شرح القانون المدني العراقي, الحقوق العينية الاصلية, الرابطة للنشر بغداد, 1954 ص69.

مملوكة بتمامها لكل واحد من الشركاء. اما اذا كان الشريك الآخر غائبا وان الآنتفاع لا يضر بالشيء فأن للشريك الحاضر الانتفاع به، وللشريك الغائب بعد حضوره الانتفاع بالشيء الشائع بقدر المدة التي انتفع بها شريكه الحاضر، وهذا الحكم جوز استحسانا لآن من شأنه المحافظة على منفعة الشريك الحاضر ومنفعة الشريك الغائب أيضا.(1)

وسلطة الشريك في استعمال او استغلال المال الشائع كله، فأنها قد تدخل ضمن اعمال الادارة، وان حق الشريك في الرجوع على الشريك الآخر يحتم ان يكون ضمن نطاق اعمال الادارة، طالما ان مباشرة الشريك لسلطاته على المال الشائع كله منبثقة من هذه الاعمال، فاذا تولى احد الشركاء الادارة دون اعتراض من الباقين، فانه في

هذا الفرض، يعتبر ان هناك وكالة ضمنية صدرت من باقي الشركاء الى الشريك الذي تطوع لادارة المال الشائع، فيكون هذا الشريك اصيلاً عن نفسه ووكيلاً عن باقي الشركاء في ادارة المال الشائع ادارة معتادة . وتنفذ اعمال الادارة المعتادة التي تصدر منه في حق الشركاء، فتكون اجارته للمال الشائع مثلاً نافذه في حقهم، وله ان يزرع الارض الزراعية وان ينفق على الزراعة ما تقتضيه من مصروفات، وان يحفظ المحصولات بعد جمعها، ثم يبيعها في الاسواق باثمانها الجارية، وله كذلك ان يؤجر الآرض المشتركة او ان يعطيها مزارعة، وكل هذه الاعمال تدخل في حدود الادارة المعتادة، وتكون نافذة في حق سائر الشركاء طالما انه لم يعترض باقي الشركاء على هذه الادارة.(2).

1- محمد طه بشير و الدكتور غني حسون طه, المصدر السابق,ص110

2 -الدكتور احمد عبدالرزاق السنهوري, المصدر السابق,825 و 826.

وتنقسم اعمال الادارة الى اعمال الادارة (المعتادة وغيرالمعتادة)والمقصود بالادارة المعتادة الاعمال التى تهدف الى الحصول على المنافع المال الشائع دون أن يؤدي الى تغير اساسي في هذا المال أو في الغرض الذي أعد له و تتحدد هذة الاعمال على ضؤ ماذكرته المادة (105)من قانون المدنى العراقي, اذ نص على انه (....ويعتبر من عقود ادارة بوجه الخاص الايجار اذا لم تزد مدته على ثلاث سنوات واعمال الحفظ والصيانة واستفاء الحقوق وايفاء الديون وبيع المحصولات الزراعية وبيع المنقول الذي يسرع اليه التلف والنفقه على الصغير).

أما اعمال الادارة غير المعتادة فيقصد بها تلك الاعمال التي تقضي تغيرا اساسيا أو تعديلا في الغرض الذي اعد له المال الشائع(1). ونظم المشرع العراقي اعمال الادارة

غير المعتادة في المادة (1065)من القانون المدني العراقي اذ نصت هذه المادة في الفقرة (1) منها على (للشركاء اصحاب القدر الاكبر في الحصص ان يدخلوا باذن من المحكمة في سبيل تحسين الانتفاع بالمال الشائع من التغيرات الاساسية والتعديل في الغرض الذي اعد له المال مايخرج عن حدود الادارة المعتادة)

وبهذا فإن لباقي الشركاء الذين لم يعترضوا على ادارة احدهم للمال الشائع ان يرجعوا عليه بمقتضى احكام الوكالة، لآنهم لم يكونوا متبرعين بمقدار حصصهم لهذا الشريك، وانما اجازوا له ادارة المال الشائع، الآمر الذي يفترض وجود وكالة ضمنية تسمح لهم بالرجوع على شريكهم المتولي لاعمال الادارة، لانتفاء الاباحة في هذا الفرض, في حين ان الشريك يعد في حالات معينة فضوليا، اذا ما قام بعمل مادي لا

1- المحامي فوزي كاظم المياحى, المصدر السابق, ص35.

تصرف قانوني، كزراعة الارض، وهي غير زراعية، فلا ترد عليه الوكالة، فيمكن اعتبار الشريك في هذه الحالة غاصبا، ويكون لباقي الشركاء حق الرجوع عليه بمقتضى احكام الغصب(1), فاذا اجر الشريك الشائع جزءا مفرزا فقط من المال الشائع، وكان موازي لحصته الشائعة، فاذا لم يعترض الشركاء الذين يملكون اغلبية الحصص على الايجار فإن ذلك الايجار يكون نافذا بحقهم باعتباره وكيلا عنهم ويحق للشريك المؤجر ان يسلم الجزء المفرز الى المستأجر للانتفاع به وهذا الاتجاه هوماعليه موقف المشرع العراقي اذ تنص المادة(3/1064)من القانون المدني العراقي على(واذا تولى احد الشركاء الادارة, دون اعتراض من الباقين, عد وكيلآ عنهم).

1 --الدكتور حامد مصطفي ,القانون المدنى العراقي, ج1,الملكية واسبابها,بغداد1953,ص109.

المطلب الثاني

الرجوع على الشريك في حالة التصرف بالمال الشائع كله

اختلف الفقه في حكم تصرف الشريك في كل المال الشائع اثناء الشيوع، لان تصرفه هذا يعني انه تصرف في مقدار حصته ومقدار حصص الشركاء الاخرين, فذهبوا نحو رأيين، الرأي الاول, والذي هو السائد يذهب الى ان هذا التصر ف صادر من غير مالك, فاذا كان التصرف بيعاً, مثلاً, وقع البيع, فيما زاد على حصة الشريك البائع موقوفاً على اجازة شركائه الآخرين, فاذا أجازوا اعتبرت الاجازة توكيلاً, لان الاجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة, و يطالبوا الشريك البائع باعتباره فضولياً, بالبدل ان

كان قد قبضه, واذا لم يجيزوا هذا التصرف فانه يعتبر باطلاً, واذا هلك المبيع قبل الاجازة في يد المشتري فان الشريك البائع باعتباره غاضباً, يضمن هذا الهلاك لشركائه الاخرين(1).

اما الرأي الثاني، فيذهب الى اعتبار تصرف الشريك المشتاع في كل الشيء الشائع تصرفا معلقا على شرط واقف وهو وقوع الشيء الشائع كله في نصيب الشريك المتصرف بالقسمة، فإن تحقق الشر ط بالقسمة ثبت التصرف نهائيا واعتبر قائما منذ ابرامه، وان تخلف الشرط اعتبر التصرف كأن لم يكن.(2)

ونحن نتفق مع اصحاب الرأي الاول لآنه تبين لنا من خلال ما قدمناه مسبقاً بأن حق الشريك المشتاع يتحدد بقدر الحصة التي له في المال الشائع، ولكن حقه يرد على

1- محمد طه بشير و الدكتور غني حسون طه, المصدر السابق,ص115 .

2- د. حسن كيرة, المصدر السابق, ص364 .

الشيء الشائع كله، فلا يتركز في جزء معين من هذا الشيء، وللشركاء الاخرين هذا الحق، اذ يرد حق كل منهم في الوقت نفسه على الشيء الشائع كله, فاذا كان للشريك المشتاع بمقتضى ماله من حق ملكية الشيء الشائع ان يتصرف في مقدار حصته في هذا الشيء، فأن سلطته في هذا التصرف تكون مقيدة بحقوق الشركاء الاخرين، بحيث لا يمس حقوقهم، فمركز الشريك بالنسبة الى حصص الشركاء الاخرين يعتبر اجنبيا فهو ليس في هذه الحالة نائبا او وكيلا ينوب عنهم، فاذا ما تصرف الشريك بالمال الشائع فأن تصرفه يعتبر صادرا من غير مالك لما زاد عن حصته فيقع تصرفه موقوفا على اجازة بقية الشركاء(1).

ومباشرة الشركاء في الشيوع سلطة التصرف في المال الشائع يجب ان تكون في حدود الحصة الشائعة للشريك، كذلك فان للشريك ان يتصرف مستقلا في الملك الشائع باذن شركائه، سواء اكان هذا التصرف ماديا ام قانونيا. فيجوز للشريك المأذون ان يتصرف في الملك المشترك في حدود الاذن، ويستوي في ذلك ان يكون هذا التصرف مضرا او لم يكن، لآنه يعتبر اصيلا عن نفسه ووكيلاً عن شركائه ويكون للشركاء الآخرين الرجوع عليه بمقتضى احكام الوكالة، اما اذا لم يكن الشريك مأذونا فليس له ان يجري أي نوع من انواع التصرفات.

1- وبذلك قضت محكمة الجنايات السليمانية /2 بصفتها التميزية بقرارها المرقم (213/ب. ت/2021)في 2021/8/16 على: (دةركةوت تانةكة لةماوةى ياساييدا بريارةكة نارِاستة وثيَشوةختة لةبةر ئةوةى ثيَويست بوو صورة قيدى مولكى بابةتةكة بة دةست بهيَنريَت تا بزانريَت سكالاكار و تؤمةتبار خاوةن ثشكن لة مولَكي ناوبراو يان نا وة ثيَويست بوو ليَكؤلَينةوةى وورد بكراية تا بزانريَت تؤمةتبار هةموو مولَكى بابةتى داواكةى فرؤشتوة يان نا , وة ئايا ئةو مولَكة بةشكراوة لة نبَوان هاوبةشةكاندا يان نا وة ئةطةر مولَكةكة هاوبةش بيَت و ثيَش دابةشكردن مولَكةكة يان بةشيَكى فرؤشتبيَت بة بيَ رِةزامةندى هاوثشكةكان ئةوا كارةكةى تاوان دروست دةكات بة ثيَ ي بةندى (457)لة ياساي سزادان .....)القرار غير منشور .

والتصرفات المادية التي يجريها الشريك على المال الشائع تتطلب ايضا موافقة باقي الشركاء، فاذا كانت دون اذنهم فتعتبر تجاوزا على حقوقهم ينشأ معه لباقي شركائه حق الرجوع عليه عن هذا التجاوز، فتصرف الشريك على هذا النحو يرد على حق الشركاء الآخرين، اذ ان حق كل شريك يرد على الشيء الشائع بأجزائه كلها، فإذا قام احد الشركاء بعمل من هذه الاعمال حق للاخرين ان يعترضوا عليه، ومن امثلة ذلك كأن يبني الشريك على الارض المشاعة، فيكون للشركاء الآخرين ان يعترضوا على ذلك فيقيموا دعوى منع المتعرض ويطلبوا ازالة البناء. ما دام ليس هناك تعسف في استعمالهم لهذا الحق، غير انهم اذا اختاروا ابقاء ما اقامه الشريك من ابنية او منشئات او زرع وجب عليهم ان يشتركوا في النفقات الحقيقية بنسبة حصصهم لا قيمتها مستحقة القلع(1) .

ويجب على من اراد من الشركاء البناء في حصص الآخرين من الشركاء الحصول على موافقتهم جميعا، او استحصال اذن من المحكمة ولا يكفي الحصول على موافقة بعضهم، وبخلافه يكون لباقي الشركاء الرجوع على شريكهم المتجاوز، وبذلك قضت محكمة التمييز الاتحادية بقرارها المرقم 58/هيئة مدنية/2007 .... (وانها قد استحصلت على موافقة قسما من الشركاء ولم تستحصل موافقة المدعي على التشييد وحيث ان من بين المبادئ المتعلقة بالملكية الشائعة ان كل شريك في الشيوع يملك حصته الشائعة ملكا تاما وله حق الانتفاع بها واستغلالها بحيث لا يضر بشركائه، لذا تعد متجاوزة ويحق للمدعي رفع التجاوز ولما كانت المدعى عليها شريكة في العقار لذا لا تلزم بالتسليم) وقضت ايضا بقرارها المرقم 376/هيئة استئنافية / عقار / 2009 في 2009/10/29(من الثابت ان طرفي الدعوى والاخرين شركاء على الشيوع في القطعة المرقمة 3/69 مقاطعة 29 الخرابه وان المدعى عليه قام بتشييد الدار عليها دون اذن وموافقة باقي الشركاء وحيث ان كل شريك في الشيوع

1-د.عبدالمنعم فرج الصده, محاضرات في القانون المدني, الملكية في قوانين بلاد العربية, الجزء الثاني, الملكية الشائعة, جامعة الدول العربية, 1962,ص13.

يملك حصته الشائعة ملكا تاما بحيث لا يضر بشركائه الاخرين ... ولا سيما ان اقامة البناء على العقار الشائع يجب ان يتم بموافقة الشركاء جميعا لأنه من اعمال الادارة غير المعتادة التي تستوجب الآجماع لذلك يكون الحكم الابتدائي القاضي برفع التجاوز دون التسليم له سند من القانون تقرر تصديق)(1).

ويستوي الأمر ان كان الشركاء في ملك تام أم في حق تصرف وبذلك قضت محكمة التمييز الاتحادية بقرارها بالعدد ((1202 /م2/2006 في 24/9/2006)) حيث أن المدعي شريك في القطعة موضوعه الدعوى كونه احد الورثة بموجب القسام النظامي ففي حالة وجود التجاوز على حصته من المدعى عليهم يحكم برفع التجاوز دون التسليم)) . وقد

أكدت الهيئة الموسعة المدنية ما تقدم وذلك بقرارها بالعدد 228/هيئة موسعة مدنية/2006 في 20/6/2007 جاء فيه ((لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة الموسعة في محكمة التمييز الاتحادية وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون ذلك لان الثابت من السجل العقاري للقطعة موضوع الدعوى أنها مشاعة بين الطرفين المتداعيين والتي آلت إليه انتقالا من مورثهم فاضل خطاب بموجب القسام القانوني الصادر من محكمة بداءة الموصل بعدد 234/ب/2005 في 22/6/2005 وشركاء آخرين وان المدعين طلبا في دعواهم الحكم بإلزام المدعى عليهم برفع التجاوز الحاصل من قبلهم وذلك بإزالة المشيدات التي أحدثها وحيث أن كل شريك في الشيوع يملك حصته الشائعة ملكا تاما بنسبة حصته في كل ذرة من ذرات الملك الشائع وله حق الانتفاع فيها واستعمالها بحيث لا يضر بشركائه الآخرين م (1061/2)من القانون المدني وانه يعتبر في الوقت نفسه أجنبيا في حصص الشركاء الآخرين (م 1062/1)مدني لذا فلا يعتبر أي شريك نائبا عن الشريك الأخر

1- القاضي سالم عبد محمد ، قاضي محكمة التمييز الآتحادية ، تجاوز الشركاء ،ندوة في السلطة القضائية الاتحادية، بصيغة بحث منشور على الانترنيت، موقع 1648 .www.iraqja.iq/view.في 2012/10/15

في التصرف بهذا فلا يجوز لأي شريك أن ينتفع أو يتصرف بحصة شريكه الأخر بدون أذن منه ليس لأي شريك من الشركاء سلطة مستقلة على الشيء الشائع عن طريق استعماله أو بالتصرف فيه لذا فان من المتفق عليه فقهآ بان التصرف بالشيء الشائع لا يصح الا باتفاق جميع الشركاء فيجوز للشريك المأذون أن يتصرف بالملك المشترك في حدود الأذن أما أذا لم يكن الشريك مأذونآ فليس له أن يجري آي نوع من أنواع التصرف وحيث أن وقائع الدعوى تشير إلى أن المدعى عليهما لم يستحصلاعلى اذن و موافقة المدعين والشركاء الاخرين باحداثهما المنشأت على القطعة موضوعة الدعوى وبذلك تكون تلك المنشأت قد احدثت تجاوزآ و تكون من حق المدعين طلب ازالتها و لما كانت المحكمة قد

اصدرت حكمها المميز خلاف وجهة النظر القانونية المتقدمة, لذا قرر نقضه و اعادة اضبارة الدعوى الى محكمتها للسير فيها وفق النهج المتقدم و اصدار حكمها و الذي يتفق و حكم القانون على ان يبقى رسم التمييز تابعاً للنتيجة و صدر القرار بالاتفاق في 4/جماد الاخرى/1433ه الموافق2007/6/20 م).

وما قدمناه يعد الاتجاه السابق لمحكمة التمييز الاتحادية والذي ينتقده البعض ويوصفه بأنه ادى الى احداث مشاكل بين الشركاء وخاصة الشركاء في الأراضي المملوكة للدولة وحق التصرف مملوك للشركاء بسبب جهل العامة بالقانون وحسن النية في التعامل وبسبب القسمة الرضائية (المهاياة المكانية) يقوم كل شريك بالبناء على الجزء المخصص له وتحصل المشاكل بين الشركاء عندما يفتح طريق عام مثلا مجاورللقطعة وتصبح قطع بعض الشركاء تجارية بحيث يقوم ببناء محلات تجارية أو يؤجرها لقيام مشاريع عليها أو يبيعها بسبب ارتفاع سعرها مما يثير بقية الشركاء إلى البحث عن طريق الإعادة القسمة ليقع في حصة جزء من القطعة المطلة على الشارع العام فيلجأ الشركاء إلى إقامة دعوى ضد احد الشركاء دون الآخرين علما أن جميع الشركاء قد شيدوا دور وبدون أذن وموافقة بقية الشركاء ومن الأسباب أيضآ حدوث خلاف بين شريك وأخر مما يدعوه إلى إقامة رفع دعوى تجاوز ضده وان مثل هذه الدعاوى أحدثت إضرارا

للعامة بسبب حصول بعض الشركاء على قرارات رفع التجاوز دون التسليم ضد شركاء آخرين وان تنفيذ هذه القرارات قد لاقى إشكالا ومن ذلك المنع وأحداث صدامات ومشاجرات بسبب ذلك . ولم يلقى الرضا من قبل الشركاء والمحاكم ودوائر التنفيذ كونه جاء تطبيقا جافا وجامدا لحرفية النص القانوني وخلا من روح العدالة المبتغاة, مما دعت الى ضرورة تغيير الاتجاه السابق الخاص برفع التجاوز بين الشركاء واصدرت محكمة التمييز الاتحادية الهيئة العامة قرارا لها يحمل الر.قم /404الهيئة العامة/2011 في 28/2/2012 باتجاه جديد يضمن حق كل الشركاء بحيث يلزم الشركاء الذي بنى تجاوزاً وبدون اذنهم و موافقتهم المطالبة بأجر المثل(1).

جاء في القرار التمييزي المشار إليه أنفا (لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيأة العامة في محكمة التمييز الاتحادية . وجد أن الطعن التمييزي واقع ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا, ولدى عطف النظر في الحكم ألاستئنافي المطعون فيه وجد أن موضوع الدعوى انصب على طلب المدعي – المميز – قلع المحدثات التي شيدها شريكه في العقار موضوع الدعوى المملوك على وجه الشيوع وان محكمة الاستئناف قضت بحكمها المميز المؤرخ 4/10/2010 بتأييد الحكم البدائي المتضمن رد الدعوى عن المدعى عليه الذي حصرت الدعوى به من حيث النتيجة معللة ذلك بان الأذن بالبناء كما يكون تحريريا يكون شفاها أيضا, ولدى أمعان النظر بالحكم المذكور وبالإحكام القانونية التي تعالج موضوع الملكية الشائعة فان المواد من 1061 إلى 1069 من القانون المدني قد نظمت الملاك في الشيوع وواجباتهم في أدارة المال الشائع فكل شريك في الشيوع يملك حصته الشائعة ملكا تاما وله حق الانتفاع بها واستغلالها بحيث لا يضر بشركائه وكل شريك أجنبي في حصة الأخر ولا يستطيع القيام بالتصرف الضار بشريكه الا برضاه, وهذه هي القاعدة العامة في الملكية الشائعة

1-القاضي سالم عبد محمد ,المصدر السابق.

والتي أوردها المشروع بالمادتين 1061 و 1062 من القانون المدني, ولكن هذه القاعدة العامة ليست مطلقة بل أنها مقيدة بحكم المادة التالية لها رقم(1063)من القانون المدني فمقتضى إحكام الفقرة الأولى منها أجازت للشركاء الانتفاع بالعين الشائعة مجتمعين ولكن الفقرة الثانية منها أجازت أيضآ لكل واحد من الشركاء حق الانتفاع بحصته منفردا ولكن أذا انتفع هذا الشريك بالعين كلها في سكنى أو مزارعه أو أيجار أو غير ذلك من وجوه الانتفاع وبطبيعة الحال فان (إقامة المشيدات) يدخل ضمن تلك الوجوه من الانتفاع لأنها جاءت على الإطلاق ولم تات على سبيل الحصر بنوع معين من وجوه الانتفاع, فان كان هذا الانتفاع الذي انفرد به الشريك قد حصل بدون أذن شركائه وجب عليه لهم اجر المثل, ولما كان القانون قد رسم الطريق في حالة استحواذ احد الشركاء بالانتفاع بالملك الشائع كلا أو جزءا

أن يكون هذا الشريك ملزم قانوناً باجر مثل حصة باقي الشركاء فلا يبقى موجب لبحث ما أذا كان الأذن الصادر من الشريك شفويا آم تحريريا لان للملكية الشائعة طبيعة قانونية خاصة بها تميزها عن الملكية الفردية آذ في الملكية الفردية أذا حصل التجاوز عليها من قبل الغير فهنا للمالك الحق برفع التجاوز وازالة المحدثات إضافة إلى استحقاقه لأجر المثل باعتباره ربع مستحق في ذمة الحائز سئ النية . أما في الملكية الشائعة فإذا حصل فيها الاستغلال أو الانتفاع ليس من الاغيار بل من احد الشركاء بدون أذن شركائه فلا يصح للشركاء الآخرين قلع المحدثات بل يكون لهم الحق بالمطالبة باجر المثل كتعويض لهم جراء حرمانهم من الانتفاع بحصصهم من قبل الشركاء الآخرين وإذا كان ذلك التعويض غير مجزي لهم فلهم الحق بطلب إزالة شيوع الملك الشائع وفق القانون . وحيث أن محكمة الاستئناف انتهت إلى تأييد الحكم البدائي المتضمن رد دعوى المدعي / المميز لسبب أخر فيكون حكمها موافقاً للقانون من حيث النتيجة لذا قرر تصديقه ورد الطعون التمييزية وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالأكثرية في 7/ربيع الثاني/1433 هـ الموافق 28/2/2012) (1).

---

1 -القرار نقلاً عن القاضي سالم عبد محمد, المصدر السابق ذكره

يفهم من اتجاه محكمة التمييز الاتحادية بهيئتها العامة ، في حال ما اذا تصرف هذا الشريك بالمال الشائع كله تصرفا مادياً ، بأن حق الرجوع على الشريك في المال الشائع بدون اذن وموافقة باقي الشركاء، فأن حق الشركاء الاخرين في الرجوع عليه يقتصر على المطالبة بأجر المثل، أي اجر مثل حصة كل منهم، دون ان يمتد حقهم للرجوع عليه برفع المحدثات.

و هناك من ينتقد هذا الاتجاه الجديد لمحكمة التمييز(1), ويرونه بأنه اجتهاد قائم على تفسير لا يتفق مع المبادئ القانونية التي أقام المشرع عليها تنظيم الانتفاع بالمال الشائع

بل لا يتفق مع التنظيم القانوني لحق الملكية برمته وللدعاوى التي تحمي هذا الحق؛ فالشريك في المال الشائع لا يستطيع أن يخصص لنفسه جزءا من العين ليقيم عليها بناء دون رضاء سائر الشركاء، حيث يكون لسائر الشركاء الحق في مقاضاته بالتعويض (أجر المثل) استنادا إلى أن يد الشريك الباني على الجزء الذي افرزه كانت بغير حق، فهي إذا يد غاصب، والغصب من صور الخطأ تترتب عليه المسؤولية التقصيرية، لذلك يجب تفسير عبارة (وجب عليه لهم اجر المثل) الواردة في الفقرة الثانية من المادة 1063 بمعنى أجر المثل عن مدة التجاوز التي سبقت رفع الدعوى والى حين صدور الحكم ورد المال الشائع إلى حالته قبل التجاوز عليه بالبناء، فأجر المثل الوارد في الفقرة الثانية من المادة 1063 هو تعويض عن تجاوز تم على أقدس الحقوق المعترف بها قانونا وهو حق الملكية الثابت لسائر الشركاء على المال الشائع

1- الاستاذ الدكتورطارق كاظم عجيل، استاذ القانون المدني, عميد كلية القانون جامعة سومر،بناء الشريك على جزء مفرز من الشيء الشائع(تعليق على موقف القضاءالعراقي)، بصيغة بحث منشور على الانترنيت، موقع view,https://www.hjc.iq.في 2017/8/1.

لذلك يقتضي القانون أولا رفع التجاوز لا الاعتراف به وإضفاء الشرعية عليه, ثم يأتي الحكم بأجر المثل كتعويض عن المدة التي حرم فيها الشركاء من الانتفاع بحقهم في الشيء الشائع. كما يجوز أيضا لسائر الشركاء رفع دعاوى الحيازة على الشريك الذي استئثار أو يحاول الاستئثار بالبناء في العين الشائعة أو في جزء منها . و يطلبوا من المحكمة التمييز الاتحادية الموقرة العدول عن توجهها الجديد و عدم اعماله الا في

نطاقه القانوني السليم اي في نطاق المادة 1123 من قانون المدني العراقي والرجوع الى توجهها السابق –كقاعدة عامة- لاتفاقه مع صحيح القانون.

الخاتمة

بعد الانتهاء بعون الله من كتابة البحث نورد في ادناه اهم الاستنتاجات والتوصيات التي تم التوصل اليها :

أولآ : ألاستنتاجات

1- تعدد الملاك في المال الشائع و تساويهم في الحقوق العينية الاصلية بصفتهم مالكين, من المواضيع المعقدة في الحقوق العينية الاصلية ، وتعقيدها ينبثق من تمتعهم بذات السلطات التي يخولها حق الملكية على ذات المحل المملوك لهم ، ومن ثم فأن مباشرة اي شريك لسلطة استعمال حصته الشائعة او استغلالها او التصرف فيها يجب ان تكون مقيدة بحقوق شركائه االخرين، وبخلافه يكون للشريك الاخر الحق في الرجوع على الشريك المتعدي .

2- ان نص المادة (2/1061)من القانون المدني العراقي، تنص على انه (وكل شريك في الشيوع يملك حصته الشائعة ملكا تاما، وله حق الانتفاع بها واستغلالها بحيث لا يضر بشركائه .)..... اي اعتبرت هذه المادة الاستعمال والانتفاع لا يرد على شيء معنوي كالحصة الشائعة التي يرمز اليها بحصة رمزية، وانما يرد على شيء مادي, ودور الحصة الشائعة هو تحديد مقدار حق كل شريك في الاستعمال .

3- ان كل شريك في الملك الشائع رغم انه يملك حق ملكية تامة على مقدار حصته الشائعة وله بموجب هذا الحق ان يمارس كافة سلطاته عليها من استعمال واستغلال وتصرف، الا ان هذا مقيد بعدم الاضرار بحقوق الشركاء الاخرين، فقد رسم القانون حدودا معينة لكل شريك يستطيع من خلالها ان يمارس سلطاته على حصته الشائعة واذا ما حصل أي خرق او تجاوز لهذا الحدود، فيكون بموجب حق الرجوع لكل شريك ان يسائل الشريك المتجاوز او المتعدي . بل ان الشريك الشائع ليس له خلال نوبته في المهايأة ان يمارس اعمال مادية تؤدي الى احداث تغييرا جوهريا في العين الشائعة لآن القيام بمثل هذه االاعمال انما تعتبر تعدي على حصص باقي الشركاء.

4- تبين لنا من خلال البحث ان محكمة التمييز الاتحادية قد سارت بأتجاهين بشأن حق رجوع الشريك على باقي شركائه عند مباشرة تصرفات مادية على المال الشائع، فقد كانت باتجاهها السابق تقضي بحق الشريك بطلب ازالة المحدثات مع الحق في

المطالبة باجر المثل ، وقد انحرفت عن هذا الاتجاه واقتصرت في مثل هذه الحالات على حق الشريك بطلب اجر المثل دون ان يسقط حقه بطلب ازالة الشيوع .

5-ان المشرع العراقي، لم يأخذ بالاسترداد كما فعل المشرع الفرنسي والمصري، واقتصر على تطبيق حق الشفعة اذا كان الشريك في المال الشائع العقار قد تصرف بيعا لحصته الشائعة الى اجنبي، فللشركاء الآخرين ان يتملكوا الحصة المبيعة ولو جبرا على المشتري والبائع عن طريق الشفعة، وان كان اخيرا قد قصرها المشرع العراقي على الحصة الشائعة في الدار السكني والشقة السكنية وهو امر ليس في محله اذ الغرض من الآخذ بالشفعة منع دخول الاجنبي بين الشركاء.

ثانيا: الاقتراحات

1- بما ان كل شريك في الملك الشائع يملك حق ملكية تامة على مقدار حصته الشائعة و له بموجب هذا الحق ان يمارس كافة سلطاته عليها الا انها مقيد بعدم الاضرار بحقوق الشركاء الآخرين, عليه نقترح على المشرع العراقي بتعديل نص المادة (2/1061)من القانون المدني العراقي، و جعله كالاتي : (وكل شريك في الشيوع يملك حصته الشائعة ملكا تاما، وله حق الانتفاع بالمال الشائع واستغلاله بالقدر الذي يوازي حصته الشائعة، بحيث لا يضر بشركائه).

2- ندعو المشرع العراقي الى توسيع الحالات التي يجوز فيها الاخذ بالشفعة لتشمل جميع العقارات . كذلك ندعو المشرع العراقي اقتفاء اثر المشرع الفرنسي والمصري

واخذ بالاسترداد ليكون من الحقوق التي يستطيع من خلالها الشريك الرجوع على شركائه الاخرين عند التصرف بيعا في الحصة الشائعة الى اجنبي، سيما ما تعلق الامر بالاموال الشائعة المنقولة والمجموع من المال اذا كان بينه عقارا، لآن الحكمة من الاسترداد منع دخول الاجنبي الى المال الشائع وتقليل حالات الشيوع الى اكبرقدرممكن.

قائمة المصادر

الكتب :

1-د.احمد عبدالرزاق,في شرح القانون المدنى الجديد ,حق الملكية ,المجلد الثامن ,الطبعة الثالثة ,منشورات الحلبي الحقوقية ,بيروت ,2000.

2- د. ايمن سعد عبدالمجيد ,سلطات المالك على الشيوع في استعمال المال الشائع واستغلاله ،دراسة مقارنة دار النهضة العربية ,القاهرة 2000..

3-ابراهيم المشاهدي , المباديء القانونية فى قضاء محكمة التمييز , القسم المدنى , بغداد 1988.

4-المحامي جمعة سعدون الربيعي , احكام ازالة الشيوع في القوانين العراقية معززا بقرارات محكمة التمييز, 1989 .

5-د. حسن كيرة , اصول القانون المدنى ,الحقوق العينية الاصلية ,احكام حق الملكية ,جزء الاول , منشأة المعارف , الالسكندرية ,1965.

6-د. حسن علي الذنون, شرح القانون المدني العراقي, الحقوق العينية الاصلية, الرابطة للنشر بغداد, 1954 .

7-د.حامدمصطفي,القانون المدنى العراقي,ج1,الملكية واسبابها, بغداد 1953 .

8-د. حسن كيرة , اصول القانون المدنى ,الحقوق العينية الاصلية ,احكام حق الملكية ,جزء الاول , منشأة المعارف , الالسكندرية ,1965.

9-د. حسن علي الذنون, شرح القانون المدني العراقي, الحقوق العينية الاصلية, الرابطة للنشر بغداد, 1954 .

10-سعيد عبدالكريم مبارك , الحقوق العينية الاصلية , بغداد , شركة الرابطة للطباعة والنشر 1973 .

11- القاضي(رزكارعبداللة حسن)والمحامي المستشار(ئامانج عارف كريم)في تحفة القضاء من صفوة مباديء احكام قضاء محكمة تميزاقليم كوردستان شرحآو تعليقآ, الطبعة الاولى, مكتبة هوليرالقانونية, 2021.

12- د. صلاح الدين الناهي , الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية ,ط 1962 .

13- د. صلاح الدين الناهي , الوجيز في الحقوق العينية الاصلية, ج1 ,بغداد شركة الطبع والنشر الاهلية ذ.م.م , 1961 .

14- عبدالمنعم فرج الصده, محاضرات في القانون المدني, الملكية في قوانين بلاد العربية, الجزء الثاني, الملكية الشائعة, جامعة الدول العربية, 1962 .

15-د. غني حسون طه،الحقوق العينية ألصلية،بغداد، 1977 ، مجلة كلية التراث الجامعة العدد التاسع عشر .

16- المحامي فوزي كاظم المياحي , شركاء الشيوع ونزاعاتهم المتعددة, بغداد الكرادة, 2014.

17-محمد طه بشير ود.غنى حسون طه الحقوق العينية الاصلية ,جزء1 , بغداد , وزارة تعليم العالي والبحث العلمى 1982

18- د.مصطفي الزلمي ,والاستاذ عبدالباقي البكرى , المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية ,بغداد , مديرية دار الكتب للطباعة والنشر 1989 .

19-د.محمد وحيد الدين سوار ,شرح القانون المدنى ,الحقوق العينية الاصلية ,الطبعة التاسعة ,منشورات جامعة دمشق .

المصادر الالكترونية :

1- القاضي سالم عبد محمد ، قاضي محكمة التمييز الآتحادية ، تجاوز الشركاء ،ندوة في السلطة القضائية الاتحادية، بصيغة بحث منشور على الانترنيت، موقع 1648 .view/iq.iraqja.www.في 2012/10/15

2- تعريف المال المشاع, الرجع الالكترونى للمعلوماتية (https://almerja.net).

3- الاستاذ الدكتورطارق كاظم عجيل، استاذ القانون المدني, عميد كلية القانون جامعة سومر،بناء الشريك على جزء مفرز من الشيء الشائع(تعليق على موقف القضاءالعراقي)، بصيغة بحث منشورعلى الانترنيت، موقع view,https://www.hjc.iq.في 2017/8/1.

4-محمداحمدعيسي الجبورى،من كتاب قسمة المال المشاع,من صفحة 7-14, منشور على الانترنيت، موقع view,https://almaerja.net.في 2017/5/24.

qview,https://www.hgc.iq-5

المجلات :

1-النشرة القضائية ,العدد الاول ,السنة الرابعة .

القوانين:

1- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 .

الموضوع	الصفحة
الاهداء	–
شكر وتقدير	–
خطة البحث	1
ملخص	2
مقدمة	4-3
المبحث الاول	11-6
المطلب الاول	9-6
المطلب الثانى	11-10
المبحث الثانى	22-12

المطلب الاول	15-12
المطلب الثانى	22-16
المبحث الثالث	37-23
المطلب الاول	28-23
المطلب الثانى	37-29
الخاتمة	40-38
قائمة المصادر	43-41