 وزارة التعليم العالي والبحث العلمي



جامعة القادسية

كلية القانون

بحث بعنوان

سلطة المالك على الشيوع في استعمال

واستغلال المال المشاع

بحث مقدم الى مجلس كلية القانون كجزء من متطلبات نيل شهادة البكلوريوس في القانون

اعداد الطالب

علي قحطان عبد الله

باشراف

1. د – سميرة حسين

1439هـ 2018 م



**بسم الله الرحمن الرحيم**

**(( قالوا سُبحانكَ لا علم لنا الا ما علمتنا انك**

**انت العليم الحكيم ))**

**(صدق الله العلي العظيم )**

**الاهداء** 

**الى التي اورثتني حب الحياة**

**الى التي ارضعتني ملوحة الريف**

**الى التي اهدتني من حنانها قلبا لا يعرف للسعادة طمعا حتى يرى كل الناس سعداء ....أمي...**

**الى الشمعةالتي احترقت من اجل ان تنير طريقي**

**الى تلك الشيبة التي كلما ابتسمت عادت الى أيام الصبا**

**الى ذلك النورس الذي اودع جناحيه عندي لكي اصل الى ما انا عليه ببركات داعائه ... ابي ......**

**الى كل من رافقني وضحكنا سويا ثم بكينا ...لفراقنا ..**

**الى كل من فرزته الأيام صديقا واخا لم تلده امي**

**...... أصدقائي ....**

**الى اجمل مكان وجدت فيه نفسي كأني طفل صغير**

**يلعب في الزقاق ولا يبالي .. كلية القانون .....**

**الى كل من اعطاني ثوابت حقيقية للجد ..............**

**الى كل من وضعني في طريق النجاح .............**

**الى كل من رفدني بالعطف الابوي .... اساتذتي ...**

**اهدي لكم بحثي المتواضع عسى ان أكون قد وفقت لهذا ..**

**ولكم مني فائق الحب والاحترام**



**شكر وتقدير**

**من لم يشكر الناس....... لم يشكر الله**

**أتقدم بالشكر أولا وأخيرا لله سبحانه وتعالى**

**الذي وفقني في انجاز هذا البحث**

**كما واقدم شكري الى كل من مد يد العون لانجاز هذا البحث واخص**

**بالذكر اساتذتنا الكرام وعمادة الكلية .**

**كما واقدم شكري وتقديري الى الذين كانوا لي عونا في بحثي هذا ونورا**

**يضيء الظلمة التي كانت تقف أحيانا في طريقنا**

**ولا يسعني الا ان اقدم خالص تقديري واحترامي الى الأستاذ المشرف**

**على هذا البحث**

**الأستاذ الدكتور**

**سميرة حسين**

**مشكلة البحث**

اذا كانت الملكية الشائعة تعني ان المال مملوكا لعدة اشخاص وفي نفس الوقت فأن السؤال هو هل وجود الشيوع في الملك يمنع أصحابه من التصرف به او استعماله او استغلاله وهل هناك قيود على ذلك ؟

واذا كان وجود الشيوع لا يتدخل في سلطة التصرف في المال الشائع . وما هو الضابط في كل هذه التصرفات ؟ وهل هي حدود ضيقة ام حدود واسعة مثل الملكية العادية ؟

منهجية البحث :

للإجابة عن الإشكالية السابقة فاننا سوف نتناول في منهجية البحث ما يلي :

المبحث الأول : يتناول الملكية الشائعة بوجه عام وبوره ينقسم الى مطلبيين

المطلب الأول : تعريف الملكية الشائعة وطبيعتها .

المطلب الثاني : القيود التي ترد على حرية التملك.

المبحث الثاني :فنتناول فيه سلطات الملاك المشاعين على الشيء وبدوره يقسم الى مطلبين :

المطلب الأول : احكام الملكية الشائعة وانواعها .

المطلب الثاني : سلطة المال في التصرف .

المبحث الثالث : فتناول فيه مفهوم الاستغلال في الملكية الشائعة وبدوره ينقسم الى مطلبين هما :-

المطلب الأول : سلطة المالك في الاستغلال .

المطلب الثاني : موقف المشرع العراقي من سلطة المالك على الشيوع في تصرف واستغلال المال المشاع .

 المقدمة

يقول العزيز الحكيم في كتابه الكريم (( المال والبنون زينة الحياة الدنيا )) وهو قول الحكيم الذي خلق فأبدع واخبر فصدق فالواقع اثبت ويثبت ان المال هو عصب الحياة الدنيا وقوامها ، وعماد تعاملات الأشخاص مع غيرهم فالانسان يحكم بالفطرة المخلوق عليها كائن اجتماعي لا يمكنه العيش بمفرده دونما أناس اخرين تربطه بهم علاقات مختلفة منها ما وجدت لتلبي احتياجاته العاطفية ومنها ما وجدت لتغطي رغباته المادية وهي ما تترجم في الغالب بالمال الذي حدده المشرع .

وهو بذلك يمنح لصاحب المال سلطات ثلاثة هي ( الاستعمال – الاستغلال – التصرف ) ويمارسها بحرية وفق ما تتجه اليه ارادته في اطار القانون .

**المبحث الأول**

**الملكية الشائعة بوجه عام**

ان الصورة العادية للملكية هي الملكية المفرزة حيث يكون الشيء مملوكا لشخص واحد على وجه الاستقلال والانفراد . وقد يحصل ما يجعل الشيء الواحد مملوكا لعدت اشخاص على ان يختص كل منهم بجزء مادي معين من هذا الشيء فنكون في هذه الحالة إزاء عدة ملكيات مفرزة وليس إزاء ملكية شائعة ولكن قد يحصل أيضا ان يكون الشيء الواحد مملوكا لاكثر من شخص بحيث يكون منهم لكل حق حصة رمزية شائعة تنسب الى الشيء في مجموعة كالنصف والربع او السدس مثلا ودون ان يخصص لكل منهم جزءا ماديا مفرزا من الشيء فتكون الملكية في هذه الحالة ملكية شائعة (1)

والى جانب ذلك بينت الملكية الشائعة هي حق الملكية لاثنين او اكثر في شيء لا تتعين حصة احدهم في جزء معين منه وهذه هي شركة الملك التي عرفتها مجلة الاحكام العدلية في المادة (1060) بقولها ( شركة الملك هي كون الشيء مشتركا بين اثنين فاكثر أي مخصوصا بهما بسبب من أسباب الملك ) وشركة الملك قد تكون جبرية وقد تكون اختيارية كما انها قد تكون شركة دين (2)

1. حمد طه البشير ، الحقوق العينية ، ج1 ، العاتك لصناعة الكتب ، القاهرة، 2010، ط ع . ص69، عام.
2. د- فؤاد شجاع سلطان ، قوانين الملكية الشائعة ، وزارة التعليم العالي 1992، ص155

**المطلب الأول**

**تعريف الملكية الشائعة وطبيعتها**

قد جاء في المادة (153) من مشروع القانون المدني الجديد تعريف للملكية الشائعة بقولها ( ملك شخصان او اكثر مالا لم تفرز حصة كل منهم فيه شركاء على الشيوع ويفترض في حصصهم التساوي مالم يقيم الدليل على غير ذلك ) فالاصل ان الملك يكون لمالك واحد ولكن قد يطرأ ما يجعله مملوكا لعدة اشخاص على وجه الشيوع اما لسبب اختياري كالشركاء مشتركا او غير اختياري كالارث وهكذا قل عن حق التصرف في الأراضي الاميرية ولا شك ان الملكية الشائعة هي حق ملكية فهي تشمل على جميع عناصر الملكية وللمالك في الشيوع حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف فالملكية الشائعة هي وسط بين الملكية الفرزة والملكية المشتركة (1).

اما القانون المدني العراقي فقد عرف الملكية الشائعة في الفقرة الأولى من المادة (1061) بقوله ( اذا ملك اثنان او اكثر شيئا فهم شركاء فيه على الشيوع وتحسب الحصص متساوية او لم يقيم الدليل على غير ذلك )(2)

والى جانب التعريفات السابقة عرفت الملكية الشائعة هي حق الملكية لاثنين او اكثر في شيء لا تتعين حصة احدهم في جزء معين منه وهذه هي شركة الملك التي عرفتها مجلة الاحكام العدلية في جزء معين منه .بقولها ( شركة الملك هي كون شيء مشتركا بين اثنين فاكثر أي مخصوصا بهما بسبب من أسباب الملك ) وشركة الملك قد تكون جبرية وقد تكون اختيارية كما انها قد تكون شركة عين . ولا بد ان نلاحظ بان الشيوع حالة قانونية تنجم من تعدد أصحاب الحق العيني فهو لا يقتصر على حق الملكية بل يمكن

1. جمعة سعدون الربيعي ، المرشد الى احكام إزالة الشيوع ، العاتك لصناعة الكتب ، القاهرة ، ط1 ، ص7
2. د- فؤاد نجاح سلطان ، قوانين الملكية العقارية ، مصدر سابق ، ص155

ان يتحقق بالنسبة للحقوق العينية الأخرى كما لو أوصى شخص بحق المشاع لعدة اشخاص .فيكون حق الانتفاع مالا شائعا بين الموصى لهم جميعا واذا كان المشرع في بعض البلاد العربية كمصر والعراق فقد اقتصر على تنظيم الملكية الشائعة فذلك لانها هي الصورة الغالبة للشيوع (1)

1. محمد طه البشير ، الحقوق الغيبية ، ص96 وما بعدها ، مصدر سابق

**المطلب الثاني**

**القيود التي ترد على حرية التملك**

تقسم القيود التي ترد على حرية التملك الى نوعين رئيسين :الأول خاص بقيد حرية التملك بالنسبة للأجانب . والثاني خاص بحرية تملك الأرض الزراعية يضاف الى ذلك نوع خاص من القيود التي ترفضه طبيع الشخص نفسه وتعني الشخص المعنوي (1).

**أولا : تقيد حرية التملك بالنسبة للأجانب :**

القيود التي ترد على حرية التملك بالنسبة للأجانب تظهر بالدرجة الأولى في تملك الأجنبي للعقارات فالدول تشدد عادة في اباحة التملك للأجانب للعقارات على اعتبار انها عماد الثروة الوطنية ولهذا نصت المادة (18) من الدستور المؤقت لسنة 1970 على ان ( التملك العقاري محضور على غير العراقيين الا ما استثني بقانون ) اما المنقولات فالاصل اباحة تملك الأجانب لها الا ما استثني من ذلك في أحوال خاصة وقد نظم الشرع العراقي القواعد المتعلقة في تملك الأجنبي للعقار في العراق بالقانون رقم (34) الصادر سنة 1943 ثم القانون رقم 38 لسنة 1961 وتعديلاته التي كان اخرها بالقانون رقم 82لسنة 1964 فقد منح هذا القانون الأجنبي في تملك العقار ن صنف الملك الصرف في العراق لأي سبب من أسباب التملك على أساس المعاملة بالمثل في البلد الذي ينتمي اليه طالب التملك وموافقة وزارة الداخلية على منح هذا الحق (2).

1. د- فؤاد شجاع – قوانين الملكية العقارية ، ص135 – مصدر سابق
2. محمد طه البشير ، الحقوق العينية ، ص56 ، مصدر سابق

فقد منح هذا القانون الأجنبي الحق من تملك العقار الا بالشروط الاتية :

1. سبق إقامة الأجنبي في العراق مدة لاتقل عن سبع سنوات
2. عدم وجود مانع اجنبي او عسكري
3. الايكون قريبا من الحدود العراقيه
4. الايكون العقار المطلوب تملكه ارضا زراعيه او ارضا اميريه أيا كان نوعها ولم يبيح القانون الأجنبي ان يمتلك العقارات في العقارات اذا توافرت الشروط المتقدمه اكثر من دار سكن واحده ومحل للعمل اذا كانت له مهنة يزاولها بنفسه في العراق وتعد الحصه الشائعة ملكية تامة لهذه الغرض فاذا الت اليه ملكية عقار اخر من لأملاك الصرفيه باي سبب يزيد عن الحد المذكور وجب عليه ان ينتقل ملكية الزائد منه الى عراقي خلال أربعة سنوات اعتبارا من تاريخ نفاذ القانون والابيع ما زاد عن الحد القانوني بناء على طلب الحكومه العراقيه طبقا لاحكام قانون التنفيذ(1)

وفي الوقت الذي يعطي القانون المدني الحق لكل شريك على المشرع ان يطالب متى ما رغب بقسمة المال الشائع وبصرف النظر عن مقدار ارخصه او عدد سهامه فقد يضيع

عليه بعض القيود االتي تحد من هذه الرغبه فيجب عليها مراعتها والالتزام بها قبل الاقدام على المطالبه بالقسمه .(2)

**ثانيا : تقيد حرية تملك الأراضي الزراعيه**

اما القيد الثاني الذي يرد على حرية التملك فهو قيد تفرضه قوانين الاطلاع الزراعي التي صدرت في بعض البلاد العربيه كمصدر والعراق فقد حدد من هذه القوانين حدا اقصى التملك الافراد للأراضي الزراعية لايجوز تجاوزه الا في حالات استثنائية ففي العراق كان من الطبيعي ان تولي الثوره عنايتها لطبقة الفلاحين التي تؤلف قطاعا مهما

1. فؤاد نجاح سلطان ، قوانين الملكية العقارية ، مصدر سابق ، ص136
2. جمعة سعدون الربيعي، المرشد الى احكام إزالة الشيوع ، مصدر سابق .

من قطاعات الشعب وذلك بالقظاء على الاقطاع وتوزيع الملكيات الزراعية الكبيرة التي تحقق الكثير منها عن طريق غير مشروع ولهاذا فقد صور في اعقاب ثورة تموز 1958 قانون الإصلاح الزارعي رقم 30 لسنة 1958 العدل ليقيد حق تملك الأراضي الزراعيه فقد نصت المادة الأولى من هذه القانون بان الحد الأقصى الذي يجوز ان يمتلكه الشخص او يحتفظ به من الأراضي الزراعية هو الف دونم من الأراضي التي تسقا سيحا او بالواسطة والفا دونم من الأراضي التي تسقى ديما او ما يعادل هذه النسب من النوعين الا اذن الثغرات والنواقص التي تكشف عنا هذه القانون والاخطاء التي رافقته في التنفيذ حالت دون ان يتحقق القانون المذكور وأهدافه في مدة خمس سنوات المحددة فيه (1).

**ثالثا : تقيد حرية الشخص المعنوي في التملك :**

يتمتع الشخص المعنوي كالشخص الطبيعي باهلية الوجوب واهلية الأداء عن أهلية الشخص المعنوي بنوعيها تختلف عن أهلية الشخص الطبيعي وطالما ان أهلية الوجوب هي التي تهمنا باعتبارها صلاحية الشخص لان تكون له حقوق وعليه التزامات فالشخص المعنوي ذو أهلية وجوب ولكنها أهلية محددة ذلك ان طبيعة الشخص المعنوي المختلفة عن الشخص الطبيعي تحول دون اكتساب حقوقا لا تثبت الا للإنسان كحقوق الاسرة وبعض الحقوق المالية التي هي بحسب مضمونها لا تثبت الا للشخص الطبيعي كحق السكن وحق الاستعمال كما ان أهلية الشخص المعنوي في اكتساب حق الملكية التي ترد عليها تطبيقا لمبدأ التخصيص او لاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة او اعمالا لما ورد في سند انسانه من قيود فتطبيقا لمبدأ التخصص لا يجوز للشخص المعنوي ان تملك او يكسب من الحقوق او يجري من التصرفات ما لا يتفق مع الغرض الذي أنشئ من اجله وقد تقضي المصلحة العامة تقيد حرية الشخص المعنوي في تملك العقارات فلا يجوز عندئذ ان تكون للشخص المعنوي حقوق ملكية او أي حقوق أخرى على عقارات الا بالقدر الضروري لتحقيق الغرض الذي أنشئ من اجله وقد تتقيد حرية الشخص المعنوي في التملك بمقتضى ما يرد في سند انشائه من قيود (2)

1. محمد طه البشير ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص85، مصدر سابق
2. د- فؤاد شجاع سلطان ، قوانين الملكية العقارية ، مصدر سابق ، ص138 وما بعدها .

**ألمبحث الثاني**

**سلطات الملاك المتشاعين على الشي الشائع**

سوف نتطرف في هذا المبحث الى سلطات المملاك المتشاعين على الشي الشائع بصورة عامة .ان الإدارة المعتادة هي الوسيلة الأكثر شيوعا في الاتفاع بالعتار الشائع لما تنظمة من اليات لتسيير مصالح الشرعاء في تدبير وإدارة العقار والحفاظ علية و صيناته مما يتلزم علينا تبيان الإدارة المعتادة وطبيعة الاعمال التي يحق للاغلبية مباشرتها على العقار الشائع وحدود سلطتها وسوف نتطرق أيضا الى توضيح هامش المبادرة الذي يتصل عليها الشريك منفردا من اجل المساهمه في إدارة العقار الشائع إدارة معتادة وما ينتج عنها من خلافات بين الملاك على الشيوع دور القاضي في التوفيق بين مصالح الشركاء المتعارضة ويبقى من اهم الاعمال المتعلقة بالإدارة المعتادة وهو حفظ المال الشائع وصيانتة حيث سوف نرى صلطة كل شريك في حفظ وصيانة العقار من المخاطر ب الاضرار التي قد تصيبة .ان اعمال الإدارة المعتادة كثيرة الحدود عمليا وهي الوسيلة التي تمكن الملاك المشاعين من ممارسة حق الانتفاع كما ينجر عن الإدارة المعتادة للعقار الشائع اعقد المشاكل التي تواجه الملاك المشاعين وذلك بحكم صيغة هذه النوع من الاعمال والتصرفات (1)

واذا كان كل شريك يملك حصة ملكية تامة ويملك بنسبة حصة في كل ذرة من ذرات الشيء الشائع فانه يعتبر في الوقت نفسه اجنبيا بالنسبة لحصص الشركاء الاخرين فلا يعتبر أي شريك نائبا عن شريكه الاخر ولهذا لا يجوز لأي شريك ان ينتفع او يتصرف بحصة شريكه بدون اذنه فلا يكون لأي من الشركاء سلطة مستقلة على الشيء الشائع بل تعود السلطة للشركاء جميعا سواء في الانتفاع بالشيء عن طريق استعماله او استغلاله او في التصرف فيه (2).

1. عقوني محمد ، الانتفاع بالعقار الشائع ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيفر ، ص86 وما بعدها .
2. د- محمد طه البشير ، الحقوق العينية الاصلية ، مصدر سابق ، ص104

**المطلب الأول**

**احكام الملكية المشاعة وانواعها**

**ان احكام الملكية الشائعة تترك مع الملكية المفردة واهم هذه الاحكام المشتركة ما هو مقرر لمصلحة المالك مثل الاستعمال والاستغلال والتصرف فالمالك المشتاع تكون له ملكية تامة في حصته فله الحق بالانتفاع بها وان يشغلها ويتصرف بها ما يشاء من التصرفات ولكن الملكية الشائعة تختلف بدورها عن الملكية الفروزة ويمكن هذا الاختلاف في حق المالك على الشيوع هي ان كل شريك مالكا لحصته وعلى هذا الأساس يعتبر اجنبيا بالنسبة لحصة الاخرين وهنا سببا كافيا يجعل للشيء الشائع احكاما خاصة به من حيث استغلاله والتصرف به واستعماله (1).**

**وهناك أنواع الملكية الشائعة وهي الملكية الشائعة والملكية المفرزة والملكية المشركة حيث ان الملكية الشائعة تختلف عن الملكية المفرزة في صاحب الحق وفي محله وفي المنفعة التي يخولها هذا الحق لصاحبه ففي الملكية الشائعة يقرر حق الملكية لاكثر من شخص خلافا للملكية المفرزة التي تثبت لمالك واحد .**

**وفي الملكية الشائعة يكون كل الحق محددا تحديدا معنويا فكل شريك في العين حصة شائعة يرمز اليها بنسبة حسابية اما في الملكية الشائعة ان ينتفع في العين الا بقيود خاصة وفي حدود حصته اما في الملكية المفرزة فان المالك الفرد يتأثر بمنافع العين كلها فله ان يتصرف وان يستعملها كما يشاء (2).**

**وتختلف الملكية الشائعة التي تثبت لكل من المشاعين عن الملكية المفرزة فاذا كان لكل منها حق الملكية يعطي نفس السلطات الا ان النطاق المادي لحق كل مشتاع وهو يرد على الشيء**

1. **محمد طه البشير ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص100**
2. **د- فؤاد إبراهيم سلطان ، قوانين الملكية العقارية ، مصدر سابق ، ص155**

**كله غير مطابق لنطاقه المعنوي او الحسابي أي الحصة الشائعة حيث يتعاصر معها في الوجود على الشيء ذاته وفي نفس الوقت حصص المشتاعين الاخرين أي حقوقهم وأقتضى كل ذلك ان كل شريك في ممارسته لحقه مقيد بحقوق الشركاء الاخرين وهذا ما أكدته المادة (826) مدني مصري ( كل شريك من الشيوع يملك حصة ملكا تاما ان يتصرف فيها وان يتولى على ثمارها وان يستعملها بحيث لا يلحق الفرز بحقوق سائر الشركاء (1)**

1. **د- نبيل إبراهيم سعد ، الحقوق العينية الاهلية ، منشورات حلب الحقوقية ، بيروت ، ط1 ، 2010 ، ص112.**

**المطلب الثاني**

**سلطة المالك في التصرف**

**اذا اجمع الشركاء على التصرف بالشيء الشائع كله او بجزء منه كان هذا التصرف صحيحا ونافذا بحقهم جميعا باعتباره صادرا من مالكي الشيء كله سواء كان هذا التصرف ناقلا لملكية الشيء او مرتبا لحق عيني اخر عليه كحق الانتفاع او الارتفاق او التامين او الرهن ولكن قد يكون التصرف صادرا عن احد الشركاء منفردا تميز هنا بين ثلاث حالات . الحالة التي يتصرف فيها الشريك في حصته الشائعة كلها او بعضها هذا التصرف يكون نافذا في حق بقية الشركاء طالما انه لا ينطوي على أي مساس بحقوقهم وعلى اعتبار ان حق الشريك في حصته في الشيء الشائع هو حق ملكية تامة الا انن المشرع خول الشركاء الاخرين في حالة بيع الشريك حصته في العقار الشائع الى شخص اجنبي الحلول محل هذا الأخير بطريقة الشفعة وقد سعى المشرع في ذلك الى تمكين الشركاء من منع دخول شخص غريب (1).**

**بينهم في الشيوع وبالتالي جمع شتات الملكية في يد شخص واحد او اقل عدد ممكن من الأشخاص وتثبت الشفعة للشريك من دون النظر الى أهمية حصته بالنسبة الى الحصة المباعة واذا تعدد طالبو الاخذ بالشفعة الحق المبيع لكل منهم على قدر نصيبه في الشيء الشائع الحالة التي يتصرف فيها الشريك في الشيء كله او في مقدار شائع يزيد عن حصته فيه اما بطريق البيع او التامين او بانشاء حق عيني اخر فان تصرفه يكون صادرا من مالك بالنسبة لحصته وبالتالي غير نافذ بوجه الشركاء الاخرين وقابلا للابطال بالنسبة للمشتري الحالة التي يقدم فيها الشريك على تحديد جزء مفرز من الشيء الشائع (2)**

1. **نبهان سالم مرزوق ، ماهي الملكية الشائعة ، 2013 ، بحث منشور على الموقع الالكتروني :**

[**www.bayt.com./ar/speciq/ties/q/24925**](http://www.bayt.com./ar/speciq/ties/q/24925)

1. **نبهان سالم مرزوق ، ماهي الملكية الشائعة ، 2013 ، مصدر سابق .**

**ومن جانب اخر فان التصرف في المال الشائع قد يصدر من جميع الشركاء وقد يصدر من اغلبية معينة من الشركاء اذا كانت هناك أسباب قوية يبرره مع حفظ حق الأقلية في هذه الحالة كما ان هذا التصرف قد يصدر من احد الشركاء المشتاعين وهذا التصرف قد ينصب على الشيء الشائع كله او على حصته الشائعة او على جزء مفرز منه.(1)**

**اما الشروط التي تتعلق بالتصرف الصادر من اغلبية الشركاء فيشترط المشرع لمباشرة اغلبية الشركاء سلطة التصرف في المال الشائع ما يلي :-**

1. **ان يصدر التصرف بناء على قرار من اغلبية موصوفة هي من يملكون على الأقل ثلاثة ارباع المال الشائع .**
2. **يجب ان يكون هذا القرار مبنيا على أسباب قوية تبرره كأن تعرض فرصة مواتية لبيع الشيء الشائع بثمن مرتفع او يكون استغلال الشائع في حالته التي هو عليها متعذرا مما يتعين لبيعه او يكون الشيء الشائع في حاجة الى إصلاحات ضرورية لا يتوفر لها التمويل اللازم مما يجعل الأغلبية تقرر الافتراض في نفس الوقت انشاء رهن على الشيء لضمان القرض .**
3. **يجب ان تعلن الأغلبية قراراتها الى باقي الشركاء حتى يكفل المشرع العام للاقلية لتتخذ موقفا يتفق مع مصالحها وإزاء هذا التصرف فللاقلية على الشيء حقوق مثل حقوق الأغلبية فاذا لم يتم الإعلان فلا يكون قرار التصرف نافذا في حق الأقلية واذا تم اعلان فتح الباب امام الأقلية للتظلم من القرار خلال شهرين من وقت الإعلان (2)**
4. **د- نبيل إبراهيم سعد ، الحقوق العينينة الاصلية ، مصدر سابق ، ص127**
5. **المصدر نفسه ، ص130 ، وما بعدها**

**المبحث الثالث**

**مفهوم الاستغلال في الملكية الشائعة**

**لعل اهم المشاكل التي تشيرها الملكية الشائعة في الحياة العملية مشكلة انتفاع الشركاء في المال الشائع فقل ما يكون المال الشائع صالحا للاستعمال المشترك لذا يتطلب الامر الانتفاع به ان يتفق الشركاء على طريقة إدارة المال الشائع ولكن قد لا يتحقق هذا الاتفاق بسبب اختلاف وجهات النظر بين الشركاء في إدارة واستغلال المال الشائع مما يضطر معه بعض الشركاء في الاستئثار بجزء من المال الشائع يتفق بمقدار مع حصته ويحدد بنفسه دون الرجوع الى سائر الشركاء طريقة الانتفاع بهذا الجزء من المال الشائع فيبني على هذا الجزء بناء يستغله بفرده فيثير هذا التصرف حفيظة بقية الشركاء ويدفعهم الى المطالبة بحقوقهم في إزالة هذا البناء الذي أقيم دون موافقتهم او المطالبة بالاشتراك مع هذا الشريك في ملكية هذا البناء والاستفادة من ريعه (1).**

1. **د- طارق كاظم عجيل ، بناء الشريك على جزء مفرز من الشيء الشائع ، بحث منشور على الموقع الالكتروني الاتي :**

[**www.law-arab.com./2017/07/building/**](http://www.law-arab.com./2017/07/building/)

**المطلب الأول**

**سلطة المالك في الاستغلال**

**المقصود بالاستغلال هو القيام بالاعمال اللازمة للحصول على غلة الشيء وثماره فالاستغلال يختلف عن الاستعمال ذلك ان الاستغلال هو القيام بالاعمال اللازمة للحصول على ثمار الشيء فاستخدام الدار للسكن استعمال لها اما تاجيرها للحصول بقصد الحصول على الأجرة فهو عمل من اعمال الاستغلال فيبين انه اذا كان القصد من مباشرة المالك لسلطاته على الشيء محل الحق هو انتفاعه بالشيء مباشرة عد ذلك استعمالا له اما اذا كان القصد هو الحصول على ثمار الشيء ذلك يعتبل استغلالا للشيء لا استعمالا له (1).**

**كذلك يملك المنتفع حق استعمال واستغلال الشيء سندا للمادتين 32 و 34 ملكية عقارية دون حق التصرف به اما صاحب حق التصرف فتعود له سلطة التصرف المادي في الأرض وهذا ما اكدت عليه المادتان 14، 16 ملكية عقارية اللتان اجازتا لصاحب حق التصرف بالأرض ان يستعملها ويتمتع ويتصرف بها وان يغرس فيها ما شاء من الاغراس وان يبني فيها ما شاء من الأبنية وان يجري فيها حفريات الى أي عمق يشاء .وبذلك تشابه سلطة التصرف بسلطة المالك الى حد كبير لذا يمكن القول ان حق التصرف بجزء المملكية تجزئة نظرية اكثر مما هي واقعية .**

1. **محمد طه البشير ، الحقوق العينية الاصلية ، مصدر سابق ، ص46**

**ومن جهة أخرى فانه يحق للمالك الرقبة ان يتصرف في حقه لاي شخص شرط الا يلحق ضررا بحق المنتفع اما الدولة صاحبة الرقبة في حق التصرف فلا يمكنها ان تتفرغ عن حقها للأشخاص (1)**

**هذ ويقصد بالاستغلال القيام بالاعمال اللازمة لاستثمار الشيء أي الحصول على ثماره .**

**والثمار بحسب الأصل هي ما ينتجه الشيء بصفة دورية دون ان يترتب على اخذ الانتقاص من اصل الشيء كمحصول الأرض الزراعية . واجرة الأرض الزراعية والمباني وفوائد النقود ولا يعني هذا الشيء يظل محتفظا بحالته بصفة مطلقة اذ قد يترتب على استغلاله والحصول على ثماره الانتفاض من جودته او من قيمته بمرور الزمن فالارض قد تقل خصوبتها والماشية قد تضعف بسبب انتاجها (2).**

**حيث نصت المادة (40) من قانون الملكية العقارية على ما يلي ( للمنتفع الحق بغلة العقار أي بالحاصلات الطبيعية او النقدية التي يغلها العقار في فترات معينة منتظمة بدون انقاص في جوهر العقار ويدخل في هذه الحاصلات بدل تاجير حق الصيد والقنص ويدخل في حكم الغلال حاصلات المناجم المستورة والمكشوفة والمقالع اذا كانت هذه الحاصلات عائدة لصاحب العقار بشرط ان يكون المنجم او المقلع قد فتح قبل ابتداء الانتفاع والأشجار اذا كانت تغل بأجآل منتظمة لاستهلاك حطبها او بيعها .**

1. **ندين محمد مشموشي ، حق الانتفاع ، مصدر سابق ، ص57 ، وما بعدها**
2. **نبيل إبراهيم سعد ، الحقوق العينية الاصلية ، مصدر سابق ، ص31**

**هذا وان اتاحت المادة المذكورة للمنتفع الحق في التمتع بالشيء او استغلاله أي حقه بالقيام بجميع الاعمال اللازمة للحصول على غلاله وثماره والملاحظ ان للمنتفع فقط الحصول على الثمار بعكس المالك الذي له الحق الحصول على جميع ثمار ومنتجات العقار .(1)**

**ومن جانب اخر يراد بالاستغلال الحصول على ثمار الشيء وغلته والثمار قد تكون طبيعية او صناعية او مدنية وان لحق الملكية ان الفقهاء يميزون بين الثمار والمنتجات . فالمنتفع ان يستولي على ثمار الشيء المنتفع بها مدة انتفاعه به . ولكن ليس له شيء من المنتجات لان اخذها ينتقص من اضل الشيء ومادته فللمنتفع الثمار طبيعية كانت كثمار البستان ونتاج الأرض او الحيوان او صناعية كالمحصولات الزراعية او مدنية كأجرة الدار او الأرض وكأرباح الأسهم او السندات والفوائد (2)**

1. **ندين محمد مشموشي ، حق الانتفاع ( دراسة مقارنة ) منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ط1 ، 2006 ، ص229و ص230.**
2. **فؤاد شجاع سلطان ، قوانين الملكية العقارية ، مصدر سابق ، ص210**

**المطلب الثاني**

**موقف المشرع العراقي من سلطة المالك على الشيوع في استعمال واستغلال المال المشاع**

**نص القانون المدني العراقي في المادة ( 1063/ 2) على انه :-**

1. **يجوز للشركاء ان ينتفعوا بالعين الشائعة جميعا .**
2. **يكون لكل منهم حق الانتفاع بحصته فاذا انتفع بالعين كلها في سكنى ومزارعه او ايجار او غير ذلك من وجوه الانتفاع بلا اذن شركائه وجب عليه لهم اجر المثل على انه اذ اجر العين الشائعة بأكثر من اجر الثل وجب ان يعطي كل شريك حصته من الأجرة المسماة (1).**

**ويتضح من هذه النصوص بانه لا يجوز لاي من الشركاء ان ينفرد باستعمال الشيء الشائع او باستغلاله كله او جزء معين منه بدون اذن شركائه كأن يكون الشيء دار فيسكنها او ارضها فيزرعها او يؤجرها فانه يكون مسؤولا عن ذلك ويحق لباقي شركائه الرجوع عليه بمقدار حصصهم سواء كان ذلك التعويض حسب ما ذهب اليه المشرع الفرنسي والذي يلزم الشريك المستأثر باستعمال المال الشائع بغض النظر عن مقدار**

1. **انظر المادة (1063/ 2) من القانون المدني العراقي**

**حصته ومقدار ما استأثر به سواء كان كل المال او جزء موازي لحصته الشائعة وقد يكون**

**الرجوع على الشريك المستأثر من خلال المطالبة باجر المثل او الاجر المسمى على حسب الحال وفقا لموقف المشرع العراقي وهذا ان المشرع العراقي وما اقره من الحكم بهذا الشأن في القانون المدني يخالف ما كانت تقرره مجلة الاحكام الدولية آخذا بما هو مقرر في الفقه الحنفي حيث حيث فرقت المجلة في صدد استغلال احد الشركاء بالانتفاع بالشيء بينما اذا كان الشريك الاخر حاضرا وبينما اذا كان غائبا فاذا كان الشريك حاضرا وقت انتفاع شريكه بالعين المشتركة فليس له ان يطالب باجره حصته عن المدة الماضية ولا ان يطلب الانتفاع بالعين المشتركة بقدر ما انتفع شريكه لانه قد انتفع بها على انها ملكه وهذا ما يسمى بالانتفاع بتأويل ملك اذ لو تجعل كذلك لا يجوز لواحد منهم ان ينتفع هو بها لان كل جزء مشترك بين الجميع فتتعطل منافع الملك وذلك غير جائز وانما الذي يجوز لغير المنتفع هو ان يطلب قسمة العين المشتركة قسمة افراز ان كانت قابلة للقسمة والا فله الانتفاع مع شريكه بالمهايأة المكانية او الزمانية في المستقبل بحكم القاضي او التراضي (1).**

**فالشريك الشائع ليس له ان يعمل وحده اعمالا مادية بغية الانتفاع بكل المال وتكون سببا يغير من طبيعة الشيء المشترك من غير رضاء شركائه الاخرين الصريح او الضمني .**

1. **مخازي فايزه ، تصرف الشريك في المال الشائع ( دراسة مقارنة ) ، رسالة ماجستير ، جامعة محمد بو مرة بومدراس ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، 2004 ، ص173**

**او ان يستعمله خلافا للغرض المخصص له دون الحصول على موافقة الاخرين لان قيامه بهذه الاعمال تغير من قبيل التصرف المادي في المال المملوك على الشيوع وهو ينافي الغرض المعد له الشيء الشائع وهذا ما يتطلب موافقة جميع الشركاء على الشيوع واذا وضع احد الشركاء اليد على حصة مفرزة دون موافقة باقي الشركاء كان عاصبا لها وجاز لهؤلاء استردادها والرجوع عليه بالتعويض وهذا يعني ان الشريك الذي ينتفع بجزء من المال الشائع بدون موافقة باقي الشركاء ولو كان الجزء يعادل حصته الشائعة فانه يعتبر قد تعدى على حق الشركاء الاخرين بتحقيق واقعة الغصب ويحق للشركاء الرجوع على شريكهم الغاصب بمقتضى قرار الغصب ومطالبته بالتعويض اما اذا كان انتفاع هذا الشريك لهذا الجزء قد تم بموافقة باقي الشركاء فان الغصب ينتفي وتتحقق مع هذه الموافقة الاباحة التي ينتفي معها حق مطالبة الشريك المنتفع عن الفترة السابقة حتى تاريخ المطالبة بوقف الانتفاع او ببدل الانتفاع .(1)**

**وسلطة الشريك في استعمال واستغلال المال الشائع كله فانها تدخل ضمن اعمال الإدارة وان حق الشريك في الرجوع على الشريك الاخر يحتم ان يكون ضمن نطاق اعمال الإدارة طالما ام مباشرة الشريك لسلطته على المال الشائع كله منبثقة من هذه الاعمال . فاذا تولى احد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين فانه في هذا الغرض يعتبر ان هناك وكالة ضمنية صدرت من باقي الشركاء الى الشريك الذي تطوع لادارة المال الشائع**

1. **مخازي فايزة ، تصرف الشريك في المال الشائع ، مصدر سابق ، ص176**

**إدارة معتادة وتنفذ اعمال الإدارة المعتادة التي تصدر منه في حق الشركاء فتكون اجازته للمال الشائع مثلا نافذة بحقهم وله ان يزرع الأرض الزراعية وان يتفق على الزراعة ما تقتضيه من مصروفات وان يحفظ المحصولات بعد جمعها ثم بيعها في الأسواق بأثمانها الجارية وله كذلك ان يؤجر الأرض المشتركة او ان يعطيها مزارعة وكل هذه الاعمال تدخل في حدود الإدارة المعتادة وتكون نافذة في حق سائر الشركاء طالما انه لمم يعترض باقي الشركاء على هذه الإدارة .**

**فاذا أجر الشريك الشائع جزاءً مفرزاً فقط من المال الشائع وكان موازي لحصته الشائعة فاذا لم يعترض الشركاء الذين يملكون اغلبية الحصص على الايجار فان ذلك الايجار يكون نافذا بحقهم باعتباره وكيلا عنهم ويحق للشريك المؤجران يسلم الجزء المفرز الى المتاجر للانتفاع به وهذا الاتجاه هو ما عليه موقف المشرع العراقي .**

**ولهذا فإن لباقي الشركاء الذين لم يعترضوا على إدارة احدهم للمال الشائع ان يرجعوا عليه بمقتضى احكام الوكالة لانهم لم يكونوا متبرعين بمقدار حصصهم لهذا الشريك وانما اجازوا له إدارة المال الشائع الامر الذي يفترض وجود وكالة ضمنية تسمح لهم بالرجوع على شريكهم المتولي لاعمال الإدارة لانتفاء الاباحة في هذا الغرض في حين ان الشريك يعد في حالات معينة فضوليا اذا ما قام بعمل مادي لا تصرف قانوني كزراعة الأرض وهي غير زراعية فلا ترد عليه الوكالة فيمكن اعتبار الشريك في هذه الحالة غاصبا ويكون لباقي الشركاء حق الرجوع عليه بمقتضى احكام الغصب (1)**

1. **مخازي فايزه ، تصرف الشريك في المال الشائع ، دراسة مقارنة ، مصدر سابق ، ص177**



**الخاتمة**

**الحمد لله الذي هدنا ووفقنا لما قدمنا**

**مما سبق نستطيع ان نبين ان هذا البحث شديد الأهمية وينبغي لنا ان نبذل فيه كل الجهود الممكنة .**

**وان يحظى بكل العناية المتوفرة وكل الأهتمام المستطاع تقديمه وينبغي علينا اخذ الدروس والعبر التي يفيد المجتمع والافراد**

 **المصادر**

**أولا : القرآن الكريم**

**ثانيا : المؤلفات العامة ( الكتب ) وهي :-**

1. **محمد طه البشير ، الحقوق العينية ، ج1 ، العاتك لصناعة الكتب ، القاهرة ، 2010 ط1.**
2. **د- فؤاد شجاع سلطان ، قوانين العقارية ، وزارة التعليم ، 1992**
3. **جمعه سعدون الربيعي ، المرشد الى احكام إزالة الشيوع ، العاتك لصناعة الكتب ، القاهرة ، ط1.**
4. **د- نبيل إبراهيم سعد ، الحقوق العينية الاصلية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ط1 ، 2010.**
5. **ندين محمد شموشي، حق الانتفاع ( دراسة مقارنة ) منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ط1 ، 2006.**

**ثالثا : القوانين :**

1. **القانون المدني العر اقي**

**رابعا : الرسائل والاطاريح :-**

1. **مخازي فايزة ، تصرف الشريك في المال الشائع ، رسالة ماجستير ، جاممعة محمد بو مرة ، بومدراس ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، 2004**
2. **عقوني محمد ، الانتفاع بالعقار الشائع ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيفر ، 2016**

**خامسا : الشبكة العنكبوتية :-**

1. **د- طارق كاظم عجيل ، بناء الشريك على جزء مفرز من الشيء الشائع ، بحث منشور على الموقع الالكتروني :**

[**www.law-arab.com/2017/07/building**](http://www.law-arab.com/2017/07/building)

1. **نبهان سالم مرزوق ، ماهي الملكية الشائعة ، 2013 ، بحث منشور على الموقع الالكتروني :**

[**www.buyt.com/ar/specialtis/a/24925**](http://www.buyt.com/ar/specialtis/a/24925)