



جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة القادسية
كلية القانون

الحقوق المتعارضة للشركاء في الانتفاع بال عقار المشاع

(دراسة مقارنة)

رسالة تقدم بها الطالب
أرسلان عباس جابر

الى مجلس كلية القانون / جامعة القادسية
وهي جزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص

بإشراف
الاستاذ الدكتور
ميري كاظم عبيد الخيكاني

٢٠٢١م

١٤٤٢هـ

﴿ الآفة الكرفمة ﴾

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

﴿ وَبِیْهِمْ أَنْ الْمَاءِ قِسْمَةٌ بَیْنَهُمْ ۖ كُلُّ شَرِبٍ مُّحْتَضِرٍ ﴾

صدق الله العلي العظيم

سورة القمر - الآفة (٢٨)

﴿ الإهداء ﴾

الى من سعى وشقى لأنعم بالراحة و الهناء، الى ملهمي ومرشدي صاحب الفضل
علي من بعد الله عز وجل، **والدي الغالي.**

الى الشمعة التي تضيء دربي، وبسمتي التي استمد منها قوتي، الى اجمل ما في
الوجود التي انارت حياتي بالصلوات والدعوات، **امي الغالية.**

الى سند الحياة ومنبع المحبة من تجاوزوا معي كل الصعوبات،
اخوتي واخواتي.

((الشكر والتقدير))

الحمد لله أولاً و آخراً سرّاً و جهاراً على نعمه، والشكر للحبيب المصطفى (صلى الله عليه واله وسلم) وآل بيته الأطهار لفضلهم عليّ بتوفيقي و انارت طريقي لانهم وسيلتي الوحيدة لمناجاة الباري عز وجل.

واعترافاً منا لأهل الفضل و تعبيراً عن امتناننا اتقدم بالشكر والثناء الى استاذي الدكتور **ميري كاظم الخيكاني** لتجشمة عناء الاشراف على رسالتي وأشار عليّ بالنصائح كافة والمعلومات القيمة، فأشكره على حسن توجيهه و أشرافه الذي لم يخلو من التشجيع الدائم، مما كان له الاثر الاكبر في اخراج الرسالة على هذا الوجه، فجزاه الله عني خير جزاء في الدنيا والآخرة.

و اتوجه بالشكر و الامتنان الى عمادة كلية القانون – جامعة القادسية لما اولته من رعاية واهتمام طيلة مشواري الدراسي.

كما اتوجه بالشكر و الامتنان الى اصحاب الرسالة السامية و اصحاب الفضل من بعد الله سبحانه وتعالى من مهدوا لي طريق العلم السيد عميد كلية القانون و اساتذتي الافاضل في كلية القانون- جامعة القادسية كافة، وأخص بالشكر و التقدير استاذي الدكتور **عبد المهدي كاظم** واستاذي الدكتور **المرحوم نبراس ظاهر جبر** لما بذلوه من جهد لأعانتني وكانوا المحفز للوصول الى هدفي وزودوني بالمعلومات القيمة لإتمام هذه الرسالة ، وكذلك الشكر موصول الى اساتذتي في كلية القانون- جامعة المثنى، فهم السند الأساسي لوصولي الى ما انا عليه الآن. كما اتقدم بالشكر و التقدير الى رئاسة محكمة استئناف المثنى الاتحادية لما قدمته من معونة لي لاستحصال العديد من القرارات القضائية ذات الصلة بموضوع الدراسة. واخيراً، اتقدم بالشكر و الامتنان لكل من قصرت بذكره، ومن مدّ لي يد العون ودعى الله لي مخلصاً.

الباحث

﴿ المستخلص ﴾

تبحث الدراسة موضوعاً حيويّاً يشغل فكر الباحثين القانونيين، وكان سبباً في اجتهاد الفقه والقضاء فيه، فهو انعكاس لواقع النزاعات اليومية التي تحدث بين اصحاب الحق العيني الاصيلي المشاع، فمن التطبيقات المهمة للشيوع التي تتزايد بشأنها الخلافات هي مسألة الانتفاع بالمشاع والتحديد القانوني للوسائل التي وضعها المشرع للحد من التعارض الذي ينشأ منه، وإذا كان الاصل ان للشركاء الحق بالانتفاع بالمشاع الا ان الحق في مباشرة هذه السلطة غالباً ما لا يتحقق بشأنه اجماع الشركاء الامر الذي يجعل انتفاع الشريك يصطدم مع حقوق باقي الشركاء بسبب التزام والتنافس فيما بينهم من اجل الحصول على منافع العقار المشاع، وتمنح القوانين التي ادركت عدم إمكانية تحقق الاجماع الحق لصاحب او أصحاب اغلبية الحصص المشاعة في إدارة العقار المشاع والقيام بكافة الاعمال اللازمة للحصول على منفعة المشاع لمصلحة جميع الشركاء بما فيهم الأقلية.

لذلك تحاول هذه الدراسة البحث في تنظيم الانتفاع بالمشاع وذلك من خلال دراسة مدى نجاعة القيود التي قيدت القوانين المقارنة فيها سلطة الانتفاع، سيما وان تنظيم هذه القيود كان متباين على نحو انعكس على الكيفية التي تعاملت فيها المحاكم مع تطبيق هذه القيود للحد من التعارض بين الشركاء، فسُلطت هذه الدراسة الضوء على استراتيجية القوانين في سن هذه القيود للانتفاع بالمشاع طيل فترة الشيوع لترجيح افضلها، لما لهذا التعارض من اثر قد يؤدي إلى الحيلولة من الانتفاع، وإذا كان المشرع العراقي لم يشترط الأجماع للانتفاع بين الشركاء إدراكاً منه لضرورة الموازنة بين حق كل شريك في الانتفاع بالمشاع من جهة وعدم الاضرار بباقي الشركاء من جهة، الا ان هذا التنظيم لم يحد من التعارض لوجود نقاط ضعف عدة وهو ما ستحاول هذه الدراسة الوقوف على بيانه تمهيداً لوضع مقترحات تسهم في الحد من التعارض أسوة بالقوانين التي نجحت في ذلك.

المحتويات

الصفحة	العنوان	ت
أ	الآية	.١
ب	الإهداء	.٢
ج	الشكر والتقدير	.٣
د	المستخلص	.٤
٥-١	المقدمة	.٥
٦-٦١	الفصل الأول: مفهوم الانتفاع بال عقار المشاع	.٦
٣٣-٧	المبحث الأول: ماهية الانتفاع بال عقار المشاع	.٧
٢٢-٧	المطلب الأول: التعريف بالانتفاع في العقار المشاع	.٨
١٤-٨	الفرع الأول: معنى انتفاع الشريك بال عقار المشاع	.٩
٢٢-١٥	الفرع الثاني: مضمون الانتفاع بال عقار المشاع	.١٠
٣٣-٢٣	المطلب الثاني: خصوصية الحق العيني المشاع	.١١
٢٦-٢٣	الفرع الأول: خصوصية الملكية المشاعة	.١٢
٣٣-٢٧	الفرع الثاني: خصوصية الحقوق العينية المشاعة المتفرعة عن حق الملكية	.١٣

٦١-٣٣	المبحث الثاني: مباشرة الانتفاع بالمشاع	.١٤
٤٧-٣٣	المطلب الأول: الانتفاع بالمشاع من قبل الشريك المشتاع	.١٥
٤٠-٣٣	الفرع الأول: سلطة الشريك في الانتفاع بالمشاع	.١٦
٤٧-٤١	الفرع الثاني: قيود انتفاع الشريك بالمشاع	.١٧
٦١-٤٨	المطلب الثاني: الانتفاع بالمشاع من قبل الأغلبية	.١٨
٥٥-٤٨	الفرع الأول: سلطة الأغلبية في الانتفاع بالمشاع	.١٩
٦١-٥٥	الفرع الثاني: قيود انتفاع الاغلبية بالمشاع	.٢٠
١١٢-٦٢	الفصل الثاني: أحكام التعارض في الانتفاع بالعمقار المشاع بين الشركاء	.٢١
٨٨-٦٣	المبحث الأول: التعارض بالانتفاع المباشر	.٢٢
٧٢-٦٣	المطلب الأول: موضع التعارض بالانتفاع المباشر	.٢٣
٦٧-٦٤	الفرع الأول: موضع التعارض بالانتفاع العمادي	.٢٤
٧٢-٦٧	الفرع الثاني: موضع التعارض بالانتفاع غير العمادي	.٢٥
٨٨-٧٣	المطلب الثاني: وسائل حماية حق الشريك عند التعارض بالانتفاع المباشر	.٢٦
٨٠-٧٣	الفرع الأول: دعاوى حماية الحق المشاع بين الشركاء	.٢٧
٨٨-٨٠	الفرع الثاني: دعوى المطالبة بالتعويض بين الشركاء	.٢٨
١١٢-٨٨	المبحث الثاني: التعارض بالانتفاع غير المباشر	.٢٩
١٠١-٨٨	المطلب الأول: موضع التعارض بالانتفاع القانوني بين الشركاء	.٣٠

٩٤-٨٩	الفرع الأول: تأجير المشاع من قبل الأغلبية	.٣١
١٠١-٩٤	الفرع الثاني: تأجير المشاع من قبل احد الشركاء	.٣٢
١١٢-١٠١	المطلب الثاني: أثر التعارض في الانتفاع القانوني بين الشركاء	.٣٣
١٠٧-١٠٢	الفرع الأول: مصير عقد الإيجار	.٣٤
١١١٢-١٠٧	الفرع الثاني: المطالبة بمقابل الانتفاع	.٣٥
١١٧-١١٣	الخاتمة	.٣٦
١٣٧-١١٨	المصادر	.٣٧
A-B	المستخلص بالإنكليزي	.٣٨

المقدمة

المقدمة

أولاً: جوهر فكرة الدراسة

الأصل ثبوت الحق العيني لشخص واحد على شيء واحد وتكون إرادته هي الوحيدة صاحبة القرار على الشيء، واستثناءً من ذلك قد يثبت الحق لأكثر من شخص على ذات الشيء لتكون إرادات هؤلاء الأشخاص متحركة في القرار على الشيء المشترك بينهم وهذا ما يصطلح عليه بالشيوع، الذي يقوم على فكرة تعدد اصحاب الحق العيني.

والشيوع نظام قانوني يرد على الحقوق العينية الاصلية وإن كان يغلب وقوعه في نطاق الملكية، وهو نظام يترتب عليه أن يحدد حق كل شريك فيه بنسبة حسابية من المال المشاع تسمى بالحصّة، وتمتد هذه الاخيرة إلى كل ذرة من ذرات المشاع، فكل ذرة من المشاع ترد عليها حقوق كافة الشركاء كلّ حسب حصته، وتحتسب هذه الحصص بحسب مصدر الشيوع، فإن كان ميراثاً عُين القانون حصّة كل وارث منهم، وإن كان عقداً تكفل هذا الاخير ببيان حصّة كل شريك، ويرد الشيوع على المنقول مثلما يرد على العقار إلا أن الأخير هو الأكثر انتشاراً وإثارةً للمشاكل من الناحية العملية، فالشيوع في العقار غالباً ما يستمر لمدة زمنية طويلة مقارنة بالمنقول، بالإضافة إلى أن طبيعة العقار تثير إشكاليات عديدة عند الاستعمال والاستغلال، وإن وجود الشيوع في العقارات قد يؤدي إلى إهمالها ما لم ينظم على نحو يضمن حسن انتفاع الشركاء.

ويقترب الحق العيني المشاع من الحق العيني المفرز عند اجماع الشركاء كافة على ممارسة السلطات التي يخولها هذا الحق لهم، ويبتعد عند عدم تحقق الاجماع ليظهر التعارض بين الشركاء، الأمر الذي من شأنه أن يؤثر على ممارسة هذه السلطات لا سيما سلطة الاستعمال والاستغلال اللتان يمثلان الانتفاع مقارنةً بسلطة التصرف، كون الاخيرة يمكن ممارستها في الغالب دون أن يتأثر ذلك بمعارضة باقي الشركاء، خلافاً لسلطتي الانتفاع اللتين لا يمكن ممارستها إلا على محل مادي، وهذا ما يتطلب الاستئثار الأمر الذي من شأنه أن يثير حفيظة بعض الشركاء لأن حق كل شريك يرد على كل جزء من المشاع بقدر نصيبه.

لما كان اتفاق الشركاء في الانتفاع بالمشاع على صورة معينة لا يحصل أحياناً، الأمر الذي من شأنه تعطيل الانتفاع بالمشاع، فقد عمدت التشريعات إلى الخروج عن الأصل بالانتفاع وذلك من خلال تغليب مصلحة الاغلبية بإعطائهم بعض الصلاحيات التي يمكن خلالها الانتفاع بالمشاع، وفي حال عدم توفرها فإن بعض التشريعات اعطت دور للقضاء بالتدخل متى ما طلب منه ذلك، وهناك من التشريعات من اعطت لكل شريك في الشيوخ حق الانتفاع بحصته.

لما كانت مباشرة الانتفاع من قبل الاغلبية أو الشريك منفرداً من شأنه أن يضر بحقوق الأقلية أو باقي الشركاء، بسبب التنافس الذي قد يكون مصحوباً بسوء النية في الغالب وهو الأمر الذي ادركته التشريعات التي اعطت هذا الحق وقيدته بقيود حاولت من خلالها الحد من التعارض بين حقوق الشركاء، وتختلف نجاعة هذه القيود من قانون إلى آخر من القوانين محل المقارنة، فهناك من نجح بالحد من التعارض من خلال حسن تنظيم هذه القيود مقارنة ببعض التشريعات التي كانت القيود هي السبب في إحداث ذلك التعارض.

ثانياً: أهمية الدراسة

إن أهمية دراسة موضوع الحقوق المتعارضة للشركاء في الانتفاع بالمشاع تتبع من أهمية العقار باعتبار ما يؤديه من وظيفة اقتصادية تعكس تطور الدول، وما قد يثار بشأن حالة الشيوخ فيه من تزام وتنافس بين الشركاء للظفر بالانتفاع به، فالنزاعات الناتجة عن حالة الشيوخ كانت ولا تزال صاحبة الحصة الأكبر من القضايا المطروحة امام المحاكم الأمر الذي يجعلها المجال الخصب والميدان الرحب للبحث القانوني.

لذلك تظهر لدراسة هذا الموضوع أهمية علمية وعملية، فمن الناحية العلمية أن دراسة الانتفاع بالمشاع بحد ذاته يلامس النظرة السلبية للتشريعات القانونية لحالة الشيوخ بوصفه وضعاً غير مرغوب فيه ومؤقت مآله إلى الزوال، في حين أن التعامل معه أمر لا بد منه، فمن المهم إدراك النظام القانوني للشيوخ وما يتركه من أثر على الانتفاع بالمشاع، وهنا تبرز أهمية الدراسة العلمية في أنها تسعى للبحث في القواعد الخاصة في الشيوخ للوقوف على هذا التنظيم، وعليه أن دراسة احكام التعارض من شأنه أن يغني المكتبة القانونية بمادة جديدة وذلك لقللة الدراسات بهذا الموضوع بالذات،

إذ نلاحظ قلة اهتمام الباحثين بهذا الموضوع وعدم التعرض له إلا على نحو عرضي بعيد عن التفاصيل التي تكون بحاجة إلى دراسة متعمقة تكشف مواضع التعارض لاقتراح حلولٍ تتناسب مع حجم المشاكل.

ومن الناحية العملية، فإن الشيوع واقع يستمر لفترات زمنية ليست بالقليلة لا سيما وأن أهم مصادره الميراث الذي ينتقل أحياناً بين اجيال متلاحقة، فطبيعة المجتمعات العربية قائمة على الترابط الأسري على نحو يساعد استمرار بقاء الشيوع في أموالهم، الأمر الذي يظهر ضرورة تنظيم هذه الاحكام ولا سيما المتعلقة بالانتفاع بهذه الاموال باعتبار أن وجودها لفترات طويلة على نحو مشاع سيولد تعارضاً عملياً حين مباشرة الشركاء انتفاعهم، وأن عدم إيجاد الحلول لأحكام هذا التعارض سيزيد من النزاعات التي تعج بها المحاكم، وهذا ما يجعل دراسة هذا الموضوع محاولة لإيجاد حلول للمشاكل العديدة التي يختلف اجتهاد المحاكم فيها مرة بعد أخرى.

ثالثاً: إشكالية الدراسة

تتمحور إشكالية الدراسة في جانبين الأول: يتعلق بموضع تنظيم المشرع لحالة الشيوع، فقد نظم احكام الشيوع ضمن احكام حق الملكية ومن يطلع على هذه الاحكام يجد انها قاصرة على حق الملكية دون غيره من الحقوق الأخرى والتي من الممكن ان تكون محلاً لحالة الشيوع، اما الجانب الثاني يتعلق بعدم كفاية احكام الشيوع الخاصة بالانتفاع بالمشاع وقد انعكس ذلك سلبياً على الواقع العملي وأدى الى ارباك المحاكم .

رابعاً: الأسئلة البحثية

لما كان الشيوع حالة تنجم عن تعدد أصحاب الحق العيني، فإنه وبحكم هذه الطبيعة الخاصة يقيدُ لسلطة أصحابه، إذ تتزاحم حقوقهم على نفس الشيء الأمر الذي دفع التشريعات إلى تقييد سلطة كل شريك في المال المشاع بجملة من القيود سعياً منها إلى فك التعارض الذي قد ينشأ من مباشرة الشريك أو الشركاء لسلطتي الاستعمال والاستغلال، وقد اختلفت التشريعات محل المقارنة في نوع التقييد ونطاقه المفروض عليهم على نحو جعل نجاعة هذه القيود متبايناً، وإذا كان القانون المدني العراقي قد نظم هذه القيود في محاولة منه للموازنة بين المصالح المتعارضة بين الشركاء فإن ذلك

يقودنا إلى طرح سؤال مركزي تدور حوله هذه الدراسة وهو ما مدى كفاية القيود التي وضعها المشرع العراقي للحد من التعارض بين الشركاء في الانتفاع بالعمارة المشاع؟

ومن هذا التساؤل يمكن إثارة التساؤلات الفرعية الآتية:

- ١- ما المقصود بالانتفاع بالعمارة المشاع؟ وما مضمونه؟
- ٢- ما الخصوصية التي يختص بها الحق المشاع؟ وهل تختلف باختلاف نوع الحق؟
- ٣- من له الحق في مباشرة الانتفاع بالمشاع؟ وهل هذا الحق مطلق أم مقيد؟
- ٤- أين يكمن موضع التعارض بالانتفاع في المشاع؟ وهل لنوع الانتفاع أثر في ذلك؟
- ٥- ما الوسائل التي كفلها القانون لحماية الشريك حقه في الانتفاع؟ وما مدى نجاعتها؟
- ٦- ما موقف القضاء من أحكام التعارض؟

خامساً: نطاق الدراسة

إن تعلق عنوان الدراسة في الانتفاع بالعمارة المشاع لا يعني ان جميع الاعمال التي يمكن من خلالها الانتفاع بالعمارة المشاع تدخل في نطاق بحثنا، وإنما فقط تلك الاعمال التي تدخل ضمن سلطتي الاستعمال والاستغلال اللتان يمثلان مضمون الانتفاع، وبما أن الشيوع نظام قانوني يرد على الحقوق العينية الأصلية كافة وليس مقصوراً بحق معين، فإننا سنقتصر بحث الشيوع في الحقوق العينية التي تخول صاحبها سلطتي الاستعمال والاستغلال، التي وردت الإشارة إلى حالة الشيوع فيها بالقوانين محل المقارنة وهي: حق الملكية وحق الانتفاع وحق التصرف، ولما كان تنظيم القوانين لنظام الشيوع ضمن حق الملكية، لذا فإن التركيز سينصب على الملكية المشاعة بشكل رئيسي مع الاكتفاء بإشارات بسيطة لحقي الانتفاع والتصرف كلما اقتضى ذلك.

سادساً: منهجية الدراسة

تماشياً مع طبيعة هذا الموضوع، ستعتمد الدراسة المنهج المقارن أسلوباً لها، حيث سنجري مقارنة بين كل من القانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري والقانون المدني العراقي، للوقوف على تنظيم كل من هذه القوانين ومقارنتها في محاولة للوصول إلى وضع الحلول للمشاكل التي تثيرها

الدراسة لما لهذا الاسلوب من اثر محمود في مجال البحث العلمي، كما تضمنت هذه الدراسة عدد من القرارات القضائية لمعرفة موقف القضاء في الدول محل الدراسة المقارنة من التعارض، وامام تباين هذه المواقف على مستوى البلد الواحد ستحاول الدراسة المقارنة بينها والوصول إلى أرجحها وكل ذلك لبيان الواقع العملي لموضوع الدراسة.

سابعاً: هيكلية الدراسة

نظراً لما يناسب موضوع الدراسة فقد اعتمدنا التقسيم الثنائي كأسلوب للبحث، محاولين التدرج في عرض المواضيع على نحو بسيط وسلس يُمكن القارئ من التنقل بين عناوين الخطة الفرعية، وعليه فقد قسمنا الدراسة على فصلين: خصصنا الفصل الاول لبيان مفهوم الانتفاع بالعقار المشاع وهو مقسم بدوره على مبحثين: الاول مخصص لمبحث ماهية الانتفاع بالعقار المشاع، والثاني لمبحث مباشرة الانتفاع بالعقار المشاع.

ونخصص الفصل الثاني لمبحث احكام التعارض بالانتفاع بين الشركاء وهو مقسم على مبحثين: الاول لمبحث التعارض بالانتفاع المباشر، اما الثاني فخصص لبيان التعارض بالانتفاع غير المباشر.

وانتهيينا لمجموعة من النتائج توصلت لها الدراسة مع تقديم مقترحات بهذا الخصوص.



الفصل الأول

مفهوم الانتفاع بالعقار

المشاع



الفصل الأول

مفهوم الانتفاع بال عقار المشاع

تمهيد وتقسيم:

إذا كان الحق العيني المفرز هو الصورة الأبرز للحقوق العينية حيث يثبت الحق فيه لشخص واحد على شيء واحد لتظهر خصائصه وما يخوله من سلطات في محل الحق بوضوح، فقد يثبت الحق العيني لأكثر من شخص على الشيء نفسه لنكون امام صورة اخرى تسمى بالشيوع، وفي هذه الصورة تتزاحم السلطات التي يملكها كل شخص فيهم على ذات المحل بسبب تعدد أصحاب الحق العيني من غير أن يخصص لكل واحد منهم جزءاً مادياً محدداً، فالشيوع يثبت لشخصين أو أكثر يملك كل واحد منهم نفس الحق وهو يوجد في كل الحقوق العينية الأصلية، وان كانت القوانين تقصر تنظيم حالة الشيوع في نطاق الملكية، إلا أنه يرد على باقي الحقوق العينية الاصلية كحق الانتفاع والتصرف.

ويعد الشيوع حالة قانونية غير مفيدة في الغالب وان كانت حالة واقعية لا مناص منها لكثرة انتشارها واستمرارها لمدة زمنية ليست بالقليلة، إذ إن اختلاف رغبات وميول اصحاب الحق العيني يؤدي في الغالب إلى تعطيل مباشرة الانتفاع بالمال المشاع، وما يترتب على ذلك من تقييد لحرية الشركاء وخضوع بعضهم لمشيئة البعض الآخر في مباشرة الانتفاع، ليظهر التعارض جلياً بين الشركاء على نحو يدفعنا للبحث في النصوص القانونية المنظمة لمباشرة الانتفاع بغية الوصول للطرق الأنسب للانتفاع بالمشاع، مع استعراض القرارات القضائية المعنية بهذا الشأن باعتبارها تعكس الجانب التطبيقي لحالات الشيوع.

لأجل ذلك ارتأينا تقسيم هذا الفصل على مبحثين: نخصص الأول لماهية الانتفاع بال عقار المشاع من خلال تقسيمه على مطلبين لنبحث بالأول منه التعريف بالانتفاع في العقار المشاع، إما الثاني فسنعرج للبحث بخصوصية الحق العيني المشاع، إما في المبحث الثاني فسنبحث مباشرة الانتفاع بال عقار المشاع من خلال تقسيمه على مطلبين نخصص الأول لبحث الانتفاع بالمشاع من قبل الشرك المشتاع، والثاني لبحث الانتفاع بالمشاع من قبل الاغلبية.

المبحث الاول

ماهية الانتفاع بال عقار المشاع

الشيوع وضع قانوني ينشأ من تعدد اصحاب الحق، وهو يرد على الحقوق العينية الأصلية وبرزها حق الملكية، الأمر الذي حدا بالقوانين لتنظيم احكامه ضمن حق الملكية، إلا أن الشيوع لا يقتصر على حق الملكية فحسب وإنما يرد على باقي الحقوق العينية الأصلية كحق الانتفاع والتصرف، ولكل شريك في العقار المشاع حق الانتفاع بحصته بالمشاع، وان الانتفاع بالمشاع يختلف باختلاف طبيعة الحق الذي يرد عليه الشيوع، حيث يمنح كل حق صاحبه سلطات تخوله الانتفاع بمحل الحق مع مراعاة خصوصية الشيوع التي من شأنها تقييد حق الشريك في ممارسة سلطاته.

عليه فإننا سنقسم هذا المبحث على مطلبين: لنبحث بالأول التعريف بالانتفاع في العقار المشاع، إما بالمطلب الثاني فسنعرج للبحث بخصوصية الحق العيني المشاع.

المطلب الاول

التعريف بالانتفاع في العقار المشاع

يخول الحق العيني المشاع اصحابه بأن ينتفع كل شريك منهم بحصته على النحو المسموح به قانوناً، شأنه بذلك شأن الحق العيني المفرد مع فارق تقييد حق كل شريك بحقوق باقي الشركاء، وإذا علمنا أن الانتفاع يشمل بمضمونه سلطتي استعمال الشيء واستغلاله، فإن التعريف بانتفاع الشريك في العقار المشاع يقودنا إلى بيان معناه أولاً، من ثم البحث في مضمون الانتفاع وذلك ببيان سلطتي الاستعمال والاستغلال.

لذا فإننا سنقسم هذا المطلب على فرعين: لنتناول في الأول معنى انتفاع الشريك بالعقار المشاع، وفي الثاني مضمون الانتفاع بالعقار المشاع وعلى النحو الآتي:

الفرع الاول

معنى انتفاع الشريك بال عقار المشاع

إن البحث في معنى انتفاع الشريك بال عقار المشاع^(١) يتطلب أن نحرر مفهومين في غاية من الأهمية، هما الشيوخ والانتفاع ليتجلى لنا مفهوم انتفاع الشريك بال عقار المشاع، وعلى النحو الآتي:

أولاً: معنى الشيوخ

يعرف الشيوخ بأنه: "الحالة القانونية التي تولد عن تواجد عدة حقوق من نوع واحد لأشخاص مختلفين ولكن يمارسونها على مال واحد، بدون أن تتحقق قسمة مادية"^(٢)، ويلاحظ على التعريف بأنه لم يقصر الشيوخ على الحقوق العينية فحسب بل يمتد لكافة انواع الحقوق التي تقسم إلى حقوق عينية وشخصية، وهناك من عرفه بأنه: الحالة التي يتواجد فيها المال الذي يمارس عليه حقوق من نفس النوع والطبيعة والمملوكة لعدة أشخاص^(٣)، وعُرف كذلك بأنه: حالة قانونية تنتج عن اجتماع عدة حقوق عينية من طبيعة واحدة لعدة اشخاص على شيء واحد دون أن يكون هناك تقسيم مادي لهذا الشيء إلى اجزاء مفرزة^(٤)، وعرف ايضاً بأنه: الحالة القانونية الناتجة من تعدد اصحاب الحق العيني الأصلي^(٥).

(١) تستخدم غالبية التشريعات ومنها المشرع المصري والعراقي وكذلك الفقه مصطلح الشائع وهو امر محل نظر، كون الشائع لغةً يعني: منتشر معروف بين جميع الناس، في حين ان المشاع يعني: مشترك بين عدة اصحاب وغير مقسوم، وعليه نحن نعتمد تسمية مشاع بدلا من شائع كونها الأصح لغوياً. ينظر: ابو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، ج٧، دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٢٦٠. احمد بن محمد الفيومي، المصباح المنير، دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٤٥٠.

(2) Dictionnaire Larousse poche 2018, Éd. anniversaire bicentenaire Pierre Larousse, Paris : Larousse, DL 2017, 1 vol.

(3) Serge Braudo, Conseiller honoraire à la Cour d'appel de Versaille, Définition del indivision Dictionnaire juridique,p.1.

(٤) د. ايمن سعد عبد المجيد، سلطات المالك على الشيوخ في استعمال المال الشائع واستغلاله (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٨.

(٥) د. نبيل ابراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠، ص ١٠١.

والسائد أن الشيوع يرد على الحقوق العينية الأصلية كافة كما في حق الملكية- الصورة الغالبة للشيوع- وكذلك حق الانتفاع، كما لو أوصى شخص بحق انتفاع إلى عدة اشخاص فإنهم شركاء على الشيوع في الحق الموصى به^(١)، إما بالنسبة للحق الشخصي فلا يتصور أن يكون محلاً للشيوع لأن تعدد اصحاب الحق الشخصي يؤدي إلى انقسامه إذا كان قابلاً للانقسام، إما إذا كان غير قابل للانقسام أو موصوفاً بالتزام إيجابي، فتطبق عليه أحكام عدم قابلية الحق الشخصي للانقسام وليست أحكام الشيوع^(٢).

وتتحقق حالة الشيوع بتعدد اصحاب الحق العيني الأصلي أي أن يكونوا أكثر من شخص واحد، ويجب أن تكون حقوقهم ذات طبيعة واحدة، كأن تكون حق ملكية أو حق انتفاع أو أي حق عيني أصلي آخر، فإذا رتب مالك الرقبة حق انتفاع على عقاره لشخص آخر فإن هذا لا يؤدي إلى تحقق الشيوع بينه وبين المنتفع لاختلاف حقوقهم من حيث المضمون^(٣)، وكذلك يشترط وحدة محل الحق بحيث ترد حقوقهم على محل واحد سواء كان المال منقولاً أو عقاراً أو كان عدة أموال^(٤).

وأولت التشريعات محل المقارنة اهتماماً خاصاً بتنظيم حالة الشيوع، فبالنسبة للمشرع الفرنسي وعند صدور شريعة نابليون في عام ١٨٠٤ لم يعر اهتماماً للشيوع بالحقوق العينية واعتبره حالة استثنائية على الأصل مصيرها إلى الزوال، من ثم هو ليس بحاجة إلى تنظيم قانوني، فلم يتضمن القانون المدني الفرنسي في البداية بين طبياته سوى بعض النصوص الخاصة بالشيوع الوراثي والشركات المدنية^(٥)، إلا أن الواقع العملي وفي ظل غياب التنظيم التشريعي قد فرض على الفقه والقضاء إيجاد الحلول اللازمة وإكمال القصور التشريعي للحالات التي كانت تطرح أمام القضاء بهذا

(١) د. عبد المنعم فرج الصده، حق الملكية، ط٣، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ١٩٦٧، ص١٨٧.

(٢) د. اسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول حق الملكية، مكتبة عبد الله وهبة، ١٩٥٩، ص١١١. د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص١٠٧.

(٣) أبراهيم سيد احمد واشرف احمد عبد الوهاب، الملكية الشائعة، ط١، دار العدالة للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٨، ص١٣.

(٤) د. محمد علي محمد قيس، ملكية البناء المتعدد الملاك (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، ٢٠١٠، ص١١٢.

(٥) عقوني محمد، الانتفاع بالعقار الشائع في التشريع الجزائري، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خضير بسكرة، الجزائر، ٢٠١٦، ص٣٢ وما بعدها.

الخصوص، وبالفعل فقد اورد الفقه والقضاء نظرية مستقلة للملكية المشاعة معتمدين في ذلك على النصوص المنظمة للشيوع الوراثي والشركات المدنية من جهة والقواعد المنظمة لحق الملكية من جهة أخرى^(١)، إلا أن ما اوجده الفقه والقضاء الفرنسي من حلول لم تكن كافية لسد الفراغ التشريعي في ما يخص الملكية المشاعة، وازاء ذلك واستجابة لما يفرضه الواقع العملي ادرك المشرع الفرنسي ضرورة تنظيم حالة الشيوع، ونظمها لأول مرة بصورة مستفيضة بالقانون رقم (٧٦-١٢٨٦) الصادر بتاريخ ٣١ ديسمبر سنة ١٩٧٦، وجاءت أحكام الشيوع في الفصل السابع من القانون المدني الفرنسي تحت عنوان التنظيم القانوني للشيوع، وقد عدلت بعض أحكام الشيوع بموجب القانون المرقم (٧٢٨) لسنة ٢٠٠٦ والذي اصبح نافذ في الأول من كانون الثاني ٢٠٠٧، كذلك طاله التعديل الأخير بموجب الأمر رقم (٩٤٦) لسنة ٢٠١٩ الذي اصبح نافذ بتاريخ ١ يناير ٢٠٢٠.

إما بالنسبة للقانون المدني المصري، وفي ظل القانون المدني القديم الصادر سنة ١٨٨٣ ورغم وجود نظام الميراث الذي يعد هو المصدر الاساسي للشيوع، إلا أن المشرع المصري قد حدا حذو القانون الفرنسي ولم ينظم الشيوع في الحقوق العينية بوصفه صورة خاصة لهذه الحقوق، حيث لم يتضمن القانون القديم في طياته سوى بعض النصوص الخاصة بإجراءات قسمة المال المشاع، واذ كان هناك ما يبرر موقف المشرع الفرنسي في عدم تنظيم الشيوع فإنه فليس هناك ما يبرر موقف المشرع المصري في ذلك لما تمليه قواعد الميراث من حالات شيوع عدة، وازاء هذا القصور التشريعي فقد عمل القضاء المصري على سد هذا القصور، إلا انه وبعد صدور القانون المدني المصري النافذ رقم (١٣٨) لسنة ١٩٤٨ فإن المشرع قنن ما توصل اليه القضاء بخصوص حالة الشيوع وزاد عليها بما يتفق واهميتها^(٢)، حيث عرف الملكية المشاعة بنص المادة (٨٢٥) بأنها: (إذا ملك اثنان أو اكثر شيئاً غير مفرزة حصة كل منهم فيه فهم شركاء على الشيوع، وتحسب الحصص متساوية إذا لم يتم دليل على غير ذلك).

(١) د. محمود عبد الرحمن محمد، استعمال وإدارة المال الشائع، دراسة مقارنة في القانون الوضعي (المصري والفرنسي) والفقه الاسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص ٤.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ٨، ط ٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠، ص ٧٩٤.

ولم يكن التصور المتقدم غائباً عن المشرع العراقي، فقبل صدور القانون المدني النافذ رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ كانت تطبيق الأحكام الواردة في مجلة الأحكام العدلية التي نصت وبصورة صريحة على الشيوع بحق الملكية ونظمت احكامه تحت مصطلح (شركة الملك)^(١)، وبعد صدور القانون المدني النافذ فإن المشرع نظم أحكام الشيوع ضمن الأحكام الخاصة بالملكية، إذ نصت المادة (١٠٦١) في فقرتها الأولى على: (إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً، فهم شركاء فيه على الشيوع، وتحسب الحصص متساوية إذا لم يعم الدليل على غير ذلك).

ويلاحظ أن المشرع المصري في تعريفه للملكية المشاعة كان ادق بالصياغة عما اورده المشرع العراقي من تعريف، حيث اضاف صفة غير مفرزة لحصّة كل شريك في الشيوع، إلا أن المشرع العراقي حاول تدارك هذه الأمر من خلال ما جاء في المادة (١٥٣) من مشروع القانون المدني^(٢) حيث عرف الملكية المشاعة بأنها: (إذا ملك شخصان أو أكثر مالاً لم تفرز حصّة كل منهم فيه فهم شركاء على الشيوع ويفترض في حصصهم التساوي مالم يعم الدليل على غير ذلك)، ويؤخذ كذلك على كلٍ من المشرع المصري والعراقي انهما عرفا الشيوع من خلال تعريف الملكية المشاعة ضمن باب الملكية، من ثم فإن ما ورد من تعريف يقتصر على تحديد معنى الشيوع في الملكية ولا يسري على صور الشيوع الأخرى، وهذا الموقف منتقد وكان الاولي بالمشرع أن يرد تعريفاً عاماً للشيوع ليشمل

(١) عرفت المادة (١٠٦٠) من مجلة الأحكام العدلية شركة الملك بأنها: (شركة الملك هي كون الشيء مشتركاً بين أكثر من واحد أي مخصوصاً بهم بسبب من اسباب التملك كالاشتراء والاتهاب وقبول الوصية والتوارث أو بخلط واختلاط الاموال يعني بخلط الاموال بعضها ببعض بصورة لا تكون قابلة للتمييز والتفريق أو باختلاط الاموال بتلك الصورة بعضها ببعض، مثلاً لو اشترى اثنان مالاً أو وهبه أحد لهما أو اوصى به و قبلاً أو ورث اثنان مالاً فيكون ذلك المال مشتركاً بينهما ويكون كل منهما شريك الاخر فيه . كذلك إذا خلط اثنان ذخيرتهما بعضها ببعض واختلطت ببعضها بأنخرق عدولهما فتصير هذه الذخيرة أو المخلوطة أو المختلطة مالاً مشتركاً بين الاثنتين).

(٢) تم إعداد المشروع من قبل اللجنة المشكلة في وزارة العدل في النظام السابق ولم يرى المشروع النور بسبب ظروف العراق آنذاك، وطبعت وزارة العدل مسودة المشروع في عام ١٩٨٦ وكانت طبعة محدودة التداول.

كافة صورته^(١)، إذ أن الشيوع بوصفه حالة قانونية من الممكن أن يرد على كافة الحقوق العينية الأصلية وليس فقط على حق الملكية وإن كانت الأخيرة هي الصورة الغالبة^(٢).

ثانياً: معنى الانتفاع

عند البحث في سلطات الشريك على المال المشاع فإن الفقه^(٣) يبحث سلطتي الاستعمال والاستغلال تحت مصطلح الانتفاع من غير بيان معنى الانتفاع بشكل مستقل، ولعل السبب في ذلك هو رسوخ المصطلح في الذهن القانوني، ومما تجدر الإشارة إليه أن المراد بمصطلح الانتفاع هنا هو ما يتحقق من منافع متولدة من أصل مملوك أو لا^(٤)، وليس الانتفاع الذي تنظمه التشريعات في باب الحقوق العينية (حق الانتفاع)، وعليه فإن معنى الانتفاع المراد بحثه هنا هو اعم واشمل.

وإن السلطات التي يتمتع بها الشخص صاحب الحق العيني هي الاستعمال والاستغلال والتصرف وتختلف هذه السلطات من حق إلى آخر، فتجتمع جميعها في المالك في حق الملكية وهو أقوى الحقوق العينية، إما بالنسبة للحقوق العينية الأخرى فيفقد صاحب الحق بعض هذه السلطات بما يتناسب مع نوع الحق، فمثلاً حق الانتفاع يخول صاحبه استعمال واستغلال الشيء فقط، وحق الاستعمال يخول صاحبه استعمال الشيء فقط وهكذا، لذا فالمقصود من الانتفاع هو الحق الذي يشمل

(١) أن المشرع الكويتي في القانون المدني المرقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ قد اورد بنص المادة (٨١٨) في فقرتها الاولى تعريفاً عاماً للشيوع يصدق على كل صور الشيوع حيث نصت المادة على: (١- إذا تعدد اصحاب الحق العيني على شيء غير مفرزة حصة كل منهم فهم شركاء على الشيوع وتكون حصصهم متساوية ما لم يثبت غير ذلك).

(٢) وقد اكدت ذلك العديد من الأحكام القضائية، إذ جاء بقرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٣٧٢٧/ الهيئة الاستئنافية عقار/٢٠١٨ في ٢٠١٨/٤/٤: (ان تطبيق أحكام الشيوع تقتصر على الحقوق العينية الأصلية ومنها حق الملكية وحق التصرف...)، غير منشور.

(٣) د. محمد علي عرفه، موجز في حق الملكية واسباب كسبه، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، ١٩٥٥-١٩٥٦، ص ١٥٤ وما بعدها. د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، الأصلية، ج ١، شركة الطبع والنشر الأهلية، ١٩٦١، ص ١١٤. د. شاكر ناصر حيدر، شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية العقارية، ج ٢، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٥٣، ص ٣.

(٤) محمد علي القرني، خصائص حق الانتفاع واثار نقله (بيع المنافع وبيع العقود)، جامعة الملك عبد العزيز، جدة، دون سنة نشر، ص ٥.

سلطتي من السلطات التي يخولها حق الملكية وهما الاستعمال والاستغلال^(١)، وعليه فإن المقصود من حق الشريك بالانتفاع بالمشاع هو حقه في استعمال واستغلال المشاع^(٢).

إما من الناحية التشريعية فإن التشريعات محل المقارنة وان كانت قد نظمت حق الشريك بالانتفاع إلا أنها لم تتناول الانتفاع بهذا المعنى كما أشرنا سابقاً، انما عرفت الانتفاع بوصفه أحد الحقوق العينية المنقرعة عن حق الملكية، فقد عرف المشرع الفرنسي حق الانتفاع بنص المادة (٥٧٨) من القانون المدني بأنه: (هو حق التمتع بأشياء يملكها شخص اخر على غرار المالك نفسه شرط الحفاظ على جوهرها)^(٣)، إما المشرع المصري والعراقي فإنهما لم يوردا تعريفاً لحق الانتفاع وانما اكتفيا بتنظيم احكامه ضمن الحقوق العينية الأصلية المنقرعة عن حق الملكية^(٤).

ويشار بصدد ذلك إلى أن حق الانتفاع هو حق عيني يخول المنتفع استعمال واستغلال المنتفع به الذي هو حتماً مملوك للغير وينتهي بوفاء المنتفع، ويخول هذا الحق صاحبه جزء من سلطات صاحب حق الملكية، فحق الملكية يشمل ثلاثة عناصر وهي الاستعمال والاستغلال والتصرف يقتطع منها حق الانتفاع العنصرين الاوليين وهما الاستعمال والاستغلال ويبقى العنصر الثالث وهو التصرف الذي يكون بيد مالك الرقبة^(٥).

وبالرجوع إلى أحكام المواد القانونية التي نظمت حق الشريك بالانتفاع بالمشاع في القوانين محل المقارنة، نجد أن المادة (٩/٨١٥) من القانون المدني الفرنسي نصت على: (يحق لكل مالك على

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص ١٢٢٣.

(٢) حامد مصطفى، القانون المدني العراقي الملكية واسبابها، ج١، شركة التجارة والطباعة المحدودة، ١٩٥٣، ص ١٠٦.

(3) Article 578: (L'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance).

(٤) نظم المشرع العراقي حق المنفعة ضمن الفرع الأول من الفصل الثاني من الباب الثاني (الحقوق المنقرعة عن حق الملكية)، إذ نظم هذا الحق في المواد من (١٢٤٩-١٢٦٠) من القانون المدني، وفي المقابل نضمها المشرع المصري ضمن الباب الثاني في المواد من (٩٨٥-٩٩٥) من القانون المدني.

(٥) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر نفسه.

الشيوع أن يستعمل الاموال الشائعة وينتفع بها بحسب تخصيصها...^(١)، وفي المقابل نص المشرع المصري في المادة (١/٨٢٦) من القانون المدني على: (كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء)، إما المشرع العراقي فتناوله في نص المادة (٢/١٠٦١) من القانون المدني التي تنص على: (وكل شريك في الشيوع يملك حصته الشائعة ملكاً تاماً، وله حق الانتفاع بها واستغلالها بحيث لا يضر بشركائه...).

ومن استعراض النصوص أعلاه، نلاحظ عدم الدقة في الصياغة حيث اشار المشرع الفرنسي الى أن للمالك الحق في استعمال المال المشاع والانتفاع به، وكذلك فعل المشرع العراقي إذ نص على حق المالك بالانتفاع واستغلال حصته المشاعة، في حين أن مصطلح الانتفاع يشمل سلطتي الاستعمال والاستغلال، وعليه كان الأولى بالمشرع الفرنسي وكذلك العراقي أن يكتفيا بذكر عبارة الانتفاع دون الحاجة إلى ذكر عبارة الاستعمال في القانون الفرنسي أو عبارة الاستغلال في القانون العراقي، إما المشرع المصري فقد كان أكثر دقة من ناحية الصياغة، حيث اكتفى بذكر حق الشريك بالاستيلاء على ثمار الشيء وهذا يمثل سلطة الاستغلال^(٢) وذكر حق الشريك بالاستعمال، وهو بذلك أشار إلى سلطتي الاستعمال والاستغلال صراحةً دون ذكر عبارة الانتفاع.

بناءً على ما تقدم، يمكننا القول أن الشيوع هو الحالة القانونية الناجمة عن تعدد اصحاب الحق العيني الأصلي من غير تحديد الجزء المفرز الذي يختص فيه كل شخص، وإن معنى الانتفاع بالمال المشاع يشير إلى سلطتي الاستعمال والاستغلال الممنوحة لكل شريك بالشيوع، ويمكن أن نعرف انتفاع الشريك بالعقار المشاع على أنه: "حق كل شريك بالقيام بالأعمال - الاستعمال والاستغلال - التي تمكنه من الحصول على منافع العقار المشاع وبقدر حصته دون الاضرار بباقي الشركاء".

(1) Article 815/9: (Chaque indivisaire peut user et jouir des biens indivis conformément à leur destination).

(٢) الاستغلال هو القيام بالأعمال اللازمة للحصول على غلة الشيء وثماره. محمد طه البشير و د. غني حسون طه، الحقوق العينية، ج ١، الحقوق العينية الأصلية، دار نيبور للطباعة والنشر والتوزيع، العراق، ٢٠١٥، ص ٤٦.

الفرع الثاني

مضمون الانتفاع بال عقار المشاع

يتضمن الانتفاع عنصرين من عناصر الملكية هما الاستعمال والاستغلال، وسنبحث كلاً منهم في فقرة مستقلة نخصص الأولى لبحث سلطة الاستعمال والثانية لبحث سلطة الاستغلال، وعلى النحو الآتي:

أولاً: سلطة الاستعمال

يعرف الاستعمال بأنه: القدرة على الافادة من الشيء وتحصيل منافعه - من غير ثماره أو منتجاته - من خلال استخدامه فيما اعد له بحسب طبيعته بغير أن يؤدي هذا الاستخدام إلى الانتقاص من جوهره^(١)، ويلاحظ على التعريف أنه قيد سلطة الاستعمال على استخدام الشيء فيما أعد له بحسب طبيعته، في حين أن سلطة الاستعمال بوصفها أحد السلطات التي يخولها الحق لصاحبه تختلف من حق لآخر، ففي حق الملكية يمكن للمالك استخدام الشيء حتى فيما لم يعد له بطبيعته فهو غير مقيد بحكم تملكه، إذ أن المالك يمكنه استعمال الشيء بحسب الغرض الذي اعد له كما في استعمال الدار بسكنها واستعمال السيارة بركوبها، ويمكنه كذلك أن يستعمل الشيء لغرض خاص به وليس الغرض الذي اعد له الشيء كمن يستخدم بيته مخزن^(٢)، وعليه لا يمكن حصر الاستعمال باستخدام الشيء وفق ما اعد له إذ أن سلطة المالك باستعمال ملكه تمتد إلى أكثر من ذلك، وإن هذا القيد-استعمال الشيء وفق ما اعد له- يجد فاعليته فيما إذا كان من يستعمل الشيء غير المالك كما لو كان صاحب حق الاستعمال أو انتفاع أو تصرف أو غيرهم ممن لهم حق استعمال الشيء.

وعُرف كذلك بأنه: استخدام الشيء من قبل صاحب الحق وتحصيل منافعه بصورة مباشرة عدا الثمار من دون المساس بجوهره^(٣)، ويؤخذ على هذا التعريف أنه قصر مباشرة سلطة الاستعمال على

(١) د. همام محمد محمود، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، دار الجامعة الجديد للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٤٠.

(٢) د. درع حماد عبد، الحقوق العينية الأصلية، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٨، ص ٣٨.

(٣) د. درع حماد عبد، المصدر نفسه.

صاحب الحق فقط، في حين يمكن أن لا يستعمل صاحب الحق الشيء بنفسه بل يدعو غيره إلى استعماله تبرعاً بدون مقابل كما في فرض دعوة الغير للصيد في ارضه أو استضافة الغير مدة من الزمن على وجه التبرع^(١)، من ثم فلا يشترط أن يمارس الاستعمال من قبل صاحب الحق حصراً.

وعُرف كذلك بأنه: القيام بالأعمال اللازمة لاستخلاص ما يمكن أن يؤديه الشيء من خدمات فيما عدا الثمار وبشرط عدم المساس بجوهره^(٢)، ولعل هذا التعريف هو الأقرب إلى معنى الاستعمال الذي نقصده.

ولا تقتصر سلطة الاستعمال على صاحب حق الملكية فقط، فيمكن للغير التمتع بها كما هو الحال لمن ترتب له حق الاستعمال أو حق انتفاع، إذ أن كلا الحقين يخولان صاحبهما سلطة الاستعمال، كما أن حق الاستعمال غير مقصور على الحقوق العينية وإنما يمتد إلى الحق الشخصي كما في حق المستأجر، إذ أن عقد الايجار يخول المستأجر استعمال العين المؤجرة.

ومتى ما ترتب على الاستعمال هلاك أو تلف محل الحق فإن ذلك من شأنه أن يثير الخلط بين استعمال الشيء والتصرف به مادياً^(٣)، وذهب العلامة السنهوري إلى بحث التصرف المادي ضمن سلطة الاستعمال وقصر سلطة التصرف على التصرف القانوني فقط^(٤)، إلا انه يبقى لاستعمال المالك خصوصية تميزه عن استعمال غيره كصاحب حق الاستعمال وحق الانتفاع والمستأجر، فقد يصل المالك في استعمال الشيء إلى حد اتلافه أن اراد ذلك، فله أن يقلع الأشجار ويهدم المباني ولا حد

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص ٤٩٧. إلا أن هناك من يرى في دعوى صاحب الحق لغيره لاستعمال الشيء دون مقابل صورة من صور التصرف وليس الاستعمال ليكون بمعنى الهبة. ينظر: د. عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام حق الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص ١٦.

(٢) د. اسماعيل غانم، مصدر سابق، ص ٤٦.

(٣) يعرف التصرف المادي بأنه: الاعمال التي يباشرها المالك وتتناول مادة الشيء محل الحق دون أن ترتب أي اثار قانونية، ومثالها التحويلات التي يجريها المالك على الشيء أو اية تغييرات وان وصلت إلى حد اتلاف الشيء أو استهلاكه. د. قصي سلمان، الحقوق العينية، ط ١، منشورات جامعة جيهان الاهلية، اربيل، ٢٠١٢، ص ١٩.

(٤) ينظر: مؤلفه، نفس المصدر.

لسلطته في ذلك إلا ما يفرضه القانون عليه من قيود، إما غير المالك فلا يمكن أن يصل في استعماله للشيء إلى حد اتلافه، فهو ملزم بالمحافظة عليه ورده للمالك^(١).

وتقر جميع التشريعات محل المقارنة بحق الشريك باستعمال حقه بالمشاع، إذ نصت المادة (٩/٨١٥) من القانون المدني الفرنسي على: (كل شريك في الشيوخ يمكنه أن يستعمل الاموال الشائعة وأن ينتفع بها طبقاً لما خصصت له ...)^(٢)، ونصت المادة (١/٨٢٦) من القانون المدني المصري على: (كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكاً تاماً وله أن يتصرف فيها وان يستولي على ثمارها وان يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بسائر الشركاء)، وكذلك نصت المادة (٢/١٠٦١) من القانون المدني العراقي على: (وكل شريك في الشيوخ يملك حصته الشائعة ملكاً تاماً، وله حق الانتفاع بها واستغلالها بحيث لا يضر بشركائه...).

ومن استقراء النصوص القانونية أعلاه، نجد أن جميع التشريعات محل المقارنة اقرت سواء صراحةً أو ضمناً بحق الشريك المشتاع بالاستعمال، إلا أن ما يؤخذ على صياغة كل من المشرع العراقي والمشرع المصري بتنظيمه لهذا الحق انها جعلتا محل الاستعمال الحصة المشاعة، في حين أن الاستعمال لا يرد إلا على شيء مادي وأن الحصة المشاعة هي شيء معنوي لا يمكن أن يرد عليها الاستعمال، حيث أن دورها ينحصر في تحديد مقدار حق كل شريك في المال المشاع^(٣)، وقد حاول المشرع المصري تدارك هذا الخطأ في الصياغة عند وضعه لمشروع القانون المدني المصري طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية^(٤)، إذ نصت المادة (٨٢٧) من المشروع على: (لكل شريك الحق في

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص ٤٩٧.

(2) Article 815/9: (Chaque indivisaire peut user et jouir des biens indivis conformément à leur destination) .

(٣) د. اسماعيل غانم، مصدر سابق، ص ١١٩.

(٤) مشروع القانون المدني المصري طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية هو مشروع لقانون مدني مصري قام بإعداده الدكتور عبد المنعم فرج الصده وعاونه في ذلك الدكتور محمد حامد حسن بناء تكليف من قبل مجلس الشعب المصري سنة ١٩٧٧ وقد انتهى العمل في هذا المشروع سنة ١٩٨٢م لكنه لم يعمل به حتى الان، وقد تجنب واضعوه جل الانتقادات التي وجهت للنصوص القائمة ومن ضمنها ما يخص الملكية المشاعة. ينظر: د. ايمن سعد عبد المجيد، مصدر سابق، ص ٥٩.

استعمال الشيء واستغلاله بقدر حصته، مع مراعاة حقوق سائر الشركاء^(١)، حيث جاءت صياغة النص في المشروع أدق عما هو وارد في نص القانون النافذ، فقد روعي فيه أن الاستعمال والاستغلال يردان على الشيء المشاع وليس على الحصة المشاعة^(٢).

كما يلاحظ على صياغة المشرع العراقي أنه لم يذكر حق الاستعمال صراحةً واكتفى بذكر حق الشريك بانتفاع واستغلال حصته المشاعة، ويستخلص حق الاستعمال ضمناً من عبارة الانتفاع لأن الأخير يشمل سلطتي الاستعمال والاستغلال، وكان الأولى بالمشرع أن ينص صراحة على حق الشريك بالاستعمال على غرار القانون المدني الفرنسي والمصري، أو كان من الممكن أن يكتفي بذكر عبارة الانتفاع فقط، وقد جاءت صياغة المادة (١٥٤) من مشروع القانون المدني الموحد أدق من هذا الجانب إذ نصت على: (كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً، فله أن يستغلها أو أن يستعملها بحيث لا يضر بشركائه، وله حق التصرف فيها ولو بغير إذن منهم)، ويلاحظ على هذا النص أن المشرع تدارك العيب في الصياغة إلا أنه لم يعالج مسألة أن الاستعمال والاستغلال يردان على محل الحق وليس على الحصة.

وهناك^(٣) من يعد أعمال الحفظ والصيانة من قبيل أعمال الاستعمال، كما لو رمم الشخص منزله أو سوى الأرض الزراعية ليجعلها صالحة للزراعة أو سور الأرض أو غير ذلك من أعمال الحفظ والصيانة وهذا ما تؤيده، حيث تهدف هذه الأعمال إلى حماية المشاع ومن ثم تعود بالنفع على جميع الشركاء دون أن تؤدي إلى المساس بأصل الحق، ولأهمية هذه الأعمال في المحافظة على المال المشاع افردت التشريعات محل المقارنة نصوصاً خاصة لتنظيمها، إذ نصت المادة (٢/٨١٥) من القانون المدني الفرنسي على: (يحق للمالك على الشيوع اتخاذ التدابير اللازمة للحفاظ على الأموال

(١) يطابق هذا النص نص المادة (١/٨١٩) من التقنين المدني الكويتي رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ التي نصت على: (لكل شريك الحق في استعمال الشيء الشائع واستغلاله بقدر حصته وبمراعات حقوق شركائه).

(٢) د. ايمن سعد عبد المجيد، مصدر سابق، ص ٦٠.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص ٤٩٧. د. همام محمد محمود، مصدر سابق، ص ٤٢. د. مصطفى الجمال، نظام الملكية، دار الفتح، الاسكندرية، ٢٠٠٠، ص ٦٢.

الشائعة^(١)، وفي المقابل نصت المادة (٨٣٠) من القانون المدني المصري على: (لكل شريك في الشيوع الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء الشائع ولو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء)، وكذلك فعل المشرع العراقي في المادة (١٠٦٦) التي تنص على: (لكل شريك في الشيوع الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء، حتى لو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء).

وعلى مستوى القضاء فقد عرفت محكمة النقض الفرنسية اعمال الحفظ بأنها: (اعمال مادية أو قانونية يكون من شأنها ابعاد المال الشائع عن خطر وشيك الوقوع دون تعريض حقوق المالكين على الشيوع للضرر)^(٢)، ويتضح من هذا التعريف أن اعمال الحفظ قد تكون اعمال مادية كأجراء الترميمات الضرورية وجني الثمار في موعدها قبل تلفها، وقد تكون اعمال قانونية كالوفاء بدين الدائن المرتهن للعين المشاعة توقيماً من التنفيذ عليها، وكذلك قطع التقادم المكسب لملكية العين ضد من يحوزها بنية اكتساب ملكيتها^(٣).

ثانياً: سلطة الاستغلال

يعرف الاستغلال بأنه القيام بالأعمال اللازمة للحصول على ثمار الشيء^(٤)، ويراد بالثمار كل ما ينتجه الشيء بصورة دورية دون أن يترتب على اخذها الانتقاص من أصله^(٥)، فيشترط في الثمار أن لا يترتب على اخذها انتقاص من أصل الشيء وأن ترتب ذلك عدت منتجات وليست ثمار كالقمح والرخام وغيرها، والثمار على ثلاثة أنواع: طبيعية وهي التي لا دخل لإرادة الانسان في ظهورها كنتاج الحيوانات والعشب الذي ينبت في الارض بصورة طبيعية، وصناعية وهي التي تدخل ارادة الانسان

(1) Article 815/2: (Tout indivisaire peut prendre les mesures nécessaires à la conservation des biens indivis même si elles ne présentent pas un caractère d'urgence).

(٢) نقض مدنية الاولى ٢٥ تشرين الثاني، نوفمبر ٢٠٠٣، اشار اليه الدالوز، القانون المدني الفرنسي بالعربية، ط١٠٨، ٢٠١٢، دون مكان وسنة نشر، ص٨٠٣.

(٣) د. اسماعيل غانم، مصدر سابق، ص ١٢٠.

(٤) د. نبيل ابراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري والقانون اللبناني، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٩٥، ص٢٩. د. قصي سلمان، الحقوق العينية، مصدر سابق، ص٢٠. د. عبد المنعم فرج الصده، مصدر سابق، ص٢٧.

(٥) د. درع حماد عبد، مصدر سابق، ص٤٠.

في انتاجها كنتاج المصانع والمعامل والبساتين، وثمار مدنية وهي المقابل النقدي المترتب نتيجة استثمار الشيء كبدل ايجار العقار^(١).

ولا اهمية للفرقة بين الثمار والمنتجات إذا كان من يستغل الشيء هو المالك نفسه، وذلك لأن المالك من حقه اخذ الثمار والمنتجات معاً^(٢)، إلا أن هذا الحكم خاص بالمالك في الملكية المفردة ولا يمتد إلى الشريك في الملكية المشاعة، لأن الشريك لا يملك المشاع وحده وإنما ترد حقوق باقي الشركاء على الشيء نفسه.

ويرى البعض^(٣) للمالك أن يوسع من مفهوم الثمار بحيث يدخل في اطارها ما هو من المنتجات بحسب طبيعته، من خلال اعداد الشيء وتهيئته بطريقة تجعله يغل بصفة دورية بحيث تعتبر المنتجات التي تنتج عنه ثماراً رغم أنها تنتقص من اصل الشيء، شأن الغابات حين يكون اقتطاع أشجارها هي الوسيلة المعتادة لاستغلالها مع الحرص على تجديدها من خلال غرس اشجار بديلة لما يقطع منها، ويفسح هذا الرأي المجال للإرادة في تغيير وصف المنتجات إلى ثمار واذا كان هذا الأمر يمكن تطبيقه بالنسبة للملكية المفردة فإنه كذلك بالنسبة للملكية المشاعة، فيمكن للإرادة المشتركة للشركاء توسيع سلطة الاستغلال لتمتد إلى المنتجات ويمكن الاتفاق على ذلك صراحةً كما يمكن أن يستدل على ذلك ضمناً من خلال طبيعة التعامل والعرف الجاري في المعاملات.

ويختلط الاستغلال بالاستعمال احياناً، كما في زراعة الارض فإن ذلك استعمال لها، إلا أن جني الثمار بعد الزراعة هو استغلال، وهي من المسائل التي استوقفت الفقه، فهناك من يرى^(٤) إذا كان سبيل الافادة من منافع الشيء هو الحصول على ثماره فهنا نكون بصدد استغلال وليس استعمال، من

(١) د. رمضان ابو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية (احكامها ومصادرها)، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٠٤، ص٢٨.

(٢) د. همام محمد محمود، مصدر سابق، ص٤٤.

(٣) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ج٩، ص١١٨٤. د. محمد حسن قاسم، موجز في الحقوق العينية الأصلية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٦، ص٢٩. د. مثنى محمد عبد و د. علي كاظم جواد، الاستثناء من حكم اللاحق بالتملك في القانون الفرنسي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون - جامعة بغداد، العدد ١، ٢٠١٩، ص٣٠٩.

(٤) د. همام محمد محمود، نفس المصدر، ص٤٠.

ثم فإن زراعة الأرض تعتبر استغلالاً لها وليس استعمالاً، إلا أن هذا لا يعني أن الأرض لا يمكن أن تكون محل للاستعمال فيمكن استعمالها من خلال التنزه والترفيه فيها بل حتى زراعتها بمساحات خضراء وازهار للزينة فإن ذلك كله يدخل ضمن الاستعمال، في حين ذهب رأي آخر^(١) إلى وجوب الملاحظة بالنسبة لزراعة الأرض فإن الاستعمال يختلط بالاستغلال خطأ يصعب التمييز بينهما، إذ لا يمكن تصور امكانية استعمال الأرض بالزراعة من غير الحصول على ثمارها، ولا يمكن تصور ذلك إلا من خلال عدم تجاوز صاحب حق الاستعمال في الحصول على الثمار بالقدر الضروري لحاجته هو وعائلته^(٢).

وبصدد هذا الخلاف هناك من يذهب^(٣) إلى أن أساس التمييز بين الاستعمال والاستغلال ليس النتيجة المترتبة على القيام بالعمل بل يكون على أساس القائم بالعمل، فقيام صاحب الحق بالعمل بنفسه يكون استعمالاً بغض النظر عن النتيجة المترتبة، من ثم أن زراعة صاحب الحق بالاستعمال للأرض وجني الثمار يعد استعمالاً تاماً كفرض قيامه باستعمالها في إجراء تجاربه الزراعية أو التنزه أو غيرها، في حين أن استعماله بواسطة غيره مقابل أجر يعد استغلالاً، ويرى الباحث أن الرأي الثاني هو الاقرب للصواب إذ أن استغلال الشيء بقدر حاجة صاحب الحق يعد استعمالاً له.

وبصورة عامة أن الاستغلال قد يكون مباشراً كقيام صاحب الحق بزراعة الأرض بنفسه، وقد يكون غير مباشر من خلال عمل قانوني كما في حال تأجير الشيء مقابل بدل، فصاحب سلطة الاستغلال يجني ثمار الشيء المدنية من خلال تأجيره للغير^(٤).

(١) د. اسماعيل غانم، مصدر سابق، ص ٤٦. د. نبيل ابراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري والقانون اللبناني، مصدر سابق، ص ٢٣.

(٢) نصت المادة (٩٩٦) من القانون المدني المصري على ذلك بقولها: (نطاق حق الاستعمال وحق السكنى يتحدد بمقدار ما يحتاج اليه صاحب الحق هو واسرته لخاصة انفسهم....)، ونصت المادة (١٢٦٢) من القانون المدني العراقي على: (نطاق حق الاستعمال وحق السكنى يتحدد بمقدار ما يحتاج اليه صاحب الحق و اسرته في خاصة انفسهم).

(٣) د. احمد سلامة، الملكية الفردية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٠، ص ١٠٣.

(٤) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص ٤٩٩.

وتقر جميع التشريعات محل المقارنة بحق الشريك باستغلال حصته في المشاع، إذ نصت المادة (٩/٨١٥) من القانون المدني الفرنسي على: (يحق لكل مالك على الشيوع أن يستعمل الاموال الشائعة وينتفع بها بحسب تخصيصها ...)، ونصت المادة (٨٢٦) من القانون المدني المصري على: (كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بسائر الشركاء)، ونصت المادة (٢/١٠٦١) من القانون المدني العراقي على: (وكل شريك في الشيوع يملك حصته الشائعة ملكاً تاماً، وله حق الانتفاع بها واستغلالها بحيث لا يضر بشركائه ...)، ولم يكتفِ المشرع العراقي عند تقرير حق الشريك باستغلال حصته بهذا النص، بل ذهب إلى أكثر من ذلك إذ نصت الفقرة الثالثة من ذات المادة على: (ويجوز للشريك في الشيوع أن يؤجر حصته الشائعة لشريكه أو لغير شريكه)، و نلاحظ لا حاجة لهذه المادة كون الايجار هو أحد صور الاستغلال التي اعترف المشرع بها للشريك سلفاً بالفقرة الثانية من ذات المادة، وهناك من برر هذا الموقف بأن " السبب الذي جعل واضعي القانون يتبنون هذه الفقرة هو أنهم ارادوا بها قطع كل شك وريبة حول حق الشريك في اجارة حصته الشائعة وسبب هذا أن بعض فقهاء الشريعة الاسلامية يذهبون إلى أنه لا يجوز للشريك أن يؤجر حصته الشائعة لغير الشريك وقد اراد المشرع العراقي بالنص المتقدم قطع كل شك حول حق الشريك في اجارة حصته الشائعة للشريك أو لغير الشريك"^(١)، إلا أن المشرع العراقي ادرك عدم الحاجة لهذه الفقرة وتجنب النص عليها في مشروع القانون المدني^(٢).

(١) د. حسن علي الذنون، الحقوق العينية الأصلية، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدود، بغداد، ١٩٥٤، ص ٦٨.
(٢) نصت المادة (١٥٤) من مشروع القانون المدني العراقي على: (كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً، فله أن يستغلها أو أن يستعملها بحث لا يضر بشركائه، وله حق التصرف فيها ولو بغير اذن منهم).

المطلب الثاني

خصوصية الحق العيني المشاع

مما لا شك فيه أن سلطة الشريك في الانتفاع بالمشاع ترتبط ارتباطاً وثيقاً بطبيعة حقه، إذ أن الشيوع وكما مر بنا في المطلب الأول غير مقصور على حق معين وإنما هو حالة قانونية تتجم عن تعدد اصحاب الحق العيني الاصلي الواحد، وأن الحقوق العينية الاصلية متعددة وهذا التصور يحتم علينا البحث في تأثير حالة الشيوع على هذه الحقوق، وسنقتصر الدراسة على الحقوق العينية التي تخول صاحبها سلطتي الاستعمال والاستغلال اللتان يمثلان مضمون الانتفاع، إذ أن هذه السلطات غير مقصورة على حق الملكية وإنما تمتد لبعض الحقوق العينية الاصلية المتفرعة عن حق الملكية.

وفي ضوء ما تقدم سنقسم هذا المطلب على فرعين: نخصص الأول لبحث خصوصية الملكية المشاعة، إما الثاني سيكون لبحث خصوصية الحقوق العينية المشاعة المتفرعة عن حق الملكية، وعلى النحو الآتي:

الفرع الاول

خصوصية الملكية المشاعة

يعد حق الملكية من أقوى الحقوق العينية الاصلية، فيجمع المالك بيده كافة السلطات المخولة له قانوناً، فللمالك وحده سلطة استعمال الشيء واستغلاله للحصول على ثماره وله حق التصرف فيه^(١).

الأصل في الملكية أن تكون مفرزة، من ثم فإن المالك وحده من يملك محل الحق وتظهر فيه جميع خصائص الملكية، أما إذا تعدد اصحاب حق الملكية فنكون أمام ملكية مشاعة، وقد أثير خلاف فقهي بصدد تحديد طبيعة حق الشريك في الملكية المشاعة كما هو معروف للجميع، حيث انقسم الفقه لاتجاهات متعددة في تحديد طبيعة حق الشريك المشاع فيما إذا كان حق ملكية ام انه غير ذلك.

(١) د. رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري، الوجيز في الملكية والحقوق العينية التبعية، مركز التعليم المفتوح، كلية الحقوق، جامعة بنها، مصر، دون سنة نشر، ص ١٦.

ذهب الاتجاه الأول إلى انكار وصف حق الشريك المشتاع بحق ملكية، إذ ذهب البعض^(١) من أصحاب هذا الاتجاه إلى أن حق الشريك المشتاع حق شخصي، لأنه لا يستطيع أي شريك من الشركاء أن تكون له السيطرة الكاملة على الشيء المشاع أو أي جزء منه، ويخوله هذا الحق اكتساب منافع الشيء المشاع إلى أن تقع القسمة النهائية وبعدها يتحول حقه إلى حق عيني، لأن حق الشريك في الشيوغ ينصب على حصة معنوية، في حين أن الحق العيني يجب أن يكون محله محدد تحديداً مادياً يميزه عن غيره، إلا أن هذا الرأي لم يكن مساعاً قانوناً لعدة اسباب منها لأن الحق الشخصي^(٢) رابطة بين شخصين، من ثم فإن البحث في تكييف حق الشريك يكون بتكييف علاقة الشريك بالشيء المشاع وليس في تكييف علاقة الشركاء ببعضهم هذا من جانب، ومن جانب آخر فإن قبول هذا الرأي يعني أن الشريك المشتاع لا يمكنه الوصول إلى حقه وممارسة سلطاته إلا من خلال باقي شركائه وهذا خلاف لما اقرته القوانين محل المقارنة كافة^(٣).

وذهب البعض الآخر^(٤) إلى أن حق الشريك المشتاع هو حق عيني لكنه من نوع خاص، وذلك لأن الشيء المشاع لا يكون مملوكاً لمجموع الشركاء ولا لأحدهم، من ثم لا يمكن وصف حق الشريك بأنه حق ملكية كما في الملكية العادية، لأن حق الشريك لا يتضمن خاصية الاستتار، فالشريك لا يستأثر بمزايا ومنافع المشاع طالما هناك حقوق لباقي الشركاء ترد على نفس المحل الذي ترد عليه

(١) تبذدت جميع الآراء التي طرحت وكانت تنكر وصف الملكية على حق الشريك ويشار لها في مؤلفات الفقه القانوني كلمحة تاريخية عند استعراض طبيعة حق الشريك، ولتفاصيل أكثر يراجع: د. منصور مصطفى منصور، تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة وحماية كل شريك من تصرفات غيره، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق-جامعة عين شمس، السنة السادسة، العدد الأول، مطبعة جامعة عين شمس، مصر، ١٩٦٤، ص ٨٤-٨٥. د. حسن كيره، اصول القانون المدني (الحقوق العينية الأصلية- أحكام حق الملكية)، ج ١، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٦٥، ص ٣٣٩. د. محمد احمد سليم، ايجار المال الشائع في القانون المدني والفقه الاسلامي، بحث منشور في مجلة التشريع في القانون، العدد الخامس والعشرون، المجلد الاول، ٢٠١٠، ص ٧٠٦.

(٢) عرفت المادة (١/٦٩) من القانون المدني العراقي الحق الشخصي بأنه: (...رابطة قانونية بين شخصين دائن ومدين يطالب بمقتضاها الدائن المدين بأن ينقل حقا عينيا أو أن يقوم بعمل أو أن يتمتع عن عمل).

(٣) ينظر: نص المادة (٩/٨١٥) من القانون المدني الفرنسي، والمادة (١/٨٢٦) من القانون المدني المصري، والمادة (٢/١٠٦١) من القانون المدني العراقي.

(٤) ينظر في عرض هذا الاتجاه: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ج ٨، ص ٧٩٨. د. ايمن سعد عبد

المجيد، مصدر سابق، ص ٢٨. عقوني محمد، مصدر سابق، ص ٢١.

حقوقه، ولذلك فقد ذهب اصحاب هذا الرأي إلى تكييف حق الشريك في الملكية المشاعة بوصفه حق عيني من نوع خاص، وقد تعرض هذا الرأي للانتقاد لأن الاستئثار بالمشاع واقع، حيث لكل شريك أن يستأثر بالشيء المشاع ولكن ليس في مواجهة باقي الشركاء بل في مواجهة الغير^(١)، وكذلك أن هذا الرأي متناقض بحد ذاته ويمكن تفويضه بتساؤل طرحه أحد الفقهاء^(٢) وهو إذا كان الشيء المشاع غير مملوك للشركاء مجتمعين وغير مملوك لأحدهم فمن هو المالك.

إما الاتجاه الثاني وهو السائد فقهاً^(٣)، فقد كَيّف حق الشريك المشتاع بأنه حق ملكية تام، كالملكية المفترزة فكلاهما يخول صاحبه سلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف^(٤)، وهذا ما أيدته النصوص القانونية محل المقارنة وسرت عليه الأحكام القضائية، إذ جاء في القانون المدني الفرنسي ما يؤكد أن حق الشريك هو حق ملكية حيث نصت المادة (٩/٨١٥) على: (يحق لكل مالك على الشيوع أن يستعمل الاموال الشائعة...)، وكذلك الحال بالنسبة للقانون المدني المصري النافذ إذ عرف الملكية المشاعة بنص المادة (٨٣٥) بأنها: (إذا ملك اثنان أو اكثر شيئاً...)، وبنفس العبارة وردت في الفقرة الاولى من نص المادة (١٠٦١) من القانون المدني العراقي النافذ.

وجاءت الأحكام القضائية لتؤكد ذلك، ففي قرار لمحكمة النقض الفرنسية قضت فيه بأن: (يحق لكل مالك على الشيوع أن يوقف الاعمال الجارية من قبل مالك اخر على الشيوع التي لا تحترم الوجهة المخصص لها العقار أو التي تنال من حقوقه المتساوية والمشاركة على الشيء الشائع)^(٥)، وقضت محكمة النقض المصرية بأن: (...الملكية الشائعة تقع على مال معين تعييناً ذاتياً وبها يكون هذا المال مملوكاً لأكثر من شخص واحد كل بقدر حصته فيه، فلا يقع حق كل من الشركاء إلا على

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص ٧٩٨.

(٢) د. منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، مكتبة عبدالله وهبه، ١٩٦٥، ص ١٢٩.

(٣) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، نفس المصدر، ص ٧٩٧. د. صلاح الدين الناهي، مصدر سابق، ص ١١٤. د. احمد السعيد الزقرد، حق الملكية، جامعة المنصورة كلية الحقوق، مصر، دون سنة نشر، ص ٦٥. د. اسماعيل غانم، مصدر سابق، ص ١٦٨.

(4) James Willam Moody Bslr, Essentials of commercial law, econd revised edecion, new yourk, 1913, p 29 .

(٥) قرار الغرفة المدنية الاولى بتاريخ ١٥/ابريل/١٩٨٠. اشار اليه: الدالوز، مصدر سابق، ص ٨١٠.

حصّة شائعة في هذا المال مع بقاء المال ذاته كلاً غير منقسم، ... ويعتبر كل منهم مالاً لحصته ملكاً تاماً وعلى تقدير شيوعها في كل المال وليس تركيزها في أحد جوانبه... (١)، وعلى مستوى القضاء العراقي فقد أكد ذلك في العديد من القرارات إذ جاء في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية بأنه: (... ثبت أن الاستغلال الحاصل من قبل المميز بقدر سهامه كان على المحكمة أن تقض برد الدعوى لأن كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً وله حق الانتفاع بها واستغلالها بحيث لا يضر بشركائه عملاً بأحكام المادة ١٠٦١ / ٢ من القانون المدني (...)(٢).

ولا يمكن التسليم بالاتجاه الأخير في أن حق الشريك المشتاع حق ملكية تام كما في الملكية العادية، لأن الأخيرة تخول صاحبها الحق في ممارسة سلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف، وهذا يعني أن لجميع الشركاء ممارسة هذه السلطات على المشاع بذات الوقت (٣)، وهذا ما لا يمكن قبوله في الملكية المشاعة إذ أن كافة التشريعات محل المقارنة قد قيدت حق كل شريك بالانتفاع بالمشاع بسبب الطبيعة الخاصة للشيوع، لذا فهناك (٤) من ذهب إلى أن حق الشريك بالشيوع حق ملكية من نوع خاص حيث لا يمكن اعطاء وصف الملكية المطلقة على حق الشريك المشتاع لأنه وإن كان الشريك المشتاع يملك نفس السلطات الممنوحة للمالك في الملكية المفترزة إلا أن اختلاف مدى هذه السلطات هو الذي يؤثر في مضمون كل حق ومن ثمّ يجعل منها حقين متميزين، ونحن نؤيد هذا الرأي.

(١) قرارها في الطعن رقم ٣٣٩٨ لسنة ٧٢ جلسة ٢٠١٥/٥/١١. منشور على الموقع الالكتروني لمحكمة النقض

المصرية على الرابط التالي: www.cc.gov.eg تاريخ آخر زيارة: ٢٠٢٠/٧/٧ الساعة ٣٠:٠٩م.

(٢) قرارها المرقم ٤٣٠/هـ/٢٠١٤ في ٢٠١٤/٨/١٤، منشور على الموقع الالكتروني لقاعدة التشريعات

العراقية على الرابط التالي: www.iraqid.iq تاريخ آخر زيارة: ٢٠٢٠/٧/٧ الساعة ٣٠:٠٨م.

(٣) د. نبيل ابراهيم، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ص ١١٢.

(٤) د. منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، مصدر سابق، ص ١٢٩.

الفرع الثاني

خصوصية الحقوق العينية المشاعة المتفرعة عن حق الملكية

الشيوع وصف غير مقصور على حق الملكية وإنما يمتد إلى باقي الحقوق العينية الأصلية الأخرى، إلا أن الانتفاع لا يتحقق بعنصريه في كافة الحقوق العينية إذ أن هناك من الحقوق العينية لا يخول صاحبه سلطتي الاستعمال والاستغلال معاً، وأن التمتع في الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن حق الملكية يقودنا إلى قصر بحث الخصوصية في حقي الانتفاع والتصرف وذلك لوجود إشارات على حالة الشيوع فيها، علاوةً على تضمنها عنصري الاستعمال والاستغلال، وعليه سنبحث في الحقين تباعاً:

أولاً : خصوصية حق الانتفاع المشاع

عرف المشرع الفرنسي حق الانتفاع بنص المادة (٨٧٥) من القانون المدني بأنه: (هو حق التمتع بأشياء يملكها شخص آخر على غرار المالك نفسه شرط الحفاظ على جوهرها)، ولم يرد في القانون المدني المصري ولا العراقي تعريفاً لحق الانتفاع.

ويعد حق الانتفاع من الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن حق الملكية، ويرد على شيء مملوك للغير ويخول صاحبه بعض عناصر الملكية، إذ يخوله سلطتي الاستعمال والاستغلال، فحق الانتفاع يجرى حق الملكية الذي يشمل ثلاثة عناصر هي الاستعمال والاستغلال والتصرف، إذ يقتطع حق الانتفاع عنصري الاستعمال والاستغلال ويبقي سلطة التصرف لمالك الرقبة^(١).

إن من أهم خصائص حق الانتفاع أنه مؤقت ينتهي بوفاة المنتفع، وهذا لا يعني أن حق الانتفاع يجب أن يدوم طوال حياة المنتفع، فقد يحدد له أجل قصير أو طويل وعند نهايته ينتهي حق الانتفاع ولو قبل وفاة المنتفع، وبالمقابل إذا توفى المنتفع قبل انقضاء الأجل فإن حق الانتفاع ينتهي على الرغم من أن الأجل لم ينقضي بعد، وإذا كان هذا الحق يثبت للشخص الطبيعي فإن ثبوته للشخص المعنوي محل نظر، لأن هذا الحق ينقضي بوفاة المنتفع وان هذا يتنافى مع طبيعة الشخص المعنوي

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج٩، ص١٢٢٣.

لأن الوفاة لا يمكن أن ترد إلا على الشخص الطبيعي^(١)، فحفاظاً على حقوق مالكي الرقبة من الاضرار التي تلحق بهم من الناحية الاقتصادية حيث أن استمرار الشخص المعنوي لعدة اجيال قد يضيع على مالك الرقبة ملكه، وكذلك أنه ينتزع من المالك سلطتي الاستعمال والاستغلال ولا يترك له غير سلطة التصرف وهذا يعني حرمان المالك من فوائد ملكه الأساسية ويجعل حقه شبه معطل^(٢)، وهناك من اقر بموجب القوانين المدنية بعدم جواز إنشاء حق الانتفاع لصالح الشخص المعنوي اصلاً^(٣)، إما القوانين التي اجازت ترتيب هذا الحق للشخص المعنوي، فإنها احتفظت بخاصية التوقيت ومنها القانون المدني الفرنسي فقد اورد بين طياته ما يوحي إلى امكان أن يكون المنتفع شخصاً معنوياً، إذ نصت المادة (٦١٩) من القانون المدني الفرنسي على: (لا يستمر حق الانتفاع الممنوح لغير الافراد إلا لثلاثين سنة)^(٤)، ويتبين من هذا النص أن المشرع وبسبب طبيعة الشخص المعنوي الذي غالباً ما تكون شخصيته القانونية مستمرة قد حافظ على اهم خصائص حق الانتفاع - حق مؤقت - وجعل هذا الحق مؤقت لا يجوز أن يستمر لأكثر من ثلاثين سنة متى ما كان المنتفع شخصاً معنوياً، وصدرت العديد من القرارات من محكمة النقض الفرنسية تطبيقاً لذلك^(٥).

إما بالنسبة لموقف القوانين محل المقارنة من تنظيم الأحكام الخاصة بحق الانتفاع المشاع، فقد اكتفى المشرع الفرنسي بنص واحد جاء في القسم الرابع من الفصل السابع من القانون المدني تحت عنوان الشيوخ في حق الانتفاع، حيث نصت المادة (١٨-٨١٥) على: (تسري أحكام المواد من ٨١٥

(١) د. جورج شراوي، سلسلة الحقوق العينية العقارية، حق الملكية العقارية، ج١، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠٠٦، ص١٩٩. ندين محمد مشموشي، حق الانتفاع (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦، ص٧٥.

(٢) د. شاكر ناصر حيدر، مصدر سابق، ص٤.

(٣) نصت الفقرة الثالثة من المادة (٩٣٦) من القانون المدني السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩ على: (لا يجوز إنشاء حق انتفاع لصالح شخص اعتباري).

(4) Article 619: (L'usufruit qui n'est pas accordé à des particuliers ne dure que trente ans).

(5) Cass. 3e civ., 31october 2012, n° 16.304-11

قرار منشور على الرابط : www.dalloz-actualite.fr.com : تاريخ آخر زيارة ٢٥/١٠/٢٠٢٠ الساعة: ٢٠:٢٠م. And Cass. 3e civ., 7 mars 2007, n° 06-12568

قرار منشور على الرابط : www.legifrance.gouv.fr.com : تاريخ آخر زيارة ٢٥/١٠/٢٠٢٠ الساعة: ٨:٠٦م.

إلى ١٧-٨٥١ على الشيوع في حق الانتفاع بقدر ما تتوافق مع قواعد حق الانتفاع...^(١)، من ثم فإن تنظيم أحكام حق الانتفاع المشاع يحال إلى أحكام الملكية المشاعة، ولا يوجد في القانون المصري والعراقي نص مماثل لما جاء به المشرع الفرنسي، ألا إنه ليس هناك ما يمنع أن يكون صاحب حق الانتفاع أكثر من شخص ليكونوا شركاء على الشيوع، كأن يوصي شخصاً بحق انتفاع لأكثر من واحد على ذات الشيء، من ثم تطبق عليهم الأحكام الخاصة بالشيوع، ومما يجدر الإشارة إليه أنه لا شيوع بين مالك الرقبة وصاحب حق الانتفاع، كون الأخير حقاً عينياً متفرع عن حق الملكية ومضمونه مختلف عنها^(٢)، ومن ثم فإن حق الانتفاع المشاع تنطبق عليه الأحكام الخاصة بالملكية المشاعة في الحدود التي لا تتعارض فيها هذه الأحكام مع طبيعة هذا الحق^(٣).

بناءً على ما تقدم يمكننا القول أن الشيوع وصف متى ما لحق بحق الانتفاع فإنه يؤثر ويتأثر به، فهو يؤثر فيه بأن يجعل حق كل شريك يرد على حصة غير مفرزة وهو بذلك يختلف عن حق الانتفاع العادي الذي يكون فيه حق المنتفع محدد مادياً، ومن جهة أخرى يتأثر بحق الانتفاع الذي يفقده المصدر الرئيسي لنشوئه ألا وهو الميراث، فعند وفاة المورث وتركه ورثة متعددين فإن هؤلاء الورثة يمتلكون تركة مورثهم على وجه الشيوع^(٤)، إلا أن هذا المصدر-الميراث- يتنافى مع طبيعة حق الانتفاع الذي ينقضي بوفاة المنتفع^(٥)، فإذا كان حق الانتفاع مشاعاً بين شخصين فإن وفاة أحدهما يكون سبباً في إنهاء حالة الشيوع، اضم إلى ذلك أن الشريك المشتاع ممكن أن يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً إلا أن الشريك في حق الانتفاع لا يكون إلا شخصاً طبيعياً لعدم امكانية ثبوت هذا الحق للشخص المعنوي.

(1) Article 815-18: (Les dispositions des articles 815 à 815-17 sont applicables aux indivisions en usufruit en tant qu'elles sont compatibles avec les règles de l'usufruit).

(٢) ندين محمد مشموشي، مصدر سابق، ص ٤٧.

(٣) د. احمد سلامة، مصدر سابق، ص ٢٤٩.

(٤) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج ٨، ص ٨٠١.

(٥) د. شاكر ناصر حيدر، مصدر سابق، ص ٣.

ثانياً : خصوصية حق التصرف المشاع

يعرف حق التصرف بأنه حق عيني يخول صاحبه الانتفاع بالأراضي الاميرية واستغلالها بهدف استثمارها تحقيقاً للنفع العام^(١)، وقد انفرد المشرع العراقي دون غيره من القوانين محل المقارنة بتنظيم هذا النوع من الحقوق العينية الأصلية في الفصل الأول من الباب الثاني ضمن الحقوق المنفردة عن حق الملكية، وان محل هذا الحق هو الأراضي الاميرية فقط^(٢)، وعرفت المادة (٧) من قانون التسجيل العقاري النافذ رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ بأنها: (الأراضي الاميرية هي التي تعود رقبته للدولة وتكون على ثلاثة انواع: أ- الأراضي الاميرية الصرفة هي التي تعود رقبته وجميع حقوقها للدولة. ب- الأراضي الاميرية المفوضة بالطابو هي الأراضي التي فوض حق التصرف فيها إلى الاشخاص وفق أحكام القوانين، وتعتبر الأراضي الموقوفة وفقاً غير صحيح التي يقتصر وقفها على الرسوم أو الاعشار أو كليهما بحكم الأراضي المفوضة بالطابو. ج- الأراضي الاميرية الممنوحة باللمة هي الأراضي التي منح حق التصرف فيها إلى الاشخاص حسب قانون التسوية واللمة).

ويلاحظ من المادة أعلاه، أن الأراضي الاميرية تعود رقبته للدولة والانتفاع فيها فأما أن يبقى بيد الدولة وتسمى أراضي اميرية صرفة، أو أن تفوض من قبل الحكومة إلى اشخاص مقابل بدل وتسمى حينئذ أراضي اميرية مفوضة بالطابو، او قد يمنح الانتفاع بها إلى من تصرف بها بالزراعة أو الغراس بموجب قانوني اللمة والتسوية وتسمى حينئذ أراضي اميرية ممنوحة باللمة^(٣)، وقد تنبه المشرع إلى تعدد اصناف هذه الأراضي وانهى التعدد بإصداره قانون توحيد اصناف أراضي الدولة رقم (٣٥) لسنة ١٩٧٦ الذي نص في المادة الأولى منه على: (اولاً - تعتبر جميع الأراضي الاميرية الصرفة، والمفوضة بالطابو، والممنوحة باللمة، والموقوفة وفقاً غير صحيح، والأراضي المتروكة، من صنف

(١) محمد طه البشير و د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ٢٦٩.

(٢) قسم القانون المدني العراقي النافذ الأراضي إلى خمسة اصناف وهي: الأراضي المملوكة الأراضي الاميرية، الأراضي المتروكة، الأراضي الموقوفة، الأراضي الموقوفة، وبعد صدور قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ وعند تصنيفه الأراضي اشار إلى ذات الاصناف التي نص عليها القانون المدني النافذ ما عدا أراضي الموات فإنه لم يشر إليها في هذا القانون، وبين قانون التسجيل العقاري النافذ المقصود بكل صنف من هذه الأراضي.

(٣) مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١، ج ١، ط ٢، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ١٢٧ وما بعدها.

الاراضي المملوكة للدولة...)، عليه فإن جميع الاراضي التي ذكرت ضمن هذه المادة جعلها المشرع صنفاً واحداً وتحت مسمى (المملوكة للدولة).

والمصرف وأن كان له الانتفاع بالأرض المملوكة للدولة إلا أن انتفاعه مقيد من حيث النطاق^(١)، فانتفاعه يكون بحدود الاستغلال الزراعي (النباتي أو الحيواني) فقط، وعدم مراعاة هذا القيد يعد سبباً لانتهاء هذا الحق^(٢)، كما أن هذا الحق لا ينتقل بالإرث^(٣) وإنما ينتقل إلى من يستحقه بعد وفاة المتصرف بموجب أحكام الانتقال^(٤)، والذي يعرف بأنه: نقل الحقوق التصرفية العائدة للمتوفي في الاراضي المملوكة للدولة إلى من يستحق تلك الحقوق قانوناً^(٥).

والأصل أن يكون صاحب حق التصرف شخصاً واحداً إلا أن من الممكن تعدد اصحاب هذا الحق، من ثم يكون حق التصرف مشاعاً بين عدة اشخاص، فإذا مات المتصرف بالأرض المملوكة للدولة انتقل حق التصرف دون مقابل إلى أصحاب حق الانتقال^(٦). وقد نص المشرع العراقي على الشيوخ في حق التصرف ونظم احكامه في المواد (١١٧٩-١١٨٢) من القانون المدني، وعند التتبع

(١) نصت المادة (١/١١٦٩) من القانون المدني العراقي على: (للمتصرف في الارض الاميرية أن ينتفع بها هي وزوائدها، وان يزرعها ويقيم فيها الابنية الخاصة بالزراعة وان يغرس فيها الكروم والاشجار وان يتخذها حديقة أو بستاناً أو غابة أو مرعى، وان يبني فيها الدور والحوانيت والمصانع للأغراض الزراعية وان يهدم ابنيها ويجعل منها مزرعة، وله أن يقطع اشجارها واحطابها وان ينتفع بترابها وان يبيع رمالها واحجارها في حدود النظم الخاصة وان يتخذ منها محلاً للبيادر).

(٢) د. صالح أحمد محمد عبطان اللهيبي، كسب حق التصرف بسبب الوفاة (داسة تحليلية في القانون المدني العراقي)، بحث منشور على الرابط: <https://www.iasj.net/>، ص ١٢٠. تاريخ آخر زيارة في ٢٠٢٠/١١/٢ الساعة ١٥:٤٠م.

(٣) نصت المادة (٢/١٨٦) من قانون التسجيل العقاري على: (تسري أحكام الارث الشرعي على حق التصرف في الارض الاميرية أو الموقوفة وفقاً غير صحيح تبعاً للمنشآت والمغروسات القائمة عليها إذا كانت قد انشئت قبل نشر قانون التصرف في ١٩ نيسان ١٩١٣).

(٤) نظم المشرع العراقي الأحكام الخاصة بالانتقال بالمواد (١١٨٧-١١٩٩) من القانون المدني العراقي النافذ، وتختلف أحكام حق الانتقال عن الأحكام الخاصة بالميراث بالعديد من النقاط من اهمها أن المشرع ساوى في الانتقال بين نصيب الذكر والانثى، كما أن قواعد الحجب والحرمان التي اخذ بها في الانتقال تختلف عن قواعد الارث الشرعي، لتفاصيل اكثر ينظر: محمد طه البشير ود. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ٢٨٤ وما بعدها .

(٥) مصطفى مجيد، مصدر سابق، ج ٢، ص ٣٣٥.

(٦) ينظر: د. عبد العظيم عباس نصار، الاراضي الاميرية العراقية في وثائق عثمانية، جامعة الكوفة- كلية التربية الاساسية، ص ٨. بحث منشور على الموقع: www.uokufa.edu.iq.com تاريخ ٢٠٢٠/١٧/٨ الساعة ١٠:٥٠ص

في النصوص المنظمة لهذا الحق نلاحظ أن المشرع لم يفرد نصوصاً تستغرق تنظيم حالة الشيوخ في حق التصرف بالكامل، وأحال تنظيمه إلى الأحكام العامة للشيوخ الواردة في الملكية المشاعة استناداً للمادة (١١٨١) من القانون المدني النافذ التي تنص على: (١- ينطبق على الشيوخ في حق التصرف ما ينطبق على الشيوخ في حق الملكية من الاحكام، إلا ما تعارض منها مع نص خاص أو مع طبيعة التصرف. ٢- تنطبق بنوع خاص الأحكام المتعلقة بحقوق الشركاء والتزاماتهم وبمدة بقائهم في الشيوخ وإدارة المال الشائع وبقسمته وقسمة مهياًة).

وقد تنبه المشرع لخصوصية حق التصرف المشاع في حالات معينة وأفرد لها احكاماً خاصة تختلف عن أحكام الشيوخ الواردة في الملكية المشاعة، ففي نص المادة (١١٧٩) من القانون المدني خرج المشرع عن الأحكام العامة للشيوخ بأن منع الشريك مهما كانت حصته من إدخال اي تعديل في المشاع إذا كان المشاع غابة أو مدغل دون موافقة جميع الشركاء^(١)، وفي المادة (١١٨٠) من القانون المدني والمتعلقة بتطعيم الأشجار النابتة بنفسها في الارض المشاعة^(٢)، بأن جعل ملكيتها تعود لمن طعمها وهذا خلاف ما ورد في الأحكام العامة للشيوخ.

وخلص القول، أن الشيوخ وصف متى ما لحق بحق التصرف فإنه يؤثر ويتأثر به، فهو يؤثر فيه بأن يجعل حق كل شريك يرد على حصة غير مفرزة وهو بذلك يختلف عن حق التصرف العادي الذي يكون محل حق المتصرف فيه محدد تحديداً مادياً، ومن جهة أخرى يتأثر بحق التصرف حيث يفقد الميراث كمصدر من مصادر نشوئه ويكتسب مصدراً جديداً لنشوئه وهو الانتقال، كما أن الطبيعة الخاصة لحق التصرف جعلت المشرع يخرج عن الأحكام العامة للشيوخ في مواضع معينة وخصه بأحكام مختلفة عن احكام الشيوخ العامة.

(١) نصت المادة (١١٧٩) من القانون المدني على: (إذا كان حق التصرف في الاراضي الاميرية شائعاً بين اكثر من شخص واحد فلا يجوز لأحد من الشركاء الذين يتصرفون في غابة أو مدغل من هذه الاراضي أن يجعلها كلها أو قسماً منها مزرعة بدون اذن شركائه فإن فعل فإن بقية الشركاء يشتركون بالمزرعة بلا عوض ويأخذون نصيبهم من الاشجار المقطوعة أو من قيمتها قائمة، إما إذا كان تحويل الغابة أو المدخل إلى مزرعة حصل بأذن الشركاء فأنهم يشتركون جميعاً في نفقات هذا التحويل).

(٢) نصت المادة (١١٨٠) من القانون المدني على: (إذا كان أحد المتصرفين في الشيوخ في ارض اميرية قد طعم اشجاراً نابتة بنفسها ورباها فإنه يملكها دون سائر الشركاء).

المبحث الثاني

مباشرة الانتفاع بالمشاع

الانتفاع بالمشاع يتم من خلال مباشرة سلطتي الاستعمال والاستغلال، إلا أن هذه السلطات ونظراً للطبيعة الخاصة للشيوع وهي وحدة المحل وتعدد اصحاب الحق، فإن مباشرتها تثير العديد من المشاكل الناجمة عن تعارض مصالحهم، فقد يباشر هذه السلطات الشركاء مجتمعون وقد يباشرها الشريك بنفسه، وأحياناً يباشرها اغلبية الشركاء من خلال اعمال الادارة، وأن في مباشرتها من قبل أحد الشركاء أو اغليبيتهم قد تضر بباقي الشركاء، لذا فإن التشريعات محل المقارنة تفرض قيوداً على مباشرة الانتفاع بسبب الطبيعة الخاصة للشيوع.

وعليه فإننا سنقسم هذا المبحث على مطلبين: لنبحث في الأول الانتفاع بالمشاع من قبل الشريك المشتاع، وسنتناول في الثاني منه الانتفاع بالمشاع من قبل الاغلبية.

المطلب الأول

الانتفاع بالمشاع من قبل الشريك المشتاع

رغم أن التشريعات محل المقارنة اقرت للشريك المشتاع حقه بالانتفاع بالمشاع إلا أن ممارسة هذا الحق من قبل الشريك يبقى محل نظر، وذلك لأن محل حق الشريك المشتاع حصة معنوية من المجموع، وان سلطات الانتفاع تتطلب محل مادي لترد عليه، كما أن ممارسة الشريك لحقه بالانتفاع على المشاع من شأنه أن يؤثر على حقوق باقي الشركاء الذي يكون المشاع محلاً لممارستها، وأن ذلك يجعل حق الشريك في مباشرة اعمال الانتفاع مقيد بحقوق باقي الشركاء.

لذا فإننا سنقسم هذا المطلب على فرعين: لنبحث في الأول سلطة الشريك في الانتفاع بالمشاع، والثاني لبحث قيود انتفاع الشريك بالمشاع، وعلى النحو الاتي:

الفرع الأول

سلطة الشريك في الانتفاع بالمشاع

لما كان لكل شريك في الشيوع حصة بالمشاع فله حق الانتفاع بها، وبالرغم من أن التشريعات محل المقارنة قد اتفقت على هذا الحق للشريك إلا إنها اختلفت في طريقة تنظيمه، إذ نصت المادة (٩/٨١٥) من القانون المدني الفرنسي على: (يحق لكل مالك على الشيوع أن يستعمل الاموال الشائعة وينتفع بها بحسب تخصيصها، وبالقدر الذي يتفق مع حق المالكين على الشيوع الآخرين...)، كما نصت المادة (٨٢٦) من القانون المدني المصري على: (كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بسائر الشركاء)، وفي المقابل نصت المادة (٢/١٠٦١) من القانون المدني العراقي على: (وكل شريك في الشيوع يملك حصته الشائعة ملكاً تاماً، وله حق الانتفاع بها واستغلالها بحيث لا يضر بشركائه...).

ومن استقراء النصوص أعلاه، نلاحظ أن المشرع الفرنسي لم يفرق بين انتفاع الشريك بكل المشاع أو بجزء منه^(١)، إما المشرع المصري والعراقي فإنه جعل انتفاع الشريك يرد على حصته المشاعة، ويؤخذ على ذلك عدم الدقة في الصياغة فما الحصة إلا نسبة حسابية يحدد بها نصيب كل شريك بالمشاع وأن الانتفاع لا يمارس إلا على شيء مادي.

وامام عدم تحديد المجال المادي الذي يمارس فيه الشريك سلطته بالانتفاع في القانون المدني المصري والعراقي، فقد ذهب الفقه المصري^(٢) إلى ضرورة أن يكون المشاع يقبل الانتفاع المشترك ليتمكن الشريك من ممارسة حقه، ومعنى ذلك أن تسمح طبيعة المشاع لجميع الشركاء ممارسة سلطتهم في وقت واحد من غير أن يؤدي انتفاع أحدهم إلى تعطيل انتفاع باقي الشركاء^(٣)، كما لو كان المشاع طريقاً معد للمرور فيمكن للشركاء جميعاً المرور به في وقت واحد أو كان بحيرة معدة

(١) د. محمود عبد الرحمن محمد، مصدر سابق، ص ٢٣.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج ٨، ص ٨١٠. د. اسماعيل غانم، مصدر سابق، ص ١٢١. د. عبد المنعم فرج الصده، حق الملكية، مصدر سابق، ص ١٩٥.

(٣) د. احمد شوقي عبد الرحمن، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية والحقوق العينية المنقرعة عنه، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٤، ص ٧١.

للصيد فيمكن الانتفاع بها من قبل جميع الشركاء في وقت واحد، ويمكن للشريك الانتفاع به سواء بالاتفاق مع باقي الشركاء أو من غير الاتفاق بشرط مراعاة ما أورده المشرع من قيود، وهذا الفرض نادر من الناحية العملية لاسيما لو كان المشاع عقاراً، إذ أن الانتفاع به يتطلب في الغالب الاستئثار بكل أو جزء من العقار المشاع، وهذا الاستئثار يتنافى مع الطبيعة الخاصة للشيوخ، وعليه ذهبوا إلى عدم امكانية ممارسة الشريك حقه بالانتفاع متى ما كان المشاع لا يقبل الانتفاع المشترك.

إما على مستوى الفقه العراقي، فقد ذهب جانب منه^(١) إلى امكانية ممارسة الشريك لحقه بالانتفاع بالمشاع ولكن بقدر حصته استناداً للمادة (٢/١٠٦٣) التي نصت على: (ويجوز لكل منهم حق الانتفاع بحصته، فإذا انتفع بالعين كلها في سكنى ومزارعة أو ايجار أو...)، ويلاحظ أن النص جاء صريح بعبارته وقاطع بحكمه، فأجاز للشريك المشتاع الانتفاع بحصته وأورد امثلة على صور الانتفاع في ذات النص، إذ جاء بالمادة أعلاه وعلى سبيل المثال صور للانتفاع وهي الانتفاع بسكنى أو مزارعة أو ايجار وأن هذه الصور جميعها تتطلب الاستئثار بجزء من المشاع حتى يمكن للشريك ممارستها، وهذا يعني أن للشريك الاستئثار بجزء من المشاع بقدر حصته.

في حين ذهب الجانب الآخر^(٢)، إلى أن الشريك لا يمكنه ممارسة سلطته بالانتفاع إذا كان المشاع غير قابل للانتفاع المشترك، فمتى ما كان الانتفاع يقتضي وضع اليد على المشاع أو جزءاً منه، فإن هذا من شأنه أن يمس حقوق باقي الشركاء، لأن كل ذرة من ذرات المشاع تتعلق بها حقوق جميع الشركاء وبحسب انصبتهم، ومن ثم لا يمكن لأي شريك الاستئثار بجزء من المشاع ولو كان بقدر حصته من غير اذن باقي الشركاء، وهم يستندون في ذلك إلى أن كل شريك في الشيوخ اجنبي بحصة غيره استناداً لنص المادة (١/١٠٦٢) من القانون المدني: (كل واحد من الشركاء اجنبي في حصة الآخر وليس له أن يتصرف فيها تصرفاً مضرًا بأي وجه كان من غير رضاه)، ولو اننا اخذنا بحرفية النص لوجدنا أن هذا النص خاص بسلطة التصرف فقط من غير أن يمتد حكمه إلى الانتفاع

(١) د. صلاح الدين الناهي، مصدر سابق، ص ١١٦. د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص ٦٩.

(٢) د. شاكر ناصر حيدر، شرح القانون المدني الجديد- الحقوق العينية العقارية، ج ١، ط ١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٩٢، ص ١٩١. حامد مصطفى، الملكية العقارية في العراق مع مقارنة بالقانون المدني العربي المصري والسوري، ج ١، مطبعة لجنة البيان العربي، ١٩٦٤، ص ١١٠. د. درع حماد عبد، مصدر سابق، ص ١١٩. د. قصي سلمان، مصدر سابق، ص ٤٨.

بعنصره الاستعمال والاستغلال، رغم أن هناك من ذهب تعليقاً على نص المادة أعلاه بالقول: " لو وقفنا على طبيعة الملكية الشائعة وخصائصها واحكامها لاعترفنا بأن ما اورده المشرع العراقي في المادة (١/١٠٦٢) يشمل جميع السلطات من الاستعمال والاستغلال والتصرف رغم أنه لم يصرح بذلك والا لما تميزت الملكية الشائعة عن الملكية المفردة بشيء يذكر"^(١).

ونرى أن أصحاب الرأي الأول هم الأقرب للصواب، لأنهم يستندون بقولهم إلى نص المادتين (٢/١٠٦١-٢/١٠٦٣) من القانون المدني واللذان بموجبهما اعطى المشرع الحق للشريك بالانتفاع بحصته بكافة أوجه الانتفاع ولم يكتفِ بذلك بل انه اعطى امثلة على صور الانتفاع، كما أن نص المادة (١/١٠٦٢) من القانون المدني التي استندوا اليها أصحاب الرأي الثاني لدعم رأيهم واضحة ولا تحمل التأويل وحكمها خاص بسلطة التصرف دون الاستعمال والاستغلال، وامام ورود هذا النص الوضوح بعباراته وحكمه فلا يمكن الاجتهاد بخلافه.

ويمكن للشريك المشتاع أن يمارس حقه في الانتفاع بالمشاع أو بجزء منه من خلال قسمة المهايأة التي نظم احكامها المشرع المصري والعراقي في محاولة للتوفيق بين المصالح المتعارضة للشركاء قدر الامكان، إذ نصت المادة (١/٨٤٦) من القانون المدني المصري على: (في قسمة المهايأة يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته في المال الشائع، متنازلاً لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء ولا يصح هذا الاتفاق لمدة تزيد على خمس سنين ...)، كذلك نصت المادة (٨٤٧) من القانون نفسه على: (تكون قسمة المهايأة أيضاً بأن يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال المشترك ، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته)، وفي المقابل نصت المادة (١٠٧٨) من القانون المدني العراقي على: (١- يجوز الاتفاق ما بين الشركاء على قسمة المال الشائع مهايأة، فيختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته في المال الشائع، ولا يصح الاتفاق على قسمة مهايأة لمدة تزيد عن خمس سنين ... ٢- ويصح أن تكون المهايأة زمانية، بأن يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال الشائع، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته)، إما القانون المدني الفرنسي فإنه لم ينظم هذا النوع من القسمة.

(١) د. عباس علي محمد الحسيني، سلطة الشريك المشتاع في تأجير المال المشاع، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، تصدرها كلية القانون جامعة كربلاء، السنة السابعة، العدد الاول، ٢٠١٥، ص ٢٦.

وإن أول ما يمكن ملاحظته على النصوص أعلاه، أن كلاً من المشرع المصري والعراقي نظم أحكام قسمة المهايأة ضمن الأحكام الخاصة بإزالة الشيوخ، وهذا الموقف منتقد كون القسمة هنا قسمة منافع وليست قسمة اعيان، من ثم فإن الشيوخ يبقى قائم طيلة فترة المهايأة، وكان من الأجدر النص عليها ضمن النصوص القانونية المنظمة لحقوق الشركاء بالانتفاع، وإذا كان هناك ما يبرر للمشرع المصري تنظيمه للمهايأة ضمن النصوص المتعلقة بإزالة الشيوخ كونه جعلها في بعض الاحيان طريقاً للقسمة النهائية إذا استمرت خمسة عشر سنة^(١)، فليس هناك ما يبرر موقف المشرع العراقي كونه لم يأخذ بالحكم الوارد في القانون المصري.

وتعرف المهايأة بأنها : قسمة انتفاع تتم عن طريق اتفاق مؤقت يراد به تنظيم الانتفاع بالمال المشاع^(٢)، وعُرفت ايضاً بأنها: قسمة مؤقتة لا تنهي حالة الشيوخ وانما تقتصر على تنظيم الانتفاع بالشيء المشاع بحيث يحصل كل شريك على قدر من منفعه يتناسب مع حصته^(٣)، وهناك من عرفها بأنها: طريقة للانتفاع بالمال الشائع بين الشركاء عن طريق الاتفاق على قسمة منفعة المال الشائع بينهم وحسب طبيعة هذا المال^(٤).

وتتحقق قسمة المهايأة باتفاق جميع الشركاء في صورتين: إما باختصاص كل شريك بمنافع الشيء لمدة زمنية معينة تعادل حصته وهو ما يعرف بالمهايأة الزمانية، أو بأن يختص بجزء مفرز محدد يوازي حصته وهو ما يعرف بالمهايأة المكانية، والمهايأة قسمة منافع لا يؤدي الاخذ بها إلى المساس بملكية الرقبة^(٥).

والأثر المترتب لاتفاق الشركاء على قسمة منافع المشاع بينهم عن طريق المهايأة، هو انتفاع الشريك بالمشاع لمدة زمنية إذا كانت المهايأة زمانية أو في جزء منه إذا كانت مكانية، فيمكن له الانتفاع به بكافة اوجه الانتفاع فله أن ينتفع به بنفسه أو بواسطة غيره، بشرط عدم الاضرار بباقي

(١) ينظر: المادة (٨٤٧) من القانون المدني المصري.

(٢) د. عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة، بيروت، ١٩٨٢، ص ٢٤٧.

(٣) د. منصور مصطفى منصور، حق الملكية في ذاته، مصدر سابق، ص ١٣٤.

(٤) ندى سالم حمدون ملا علو، مفهوم المهايأة وتكييفها، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد ١١، العدد ٤٢، كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠٠٩، ص ٤.

(٥) د. محمود عبد الرحمن محمود، مصدر سابق، ص ٣٥.

الشركاء ومراعاة المدة المتفق عليها، فلا يحاسبه أحد من الشركاء على ادارته ولا على الغلة والثمار التي حصل عليها وبالمقابل هو أيضاً لا يحاسب أي شريك متهاياً معه^(١)، وقد اكدت الأحكام القضائية الصادرة من محكمة النقض المصرية^(٢) ومحكمة التمييز الاتحادية العراقية^(٣) ذلك الاثر في العديد من قراراتها.

إما الاثر الاخر الذي يترتب على المهايأة هو خاص بالمهايأة المكانية وانفرد به المشرع المصري من غير العراقي، إذ نصت المادة (٢/٨٤٧) من القانون المدني المصري على: (إذا دامت هذه القسمة خمس عشر سنة انقلبت إلى قسمة نهائية مالم يتفق الشركاء على غير ذلك. وإذا حاز الشريك على الشئ جزءاً من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة، افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة)، وهذا يعني أن دامت المهايأة المكانية لمدة خمسة عشر سنة بسبب تجديدها بالاتفاق الصريح أو الضمني بين الاطراف، فإن استمرارها لتلك المدة من غير أن يبدي أحدهم الرغبة في انهاءها يعتبر دليلاً قوياً على أن هذه المهايأة هي خير قسمة يستطيع الشركاء الوصول اليها، لأن دوامها لهذه المدة الطويلة يعني انهم ارتاحوا واطمأنوا إلى التعامل على اساسها، لذلك فإن قسمة المهايأة المكانية تنقلب إلى قسمة نهائية بقوة القانون (قسمة قانونية) مالم يتفق الاطراف على خلاف ذلك^(٤).

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج٨، ص٨١٦.

(٢) حيث جاء بقرار لمحكمة النقض بالعدد ٩٤٨ لسنة ٦٨ قضائية في ٢٠١٤/١٠/١٥: (ان مفاد النص بالمادتين ٨٤٦/١ و٨٤٨ من القانون المدني يدل على أن للشركاء على الشئ في الملكية أن يتفقوا على قسمة المهايأة لمدة معينة فيقسمون المال بينهم قسمة منفعة لا قسمة ملك فيختص كل منهم بجزء مفرز يعادل حصته في المال الشائع فيستقل بإدارته واستغلاله والانتفاع به سواء بنفسه أو بواسطة غيره دون باقي الشركاء، وذلك لان الشريك بموجب هذه المهايأة يحصل على نصيب باقي الشركاء في منفعة الجزء الذي اختص به في مقابل حصول الشركاء على نصيبه هو في الاجزاء المفترزة الأخرى...)، منشور على الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية على الرابط التالي: www.cc.gov.eg تاريخ آخر زيارة: ٢٠٢٠/٧/٧ الساعة ٥:٤٠م.

(٣) القرار التمييزي بالعدد ٢١٢ / قسمة مهايأة/٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/٤/٢٢: (... أن قسمة المال الشائع مهايأة كما اشارت إلى ذلك المادة ١٠٧٨ من القانون المدني وهو طريقة للانتفاع بالمال الشائع بالوجه الذي ينسجم وطبيعة هذا المال وبالتالي هي طريقة لإدارة المال الشائع إدارة معتادة)، غير منشور.

(٤) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج٨، ص٨١٧. د. محمود عبد الرحمن محمد، مصدر سابق، ص٣٢.

كما أن المشرع المصري ذهب إلى ابعاد من ذلك، إذ اعتبر حيازة الشريك لجزء من المشاع لمدة خمس عشرة سنة قرينة على وجود قسمة مهايأة بين الشركاء طيلة المدة السابقة وهذه القرينة قابله لأثبات العكس، وهذه القاعدة ذات طابع عملي واضح، إذ غالباً ما يصعب الاهتداء بعد مرور مدة طويلة من الزمن إلى ما يثبت سبق حصول المهايأة، لذا فإن النص المذكور ذلل هذه الصعوبة وافترض وجود القسمة من غير أن يكلف الشريك بأثباتها، وأن هذه القرينة لا تمتد إلى كامل المشاع وإنما هي خاصة فقط بالأجزاء المفترزة التي حازها الشريك إما باقي المشاع فيبقى على الشيوع^(١)، ويمكن للشريك من خلال هذه القرينة التمسك بانقضاء الشيوع من غير قسمة نهائية استناداً إلى الجزء الأول من الفقرة الثانية في المادة (٨٤٦) من القانون المدني المصري والذي يقضي بتحول قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية بعد مضي خمس عشرة سنة على الاتفاق عليها^(٢).

وبالمفاضلة بين القانون المدني المصري والعراقي بالنسبة لتنظيم انتفاع الشريك بالمشاع من خلال المهايأة، نرى أن المشرع المصري كان موفقاً في التنظيم حيث جعل من استمرار المهايأة المكانية لمدة خمس عشرة سنة سبباً من شأنه أن ينهي حالة الشوع بين الشركاء وذلك بتحول قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية، إذ أن استمرار حيازة كل شريك لجزء من المشاع والانتفاع به طوال هذه المدة يعد دليلاً على أن الشركاء ارتضوا بهذه القسمة بأن تكون نهائية بينهم والقول خلاف ذلك سوف يؤدي إلى العديد من المشاكل بين الشركاء، لأن الشريك خلال فترة انتفاعه بالجزء الذي تهاياً عليه سوف يمارس سلطتي الاستعمال والاستغلال، فإذا كانت ارض زراعية فإنه يزرعها بالأشجار أو يؤجرها إلى شخص آخر، وإذا كانت دار فإنه قد يعيد بنائها أو يعمرها وعليه فإن عودة الحال إلى ما كان عليه قبل المهايأة وبعد مرور المدة المذكورة يثير العديد من المشاكل بين الشركاء.

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر نفسه، ص ٨١٨.

(٢) د. محمود عبد الرحمن، المصدر نفسه، ص ٣٥. وقد صدرت العديد من الأحكام القضائية من محكمة النقض تطبيقاً لذلك منها الطعن بالعدد ٣٩٠ لسنة ٦٦ قضائية في ٢٦/١٠/٢٠٠٨: (...وأنه إذا حاز الشريك على الشيوع جزءاً مفترزاً من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة مفاده أن المشرع اقام قرينة قانونية مؤداها أن حيازة الشريك المشتاع لجزء مفترز واستمرار هذه الحيازة المدة المذكورة ليفترض أن هناك قسمة مهايأة والتي إذا دامت خمس عشرة سنة انقلبت قسمة نهائية مالم يتفق الشركاء مقدماً على غير ذلك اعمالاً للشق الأول من المادة ٨٤٦ من القانون المدني..)، منشور على الموقع الإلكتروني لمحكمة النقض المصرية على الرابط التالي: www.cc.gov.eg تاريخ آخر زيارة ٢٠٢٠/٤/٤ الساعة ١٠:٠٠ م.

كذلك فإن القوانين محل المقارنة اعطت الحق للشريك في الانتفاع بالمشاع من خلال القيام بأعمال الحفظ، فبالنسبة لأعمال الحفظ القانونية^(١) فإن جميع القوانين محل المقارنة متفقة على امكانية ممارستها من قبل أحد الشركاء ولو كان من غير موافقة باقي الشركاء حيث لا يتصور تضرر أحدهم جراء القيام بهذه الاعمال، إما بالنسبة لأعمال الحفظ المادية فإن المشرع الفرنسي والمصري متفق على اعتبارها كأعمال القانونية يمكن القيام بها دون موافقة باقي الشركاء لأن النص الخاص بأعمال الحفظ ورد مطلقاً ولم يفرق بين الاعمال المادية والقانونية.

أما المشرع العراقي فكان له رأي خاص بالنسبة للأعمال المادية، فبعدما نصت المادة (١٠٦٦) على اعطاء الحق للشريك بالقيام بأعمال الحفظ وان كانت من غير موافقة باقي الشركاء، جاءت المادة (١٠٦٨) على حكم خاص بأعمال الحفظ المادية التي اطلق عليها عبارة مرمة أو عمارة، فقد نصت على: (١- إذا احتاج الملك الشائع إلى مرمة أو عمارة، يعمره اصحابه بالاشتراك على قدر حصصهم. ٢- وإذا كان بعض الشركاء غائباً أو ابى بعضهم الترميم والتعمير ورجب بعضهم فيه جاز للراغب أن يقوم بالترميم أو التعمير بأذن من المحكمة ويرجع على شركائه بقدر حصصهم)^(٢)، ويتبين من هذا النص ليس للشريك القيام بأعمال الحفظ المادية منفرداً من غير الحصول على اذن من المحكمة المختصة في حال كان أحد الشركاء غائباً او في حال عدم موافقة البعض منهم على هذه الاعمال.

(1) Cass 3e civ, 31November 2011, n° 18.057-18

قرار منشور على الرابط : <https://www.doctrine.fr/> تاريخ آخر زيارة ٢٠٢٠/١٢/١٥ الساعة ٧:٣٣ م.
(٢) النص مقتبس من مجلة الأحكام العدلية المجلة المواد (١٣٠٨-١٣١٠) وعن مرشد الحيران (٧٤٧-٧٤٩) وان الفقه الاسلامي عبر عن اعمال حفظ المشاع باصطلاح (عمارة الملك المشترك) وان هذا الاصطلاح يدل على أن اعمال الحفظ بالفقه الاسلامي يقصد بها الاعمال المادي اللازمة لإنقاذ المشاع.

الفرع الثاني

قيود انتفاع الشريك بالمشاع

إن ممارسة الشريك لحقه في الانتفاع بالمشاع ليس مطلقاً، لتعلق حقوق باقي الشركاء بذات المشاع وفي ذات الوقت، لذا نجد أن التشريعات محل المقارنة تعتمد إلى تقييد سلطة الشريك بما يضمن حماية حقوق باقي الشركاء، ومن مراجعة هذه القيود تبين لنا أن قيود الانتفاع بالمشاع في القانون المدني المصري والعراقي متقاربة إلى حد ما بالمقارنة مما أورده المشرع الفرنسي من قيود، لذلك ارتأينا بحث هذه القيود على مجموعتين: الأولى قيود انتفاع الشريك في القانون الفرنسي، والثانية قيود انتفاع الشريك في القانون المصري والعراقي، وعلى النحو الآتي:

أولاً: قيود انتفاع الشريك بالمشاع في القانون الفرنسي

نظم المشرع الفرنسي قيود انتفاع الشريك في المشاع في المادة (٩/٨١٥) التي تنص على: (كل شريك في الشيوخ يمكنه أن يستعمل الاموال الشائعة وأن ينتفع بها طبقاً لما خصصت له وبما يتوافق مع حق الشركاء الآخرين واثراً التصرفات التي تمت على وجه صحيح خلال الشيوخ، وفي حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف المعنية، ينظم ممارسة هذا الحق مؤقتاً رئيس المحكمة...)، ومن استقراء هذا النص نستخلص أن قيود انتفاع الشريك في المشاع هي كالاتي:

١. استحصال إذن من الشركاء أو المحكمة: اشترط المشرع الفرنسي وجوب حصول الشريك على موافقة جميع الشركاء ليتمكن من الانتفاع بالمشاع، وفي حال تعذر ذلك بسبب الخلافات التي قد تنشأ فيما بينهم وما يترتب عليه من تعطيل للانتفاع، فإن المشرع خول القضاء سلطة تنظيم هذا الانتفاع بين الشركاء بصفة مؤقتة، ويكون تدخل القضاء بناءً على طلب من أحد الشركاء أو بعضهم^(١)، ومتى ما رفع هذا الطلب فيكون لرئيس المحكمة أن يأمر بتقسيم الانتفاع بالمشاع بين الشركاء بحسب حصصهم^(٢)، سواء كان ذلك على اساس انفراد كل شريك بجزء مفرز من المشاع أو على اساس انفراد

(١) د. محمود عبد الرحمن، مصدر سابق، ص ٥٦

(2) Murielle cahen, Bien sortir d'une indivision, 2021, p1.

مقال منشور على الرابط: WWW.Juritravail.com تاريخ آخر زيارة في ٢٠٢٠/٢/١٨ الساعة ١٠:٠٠ ص.

كل منهم بالمشاع مدة زمنية معينة، وهذه الفروض تشبه إلى حد ما المهايأة المكانية والزمانية التي نظم احكامها المشرع المصري والعراقي على النحو الذي بيناه سابقاً.

٢. ان يكون الانتفاع وفق الغرض المخصص له المشاع: ومعنى ذلك أنه إذا كان المشاع مخصص لغرض معين سواء بطبيعته أو بحكم الاتفاق، فيعد هذا التخصيص بمثابة نموذج يلتزم الشريك بمراعاته عند الانتفاع، وفي حال عدم الاتفاق على تخصيص معين للمشاع يجب على القاضي اللجوء إلى الانتفاع المعتاد للمشاع، فيجب على الشريك أن يحترم تخصيص المال المشاع وينتفع به وفق ما اعد اليه^(١).

٣. وجوب مراعاة حقوق باقي الشركاء: إن حق الشريك وأن كان يرد على المشاع ألا إنه يتزاحم مع حقوق باقي الشركاء التي تكون مساوية له وبنفس القوة وترد على ذات الشيء^(٢)، ونتيجة لهذا فإن انتفاع الشريك يجب أن لا يؤدي إلى الاضرار بباقي الشركاء^(٣).

٤. مراعاة التصرفات القانونية التي تمت على وجه صحيح اثناء الشيوخ: ويراد بهذا القيد انه يجب على الشريك وعند انتفاعه بالمشاع مراعاة التصرفات القانونية التي تمت على وجه صحيح، كما لو رتب الشركاء حق ارتفاق للغير على المشاع أو ترتيب حق انتفاع على جزء منه للغير، فإنه يجب على الشريك أن يراعي حق الغير الذي ترتب له نتيجة هذا التصرف القانوني^(٤)، وهناك من يرى أن هذا القيد على قدر من الاهمية في حسم النزاعات التي قد تحدث بين الشركاء عند انتفاع أحدهم بالمشاع بصورة لا تتفق مع الاعمال القانونية الصحيحة التي تمت اثناء الشيوخ^(٥)، ألا إننا نرى أن هذا القيد ما هو إلا تطبيق للقواعد العامة التي توجب على الشخص الالتزام بما سبق وان وافق عليه خصوصاً وان هذا القيد خاص بالتصرفات القانونية التي لا تتم إلا باتفاق جميع الشركاء، ولهذا فإننا نعتقد انه لا حاجة للنص عليه صراحةً.

(1) DAGOT (M.),l'indivision ,loi du 31 Decembre 1976,LITEC,1977,N.271,p.121.

(2) Elisabeth Botrel, Occupation privative d'un bien indivis par un indivisaire: caractérisation d'un trouble manifestement illicite, 30 janv 2019, p1.

مقال منشور على الرابط: WWW.Dalloz-Actualité.fr.com تاريخ آخر زيارة: ٢٠٢٠/٢/٢٨ الساعة ١١:١١ م.

(3) Joan Dray, L'usage des bines indivis,2019, p.2.

مقال منشور على الرابط: WWW.vente-paravocats.com تاريخ آخر زيارة في ٢٠٢١/١/١٦ الساعة ٩:٢٤ م

(4) DAGOT,Op.Cit,p.121

(٥) د. ايمن سعد عبد المجيد، مصدر سابق، ص ٦٩.

ثانياً: قيود انتفاع الشريك بالمشاع في القانون المصري والعراقي

جاء تنظيم المشرع المصري والعراقي لقيود انتفاع الشريك بالمشاع متشابهاً إلى حد كبير مع انفراد المشرع العراقي بقيد لم يتناوله المشرع المصري، ويمكن بيان هذه القيود على النحو الآتي:

١. ان يكون انتفاع الشريك بحدود حصته: نصت المادة (٢/٨٢٦) من القانون المدني المصري على: (كل شريك في الشيوع يملك حصته الشائعة ملكاً تاماً، وله أن يتصرف فيها وان يستولي على ثمارها وان يستعملها...)، وفي المقابل نصت المادة (٢/١٠٦١) من القانون المدني العراقي على: (وكل شريك في الشيوع يملك حصته الشائعة ملكاً تاماً وله حق الانتفاع بها واستغلالها....)، ومعنى ذلك أن حق الشريك بالانتفاع بالمشاع ينصب على حصته^(١) فقط ولا يكون إلا بقدرها دون أن يمتد إلى حصص باقي الشركاء، وإلى جانب عيب الصياغة في النصوص أعلاه، فإن هذا القيد يصطدم باستحالة التنفيذ على أرض الواقع لأن الانتفاع يتطلب محلاً مادياً ليتمكن الشريك من ممارسة حقه عليه، وحصّة كل شريك ما هي إلا نسبة معنوية ينحصر دورها في تحديد مقدار حق كل شريك بالانتفاع تحديداً معنوياً^(٢).

وإذا كان المشرع المصري والعراقي قد اعترفا للشريك بالحق في الانتفاع بحصته بكافة أوجه الانتفاع^(٣)، إلا أن هذا الاعتراف بالحق يجب أن يستتبعه تطبيق لهذا الحق، ومعنى ذلك أن يتمكن الشريك من ممارسة حقه باستعمال واستغلال حصته على أرض الواقع وأن هذا يتطلب الاستئثار بما يقابل هذه الحصّة، وهذا ما اثير بشأنه خلاف فقهي بين من ذهب إلى عدم جواز استئثار الشريك بجزء من المشاع ولو كان بقدر حصته أو اقل ما لم يكن المشاع يقبل الانتفاع المشترك، وبين من ذهب إلى جواز ذلك على أن يكون بقدر حصته على النحو المذكور آنفاً.

٢. ان لا يؤدي الانتفاع إلى الاضرار بباقي الشركاء: لا شك في أن الشريك له حصّة بالمشاع يرد حقه عليها، وله الانتفاع بهذه الحصّة بمباشرة السلطات كافة التي تمكنه الحصول على منافعها، إلا أن مباشرة هذه السلطات مقيدة بعدم غلو الشريك في الانتفاع بحصته إلى الحد الذي يلحق الضرر

(١) عرفت مجلة الأحكام العدلية الحصّة بنص المادة ١٣٩ بأنها: (الحصّة السارية إلى كل جزء من اجزاء المال المشترك).

(٢) د. اسماعيل غانم، مصدر سابق، ص ١١٩.

(٣) د. محمود عبد الرحمن، مصدر سابق، ص ١٨.

بباقي الشركاء^(١)، إذ نصت على هذا القيد المادة (٢/٨٢٦) من القانون المدني المصري على: (كل شريك في الشيوخ يملك حصته الشائعة ملكاً تاماً، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء)، وبالمثل نصت المادة (٢/١٠٦١) من القانون المدني العراقي على: (كل شريك في الشيوخ يملك حصته الشائعة ملكاً تاماً وله حق الانتفاع بها واستغلالها بحيث لا يضر بشركائه...).

ولا شك في أن هذا القيد ضروري انطلاقاً من فكرة الموازنة بين مصالح وحقوق الشركاء المتعارضة في الشيوخ، وعدم الاضرار باعتباره قيد يرد على حق الشريك في الانتفاع بعقاره نجده ورد بالنسبة لحق الملكية في موضعين، الأول في القيود التي ترد على حق الملكية في ذاته ضمن القيود القانونية المقررة لمصلحة خاصة في التزامات الجوار وهذا القيد يطبق في علاقة المالك بجيرانه^(٢)، والمورد الاخر في أحكام الملكية المشاعة وهو يطبق في علاقة الشركاء على الشيوخ، ويلاحظ أن كل من المشرع المصري والعراقي قد ذكروا قيد عدم الاضرار بالشركاء إلا إنهم لم يبينوا ما المقصود بالضرر، وذلك لأن معيار الضرر بأطلاقه معيار غير منضبط وفيه ارهاق لكاهل القضاء المختص بالبحث في كل حالة على حدة فيما إذا اصاب الشركاء ضرر او لا جراء انتفاع أحدهم بالمشاع، لذا كان الأولى بالمشرع تحديد نوع الضرر الموجب لمسؤولية الشريك كما فعل في تحديد الضرر الموجب لمسؤولية المالك عن اضرار الجوار ضمن القيود الخاصة بالملكية، إذ لم يطلق النص واشترط المشرع المصري أن يكون الضرر غير مألوف^(٣)، إما المشرع العراقي فإنه اشترط أن يكون الضرر فاحش^(٤)،

(١) د. إبراهيم إبراهيم الصالحي، ضوابط الاستعمال غير المشروع للحق وتطبيقاته في القانون المدني، جامعة الازهر كلية الشريعة والقانون، دون سنة طبع، ص ١٧٦.

(٢) د. حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية (احكامها ومصدرها)، ط٤، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٨، ص ١٤٧.

(٣) نصت المادة (٨٠٧) من القانون المدني المصري على: (١- على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار ٢- وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها، وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف، على أن يراعى في ذلك العرف، وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخر، والغرض الذي خصصت له. ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق).

(٤) نصت المادة (١/١٠٥١) من القانون المدني العراقي النافذ على: (لا يجوز للمالك أن يتصرف في ملكه تصرفاً مضرًا بالجار ضرراً فاحشاً، والضرر الفاحش يزال سواء كان حديثاً أو قديماً).

ومن اجل تحديد الضرر فيما إذا كان مألوف من عدمه يرجع القاضي إلى العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها إلى الآخر^(١).

والضرر هنا قوام المسؤولية فإذا لم يتحقق لا يمكن أن تترتب المسؤولية وبالعكس من ذلك فإذا تحقق الضرر تترتب المسؤولية وأن تخلف الخطأ^(٢)، ويعرف الضرر بأنه: "الذى الذي يصيب الشخص في حق أو مصلحة مشروعة له"^(٣)، ويمكننا تعريف الضرر في الشيوخ بأنه: "الذى الذي يصيب الشريك جراء الانتفاع بالمشاع من قبل الشريك الآخر ويمس هذا الضرر حق أو مصلحة مشروعة"، ويشمل هذا التعريف نوعي الضرر حيث أن الضرر قد يكون مادياً عندما يصاب الشريك في جسمه أو ماله وهذا هو الغالب، أو معنوياً عندما يصاب الشريك في شعوره أو شرفه، فقد يتخذ الضرر المادي صورة اعاقا الشريك من الانتفاع بحصته نتيجة انتفاع الشريك الآخر بحصته كما في الاضرار الناتجة بسبب الضوضاء أو الروائح الكريهة، كذلك يعد ضرراً مادياً تدهور القيمة الاقتصادية للعمار المشاع، فإذا تترتب على انتفاع الشريك بحصته المشاعة هبوط القيمة الاقتصادية للعمار المشاع بأكمله أو لجزء منه فإن ذلك يعد ضرراً مادياً يوجب مسؤولية المسبب^(٤).

٣. الحصول على الاذن من المحكمة للقيام ببعض الاعمال: إن هذا القيد خاص بالقانون المدني العراقي، إذ أن المشرع اشترط لمباشرة اعمال الحفظ المادية الحصول على إذن من المحكمة، ويعد هذا قيداً على حق الشريك في مباشرة هذه الأعمال حيث نصت المادة (٢/١٠٦٨) من القانون المدني على: (إذا كان بعض الشركاء غائباً أو ابى بعضهم الترميم والتعمير ورجب بعضهم فيه جاز للراغب أن يقوم بالترميم أو التعمير بأذن من المحكمة ويرجع على شركائه بقدر حصصهم)، وهذه المادة

(١) محمد طه البشير و د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ٧٢.

(٢) د. عبد الرحمن علي حمزة، مضار الجوار الغير مألوفة والمسؤولية عنها دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٦، ص ٤٩. د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج ١، مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع، بيروت، دون سنة نشر، ص ٥٩.

(٣) ينظر: د. عبد المجيد الحكيم و د. عبد الباقي البكري و محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج ١، بدون دار نشر، بغداد، ١٩٨٠، ص ٢١٢. د. محمد احمد عابدين، التعويض بين الضرر الادبي والمادي والموروث، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ١٩٩٧، ص ٥١.

(٤) د. عبد الرحمن علي حمزة، المصدر نفسه، ص ٩٧-٩٨.

خاصة بأعمال الحفظ المادية^(١)، فإذا اراد أحد الشركاء القيام بها وكان هناك اعتراض من بعض الشركاء أو كان بينهم غائباً، فيجب عليه الحصول على اذن من المحكمة المختصة قبل مباشرتها، وبخلاف ذلك يعد الشريك القائم بها متبرعاً وليس له الرجوع على باقي الشركاء بشيء.

وقد انتقد موقف المشرع العراقي باعتبار أن هذه المادة لغو لا فائدة منها، وذلك لأن الترميم والتعمير ما هي إلا لحفظ المال المشاع التي سبق وأن اشار اليها المشرع بنص المادة (١٠٦٦) من القانون المدني العراقي، وأن اشتراط المشرع الحصول على اذن من المحكمة إذا كان بعض الشركاء غائباً أو إذا ابى بعضهم التعمير أو الترميم فإن ذلك لا يعدو أن يكون مجرد تطبيق لأحكام القواعد العامة^(٢).

ونحن نرى أن المشرع لم يكن مخطئاً وأنه كان موقفاً بإيراد حكم خاص لحالة اعمال العمارة والمرمة واشترط للقيام بها الحصول على اذن من المحكمة في حالة اعتراض بعض الشركاء أو وجد غائباً فيما بينهم^(٣) وذلك لسببين:

السبب الاول: أن الفقه اختلف في اساس قيام الشريك بأعمال الحفظ، فهناك من ذهب إلى اقامتها على اساس فكرة الفضالة^(٤)، إلا أن هذه الفكرة لا يمكن قبولها في حال وجود معارضة من أحد الشركاء^(٥)، بينما ذهب الاخر^(٦) إلى أن اساسها النيابة القانونية حيث أن الشريك يعد اصيلاً عن نفسه

(١) د. بسام مجيد سليمان العباي، ملكية الاسرة (دراسة مقارنة)، ط ١، دار الحامد، ٢٠٠٩، ص ١٦٥.

(٢) د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص ٧٥.

(٣) إن المشرع العراقي ابقى على هذه المادة في مشروع القانون المدني مع تغيير بالصياغة رغم ما وجه له من انتقادات إذ نصت المادة (١٦٠) من المشروع على: (إذا احتاج المال الشائع إلى صيانة أو ترميم فتكون النفقات على الشركاء كل بقدر حصته. وإذا كان أحدهم غائباً أو ابى اجراء الصيانة أو الترميم، جاز لأي شريك آخر أن يقوم بذلك بأذن من المحكمة ويرجع على شركائه كل بقدر حصته).

(٤) قد اخذ المشرع المصري بفكرة الفضالة في أساس قيام الشريك بأعمال الحفظ، فجاء بالمذكرة الايضاحية للنص ٨٣٠ من القانون المدني "والشريك في هذا فضولي يتصرف في حدود قواعد الفضالة إذا لم يوافق الشركاء الآخرون على عمله" (مجموعة الاعمال التحضيرية، وزارة العدل المصرية، ج ٦، ص ٩٥). ينظر: د. محمد علي عرفة، موجز في حق الملكية واسباب كسبه، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ١٩٥٥-١٩٥٦، ص ٣٩٤.

(٥) د. منصور مصطفى منصور، حق الملكية، مصدر سابق، ص ١٤٥.

(٦) د. عبد المنعم فرج الصده، حق الملكية، مصدر سابق، ص ٢٠٢. د. منصور مصطفى منصور، نفس المصدر.

د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص ٧٤.

نفسه ونائباً عن باقي الشركاء، إلا انه يؤخذ على هذا الرأي أنه يضيق فيما إذا كانت اعمال الحفظ اعمالاً مادية إذ أن النيابة تنحصر بالأعمال القانونية من غير المادية^(١)، وعليه فإن المشرع العراقي قد تجنب الخلاف في اساس قيام الشريك بأعمال الحفظ المادية، إذ اعتبر الشريك نائباً عن باقي الشركاء فيما يخص الاعمال القانونية فقط التي نصت عليها المادة (١٠٦٦) من القانون المدني العراقي، إما اعمال الحفظ المادية التي نصت عليها المادة (١٠٦٨) من القانون المدني العراقي فإن المشرع اشترط للقيام بها الحصول على الاذن من المحكمة، من ثم فإنه يمكن للشريك الذي قام بهذه الاعمال الرجوع على من أبى من الشركاء أو من كان غائباً منهم بموجب الاذن الممنوح له من المحكمة لأن الاذن يقوم مقام موافقتهم.

السبب الثاني: لا يمكن اعطاء ذات الحكم لأعمال الحفظ المادية والقانونية، إذ أن اعمال الحفظ المادية غالباً ما يترتب عليها نفقات باهظة سوف يتحملها الشركاء كل حسب حصته، وأن قيام أحد الشركاء بها قد يكون فيه اضرار لباقي الشركاء، إذ ليس هناك رقيب على الاعمال التي يقوم بها ولا على المبالغ التي صرفها في سبيل صيانة وتعمير المشاع، وأن في اشتراط الحصول على إذن من المحكمة قبل القيام بهذه الاعمال فيه محافظة على حقوق باقي الشركاء، لأن المحكمة وقبل إعطاء الاذن للشريك تقوم ببعض الإجراءات كتبليغ باقي الشركاء والاستماع إلى أقوالهم، وكذلك اجراء الكشف على العقار للوقوف على حالته فيما إذا كان يحتاج إلى صيانة أو لا، فإذا وجدت انه بحاجة إلى صيانة فإنها تحدد المبلغ الذي يحتاجه العقار بمعرفة خبير مختص ويعد هذا ضمان لحقوق باقي الشركاء^(٢).

(١) د. اسماعيل غانم، مصدر سابق، ص ١٢٠.

(٢) جاء بقرار محكمة استئناف المثنى بصفتها التمييزية بالعدد ٢١/ت ح/ ٢٠٢٠ في ٢٦/٢/٢٠٢٠ بأن: (...الملك الشائع إذا احتاج إلى مرمة أو عمارة يعمره اصحابه بالاشتراك على قدر حصصهم وإذا كان بعض الشركاء غائباً أو ابى بعضهم الترميم والتعمير، ورغب بعضهم فيه جاز للراغب أن يقوم بالترميم أو التعمير بأذن من المحكمة ويرجع على شركائه بقدر حصصهم وفق أحكام المواد ١٠٦٦، ١٠٦٨ من القانون المدني وبذلك يكون طلب الاذن له سنده من القانون....)، غير منشور.

المطلب الثاني

الانتفاع بالمشاع من قبل الأغلبية

إن حق كل شريك يرد على حصته دون أن يمتد إلى حصص باقي الشركاء، من ثم ليس للشريك سلطة على كل المشاع وهذا يقضي أن يكون الانتفاع بكامل المشاع للشركاء مجتمعين، وبما إن للشركاء مصالح متنوعة يرجون تحقيقها من الشيوخ وغالباً ما تكون هذه المصالح متنافرة ومتعارضة انطلاقاً من اختلاف الاهداف الخاصة لكل واحد منهم، فإن اجماعهم بالانتفاع امر لا يتحقق في الغالب، الأمر الذي دفع التشريعات إلى الموازنة بين الآراء المختلفة للشركاء وتغليب رأي الأغلبية وذلك بمنحهم سلطات محددة قانوناً مع فرض القيود عليهم حمايةً لحقوق الأقلية.

ولأجل ذلك سنقسم الدراسة في هذا المطلب على فرعين: الأول لبحث سلطة الأغلبية في الانتفاع بالمشاع، إما الثاني لتحديد قيود انتفاع الأغلبية بالمشاع، وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول

سلطة الأغلبية في الانتفاع بالمشاع

أعطت التشريعات الحق للأغلبية بالانتفاع في المشاع من خلال منحهم سلطة الإدارة، ويراد بالأخيرة القيام بالإعمال اللازمة لاستثمار الشيء واستغلاله طلباً لغلته وثماره شأن الإيجار أو ما يقتضيه هذا الاستغلال من أعمال لا يترتب عليها نقل ملكية العناصر الأساسية في الذمة أو المساس بها^(١)، ومن هذا التعريف يتبين لنا أن أعمال الإدارة تشمل إلى جانب الاستغلال جميع ما يستلزمه هذا الاستغلال من أعمال ولو كانت ناقلة للحق بطبيعتها - أعمال التصرف - متى ما لم يترتب عليها المساس بالعناصر الأساسية للذمة المالية، وتشمل كذلك أعمال الحفظ.

(١) د. همام محمد، مصدر سابق، ص ٢٦٩.

وتختلط اعمال الادارة مع اعمال التصرف في بعض الاحيان، فذهب رأي^(١) إلى أن معيار التفرقة بينهما هو الثمار إذ أن اعمال الادارة محصورة في منطقة الثمار فقط، في حين ذهب رأي آخر^(٢) إلى اقامة التفرقة على اساس الطبيعة القانونية للعمل^(٣)، إلا أن الطبيعة القانونية للعمل لم تعد تكفي كمعيار للتمييز بين اعمال الادارة واعمال التصرف، فقد تغيرت هذه النظرة من نظرة قانونية بحثه إلى نظرة اقتصادية، والقول أن التصرف يترتب عليه خروج الشيء من ذمة الشخص بجانب الصواب بل يجب التوسع والبحث عن هدف العمل والمزايا التي تترتب عليه والمخاطر التي يمكن أن تعترض هذا المال، فلو باع شخص منقولات سريعة التلف فإن هذا العمل يعتبر تصرف بالمال من الناحية القانونية إلا إنه من الناحية الاقتصادية يعتبر عمل من اعمال الادارة^(٤)، وللتفرقة بين اعمال التصرف واعمال الإدارة اهمية من الناحية العملية، لأن اعمال التصرف تستلزم من اجل مباشرتها أهلية اداء اوسع مما تتطلبه اعمال الادارة^(٥)، فإذا كان أحد الشركاء قاصراً أو عديم الأهلية فلا يحق له التصرف إلا من خلال إرادة النائب عنه قانوناً بعد حصوله على اذن من الجهة المختصة، بخلاف الإدارة إذ لا يشترط حصول النائب على هذا الاذن في بعض الاحيان^(٦).

وقد جعلت التشريعات محل المقارنة الأصل في إدارة المشاع لجميع الشركاء، إذ نصت المادة (٣/٨١٥) من القانون المدني الفرنسي على: (...إن موافقة جميع الملاك المشتركين مطلوبة لتنفيذ أي عمل لا يندرج تحت الاستثمار العادي للأموال الشائعة...)، ونص على ذلك المشرع المصري بموجب المادة (٨٢٧) من القانون المدني التي تنص على: (تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين، ما لم يوجد اتفاق مخالف)، وبالمثل لما تقدم نص المشرع العراقي في المادة (١/١٠٦٤) من

(١) د. اسماعيل غانم، مصدر سابق، ص ٤٧.

(٢) د. رمضان ابو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، الدار الجامعية، مصر، ١٩٩٢، ص ٦٢٥.

(٣) واخذت المذكرة الإيضاحية لنصوص مرسوم الولاية على المال المصري بهذا المعيار. ينظر: د. عباس حسن الصراف، شرح عقدي البيع والإيجار في القانون المدني العراقي، مطبعة الأهالي، بغداد، ١٩٥٦، ص ٣٢٣.

(٤) محمد السعيد رشدي، اعمال التصرف واعمال الإدارة في القانون الخاص، منشأة المعارف مطبعة الاخوة الاسكندرية، ٢٠١٠، ص ١٧٤-١٧٥.

(٥) د. احمد السعيد الزقرد، مصدر سابق، ص ٢٤.

(٦) نواف مخيط عبد الله المطيري، التصرف في المال الشائع في القانونين الكويتي والمصري، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، ٢٠٠٦، ص ٨.

القانون المدني على: (تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين، ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك)، وبما أن اتفاق جميع الشركاء على إدارة المشاع ليس بالأمر الهين، فتعدد الملاك وتنوع رغباتهم وانتفاء حسن النية عند بعضهم كل هذا قد يسهم في صعوبة تحقق الاجماع^(١)، خصوصاً إذا كان عدد الشركاء كبير جداً فبالتالي فإنه يصعب جمعهم وإذا ما اجتمعوا فاحتمالية اتفاقهم على الإدارة بنحو معين ضئيل جداً، فإن هذا الأمر وهو عدم اتفاق الشركاء على إدارة المشاع سوف يؤدي بالتأكيد إلى تعطيل استغلال المشاع والاضرار بحقوق الكافة مما يستتبعه اضرار بالاقتصاد الوطني، إذ أن للملكية وظيفة اجتماعية وأن تعطيل الانتفاع بها يتنافى مع وظيفتها^(٢).

لهذه الاسباب فإن التشريعات محل المقارنة نظمت هذا الأمر تنظيمًا دقيقاً وواجهت العقبات التي تحول عادةً دون حسن إدارة المشاع، وكان من شأن هذا التنظيم هو الخروج عن الأصل وهو اجماع الشركاء في إدارة المشاع إلى الاستثناء، وهو ما يستقر عليه الاغلبية من الشركاء يكون ملزم للجميع، وكان للمشرع المصري والعراقي السابق في مواجهة هذه العقبات خلافاً للمشرع الفرنسي الذي تمسك بمبدأ الاجماع لحين صدور تعديل رقم (٧٢٨) لسنة ٢٠٠٦ الذي بموجبه عدلت المادة (٣/٨١٥) التي كانت تشترط الاجماع للقيام بأعمال الإدارة والتصرف، وأضاف لها إمكانية قيام الاغلبية ببعض اعمال الإدارة.

هذا وقد فرقت القوانين محل المقارنة بين ما يعد من أعمال الإدارة المعتادة وما يخرج عن حدودها^(٣)، ومعيار التفرقة بينهما يكمن في طبيعة الاعمال المراد مباشرتها والاثر المترتب على هذه التفرقة هو أن التشريعات تشددت بالنسبة للأعمال التي تخرج عن حدود الإدارة المعتادة أو لم تجز القيام بها اصلاً.

(١) د. عباس الحسيني، مصدر سابق، ص ١٢.

(2) Jean –Louis Bergel, et Marc Bruschi, et Sylvie Cimamonti , Op.cit, p79.

(٣) أن اصطلاح معتادة وغير معتادة يصرف الذهن للوهلة الأولى بأن قصد المشرع هو التفرقة بين ما اعتاده الشركاء من اعمال الادارة وبين ما لم يعتاده، وليس هذا بطبيعة الحال هو مقصد المشرع، بل قصد التفرقة بين اعمال الإدارة العادية التي لا تتطوي على تغيير اساسي في المال المشاع واعمال الإدارة غير العادية تتطوي على تغيير اساسي فيه. د. ايمن سعد، مصدر سابق، ص ٢٢٦.

ويقصد بأعمال الإدارة المعتادة هي الأعمال التي لا تقتضي تغييراً أساسياً في المال المشاع أو تعديلاً في الغرض الذي اعد له^(١)، ونص عليها المشرع الفرنسي تحت مسمى الاستثمار العادي للأموال بموجب المادة (٣/٨١٥) من القانون المدني التي نصت على: (غير أن القيام بأي عمل لا يتعلق بالاستثمار العادي للأموال الشائعة والقيام بأي عمل تصرف غير ذلك المقصود في الفقرة ٣ يتطلب موافقة كل المالكين على الشيوع...)^(٢)، أما المشرع المصري فقد نظم هذه الاعمال بموجب المادة (٨٢٨) من القانون المدني التي تنص على: (ما يستقر عليه رأي اغلبية الشركاء في اعمال الإدارة المعتادة يكون ملزماً للجميع...)، كما نصت المادة (٢/١٠٦٤) من القانون المدني العراقي على هذه الاعمال بقولها: (وما يستقر عليه اصحاب القدر الاكبر من الحصص في اعمال الإدارة المعتادة، يكون ملزماً للجميع حتى الاقلية التي خالفت هذا الرأي...).

فإذا توفرت الاغلبية التي تطلبها المشرع فيمكن لها مباشرة اعمال الإدارة المعتادة وأن القرار الذي سوف تتخذه بهذا الصدد سيكون ملزم للأقلية، وليس لهم الاعتراض عليه إلا إذا كان يتضمن تعسفاً في استعمال الحق وفقاً للقواعد العامة، وذلك لأن المشرع لم ينظم رقابة خاصة على قرارات الاغلبية فيما يتعلق بأعمال الإدارة المعتادة^(٣)، ويمكن للأغلبية أن تقوم بهذا العمل مجتمعة أو أن تختار مديراً لها من الشركاء أو من الغير للقيام بأعمال الإدارة المعتادة ولها أن تحدد مدى سلطة المدير في الإدارة^(٤)، ويتم تعيين هذا الاخير من قبل الاغلبية إما على نحو صريح من خلال اعطائه توكيلاً بالإدارة ليكون وكيلاً عنهم في إدارة المشاع وليس له القيام بأكثر من الأعمال التي يمكن للأغلبية القيام بها^(٥)، أو يكون تعيينه ضمناً^(٦) فإذا باشر أحد الشركاء أعمال الإدارة المعتادة بعلم باقي الشركاء

(١) د. اسماعيل غانم، مصدر سابق، ص ١٣١.

(2) Article 815/3 : (Toutefois, le consentement de tous les indivisaires est requis pour effectuer tout acte qui ne ressortit pas à l'exploitation normale des biens indivis et pour effectuer tout acte de disposition autre que ceux visés au 3....).

(٣) د. منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، مصدر سابق، ص ١٤١ . د. نبيل ابراهيم، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ص ٩٦ . د. محمد حسن قاسم، مصدر سابق، ص ١٢٢.

(٤) د. محمد عزمي البكري، الملكية الشائعة، ط ١، دار محمود للنشر والتوزيع، ٢٠١٧، ص ٦٤.

(٥) د. همام محمد، مصدر سابق، ص ٢٨١.

(6) Amandine Cayol, De La distinction entre actes d'administration et actes conservatoires dans le cadre d'une indivision, 2 Juillet 2020, p2. =

من غير أن يعترض اغلبية الحصص على هذه الإدارة عُـد وكيلاً عنهم^(١)، فتصبح الأعمال التي يباشرها هذا الأخير صحيحة وملزمة للجميع^(٢)، ويستحق المدير الاجر في كلا الحالتين^(٣).
إما إذا لم تتحقق الاغلبية المطلوبة للقيام بهذا النوع من الاعمال، بسبب صعوبة اتفاق الاغلبية على امر معين أو قد يكون تحقق الاغلبية مستحيلاً كما لو كان المشاع مناصفةً بين شخصين فإنه لا يمكن تصور توفر الاغلبية، وفي هذا الصدد قد يطرح تساؤل مفاده هل يكون للقضاء دور للتدخل لتسهيل تحقق الاغلبية؟

بالنسبة للقانون المدني الفرنسي فإنه أعطى دوراً للقاضي في تسهيل تحقق الاغلبية في حال كان أحد الشركاء لا يستطيع التعبير عن ارادته، إذ نصت المادة (٤/٨١٥) على: (إذا وجد أحد المالكين على الشيوع في حالة لا تسمح له بالتعبير عن ارادته، يمكن لمالك اخر أن يستحصل من القضاء على ترخيص بتمثيله بصفة مؤقتة وفي بعض الاعمال الخاصة. ويحدد القاضي شروط هذا التمثيل

= مقال منشور على الرابط: www.dalloz-actualite.fr.com تاريخ آخر زيارة: في ٢٥/٢/٢٠٢٠ الساعة ١١:٥٠م.

(١) استناداً للمادة (٣/٨١٥) من القانون المدني العراقي التي تنص على: (... إذا استلم مالك على الشيوع إدارة الاموال الشائعة بمعرفة الآخرين ودون اعتراض منهم على الاقل. فيفترض انه تلقى توكيلاً ضمناً يشمل الاعمال الادارية دون الاعمال التصرفية ولا يشمل عقود الايجار وتجديدها)، ويقابلها نص المادة (٨٢٨) من القانون المدني المصري التي نصت على: (١- ما يستقر عليه رأي اغلبية الشركاء في اعمال الادارة المعتادة يكون ملزماً للجميع...٣- وإذا تولى أحد الشركاء الادارة دون اعتراض من الباقيين عد وكيلاً عنهم)، أما بالنسبة للقانون العراقي فقد نصت المادة (١٠٦٤) من القانون المدني على: (٢...- وما يستقر عليه رأي اصحاب القدر الاكبر من الحصص في اعمال الادارة المعتادة يكون ملزماً للجميع حتى الاقلية التي خالفت هذا الرأي...٣- واذا تولى أحد الشركاء الادارة دون اعتراض من الباقيين عد وكيلاً عنهم).

(٢) أبراهيم سيد احمد و اشرف احمد عبد الوهاب، مصدر سابق، ص ٨٤.

(٣) وهذا ما ذهبت اليه محكمة التمييز الاتحادية بقرارها المرقم ٤٣١ في ٢٧/٢/٢٠٠٧: (... أن المميز عليه/المدعي كان مديراً لإدارة المال الشائع وحيث أن الشريك عند توليه لإدارة المال الشائع دون اعتراض من شركائه يعد وكيلاً عنهم (فضلاً عما ابرزه المميز عليه من وكالات صادرة عن المميزين) وحيث لم يدع أحد الطرفين تحديد أجره لتلك الوكالة فإن طلب المميز عليه الحكم بأجر المثل عن تلك الإدارة له سند من القانون...). أشار إليه: علاء صبري التميمي، المجموعة المدنية في قضاء ومحكمة التمييز الاتحادية ٢٠٠٦/٢٠٠٧/٢٠٠٨، ط ٢، مكتبة صباح، بغداد، ٢٠٠٩، ص ٢٢١.

ومده (١)، وبناءً على ما جاء في هذه المادة فإن المشرع الفرنسي أعطى للشريك الحق في أن يطلب من القضاء منحه صلاحية في أن ينوب عن شريك آخر، حيثما كان هذا الأخير في حالة لا تسمح له بالإفصاح عن إرادته (٢).

إما المشرع المصري فقد نصت المادة (٨٢٨) من القانون المدني على: (... فإن لم يكن ثمة أغلبية فللمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء، أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع)، وفي المقابل نصت المادة (٢/١٠٦٤) من القانون المدني العراقي على: (... فإن لم تكن ثمة أغلبية فللمحكمة - بناء على طلب أحد الشركاء - أن تتخذ من الاجراءات ما تقتضيه الضرورة ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع...)، والمتحقق بهذه النصوص يجد أن دور القاضي في حال عدم تحقق الاغلبية المطلوبة ينحصر باتخاذ التدابير الضرورية وله تعيين من يدير المشاع عند الحاجة، وأن المدير يكون نائباً عن الشركاء نيابة قضائية لأن تعيينه قد تم من قبل المحكمة، ويكون المدير الذي تعينه المحكمة إما من الشركاء أو من الغير، وحسن فعل المشرع المصري والعراقي بإعطاء هذا الدور للمحكمة للتغلب على كافة العقبات التي من الممكن أن تؤدي إلى تعطيل الانتفاع بالمشاع.

إما الاعمال التي تخرج عن حدود الإدارة المعتادة (٣) فتعرف بأنها الاعمال التي من شأنها ادخال تغييرات اساسية في الشيء أو تعديلات جوهرية في الغرض الذي اعد له (٤)، ونظراً لخطورة هذه

(1) Article 815/4: (Si l'un des indivisaires se trouve hors d'état de manifester sa volonté, un autre peut se faire habiliter par justice à le représenter, d'une manière générale ou pour certains actes particuliers, les conditions et l'étendue de cette représentation étant fixées par le juge).

(2) Edmond - Noel Martine « Chronique de Droit Rural »,Revue Juridique de L'Ouest,1989-4,p 619.

(٣) ونلاحظ بهذا الصدد ان غالبية الفقه القانوني بحث هذه الاعمال تحت مسمى اعمال الإدارة غير المعتادة وهذه التسمية محل نظر بالنسبة لنا، إذ ان هذه الاعمال تشمل الاعمال المادية من غير القانونية وهذا يعني انها ليست من اعمال الإدارة لأن الأخيرة تقتصر على الاعمال القانونية من غير المادية هذا من جانب، ومن جانب آخر فإن المشرع المصري والعراقي اطلق عليها تسمية الاعمال التي تخرج عن حدود الإدارة المعتادة وهذا يعني انها ليست من اعمال الإدارة، فلو كانت من اعمال الإدارة لاطلق عليها المشرع تسمية اعمال الإدارة غير المعتادة وقد التزم بعض الفقهاء بتسمية المشرع- كالدكتور صلاح الدين الناهي- وبحثوا هذه الاعمال تحت مسمى الاعمال الخارجة عن اعمال الإدارة. لتفاصيل أكثر يراجع: د. صلاح الدين الناهي، مصدر سابق، ص١٢٦. د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص٧٣.

(٤) د. محمود عبد الرحمن، مصدر سابق، ص٨٨.

الاعمال وما تتركه من اثر في المال المشاع، حيث تؤدي إلى تغيير حالته الرهانة أو الغرض المخصص له، فإن التشريعات تشددت بالنسبة للقيام بها وهناك من لم تجز القيام بها اصلاً. فالمرجع الفرنسي على غرار المشرع المصري والعراقي فرق بين اعمال الإدارة المعتادة والاعمال التي تخرج عن حدود الإدارة المعتادة^(١)، فقرر حق الاغلبية بالقيام بأعمال الإدارة المعتادة وتوقف عند هذا الحد ولم يعط للأغلبية مهما كانت حق القيام بالأعمال الخارجة عن اعمال الإدارة وبقي متمسكاً بمبدأ اجماع الشركاء بالنسبة اليها، ويظهر ذلك واضحاً من خلال المادة (٣/٨١٥) من القانون المدني التي نصت على: (... غير أن القيام بأي عمل لا يتعلق بالاستثمار العادي للأموال الشائعة والقيام بأي عمل تصرف غير ذلك المقصود في الفقرة ٣ يتطلب موافقة كل المالكين على الشروع).

إما المشرع المصري، فقد اجاز للأغلبية حق القيام بهذه الاعمال استناداً إلى المادة (١/٨٢٩) من القانون المدني التي نصت على: (للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا، في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي أعد له ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة...)، ويلاحظ من هذه المادة أن المشرع قد نظم هذه الاعمال بقواعد تختلف عن القواعد المنظمة لأعمال الإدارة المعتادة، وتقترب هذه القواعد من القواعد المنظمة لأعمال التصرف في المشاع^(٢)، وعلى السياق ذاته سار المشرع العراقي، إذ أشار لهذه الاعمال في المادة (١/١٠٦٥) من القانون المدني التي نصت على: (لشركاء اصحاب القدر الاكبر من الحصص أن يدخلوا، بأذن المحكمة في سبيل تحسين الانتفاع بالمال الشائع من التغييرات الاساسية والتعديل في الغرض الذي اعد له المال ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة)، ويلاحظ أن المشرع المصري والعراقي وضعوا معياراً لتمييز الاعمال التي تخرج عن حدود الإدارة المعتادة عن غيرها،

(1) Amandine Cayol, Gestion des biens indivis: rappel des majorities requises pour agir, 24 oct 2019, p3.

مقال منشور على الرابط: WWW.Dalloz-Actualité.fr.com تاريخ آخر زيارة: ٢٠٢٠/٣/١ الساعة ٢٢:٢٢م. (٢) تنص المادة (٨٣٢) من القانون المدني المصري على: (للشركاء الذين يملكون على الاقل ثلاثة ارباع المال الشائع، أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلك إلى اسباب قوية على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقي الشركاء. ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الاعلان. وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء، أن تقدر تبعاً للظروف ما إذا كان التصرف واجباً).

والمتمثل بإدخال التغييرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي اعد له المشاع، وهناك فرق ما بين التغيير والتعديل بالنسبة للغرض الذي اعد له المشاع، فإذا كان العمل كلياً فهو تغيير، أما إذا كان جزئياً فهو تعديل.

والمتحقق بطبيعة الاعمال التي تخرج عن حدود الإدارة المعتادة يجد انها تقترب بطبيعتها من اعمال التصرف المادي، لأن ادخال التغييرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي اعد له الشيء ماهي إلا صورة من صور التصرف المادي، إلا أن هناك من يذهب^(١) إلى امكانية أن تكون هذه الاعمال قانونية كما هو الحال بالنسبة لترتيب حق عيني على المشاع، ونرى أن هذا الرأي لا يمكن قبوله بأي حال من الاحوال وليس هناك ما يدعمه، كون أن ترتيب حق عيني هو صورة من صور التصرف القانوني^(٢)، من ثم فإن هذه الاعمال تشمل الاعمال المادية من غير القانونية.

الفرع الثاني

قيود انتفاع الاغلبية بالمشاع

إذا كانت التشريعات محل المقارنة قد خرجت عن الأصل في الانتفاع بالمشاع واعطت للأغلبية سلطة القيام بذلك، إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة حيث انها قيدت بعدة قيود، وتختلف هذه القيود بحسب نوع الاعمال فيما إذا كانت تدخل ضمن اعمال الإدارة المعتادة أو انها تخرج عن حدود الإدارة المعتادة.

أولاً: القيود المفروضة على اعمال الإدارة المعتادة

إن جميع التشريعات محل المقارنة قيدت مباشرة هذه الاعمال بقيود تضمن من خلالها المحافظة على حقوق الشركاء، وهذه القيود منها ما هو مشترك بين القوانين محل المقارنة، ومنها ما انفرد به قانون من غير الآخر، ويمكن بيان هذه القيود على النحو الآتي:

(١) د. درع حماد عبد، مصدر سابق، ص ١٢٩.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص ٥٠١ . د. سلام عبد الزهرة عبد الله الفتلاوي، شرط المنع من التصرف (دراسة مقارنة)، ط ١، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٩، ص ١٤١.

١. توفر الاغلبية المطلوبة: تختلف الاغلبية المطلوبة للقيام بأعمال الإدارة في القوانين محل المقارنة، فبالنسبة للقانون المدني الفرنسي إذ نصت المادة (٣/٨١٥) على: (يمكن للمالك أو المالكين على الشيوع الذين يملكون ثلثي الحقوق الشائعة...)، إما القانون المدني المصري فقد نصت المادة (١/٨٢٨) على: (ما يستقر عليه رأي أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزماً للجميع. وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الانصباء...) ، وفي المقابل نصت المادة (٢/١٠٦٤) من القانون المدني العراقي على: (وما يستقر عليه اصحاب القدر الاكبر من الحصص في اعمال الادارة المعتادة، يكون ملزماً للجميع حتى الاقلية التي خالفت هذا الرأي...).

من استقراء النصوص أعلاه، يتبين لنا أن الاغلبية التي تطلبها المشرع الفرنسي للقيام بهذه الاعمال هي أغلبية موصوفة تتمثل بثلثي الحقوق، خلافاً للمشرع المصري والعراقي الذي اكتفى بتوافر اغلبية بسيطة تتحقق بنصف الحقوق زائد واحد، والاعلية تحسب على اساس قيمة الانصباء فقط من غير الاكتراث إلى عدد الشركاء، فقد تتوفر الاغلبية بشريك واحد فقط إذا كان نصيبه بالمشاع يشكل النصاب الذي تطلبه المشرع^(١)، وهناك من انتقد الطريقة التي اتبعتها التشريعات محل المقارنة في احتساب الاغلبية التي تقوم على اساس قيمة الأنصباء فقط، باعتبار أن ذلك قد يؤدي إلى تمكين شريك واحد من إدارة المشاع إذا توفرت به الاغلبية المطلوبة^(٢) من غير الاكتراث برأي باقي الشركاء،

(١) وقد قضت محكمة النقض المصرية بالطعن المرقم ٢٨٩٤ لسنة ٨٧ قضائية في ٢٠١٨/١٢/٢ تطبيقاً لذلك بأن: (...ان مفاد نص المادة ٨٢٨ من القانون المدني ان حق تأجير المال الشائع يثبت للأغلبية المطلقة للشركاء محسوبة على اساس الانصباء، ولا يثبت لأحد المشتاعين بمفرده طالما انه لا يملك اكثر من نصف الانصباء، وان الايجار الصادر من أحد الشركاء متى كان لا يملك اكثر من نصف الانصباء لا يسري في مواجهة باقي الشركاء إلا إذا ارتضوه صراحةً أو ضمناً...)، منشور على الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية على الرابط التالي: www.cc.gov.eg تاريخ آخر زيارة في ٢٥/١٢/٢٠٢٠ الساعة ٢:٠٥م.

(٢) عالج المشرع الكويتي محاذير انفراد شريك واحد بإدارة المشاع إذا كان يملك الاغلبية التي تطلبها المشرع، إذ نصت المادة (٨٢٨) من القانون المدني على: (في الحالات التي ينص فيها القانون على حق اغلبية الشركاء في الادارة غير المعتادة او التصرف، لا تتوافر الأغلبية في شريك واحد مهما بلغت حصته في المال)، وقد عللت المذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي هذا الحكم بقولها: (للحد من عيوب الاخذ بنظام الاغلبية سواء في اعمال الادارة " المواد ٨٢١ - ٨٢٤ " أو في التصرف " م ٨١٧ " استحدث المشروع نص المادة ٨٢٨ الذي يحول دون أن يكون من حق الشريك وحده القيام بعمل من الاعمال، باعتبار الأغلبية، ايا كانت حصته في المال الشائع، وذلك انه حتى مع الاخذ بمبدأ حساب الاغلبية على حساب حصص الشركاء، وهو المبدأ الذي روعي فيه وزن المصالح، إلا أن وزن =

الذين قد يكون رأيهم هو الاصوب بوصفه رأي الجماعة على الرغم من ضعف حصصهم في المال المشاع^(١).

٢. التزام الاغلبية باعلام قراراتهم للأقلية: هذا القيد خاص بالقانون المدني الفرنسي حيث انفرد دون غيره من القوانين محل المقارنة بالنص عليه، رغبةً منه في توفير الحماية القانونية الكافية للأقلية، إذ اوجب على الاغلبية اعلام قراراتهم إلى الاقلية لكي يتسنى لهم الاعتراض عليها متى ما كانت ضارة بحقوقهم، إذ نصت المادة (٣/٨١٥) من القانون المدني على: (...ويتوجب عليهم اعلام سائر المالكين على الشروع بتلك الاعمال. وفي حال عدم قيامهم بذلك لا يمكن الاحتجاج بالقرارات التي يتخذونها بوجه هؤلاء الاخرين ...) ^(٢)، فبعد أن اعطى المشرع الحق لمالكين ثلثي الحقوق القيام بأعمال الإدارة المعتادة - الاستثمار العادي- اوجب عليهم اعلام باقي الشركاء بالأعمال التي يقومون بها بخصوص المشاع، ويترتب على مخالفة هذا القيد عدم امكان الاحتجاج بالقرارات المتخذة بوجه من يعترض من الاقلية، ويلاحظ أن المشرع الفرنسي اكتفى بمجرد التبليغ دون أن يحدد له طريقة معينة، من ثم يمكن أن يتم بكافة الوسائل حتى وأن كان التبليغ شفويًا، ويقع على الاغلبية عبء اثبات القيام به^(٣).

ثانياً: قيود مباشرة الاعمال التي تخرج عن حدود الإدارة المعتادة

كنا قد بينا أن المشرع الفرنسي لم يعطِ للأغلبية حق القيام بهذه الاعمال وتمسك بوجود توفر اجماع الشركاء، أما المشرع المصري والعراقي فإنه أعطى للأغلبية حق القيام بها، ولخطورة هذه الاعمال واهميتها كونها تؤدي إلى المساس بالمصلحة المشتركة للشركاء كافة، فإنه تشدد بالقيود المفروضة على مباشرتها، ويمكن بيان هذه القيود على النحو الآتي:

١. توفر الاغلبية المطلوبة: اشترط المشرع المصري توفر اغلبية خاصة كبيرة نسبياً لمباشرة هذه الاعمال، كون هذه الاعمال من شأنها أحداث تغيير اساسي في المشاع أو تعديل في الغرض الذي

=المصالح ليس كل شيء، فيجب أن يتعدد الرأي، وبالتالي يجب أن تكون الاغلبية لشريكين على الاقل)، د. محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، ط٣، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٧، ص ١٢٢.

(١) د. محمود عبد الرحمن، مصدر سابق، ص ٧٩.

(2) Article 815/3: (...ls sont tenus d'en informer les autres indivisaires. A défaut, les décisions prises sont inopposables à ces derniers...).

(٣) د. ايمن سعد عبد المجيد، مصدر سابق، ص ٢٥٣.

اعد له، إذ نصت المادة (١/٨٢٩) من القانون المدني على: (للشركاء الذين يملكون على الاقل ثلاثة ارباع المال الشائع، أن يقرروا في سبيل الانتفاع بهذا المال من التغييرات الاساسية والتعديل في الغرض الذي اعد له ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة...)، يتبين لنا من النص أن الاغلبية التي تتطلبها المشرع للقيام بهذه الاعمال هي اغلبية موصوفة والمتمثلة بثلاثة ارباع الحصص بأقل تقدير، وأن هذه الاغلبية ممكن أن تتوفر بشريك واحد^(١).

إما المشرع العراقي فإنه لم يفرق بين اعمال الإدارة المعتادة والاعمال التي تخرج عن حدود الإدارة المعتادة بخصوص الاغلبية المطلوبة كما فعل المشرع المصري، فقد جعل لأصحاب القدر الاكبر من الحصص سلطة القيام بأعمال الإدارة المعتادة والاعمال التي تخرج عن حدود الإدارة المعتادة، إذ ونصت المادة (١/١٠٦٥) من القانون المدني على: (للشركاء اصحاب القدر الاكبر بالحصص أن يدخلوا بأذن من المحكمة، في سبيل تحسين الانتفاع بالمال الشائع من التغييرات الاساسية والتعديل في الغرض الذي اعد له المال ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة).

٢. تحسين الانتفاع بالمشاع: اتفق المشرع المصري والعراقي على وجوب أن يكون الغرض من القيام بهذه الاعمال هو تحسين الانتفاع بالمشاع، إذ نصت المادة (١/٨٢٩) من القانون المدني المصري على: (لشركاء الذين يملكون على الاقل ثلاثة ارباع المال الشائع، أن يقرروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال...)، وفي المقابل نصت المادة (١/١٠٦٥) من القانون المدني العراقي على: (للشركاء اصحاب القدر الاكبر بالحصص أن يدخلوا بأذن من المحكمة، في سبيل تحسين الانتفاع بالمال الشائع...).

ومن النصوص أعلاه، يتبين لنا ضرورة أن يكون الغرض من القيام بالاعمال التي تخرج عن حدود الإدارة المعتادة من قبل الاغلبية هو تحسين الانتفاع بالمشاع، ويعد هذا القيد منطقياً وضرورياً لأن هذه الاعمال ما هي إلا صورة من صور التصرفات المادية، وأن القيام بها غالباً ما يترتب عليها

(١) قضت محكمة النقض في الطعن رقم ١٠١٧ لسنة ٧٥ قضائية في ٢٣/٢/٢٠١٧ تطبيقاً لذلك: (... أن مفاد النص في المادة ٨٢٩ من القانون المدني، انه ليس للشريك الذي لا يملك على الاقل ثلاثة ارباع المال الشائع، الحق في ادخال تغييرات اساسية في الغرض الذي اعد له، مما يخرج عن حدود الادارة المعتادة دون الحصول على موافقة باقي الشركاء، اصحاب تلك الاغلبية، لما تقتضيه خطورة تلك الاعمال...)، انظر كذلك الطعن رقم ٣٩٥٢ لسنة ٦٦ قضائية في ٢٧/١٢/١٩٩٧، منشور على الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية على الرابط: www.cc.gov.eg تاريخ آخر زيارة في ٩/٣/٢٠٢٠ الساعة ١٦:١٦ص.

نفقات باهظة وهذه النفقات يتحملها جميع الشركاء كلٌ بقدر حصته، استناداً إلى المادة (٨٣١) من القانون المدني المصري التي تنص على: (نفقات إدارة المال الشائع وحفظه والضرائب المفروضة عليه وسائر التكاليف الناتجة عن الشيوخ أو المقررة على المال، يتحملها جميع الشركاء، كل بقدر حصته، ما لم يوجد نص يقضي خلاف ذلك)، وتقابلها المادة (١٠٦٧) من القانون المدني العراقي التي تنص على: (نفقات إدارة المال الشائع وحفظه والضرائب المفروضة عليه وسائر التكاليف الناتجة من الشيوخ أو المقررة على المال، يتحملها جميع الشركاء، كل بقدر حصته)، لذا فيجب أن يكون الغرض من هذه الاعمال هو تحسين الانتفاع بالنسبة لمجموع الشركاء وليس لشريك دون غيره.

٣. اتخاذ اجراء معين: لم يكتفِ المشرع المصري والعراقي فيما يخص سلطة الاغلبية في القيام بالأعمال التي تخرج عن حدود الإدارة المعتادة بتوفر الاغلبية فقط وأن تؤدي هذه الاعمال إلى تحسين الانتفاع بالمشاع، بل أنه قيد الاغلبية باتخاذ اجراء معين يختلف من قانون إلى اخر.

فبالنسبة للمشرع المصري أوجب على الاغلبية إعلان قراراتهم بالنسبة للأعمال التي تخرج عن حدود الإدارة المعتادة إلى الاقلية، إذ نصت المادة (١/٨٢٩) من القانون المدني على: (...على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقي الشركاء. ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة من خلال شهرين من وقت الاعلان)، ولم يحدد النص طريقة لإعلان قرار الاغلبية إلى الاقلية^(١)، وبالتالي يمكن أن يتم بكافة الطرق حتى وأن كان التبليغ شفويًا، ويقع على الاغلبية عبء اثبات القيام به^(٢).

ويحق لكل شريك من الاقلية الرجوع إلى القضاء خلال شهرين من إعلان القرار للاعتراض عليه، فإن مضت هذه المدة من غير أن يعترض أي شريك من الاقلية فإن القرار يصبح ملزماً لهم، وللمحكمة عند اعتراض الاقلية أو أحدهم خلال شهرين أن ترفض الاعتراض وتوافق على قرار الاغلبية، ولها أيضاً أن تقبل طلب الاعتراض وتلغي قرار الاغلبية، ومن ثم يجب على الاغلبية الامتناع عن تنفيذ ما اعتزمت القيام به من اعمال تخرج عن حدود الإدارة المعتادة، ولها أيضاً بوجه


(١) ولأهمية هذا التبليغ فقد تشددت بعض القوانين فيه، ومن هذه القوانين القانون المدني الكويتي في المادة (١/٨٢٤) الذي اشترط الكتابة والقانون المدني السوري في المادة (٧٨٤) الذي اشترط أن تكون الكتابة في كتاب مضمون، والقانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ في المادة (١/١٠٣٥) وقانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ في المادة (١/١١٥٧) اللذان لم يكتفيا بمجرد الكتابة بل اشترطا أن يرد التبليغ في اذار رسمي.

(٢) د. ايمن سعد عبد المجيد، مصدر سابق، ص ٢٥٣.


خاص أن توافق على قرار الاغلبية مع اتخاذ ما تراه مناسباً من التدابير للمحافظة على حقوق المعترض كما لو ارتأت اعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من تعويضات إذا اصابه ضرر جراء قيام الاغلبية بتنفيذ قرارها^(١)، وهذا تطبيقاً لنص المادة (٢/٨٢٩) من القانون المدني التي تنص على: (وللمحكمة عند الرجوع إليها إذا وافقت على قرار تلك الأغلبية، أن تقرر مع هذا ما تراه مناسباً من التدابير، ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات).

إما بالنسبة للمشرع العراقي فإنه اوجب على الاغلبية الحصول على اذن من المحكمة المختصة قبل القيام بأي عمل يخرج عن حدود اعمال الإدارة المعتادة، إذ نصت المادة (١/١٠٦٥) من القانون المدني على: (للشركاء اصحاب القدر الاكبر بالحصول على اذن من المحكمة، في سبيل تحسين الانتفاع بالمال الشائع من التغييرات الاساسية والتعديل في الغرض الذي اعد له المال ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة)، فالمشرع اوجب على الاغلبية الحصول على اذن من المحكمة المختصة حتى يمكنهم القيام بالأعمال التي تخرج عن حدود الإدارة المعتادة، وعلى المحكمة بعد تقديم الطلب إليها من قبل الاغلبية دعوة الاقلية للمرافعة للوقوف على موقفهم من هذه الاعمال، وتستمع إلى اعتراضاتهم أن وجدت وكذلك تستمع إلى الاسباب التي دعت الاغلبية لاتخاذ هذه القرارات، من ثم تصدر قرارها المناسب وأن القرار الذي تصدره لا يخرج عن أحد الفروض، وهي أما اعطاء الاذن للأغلبية أو رفض الطلب إذا رأت المحكمة لم تكن هناك مصلحة من هذه الاعمال، أو أن تعطي للمخالف من الاقلية كفالة لضمان الوفاء بما قد يستحق له من تعويضات تطبيقاً لأحكام المادة (٢/١٠٦٥) من القانون المدني التي تنص على: (وللمحكمة أن تقرر ما تراه مناسباً من الاجراءات، ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن له الوفاء بما قد يستحق من التعويضات).

(١) د. عبد المنعم فرج الصده، حق الملكية، مصدر سابق، ص ٢٠١. د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج ٨، ص ٨٣٣. د. محمد وحيد الدين سوار، مصدر سابق، ص ١٢٣، د. ايمن سعد عبد المجيد، مصدر سابق، ص ٢٥٤.



الفصل الثاني
أحكام التعارض بالانتفاع
بين الشركاء



الفصل الثاني

أحكام التعارض في الانتفاع بالمشاع بين الشركاء

تمهيد وتقسيم:

بما إن حق كل شريك بالشيوع لا يتركز في جزء محدد من المشاع وإنما يمتد لكل أجزائه، لذا سيكون هناك تزامم في مباشرة كل شريك لحقه في الانتفاع بالمشاع مع باقي الشركاء التي غالباً ما تقضي إلى نشوء نزاعات حادة فيما بينهم، وهذه النزاعات من شأنها أن تؤثر في انتفاع أي شريك بالمشاع وتؤدي إلى تعطيل الانتفاع به أحياناً، وقد عمدت القوانين إلى وضع قيود على مباشرة هذه السلطات من قبل الشريك منفرداً أو من قبل الاغلبية وحاولت من خلالها الحد من حدوث أي تعارض بالحقوق بين الشركاء، وكان مستوى هذه القيود مختلف من حيث نجاعته فلم تمنع من حدوث التعارض في الغالب لدى بعض القوانين محل المقارنة، والذي يترتب على تحققه أحكام تختلف من قانون إلى آخر، فبتحديد موضع التعارض وبحسب صور الانتفاع سنجد أن الحكم يختلف في كل صورة لا سيما وأن هناك اجتهادات فقهية وقضائية مختلفة حول هذا الامر، ولأجل ذلك سنبحث في عنصري الانتفاع لتحديد موضع التعارض، ولكون هناك قاسم مشترك ما بين الاستعمال والاستغلال المباشر فسوف نبحثهما تحت عنوان الانتفاع المباشر، أما الاستغلال الغير مباشر فسنبحثه تحت عنوان الانتفاع غير المباشر.

وعليه سوف نبحث أحكام هذا التعارض على مبحثين: نخصص الأول لبيان التعارض بالانتفاع المباشر من خلال تقسيمه على مطلبين نخصص الأول منه لبحث موضع التعارض بالانتفاع المباشر، وفي الثاني وسائل حماية حق الشريك عند التعارض، أما في المبحث الثاني فسنبحث التعارض بالانتفاع غير المباشر من خلال تقسيمه على مطلبين نخصص الأول لبحث موضع التعارض بالانتفاع القانوني بين الشركاء، والثاني لبحث اثر التعارض في الانتفاع القانوني بين الشركاء.

المبحث الأول

التعارض بالانتفاع المباشر

لكل شريك الحق بمباشرة الاعمال التي يمكنه القيام بها بنفسه للحصول على منافع الشيء المشاع، وتتمثل بأعمال الاستعمال بالإضافة إلى اعمال الاستغلال المباشر من قبل الشريك التي بينها سابقاً التي تعد بمجموعها انتفاعاً مباشراً، وتتطلب مباشرة هذه الاعمال الاستئثار بالمشاع أو بجزء منه بأقل تقدير، وإذا كانت التشريعات محل المقارنة قد خولت الشريك حق الانتفاع بالمشاع إلا أنها قيدت مباشرة هذا الحق بقيود حاولت من خلالها رفع التعارض بين الشركاء والتوفيق بين مصالحهم المتعارضة، إلا أن هذه القيود لم تكن ناجعة في رفع التعارض بين الشركاء في الغالب.

بناءً على ما تقدم، فإننا سوف نقسم هذا المبحث على مطلبين: لنبحث بالأول موضع التعارض بالانتفاع المباشر، وفي الثاني وسائل حماية حق الشريك عند التعارض بالانتفاع المباشر.

المطلب الأول

موضع التعارض بالانتفاع المباشر

إن الانتفاع المباشر يمتد ليشمل كافة الاعمال التي يمكن للشريك القيام بها مباشرة للحصول على منافع المشاع، وأن مدى هذه الاعمال وتأثيرها يختلف باختلاف ما إذا كان انتفاع الشريك بالمشاع انتفاعاً عادياً أو لا، وقوام التقسيم مستوحى من طبيعة الاعمال المادية التي يباشرها الشريك للحصول على منافع المشاع فيما إذا كانت تقضي إلى المساس بأساسياته أو تغيير الغرض منه أو لا.

ولأجل بحث كل حالة من هذه الحالات بالتفصيل والوقوف على موضع التعارض بين الشركاء في كل منها، ارتأينا تقسيم هذا المطلب على فرعين: لنبحث بالأول موضع التعارض بالانتفاع العادي، والثاني موضع التعارض بالانتفاع غير العادي، وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول

موضع التعارض بالانتفاع العادي

قد بينا سابقاً إن الانتفاع المباشر يكون باستعمال المشاع واستغلاله مباشرةً من قبل الشريك، والمقصود بالانتفاع العادي الذي نحن بصدد بيان موضع التعارض فيه هو جميع الاعمال المادية التي يباشرها الشريك على المال المشاع وتكون بما يتلاءم مع الغرض الذي خصص له بموجب طبيعته أو بالاتفاق ولا يغير من اساسياته، فالانتفاع العادي للدار المعدة للسكن يكون بسكناها والانتفاع العادي بالأرض الزراعية يكون بزراعتها^(١).

ومباشرة الانتفاع بصورة عامة يكون أما من قبل الشركاء مجتمعين أو من قبل الأغلبية أو قد يمارسه الشريك منفرداً، ولكل فرض من هذه الفروض الاحكام الخاصة به، إلا أننا سوف نستبعد عند بحث الانتفاع المباشر العادي فرض الانتفاع بالمشاع من قبل الشركاء مجتمعين، لأنه في هذا الفرض لا يتصور وجود اي تعارض بالحقوق بين الشركاء حيث أن الاتفاق يجعل من التعارض مستحيل الوقوع، وعلى العكس من ذلك بالنسبة للانتفاع بالمشاع من قبل الأغلبية، فطالما أن هناك اغلبية متفقة فإنه بالمقابل هناك اقلية ولهذا فالتعارض وارد الوقوع في الغالب، وكذلك الحال في فرض الانتفاع بالمشاع من قبل الشريك منفرداً اذ قد يضر بباقي الشركاء، فطبيعة الشيوخ الخاصة هي التي تقرض هذا التعارض اذ أن كل شريك يرد حقه على حصته في المشاع، والحصة ما هي إلا نصيب كل شريك في المال المشاع مع امتداد حقه إلى كل جزء من اجزاء هذا المال بقدر حصته^(٢)، من ثم فإن تزامم حقوق الشركاء على المشاع هو الذي يثير التعارض، على خلاف الحق المفرز الذي يكون لكل صاحب حق ممارسة السلطات كافة دون مزاحمة من الغير^(٣).

(١) د. احمد سلامة، مصدر سابق، ص ١٠٣.

(٢) د. انور طلبية، المطول في شرح القانون المدني، ج ١١، ط ٢، المكتب الجامعي الحديث، بيروت، ٢٠٠٦، ص ٣٤٦. د. حسن كيره، الموجز في أحكام القانون المدني، مصدر سابق، ص ١٥٩.

(٣) د. حسن كيره، تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، الاسكندرية، عدد ١٢، مطبعة جامعة الاسكندرية، ١٩٤٦، ص ١٦.

كما إن الانتفاع بالمعنى الذي بيناه يفرض بواقع الحال أن يكون الانتفاع بواسطة الشريك بذاته ولا يتصور أن ينتفع الأغلبية دون الأقلية انتفاعاً مباشراً بالمشاع، كما في السكن بالمنزل المعد لذلك، من ثم فإن المصلحة المتوخاة من الانتفاع هي مصلحة شخصية أي أن الشخص في انتفاعه المباشر للشيء إنما يقصد قضاء حاجة معينة، فالذي يسكن بالبيت إنما يسكنه لغرض ايواءه هو وعائلته، كما لو كانت هناك دار سكنية من ثلاثة طوابق مشاعة بين أربعة اشخاص واتفق ثلاثة منهم على انتفاع كل واحد منهم بطابق، فهنا وأن تحققت الأغلبية التي تطلبها المشرع إلا أن النتيجة هو انتفاع الأغلبية دون الأقلية وهذا يعتبر تعسفاً في استعمال الأغلبية لحقهم بالإدارة^(١)، وعليه أن الانتفاع المباشر العادي لا يكون إلا من خلال الشريك المشتاع، من ثم فإن الاحكام التي تنظمه هي الاحكام الخاصة بحق الشريك بالانتفاع بالمشاع، أما الاحكام الخاصة بإدارة المشاع إدارة معتادة التي نظمت حق الأغلبية بالانتفاع فإنها وحسب رأينا لا يمكن اعمالها بالانتفاع المباشر، لأن انتفاع الأغلبية بالمشاع والاستئثار به لمصلحتهم من غير الأقلية يعتبر تعسفاً في استعمال حقهم بالإدارة لأنهم قدموا لمصلحتهم الشخصية على مصلحة باقي الشركاء.

وبعد بيان من له حق الانتفاع المباشر العادي بالمشاع، يطرح تساؤل مفاده متى تتعارض حقوق الشركاء بهذا النوع من الانتفاع؟

بالنسبة للمشرع الفرنسي فإنه اشترط حصول الاتفاق بين الشركاء ليتمكن كل شريك من الانتفاع بالمال المشاع وألا فإن الانتفاع ينظم من قبل المحكمة، من ثم يتوجب على كل شريك مراعاة ذلك عند انتفاعه بالمشاع، وعليه فإن التعارض في الانتفاع بين الشركاء في القانون الفرنسي يكاد يكون معدوماً في حالة التزام الشركاء بالقيود التي حددها المشرع، فقد ادرك المشرع الفرنسي وعند وضع المادة (٩/٨١٥) خصوصية الشيوخ المتمثلة بأن حق كل شريك يرد على المشاع بذات الوقت دون أن يحدد نصيب كل واحد منهم تحديداً مادياً، وعليه قيد ممارسة هذا الحق بقيود صارمة تجعل من المستحيل وجود أي نوع من التعارض عند مراعاتها.

(١) د. درع حماد عبد، مصدر سابق، ص ١٢٧.

إما بالنسبة للمشرع المصري فوضع هو الآخر قيود وواجب على كل شريك مراعاتها استناداً للمادة (١/٨٢٦) من القانون المدني والمتمثلة بانتفاع الشريك بحصته وأن لا يضر بباقي الشركاء، وتوصف هذه القيود بأنها مربكة وغير واضحة، إذ إن كل قيد يتحمل التأويل، وأمام هذا الغموض أجمع الفقه المصري^(١) - كما بينا انفاً - على أن ليس للشريك أن ينتفع بالمشاع أو بجزء منه ولو كان بقدر حصته إذا كان غير قابل للانتفاع المشترك، وهذا الاجماع يقودنا إلى نتيجة مفادها أن العقار المشاع إذا كان غير قابل للانتفاع المشترك فلا يمكن الانتفاع به من قبل أي شريك منفرد، وإنما يكون الانتفاع من خلال الاتفاق مع باقي الشركاء، وهذا يعني إيراد قيد لم ينص عليه المشرع ضمن القيود الواردة في نص المادة (١/٨٢٦) من القانون المدني، إذ إن المشرع لم يتطلب موافقة باقي الشركاء على انتفاع الشريك كما فعل المشرع الفرنسي.

أما المشرع العراقي، فقد أورد بنص المادة (٢/١٠٦١) من القانون المدني ذات القيود التي أوردها المشرع المصري، وأوجب على كل شريك مراعاتها لتجنب حدوث التعارض فيما بينهم، إلا أنه أسهب بخلاف المشرع المصري في ذلك إلى حد إيراد الأمثلة، وهذا ما جعل الخلاف يشتد في الفقه العراقي على خلاف الفقه المصري الذي اجمع على عدم أحقية الشريك بالانتفاع بحصته إذا كان المشاع غير قابل للانتفاع المشترك إلا بموافقة باقي الشركاء، فقد انقسم الفقه العراقي إلى اتجاهين: ذهب أصحاب الاتجاه الأول^(٢) إلى ما اجمع عليه الفقه المصري وهذا هو الاتجاه الغالب، في حين ذهب الاتجاه الآخر^(٣) إلى الاعتراف بحق الشريك بالانتفاع بجزء من المال المشاع وبما يعادل حصته مستثنين في ذلك لصراحة نص المادة (٢/١٠٦٣) من القانون المدني العراقي.

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج٨، ص٨١٠. د. اسماعيل غانم، مصدر سابق، ص١٢١. د. عبد المنعم فرج الصده، حق الملكية، مصدر سابق، ص١٩٥. د. نبيل ابراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ص٩٣.

(٢) د. شاكر ناصر حيدر، مصدر سابق، ج١، ص١٩١. د. درع حماد عبد، مصدر سابق، ص١١٩. د. قصي سلمان، مصدر سابق، ص٤٨. رعد ادهم عبد الحميد السامرائي، مدى سلطات الشريك المشتاع في الملكية الشائعة (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠١، ص٥٤.

(٣) د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ص١١٦. د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص٦٩.

نستخلص مما تقدم، كفاية القيود التي اوردها القانون الفرنسي لمعالجة التعارض في الانتفاع العادي بالحقوق بين الشركاء بالشيوع، بخلاف القانون المصري والعراقي، فعلى الرغم من ايراد القيود والزام الشركاء بمراعاتها إلا أنها لم تحد من التعارض، عليه فإن التعارض بالحقوق بين الشركاء لا يظهر في القانون المدني الفرنسي، وإنما يظهر بالقانون المدني المصري والعراقي بسبب عدم وضوح النصوص المنظمة لهذه القيود، أما في حالة عدم التزام الشريك بما فرضه المشرع من قيود فإنه وبحسب رأينا لا يمكن وصف هذه الحالة بالتعارض، لكون الأخير يفترض بين حقين مقررين يحميها القانون، وان الشريك في حالة عدم مراعاة ما نص عليه المشرع من قيود يعدّ قد اعتدى على حقوق باقي الشركاء وليس تعارض حقه مع حقهم.

الفرع الثاني

موضع التعارض بالانتفاع غير العادي

المقصود بالانتفاع المباشر غير العادي هو الانتفاع بالمشاع خلافاً للغرض الذي خصص له بحكم طبيعته أو الاتفاق أو القيام بإعمال تؤدي إلى ادخال تغييرات أساسية فيه، فاستعمال الدار المعدة للسكن كمخزن، وزراعة الأرض المخصصة للمحاصيل بالأشجار، هذا كله يعد تعديل في الغرض الذي عد له المشاع، والبناء على الأرض المشاعة من شأنه أن يحدث تغييرات أساسية في المشاع، وهناك من يعد هذه الصورة الأخيرة من صور الانتفاع تصرفاً مادياً^(١)، وهي بذلك تخرج عن نطاق البحث ضمن الانتفاع، إلا أن ما دفعنا إلى بحثها ضمن الانتفاع غير العادي هو أن العلامة السنهوري كان قد بحثها باعتبارها صورة من صور الانتفاع بالنسبة للمالك واقصر التصرف على التصرف القانوني فقط^(٢)، كما أن الواقع العملي وبديل العديد من الأحكام القضائية عدها انتفاعاً وعلى النحو الذي سنبينه.

إن لتكييف هذه الصورة أهمية بالغة بالنسبة لحق الشريك المشتاع في القيام بها، فإذا كانت صورة من صور التصرف ففي هذه الحالة لا يمكن للشريك القيام بها وفقاً لكافة القوانين محل المقارنة، إلا

(١) د. محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته، مصدر سابق، ص ٤٤.

(٢) لمؤلفه الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ج ٨، ص ٤٩٧.

بموافقة جميع الشركاء في القانون الفرنسي أو الأغلبية التي تملك حق القيام بالأعمال التي تخرج عن حدود الإدارة المعتادة في كل من القانون المدني المصري والعراقي، أما إذا اعتبرت هذه الأعمال صورة من صور الانتفاع فإنه لا يمكن للشريك القيام بها وفقاً للقانون المدني الفرنسي، لأن المشرع الفرنسي قيد حق الشريك في الانتفاع وفقاً لما أعد إليه المشاع^(١)، على خلاف القانون المدني المصري والعراقي الذي اعطى للشريك الحق بالانتفاع بحصته دون أن يقيد به بوجوب أن يكون الانتفاع وفق ما أعد له المشاع.

أعطى كل من المشرع المصري والعراقي للأغلبية الحق في إدخال تغييرات أساسية بالمشاع والتعديل في الغرض الذي أعد له بموجب ما لها من سلطة القيام بالأعمال التي تخرج عن حدود الإدارة المعتادة، إذ نصت المادة (١/٨٢٩) من القانون المدني المصري على: (للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا، في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي أعد له ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة...)، ونصت المادة (١/١٠٦٥) من القانون المدني العراقي على: (للشركاء اصحاب القدر الأكبر من الحصص أن يدخلوا، بإذن المحكمة في سبيل تحسين الانتفاع بالمال الشائع من التغييرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي أعد له المال ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة)، ولكن القيام بهذه الأعمال من قبل الأغلبية لا يعد انتفاعاً مباشراً لأن الأخير يقتضي الاستئثار وهذا يتنافى مع طبيعة هذه الأغلبية التي لا يمكن لها الاستئثار من غير الأقلية^(٢)، فضلاً عن ذلك أن المشرع المصري قد ذكر عبارة (يقرروا) والمشرع العراقي ذكر عبارة (يدخلوا) وأن معنى هذه العبارات بعيد عما يتطلبه الانتفاع من استئثار.

وإذا كنا قد استبعدنا إمكانية انتفاع الأغلبية بالمشاع انتفاعاً مباشراً غير عادي، فما مدى أحقية الشريك بالانتفاع في المشاع على هذا النحو؟

بالنسبة للمشرع الفرنسي وكما بينا سابقاً قد قطع كل شك حول أحقية الشريك في الانتفاع بالمشاع أو جزء منه خلافاً للغرض المعد له، وذلك من خلال تقييد حق الشريك في الانتفاع بالمشاع وفقاً لما أعد له فقط، أما فيما يخص حقه بإحداث تغييرات أساسية في المشاع كما في حالة البناء فلا

(١) ينظر: المادة (٩/٨١٥) من القانون المدني الفرنسي.

(٢) د. درع حماد عبد، مصدر سابق، ص ١٢٧.

يمكن له ذلك، لأن إحداه هذه التغييرات عدّها المشرع من قبيل التصرفات المادية بالمشاع وهي تتنافى مع الغرض المعد له الشيء المشاع مما يتطلب موافقة جميع الشركاء على الشيوع^(١)، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية^(٢).

إما بالنسبة للمشرع المصري والعراقي، فإن انتفاع الشريك بحصته في المشاع وفقاً لما أعد إليه لم يرد كقيد على انتفاعه، من ثم يمكن للشريك أن ينتفع بحصته بالمشاع خلافاً للغرض الذي أعد إليه، أما بالنسبة لأحقية الشريك بإدخال تغييرات أساسية بالمشاع، فإن المشرع المصري والعراقي لم يذكر ذلك صراحةً ضمن تنظيم حق الشريك بالانتفاع بحصته، وهذا ما دفع الفقه^(٣) للقول بعدم أحقية الشريك القيام بها لوصفها من أعمال التصرف المادي، أو من الأعمال التي تخرج عن حدود الإدارة المعتادة التي لا يمكن أن تثبت للشريك إذا كان لا يملك الأغلبية المقررة قانوناً لأن هذه الأعمال لا تباشر عند الاختلاف إلا من قبل الأغلبية.

إما على مستوى القضاء المصري، فإن محكمة النقض لم يكن لها اتجاه ثابت بهذا الخصوص، إذ نراها تارةً تذهب إلى عدم أحقية الشريك بإدخال التغييرات الأساسية في المشاع أو بجزء منه حتى وأن

(1) BRETON A .NERSON .R .FAYARD .MC .lindivision .encycle .daloz .rep.dr .civ
.1977. p. 306

أشار إليه: قتيبة مهدي صالح، حق الرجوع على الشريك في المال الشائع (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠١٥، ص ٩٠.

(٢) جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١٩٩٤/٣/٩: (طبقاً لمقتضيات المادة ٥٥١ من التقنين المدني الفرنسي، فإن المنشآت المقامة من قبل شريك في الشيوع تكون ملكاً مشتركاً لجميع الشركاء إذا لم يطلب إزالتها) نقلاً عن: د. عبد الحق صافي، آثار حقي الالتصاق والسطحية في مجال البناء على ضوء التشريع المغربي والمقارن، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، المغرب، ١٩٩٠، ص ٦.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج ٨، ص ٨٣٣. د. عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الاصلية، مصدر سابق، ص ١٦٨-١٦٩. د. حسن كيره، الموجز بالقانون المدني، مصدر سابق، ص ١٦٧. د. منصور مصطفى منصور، حق الملكية، مصدر سابق، ص ١٢١. د. محمود عبد الرحمن، مصدر سابق، ص ٩٣. د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية، مصدر سابق، ص ١١٤. محمد طه البشير. د. غني حسون طه، الحقوق العينية، مصدر سابق، ص ١١٤.

كان هذا الجزء بقدر حصته، لأنها تعد من الأعمال التي تخرج عن حدود الإدارة، التي يجب أن تتوفر في الشريك للقيام بها الأغلبية التي تطلبها المادة (٨٢٩) من القانون المدني، وقد قضت تطبيقاً لذلك بأنه: (لا يجوز للشريك المشتاع إقامة بناء على الأرض الشائعة دون الحصول على موافقة صريحة أو ضمنية من اغلبية الشركاء المالكين لثلاثة ارباع المشاع سواء كان البناء على جزء مفرز يعادل حصته أو اكثر منها)^(١)، وكانت تارةً أخرى مخالفة لما اجمع عليه الفقه المصري بعدم احقية الشريك بالاستئثار بجزء من المشاع حتى وان كان بقدر حصته، إذ عدلت عن الاتجاه السابق المشاع إليه آنفاً واعطت للشريك احقية الاستئثار بجزء من المشاع بقدر حصته وإقامة البناء عليه، وقد قضت تطبيقاً لذلك بأنه: (من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن لكل من الشركاء على الشيوع حق ملكية حقيقية في حصته الشائعة وانه إذا تمكن احدهم من البناء على جزء من العقار الشائع، فإنه لا يعد بانياً في ملك غيره، وكان للشريك الاخر أن يطالب من اقام بالبناء بقسمة العقار المملوك لهما على الشيوع، ثم يرتب حقه على ما يظهر من نتيجة القسمة، إلا أن مناط ذلك أن يكون القدر الذي بنى عليه معادلاً لنصيبه فيه فإذا جاوزه اعتبر بانياً في ملك غيره بالنسبة لما أقامه على ما يجاوز حصته فيه)^(٢).

إما عن موقف القضاء العراقي، فإن محكمة التمييز الاتحادية نراها في العديد من الاحكام اعتبرت البناء - تطبيقاً لفرض التغيير الاساسي - على العقار المشاع هو صورة من صور التصرف المادي، من ثم تنطبق عليه الاحكام الخاصة بالتصرف وليس الاحكام الخاصة بالانتفاع، وعليه لا يمكن لأي شريك القيام بهذه الاعمال مهما كانت حصته، وأصدرت تطبيقاً لذلك العديد من القرارات منها: (... لثبوت عائديه العقار موضوع الدعوى للطرفين على وجه الشيوع بموجب سند الملكية والقسام الشرعي المبرزين في الدعوى وقيام المميز المدعى عليه بأحداث منشآت على المال الشائع عبارة عن محل، كما هو ثابت من خلال الكشف الجاري بمعرفة مساح التسجيل العقاري والمرتسم المنظم من قبله

(١) الطعن رقم ١٧٤٨ لسنة ٤٥ ق في ١/٣١/١٩٩٠ مجموعة المكتب الفني، السنة الحادية والاربعون، الجزء الأول، ٢٣٦٩.

(٢) الطعن رقم ٦٣٥٥ لسنة ٨٦ قضائية في ٢/١٢/٢٠١٨. وينظر: الطعن رقم ٦٧٩٦ لسنة ٨٢ قضائية في ٢/٢٧/٢٠١٦. الطعن رقم ٢٦٥٤ لسنة ٦٧ قضائية في ٢/١٥/٢٠١٠. الطعن رقم ٣٩٢٥ لسنة ٦٦ قضائية في ١٢/٢٧/١٩٩٧. منشورات على الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية على الرابط التالي: www.cc.gov.eg تاريخ آخر زيارة في ١/١٢/٢٠٢٠ الساعة ١٠:٠٥ م.

بالإضافة إلى إقرار المميز المدعى عليه دون موافقة الشركاء، وحيث أن كل واحد من الشركاء أجنبي في حصة الآخر وليس له أن يتصرف فيها تصرفاً مضرًا بأي وجه كان بغير رضاه م ١/١٠٦٢ مدني، وأن البناء على الملك الشائع دون موافقة الشركاء من الأعمال الضارة التي تلحق به ضرر...^(١)، إلا أن محكمة التمييز الاتحادية وبقرار صادر عن الهيئة العامة عدلت عن التوجه السابق واعتبرت البناء صورة من صور الانتفاع، إذ قضت تطبيقاً لذلك أنه: (... كل شريك على الشيوع يملك حصته الشائعة ملكاً تاماً وله حق الانتفاع بها واستغلالها بحيث لا يضر بشركائه وكل شريك أجنبي في حصة الآخر ولا يستطيع القيام بالتصرف الضار بشريكه إلا برضاه، وهذه هي القاعدة العامة في الملكية الشائعة التي أوردتها المشرع بالمادتين ١٠٦١ و ١٠٦٢ من القانون المدني ولكن هذه القاعدة العامة ليست مطلقة بل أنها مقيدة بحكم المادة التالية لها رقم ١٠٦٣ من القانون المدني فبمقتضى أحكام الفقرة الأولى منها أجازت للشركاء الانتفاع بالعين الشائعة مجتمعين ولكن الفقرة الثانية منها أجازت أيضاً لكل واحد من الشركاء حق الانتفاع بحصته منفرداً ولكن إذا انتفع هذا الشريك بالعين كلها في سكنى أو مزارعة أو إيجار أو غير ذلك من وجوه الانتفاع وبطبيعة الحال فإن إقامة المشيدات يدخل ضمن تلك الوجوه من الانتفاع لأنها جاءت على الإطلاق ولم تأت على سبيل الحصر بنوع معين من وجوه الانتفاع فإن كان هذا الانتفاع الذي انفرد به الشريك قد حصل بدون إذن الشركاء وجب عليه أجر المثل...^(٢).

ويعد القرار الأخير هو نقطة التحول باتجاه القضاء العراقي وعلى قدر عالي من الأهمية بالنسبة لحالة بناء الشريك على حصته واعتبار البناء صورة من صور الانتفاع بعد أن كان يعده صورة من صور التصرف قبل صدور هذا القرار^(٣)، فيشكل هذا القرار انعطافه حادة في موقف القضاء العراقي

(١) رقم القرار ١٩٩٨/الهيئة الاستئنافية/٢٠١١ في ٢٠١١/٥/١٨، مجلة التشريع والقضاء، العدد الرابع، السنة الثالثة، ص ٢٣١. وينظر أيضاً: القرار المرقم ٣٧٦/الهيئة الاستئنافية العقار/٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/١/٢٩، مجلة التشريع والقضاء، العدد الثالث، ٢٠٠٩، ص ١٣٧. القرار رقم ١٩٢٧/الهيئة الاستئنافية/ في ٢٠٠٨/٣/١٠، هادي عزيز علي، مدونة القضاء المدني العراقي، ٢٠١٥، ص ١٧٤.

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٤٠٤/هيئة عامة/٢٠١٢ في ٢٠١٢/٢/٢٨، منشور على موقع مجلس القضاء الأعلى على الرابط: <https://www.hjc.iq/index-mob.php> تاريخ آخر زيارة في ٢٠٢٠/٧/٧ الساعة ١٢:٣٠م.

(٣) القرار رقم ١٢٨/الهيئة الموسعة/ ٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/٦/٣٠ (غير منشور).

بخصوص بناء الشريك على العقار المشاع من غير اذن شركائه خاصة وأنه صادر من الهيئة العامة في محكمة التمييز الاتحادية، وقد استندت الهيئة في هذا التوجه على حكم الفقرة الثانية للمادة (١٠٦٣) من القانون المدني، ولم يسلم هذا التوجه من الانتقاد على اعتبار انه طبق حرفية نص المادة (٢/١٠٦٣) وفسرها بمعزل عن الاحكام الخاصة بالشيوع، إذ اغفل القرار وجود نص المادة (١١٢٣) من القانون المدني التي عالج بها المشرع حكم البناء على المشاع من قبل احد الشركاء التي تنص على: (إذا بنى أحد أصحاب الحصص لنفسه في الملك المشترك القابل للقسمة، بدون إذن الآخرين ثم طلب الآخرون القسمة، فإن أصاب ذلك البناء حصة بانيه ملكه، وإن أصاب حصة الآخر فله أن يكلف الباني بالهدم)، وبأن هذا التوجه غير مبرر ومن شأنه أن ينسف ما وضعه المشرع من تنظيم للشيوع ولا يتفق مع المبادئ القانونية فيه، كما انه لا يتفق مع التنظيم القانوني لحق الملكية برتمته والدعاوي التي تحميه^(١)، ويلاحظ على الانتقاد أعلاه أن المتمعن بنص المادة (١١٢٣) من القانون المدني يجده متعلق بمصير البناء بعد طلب القسمة ولا يمكن تطبيقه على حالة البناء اثناء قيام الشيوع.

إلا أن القضاء لم يستطع أن يحقق الاستقرار بين الشركاء من خلال التوجه الأخير، بل أنه زاد في الارباك لأنه اعطى للشريك الحق في البناء على العقار المشاع بغض النظر عن مساحة البناء فيما إذا كانت بقدر حصته أو لا ، وهذا يعني إذا كان احد الشركاء ذو نفوذ فإنه سوف ينتفع مادياً بكل المشاع أو بالجزء الأفضل منه دون أن يكون لباقي الشركاء أي وسيلة لحماية حقوقهم المماثلة لحق هذا الشريك اثناء فترة الشيوع غير المطالبة بأجر المثل أو طلب إزالة الشيوع^(٢)، وهذا ما لا يمكن قبوله اذ يجب على القضاء قصر حق الشريك وجوب أن يكون الانتفاع بقدر حصته.

(١) د. طارق كاظم عجيل، بناء الشريك على جزء مفرز من الشيء الشائع- تعليق على موقف القضاء العراقي، مقال منشور على موقع مجلس القضاء الاعلى على الرابط: <https://www.hjc.iq/index-mob.php> تاريخ آخر زيارة في ٢٠٢٠/٧/٢ الساعة ٢٤:٢٤م.

(٢) علماً أنه في بعض الأحوال لا يجوز إزالة الشيوع استناداً لأحكام قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم ١٠٤١ في ١٩٨٢/٨/٣٠ والذي جاء فيه: (١- لا يحق للورثة الراشدين إزالة شيوع دار السكن الموروثة اذا كانت مشغولة بأحد من أولاد المتوفي القاصرين او الزوجة او كليهما حتى بلوغ القاصرين سن الرشد...)، منشور على موقع قاعدة التشريعات العراقية على الرابط: <http://iraqld.hjc.iq.com> تاريخ آخر زيارة : ٢٠٢٠/٧/٢ الساعة ٨:٢٤ م.

المطلب الثاني

وسائل حماية حق الشريك عند التعارض بالانتفاع المباشر

نظراً للطبيعة الخاصة للشيوخ يواجه الشركاء العديد من المشاكل، بسبب عدم التزام الشريك بما قرره المشرع من قيود أو سبب التعارض بالحقوق بين الشركاء، وإذا كانت سببها هو عدم مراعاة القيود فإنه يمكن لكل متضرر أن يلجأ للقضاء لغرض حماية حقه بسبب الاعتداء الحاصل عليه، أما إذا كانت هذه المشاكل بسبب التعارض بالحقوق بين الشركاء فإن القضاء أوجد حلولاً حاول من خلالها التقليل من حدة هذا التعارض.

ولأجل بيان الطرق التي يمكن لكل شريك أن يسلكها لحماية حقه فإننا سنقسم الدراسة في هذا المطلب على فرعين: نبحث في الأول منه دعاوى حماية الحق المشاع بين الشركاء، وفي الثاني منه دعوى المطالبة بالتعويض بين الشركاء، وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول

دعاوى حماية الحق المشاع بين الشركاء

تختلف الدعاوى التي يمكن للشريك من خلالها حماية حقه من قانون لآخر، وتختلف كذلك باختلاف الحق، فبالنسبة للقانون المدني الفرنسي فكما لاحظنا انه يشترط لمباشرة كل شريك للانتفاع بالمال المشاع أن يتفق الشركاء على ذلك أو ينظم الانتفاع من قبل القضاء، من ثم فإن عدم مراعاة هذا القيد من قبل أي شريك من الشركاء سوف يؤدي إلى الاضرار بباقي الشركاء، وعليه فإن الشريك يمكنه إقامة دعوى امام القضاء يطلب فيها تنظيم الانتفاع بالمشاع استناداً لأحكام المادة (٩/٨١٥) من القانون المدني الفرنسي متى ما تم الاستئثار بالمشاع خلافاً لما نص عليه المشرع، فلو كان المشاع داراً سكنية واستغلت من قبل احد الشركاء من غير موافقة باقي الشركاء ودون الحصول على اذن من المحكمة، فيحق لكل شريك الطلب من القضاء بالزام الشريك المستأثر بإخلاء الدار^(١).

(1) 1ère Chamber civile 26 October 2011 pourvoi n° 10-21802 .

1ère Chamber civile 30 janvier 2019 pourvoi n° 18-12403 =

إما في القانون المدني المصري فإن المشرع لم يتطرق إلى وسيلة معينة بذاتها يمكن للشريك اللجوء لها في مواجهة الشريك الآخر، إلا أن الفقه^(١) متفق على أن للشريك بالشروع حماية حقه من خلال دعاوى الحيازة، وبالرجوع للأحكام التي نظمت هذه الدعاوى نجد أنها على ثلاثة أنواع شرعت لحماية حائز العقار من التعرض الذي يقع له ويعكر صفو حيازته، وهي دعوى استرداد الحيازة ومنع التعرض ودعوى وقف الأعمال الجديدة، فقد نصت المادة (٩٥٨) من القانون المدني المصري على دعوى استرداد الحيازة بقولها: (١- لحائز العقار إذا فقد الحيازة أن يطلب خلال السنة التالية لفقدها ردها إليه...)، ونصت المادة (٩٦١) من ذات القانون على دعوى منع التعرض بقولها: (من حاز عقارا واستمر حائزاً له سنة كاملة، ثم وقع له تعرض في حيازته، جاز أن يرفع خلال السنة التالية دعوى بمنع هذا التعرض)^(٢)، وقد نصت المادة (٩٦٢) من القانون نفسه على دعوى وقف الاعمال الجديدة بالقول: (١- من حاز عقاراً واستمر حائزاً له سنة كاملة وخشي لأسباب معقولة التعرض له من جزاء أعمال جديدة تهدد حيازته، كان له أن يرفع الأمر إلى القاضي طالباً وقف هذه الأعمال...).

ومن استقراء النصوص أعلاه، يتضح لنا أن الغرض من دعوى استرداد الحيازة إعادة العقار إلى الحائز الذي سلبت منه الحيازة، أما دعوى منع التعرض فهي تهدف إلى حماية يد الحائز من كل تعرض يعكر عليه حيازته، سواء كان هذا التعرض مادياً أو قانونياً، أما دعوى وقف الاعمال الجديدة فإنها تهدف إلى وقف اعمال لم تتم بعد من شأنها أن تلحق ضرراً لو تمت، وتعتبر دعوى منع التعرض من اهم دعاوى الحيازة لأنها تقتصر على الحيازة الاصلية دون الحيازة العرضية^(٣)، وكذلك تشمل هذه الدعوى صور التعرض كافة بخلاف دعاوى الحيازة الأخرى التي يقتصر حكمها على صورة خاصة من التعرض^(٤)، ويشترط لإقامة الدعاوى أعلاه شروط هي: أن تكون هناك حيازة هادئة

=منشور على الرابط: www.legifrance.gouv.fr.com تاريخ آخر زيارة ٢٠٢١/٤/١ الساعة ٦:٤١م

(١) د. قدي عبد الفتاح الشهاوي، الحيازة كسبب من اسباب كسب الملكية في التشريع المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص٣١، رمضان جمال كامل، الحماية القانونية للحيازة، ط١، دار الألفي، القاهرة، ٢٠٠٢، ص٧٥ وما بعدها. ادريس الفاخوري، الحقوق العينية، دار نشر المعرفة، المغرب، ٢٠١٣، ص١٢٥.

(٢) ويقابلها نص المادة (١١٥٤) من القانون المدني العراقي.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج٩، ص١٢٦٣.

(٤) د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية، ج١، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٦٢، ص١٧٣.

لمدة لا تقل عن سنة، وأن ترفع الدعوى خلال سنة من وقوع التعرض أو سلب الحيابة أو بداية الاعمال الجديدة، فمتى ما توافرت في الحيابة شروطها كان لكل شريك اللجوء إلى دعاويها لحماية حقه، والحيابة واقعة مادية يرتب القانون عليها أثراً^(١)، والحكم في هذه الدعوى لا يبني على أساس ثبوت الحق أو نفيه لأن القانون قصد من وراءها حماية الحيابة لذاتها مجردة عن أصل الحق^(٢)، وأن وضع اليد معناه القانوني يقع على حصة مشاعة كما يقع على جزء مفرز، فلا يؤثر في قيامه وجود العين يد احد الشركاء، اذ يمكن لكل شريك بالشيوع ان يحمي يده بدعاوي وضع اليد^(٣).

وأكد القضاء المصري ما اتفق عليه الفقه وأعطى للشريك الذي حاز على جزء من المشاع أن يدافع عن حيازته تجاه الغير وتجاه باقي الشركاء من خلال دعاوى الحيابة، فقد قضت محكمة النقض تطبيقاً لذلك بأن: (لما كان الثابت من الأوراق - وبما لا خلاف عليه بين الخصوم أن المطعون عليهما تضرعان اليد على مساحة معينة في حدود حصتهما الشائعة المملوكة لهما التي تقع ضمن مساحة اكبر تمتلك الدولة بدورها حصة شائعة فيها فيكون لهما- بصفتها هذه- أن يستعينا بدعاوى اليد -ومنها دعوى منع التعرض- في حماية يدهم لمنع تعرض الطاعن لهما..)^(٤).

وإذا كان لكل شريك الحق باللجوء إلى دعاوى الحيابة لحماية حيازته فهل يشترط أن يكون محل الحيابة بقدر حصته؟

ذهب القضاء المصري في بعض أحكامه إلى وجوب أن يكون الجزء محل الحيابة بقدر حصة الشريك حتى يمكنه اللجوء لدعاوى الحيابة لحماية حيازته، وبالمقابل رد دعاوى الحيابة التي تقام ضده من قبل باقي الشركاء، فقضت محكمة النقض تطبيقاً لذلك بأن: (المقرر- في قضاء محكمة النقض - أن لكل من الشركاء على الشيوع حق ملكية حقيقية في حصته الشائعة، وأنه إذا تمكن أحدهم من البناء على جزء من العقار الشائع فإنه لا يعد بانياً على ملك غيره، وكل ما للشريك الآخر أن يطالب

(١) د. مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، ط٢، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٠، ص٢٥٧.

(٢) د. محمد المنجي، الحيابة، ط٣، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٣، ص١١١.

(٣) أنور طلبية، الملكية الشائعة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص٧١.

(٤) الطعن رقم ٨٩١ لسنة ٦٢ قضائية الصادر بجلسة ١٨/١/١٩٩٨ منشور على الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية على الرابط التالي: www.cc.gov.eg تاريخ آخر زيارة في ٢٥/١٢/٢٠٢٠ الساعة ٩:٠٥م.

من أقام البناء بقسمة العقار المملوك لهما على الشيوع ثم يرتب حقه على ما يظهر من نتيجة القسمة، إلا أن مناط ذلك أن يكون القدر الذي بنى عليه معادلاً لنصيبه فيه فإذا جاوزه اعتبر بانياً على ملك غيره بالنسبة لما أقامه على ما يجاوز حصته فيه^(١)، وذهبت في أحكام أخرى إلى جواز لجوء الشريك إلى دعاوى الحيابة حتى لو كان حائز لأكثر من نصيبه بالمشاع، فقضت تطبيقاً لذلك بأن: (المقرر - في قضاء محكمة النقض- أن المالك على الشيوع متى وضع يده على جزء مفرز من العقار فلا سبيل انتزاعه منه ولو جاوز نصيبه بغير القسمة وإنما يقتصر حق الشركاء على طلب مقابل الانتفاع، لا يعدو أن يكون ترديداً للقواعد العامة التي تحمي الحائز الذي يستند إلى سبب صحيح حين تتوافر في حيازته كافة الشروط القانونية لحماية الحيابة، فلا تسلب الحيابة استناداً إلى مجرد الارتكاز إلى اصل الحق، كما تضمن هذا المبدأ بياناً لدعاوى أصل الحق الذي يجوز رفعه فحصرها أما في القسمة أو مجرد بطلب مقابل الانتفاع عن الجزء الزائد عن النصيب لأن الشريك المشاع مالك لكل ذرة في المال الشائع ...)^(٢).

إما على مستوى القانون العراقي فهو الآخر لم يحدد الوسيلة التي يمكن من خلالها لكل شريك أن يدافع بها عن حقه بالمشاع، وهناك من يرى امكانية الشريك التمسك بدعاوى الحيابة كما هو الحال في القانون المصري^(٣)، وهذا ما لا يمكن قبوله لأن دعاوى الحيابة تدور وجوداً وعدمياً مع الحيابة وإذا كانت لها قبول في القانون المصري لأن من حق الشريك أن يمتلك حصة غيره من الشركاء في الملكية المشاعة بالاستناد لواقعة الحيابة^(٤)، وهذا ما أكدته القضاء العراقي اذ جاء بأحد قراراته بأنه:

(١) الطعن رقم ٦٧٩٦ لسنة ٨٢ قضائية الدوائر المدنية - جلسة ٢٠١٦/٠٢/٢٧، الطعن رقم ٢٦٥٤ لسنة ٦٧ في

٢٠١٠/٠٢/١٥. منشور على الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية على الرابط التالي: www.cc.gov.eg

تاريخ آخر زيارة في ٢٥/١٢/٢٠٢٠ الساعة ١٥:٠٥م.

(٢) الطعن رقم ١١٤٦٠ لسنة ٨٥ قضائية الصادر بجلسته ٢٤/١٢/٢٠١٦. منشور على الموقع الالكتروني لمحكمة

النقض المصرية على الرابط التالي: www.cc.gov.eg تاريخ آخر زيارة في ١/١٢/٢٠٢٠ الساعة ١٥:٣م.

(٣) د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية، مصدر سابق، ص ١١٨.

(٤) وأكدت ذلك محكمة النقض المصرية في العديد من احكامها ومنها الطعن رقم ٣١٢٦ لسنة ٧٤ قضائية الصادر بجلسته ٥/٦/٢٠١٤ (المقرر في قضاء محكمة النقض أنه ولئن كان ليس ثمة ما يحول دون الشريك في العقار الشائع أن يكسب بالتقادم ملكية حصة أحد شركائه المشتاعين إلا أن ذلك مشروط بأن يكون قد استطاع أن يحوز هذه الحصة حيابة تقوم على معارضة حق المالك لها على نحو لا يترك محلاً لشبهة الغموض أو الخفاء أو مظنة التسامح) =

(...ان طرفي الدعوى شركاء على الشيوع وبالتالي لا يمكن تطبيق أحكام الحيابة بشأن دعوى المدعي لأن دعاوى الحيابة لا حضور لها بين الشركاء في الملكية الشائعة وانما لتلك الملكية احكاما خاصة في القانون المدني...^(١))، ومن ثم فلا مجال لتطبيق أحكام دعاوى الحيابة بين الشركاء بالشيوع.

وذهب القضاء العراقي إلى تطبيق الاحكام العامة لدعاوى الحق العيني^(٢) وهما دعوى منع المعارضة ودعوى رفع التجاوز، وأن أساس هذه الدعاوى هو الغصب اذ أنها تدور وجوداً وعدمًا مع الغصب الذي يعرف بأنه أخذ مال متقوم بلا إذن ممن له الاذن على وجه يزيل يده بفعل في المغصوب^(٣)، وقد أشار القضاء العراقي إلى أن الغصب هو: (وضع المدعى عليه اليد على الأرض والتصرف بها بدون سبب قانوني سند اتفاقي ..)^(٤)، فبالنسبة لدعوى منع المعارضة فلم ينص عليها المشرع العراقي وإنما أوجدها التطبيق العملي للمحاكم، وهي دعوى تقام في محكمة البداية على من يعارض الشريك بالانتفاع بحقه والزام غاصب العقار الذي شغل العقار بدون وجه حق وبدون مسوغ قانوني أو أباحه من المالك برده إلى صاحب الحق فيه، وتجد أساسها بالنسبة للعقار في نص المادة (١٩٧) من القانون المدني العراقي التي تنص على: (المغصوب أن كان عقارا يلزم الغاصب رده إلى صاحبه...)، وهنا لنا أن نتساءل هل يمكن إقامة هذه الدعاوى من قبل الشريك الذي يستأثر بجزء مفرز بقدر حصته من المشاع، وبالمقابل هل يمكن اقامتها عليه؟

استقرت محكمة التمييز الاتحادية على رد دعوى منع المعارضة التي يقيمها الشريك على احد الشركاء إذا ثبت أن هذا الشريك يستغل بالمشاع بقدر سهامه، وأصدرت تطبيقاً لذلك العديد من القرارات ومنها: (...ان الطرفين المتنازعين شركاء مع اخرين في الحقوق التصرفية لقطعة الأرض

=منشور على الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية على الرابط التالي: www.cc.gov.eg تاريخ آخر زيارة في ٢٠٢٠/١٢/٤ الساعة ٢:٥٠م.

(١) قرار محكمة استئناف المثني بصفقتها التمييزية الاتحادية المرقم ٦/ت/ح/ ٢٠١٦ في ٢٠١٦/٩/٥، غير منشور.

(٢) وهي الدعاوى التي تستند إلى حق عيني ويجوز رفعها على اي شخص تقول إليه حيابة العين. د. آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، العاتك، القاهرة، دون سنة نشر، ص١٢٧-١٢٨.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج١، دار النهضة، القاهرة، ص٥٢.

(٤) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٣٩٧٩/الهيئة المدنية عقار /٢٠١٢ في ٢٠١٢/١٠/٩ أشار اليه: لفته هامل، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني والإصلاح الزراعي، ج٤، مطبعة الكتاب، بغداد، ٢٠١٣، ص٣٥.

الزراعية المرقمة ٨٦/٤٧ الضابطة وان المدعي/ المميز عليه يستغل مساحة ١٢٥٠ متر وهي المساحة التي تعادل حصته الشائعة حسب استحقاقه في صورة السجل العقاري المبرز فتكون مطالبته بمنع المعارضة لا سند لها من القانون...^(١).

إما بالنسبة لإمكانية إقامة الدعوى على الشريك الذي يستغل بقدر سهامه، فلم يكن هناك اتجاه ثابت لمحكمة التمييز الاتحادية، فقد ذهبت إلى رد الدعوى إذا ثبت أن الشريك الخصم ينتفع بقدر سهامه، وقد أصدرت العديد من القرارات تطبيقاً لذلك منها: (... أن المحكمة ذهبت إلى حسم الدعوى قبل أن تتحقق عما إذا كان ما يستغله المميز/ المدعى عليه يعادل سهامه الشائعة في القطعة موضوع الدعوى ام يزيد عنها فإذا ثبت للمحكمة أن الاستغلال الحاصل من قبل المميز بقدر سهامه أن تقضي برد الدعوى...^(٢)، من ثم لا يمكن إقامة دعوى منع المعارضة على الشريك إلا إذا كان واضح يده على أكثر من سهامه، إلا أن محكمة التمييز الاتحادية أصدرت العديد من القرارات التي تناقض تماماً الاتجاه السابق، إذ أنها قررت الحكم بمنع المعارضة الحاصلة من الشريك حتى وأن كانت المساحة الواضع يده عليها بقدر حصته، إذا جاء بقرار لها: (...ان المدعين والمدعى عليه شركاء في حق التصرف بالقطعة موضوع الدعوى وأن المدعى عليه قد اقر بوضع يده واستغلاله لجزء من القطعة أعلاه وبالبلغة ٢٠٣٦ م ٢ حسبما هو ثابت من تقرير الخبراء المساحين الثلاثة وبهذا تكون دعوى المدعين بالمطالبة بمنع معارضة المدعى عليه لهما في سهامها بالقطعة اعلاه وارده قانوناً لأن كل شريك في الملك الشائع اجنبي في حصة الشريك الاخر وليس له الاستغلال أو الانتفاع بهذه السهام إلا بموافقة الشريك الاخر وبرضاه كما أن موضوع استغلال المدعى عليه لمساحة اقل من عدد سهامه في القطعة أعلاه ليس له أي حضور ودفع غير منتج لأن أحكام الملكية الشائعة التي عالجها القانون

(١) القرار المرقم ١٠٨٧/الهيئة المدنية/ ٢٠١٦ في ٢٠١٦/٣/١٠ (غير منشور). ينظر: القرار المرقم ٤٥٣/الهيئة المدنية، ٢٠١٨ في ٢٠١٨/١/٢١ (غير منشور)، وكذلك القرار المرقم ٣٣٤٢/الهيئة الاستئنافية عقار/ ٢٠١٦ في ٢٠١٦/٦/٧ (غير منشور).

(٢) القرار المرقم ٤٢٩/ الهيئة المدنية/ ٢٠١٤ في ٢٠١٤/٨/١٤، (غير منشور). ينظر: القرار المرقم ٢٣٤٠/الهيئة الاستئنافية عقار / ٢٠١٦ في ٢٠١٦/٤/١٩ (غير منشور). والقرار المرقم ١٧٣٦/ الهيئة الاستئنافية عقار/ ٢٠١٥ في ٢٠١٦/٣/١٦ (غير منشور).

المدني العراقي اعتبرت الشريك يملك في كل ذرة من ذرات المال الشائع بغض النظر عن عدد سهامه أو سهام الشريك الاخر...^(١).

ولما كان الغرض من دعوى منع المعارضة رفع التعرض الواقع على الشريك، فإن ذلك لا يتم إلا من خلال الزام المدعى عليه بتسليم الجزء محل النزاع إلى المدعي فمن ثم من الضروري أن تحكم المحكمة بتسليم العقار إلى المدعي حتى لو لم يطلب ذلك في عريضة دعواه، إذ جاء في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية أنه: (...تسليم الدار للمدعي خالية من الشواغل وأن لم يطلبه المدعي بدعوى منع المعارضة لكنه يعتبر من متماتها ولا يعد الحكم به زيادة على الادعاء...^(٢))، إلا أن القضاء العراقي وبسبب الطبيعة الخاصة للشيوع فإنه توجه توجهاً مختلفاً عما مستقر عليه بالنسبة لدعوى منع المعارضة وذلك من خلال الحكم بمنع المعارضة دون التسليم، ولهذا الحكم ما يبرره لأن الواقع العملي يفرض ذلك؛ فالتسليم يتطلب الإفراز وهذا غير ممكن ما دامت حالة الشيوع لا تزال قائمة.

إما دعوى رفع التجاوز فتجد أساسها القانوني بنص المادة (١١١٩)^(٣) من القانون المدني العراقي التي اطلق عليها تسمية قلع المحدثات، إلا أن العرف القضائي والمحاكم اعتادت على تسميتها بدعوى رفع التجاوز^(٤)، وكان القضاء العراقي في السابق يعطي الحق للشريك في اقامة دعوى رفع التجاوز على الشريك الآخر، وقد أصدرت محكمة التمييز الاتحادية العديد من القرارات بهذا الصدد ومنها: (...من الثابت أن طرفي الدعوى والآخرين شركاء على الشيوع في القطعة المرقمة ٣/٦٩ م ٢٩م الخرابية وأن المدعى عليه قام بتشديد الدار عليها دون إذن وموافقة باقي الشركاء ... ولا سيما أن إقامة البناء

(١) القرار المرقم ٣٩٥٤/ الهيئة الاستئنافية عقار /٢٠١٩/ في ٢٠١٩/٨/٢٨ (غير منشور). ينظر: القرار المرقم ١٧٣٢/ استئنافية عقار /٢٠١٦/ في ٢٠١٦/٤/٤ (غير منشور).

(٢) القرار المرقم ٣٢٤م/٢/١٩٧٨ في ١٩٧٨/٧/٥ ، أشار له: إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، القسم المدني، مطبعة العمال المركزية، بغداد، ١٩٨٨، ص ٦٩٦.

(٣) نصت المادة (١١١٩) من القانون المدني العراقي على: (إذا احدث شخص بناءً أو غراساً أو منشآت اخرى بمواد من عنده على ارض يعلم انها مملوكة لغيره دون رضاه صاحبها، كان لهذا أن يطلب قلع المحدثات على نفقة من احدثها، فإذا كان القلع مضرراً بالأرض، فله أن يمتلك المحدثات بقيمتها مستحقة للقلع).

(٤) رعد سعد الامامي، الاجراءات العملية لدعوى منع المعارضة ورفع التجاوز، مطبعة كتاب، بغداد، ٢٠١٨، ص ١٩.

على العقار الشائع يجب أن يتم بموافقة الشركاء جميعاً لأنه من أعمال الإدارة غير المعتادة التي تستوجب الإجماع لذلك يكون الحكم ابتدائي القاضي برفع التجاوز دون التسليم له سند من القانون تقرر تصديقه^(١).

وأمام المشاكل التي أحدثها الاتجاه السابق، فقد عدلت محكمة التمييز الاتحادية عن ذلك واستقرت على عدم جواز إقامة دعوى رفع التجاوز بين الشركاء في الشيوخ، فقضت على: (...إذا تأيّد أن العقار مشاع بين الطرفين كل حسب سهامه في سند الملكية ومشيد عليه عمارة ودار مفرزة بصورة غير رسمية فلا يحق للمدعي طلب إلزام شريكه المدعى عليه برفع التجاوز وإزالة الابنية والمنشآت التي قام بإحداثها في العقار أن رفع التجاوز يكون بين الاغيار وبإمكان الشريك في المال الشائع المطالبة بأجر المثل في حالة قيام الشريك الآخر بتشييد منشآت دون موافقته (المادة ١٠٦٣/٢) مدني وتكون دعواه واجبة الرد...^(٢).

الفرع الثاني

دعوى المطالبة بالتعويض بين الشركاء

قد يستأثر أحد الشركاء بجزء أو بكل المال المشاع على نحو يسبب الضرر لباقي الشركاء ليكون هذا سبباً تؤسس عليه طلبات باقي الشركاء للمطالبة بالتعويض عن الحرمان من الانتفاع بالمشاع، على اعتبار أن هذا الحق - الانتفاع - هو لجميع الشركاء فيجب على الشريك مراعاة حقوق باقي الشركاء عند انتفاعه بالمشاع^(٣)، ويعرف التعويض بأنه مبلغ من النقود أو اية ترضية من جنس الضرر تعادل ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب كانا نتيجة طبيعية للفعل الضار^(٤)،

(١) رقم القرار ٣٧٦/هيئة استئنافية/عقار/٢٠٠٩ في ٢٩/١٠/٢٠٠٩ (غير منشور). القرار رقم ٢٢٨/ الهيئة الاستئنافية/٢٠٠٧ في ٢٠/٦/٢٠٠٧ أشار اليه: علاء صبري التميمي، المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية، ط٢، مكتبة صباح، بغداد ٢٠٠٩، ص ٢٢١.

(٢) عدنان مايح بدر، دعاوى البداء واحكامها في القانون العراقي، مطبعة كتاب، بغداد، ٢٠١٩، ص ٤٢٥.

(٣) د. سمير كامل، شرط الملكية في الرهن العقاري، ج٤، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة، ١٩٧٨، ص ٣٧١.

(٤) د. صدقي محمد امين عيسى، التعويض عن الضرر ومدى انتقاله للورثة، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٤، ص ٤٧.

والأصل في التعويض أن يكون نقدياً^(١)، إلا أن ليس هناك ما يمنع أن يكون التعويض غير نقدي يمكن من خلاله تحقيق ترضية من جنس الضرر للمضرور ليزال الضرر عيناً^(٢).

وفيما يتعلق بدعوى المطالبة بالتعويض بين الشركاء، فإن المشرع الفرنسي أشار إلى ذلك صراحةً بنص المادة (٩/٨١٥) من القانون المدني التي تنص على: (... يكون الشريك على الشيوع الذي يستعمل الشيء الشائع أو ينتفع به حصرياً، ملزماً بالتعويض، ما لم يتفق على خلاف ذلك)، استناداً لهذا النص يحق لأي من الشركاء الرجوع على شريكه الآخر للمطالبة بحقه عما أصابه من ضرر نتيجة لسوء استعمال المال المشاع أو استغلاله من غير موافقة باقي الشركاء^(٣)، ولم يحدد النص طريقة تقدير التعويض، لذا فإن سلطة القاضي تكون واسعة في هذا الأمر، فلو كان العقار مشاعاً بين شخصين واستأثر به احدهما من غير موافقة الآخر لمدة من الزمن، وأقام الشريك الآخر دعوى أمام القضاء للمطالبة بتعويضه عما أصابه من ضرر بسبب استئثار الشريك الآخر بالمشاع، فهنا يمكن للمحكمة أن تعوض الشريك المتضرر من خلال إلزام الشريك المستأثر بدفع مبلغ من النقود كتعويض عن الضرر الذي لحق بالشريك، أو تمكينه من الاستئثار بالمشاع لمدة موازية للمدة التي استأثر بها الشريك الآخر، وقد يكون التعويض العيني على الوجه المبين أعلاه في حالة الشيوع هو الأقرب إلى العدالة من التعويض النقدي، لاسيما أن المشرع الفرنسي قد اعطى للقضاء سلطة في تنظيم الانتفاع بين الشركاء، إلا أن التعويض النقدي هو الأسلوب الأبرز للتعويض ولعل السبب في ذلك يرجع إلى أن النقود أضافة لكونها وسيلة تبادل هي وسيلة تقويم، فمتى ما تعذر الحكم بالتعويض عيناً قدر

(١) جاء في قرار لمحكمة ريوم الفرنسية أنه: (مع أن الحكم بالتعويض النقدي أكثر شيوعاً، إلا أن نصوص القانون الفرنسي لا تستبعد أو تتناقض الحكم بالتعويض مع الاشكال الأخر غير النقود). نقلاً عن: د. حسن الخطيب، نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، مطبعة الحداد، البصرة، ١٩٦٨، ص ٢٤٨.

(٢) د. سليمان مرقس، المسؤولية في تقنيات البلاد العربية، مطبعة الجيلاوي، القاهرة، ١٩٧١، ص ٦٠٢.

(3) DAGOT. L. indivision. loi du 31 decembre 1976 L.I.T.E.C, p.122. 123. MAZEAUD h.l.j CHABAS f. leceon de droit civil, T3.2evol, biens, 6 ed par gianviti f. montchrestien 1984, p513to other. Gerard cornu, droit civi, introduction les persones, les bien, 8ed, montchrestien, 1997, p413. أشار اليه: قتيبة مهدي صالح، مصدر سابق، ص ٨٦، ٧٢.

التعويض بمقابل نقدي^(١)، وهذه الصورة من التعويض اعتمدها محكمة النقض الفرنسية في العديد من قراراتها فيما بين الشركاء، ففي قرار لها قضت بأن: (... أن التعويض الذي يدفع بالاستناد إلى المادة ٨١٥-٩ من القانون المدني للفرد يجب أن يحدد في ضوء القيمة الإيجارية للعقار، ولذلك يجب حساب مبلغ هذا البديل بالرجوع إلى القيمة الإيجارية للممتلكات المعنية...)^(٢).

والتعويض النقدي يضاف إلى نفس المشاع وذلك تطبيقاً لمبدأ تراكم الثمار المشار إليه في المادة (٨١٥/١٠) من القانون المدني الفرنسي التي نصت على: (... تضاف ثمار وإيرادات المال الشائع إلى الشيوخ، ما لم يكن هناك قسمة مؤقتة بين الشركاء أو أي اتفاق آخر ينظم الانتفاع بالمال الشائع)^(٣)، ففي حال انتفع احد الشركاء منفرداً في المال المشاع أو بجزء منه فإن ثمار هذا المال وعائداته تضاف إلى اصل المشاع وتوزع على الشركاء جميعاً كل حسب حصته، إذ يستحق كل شريك تعويضاً بما يناسب الضرر الذي لحقه جراء هذا الاستئثار^(٤).

وعليه فإن كل شريك يستأثر بالمشاع أو بجزء منه خلافاً لما نص عليه المشرع من قيود يكون ملزماً بدفع تعويض لباقي الشركاء، إلا أن هناك حالة خاصة اعفى بها المشرع الفرنسي الشريك المستأثر بالمشاع من دفع التعويض وهي ما إذا استأثر أحد الزوجين بمنزل الزوجية المشاع مع الأطفال أثناء دعوى الطلاق لحين صدور الحكم^(٥).

(١) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج٢، الفعل الضار والمسؤولية المدنية، ط٥، دار النهضة العربية، ١٩٥٧، ص٥٢٨

(2) Cour de cassation, chamber civile1, 1 April 2018, n° 17.495-17.

قرار منشور على الرابط: www.legifrance.gouv.fr.com تاريخ آخر زيارة ٢٠٢١/٢/١ الساعة ٢٠:٠١م

(3) L'article 815-10: (les fruits et les revenus des biens indivis accroissent à l'indivision, à défaut de partage provisionnel ou de tout autre accord établissant la jouissance divise).

(٤) دفاص فوزي، تنظيم الملك المشاع في القانون المدني، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ٢٠١٢، ص٢٤.

(5) Cour de cassation, chamber civile1, 3 octobre 2019, n° 18-20430. Cour de cassation, chamber civile1, 11 juill 2019, n° 17-31091.

قرار منشور على الرابط : <https://www.doctrine.fr/> تاريخ آخر زيارة ٢٠٢٠/١٢/١٥ الساعة ٢٠:٣م.

إما بالنسبة للمشرع المصري، فإنه لم ينص على وجوب التعويض في حالة استئثار أحد الشركاء بالمشاع ضمن الاحكام المنظمة للشيوخ، إلا أن هذا لا يعني أنه لا يمكن إلزام الشريك الغاصب لحصص باقي الشركاء من دفع التعويض لهم^(١)، فيمكن مطالبته استناداً للأحكام العامة للمسؤولية التصيرية، فيمكن إلزام الشريك المستأثر بدفع مقابل انتفاعه بالحصصة المفترزة، ويقدر هذا المقابل بما يستحقه من الربح^(٢)، وتجد دعوى الربح أساسها في المادة (٨٠٤) من القانون المدني التي تنص على: (لمالك الشيء الحق في كل ثماره ومنتجاته وملحقاته ما لم يوجد نص أو اتفاق يخالف ذلك)، وقد قضت محكمة النقض تطبيقاً لذلك بأنه: (... إجابة المطعون ضدها على طلبها بتثبيت ملكيتها على الشيوخ لحصتها الميراثية وتسليمها حكماً وإعادة الدعوى للخبير لتقدير الربح المستحق لها...)^(٣).

وعلى مستوى التشريع العراقي، فقد أشار المشرع صراحةً إلى التعويض بموجب المادة (٢/١٠٦٣) من القانون المدني التي نصت على: (ويجوز لكل منهم حق الانتفاع بحصته، فإذا انتفع بالعين كلها في سكنى ومزارعة أو إيجار أو غير ذلك من وجوه الانتفاع بلا اذن شركائه، وجب عليه لهم أجر المثل ...)، ويلاحظ أن المشرع عالج حالة التعويض عن انتفاع الشريك بكل المشاع دون اذن باقي الشركاء، وحصره بالتعويض النقدي وحدد طريقة احتسابه من خلال أجر المثل، ولم يرد المشرع تعريفاً لأجر المثل رغم النص عليه كتعويض للكثير من الحالات^(٤)، وقد أشارت إليه محكمة التمييز الاتحادية بالقول: (... أن أجر المثل تعويض عن منفعة وهو يقوم مقام الفائدة ولا يصح الفائدة على متجمد الفوائد ولهذا لا يحكم بالفائدة عن أجر المثل...)^(٥)، ويدور أجر المثل وجوداً وعدمياً مع الغصب، حيث جاء بقرار لمحكمة التمييز الاتحادية بأن: (... أجر المثل للمنفعة يدور وجوداً وعدمياً

(١) عبد الوهاب عرفه، الوجيز في استعمال وإدارة المال الشائع، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٣٢.

(٢) أنور طلبية، الملكية الشائعة، مصدر سابق، ص ٦٩.

(٣) الطعن المرقم ١١٤٢ لسنة ٦٧ قضائية في ٢٠١١/٥/٨، منشور على الموقع الإلكتروني لمحكمة النقض المصرية على الرابط التالي: www.cc.gov.eg تاريخ آخر زيارة في ٢٠٢٠/١١/٥ الساعة ٢٠:٤٥ م.

(٤) كما جاء في نص المادة ١٩٧ والمادة ١١٧٦ من القانون المدني العراقي.

(٥) القرار المرقم ٢٩٣/الهيئة الموسعة/٢٠١٧ في ٢٠١٧/١٠/١٧، غير منشور.

مع وجود حالة الغصب أو المعارضة في استيفاء المنفعة فإذا لم يثبت الغصب أو المعارضة فترد دعوى المدعي...^(١).

ويلاحظ أن المشرع العراقي قد اشترط الانتفاع حتى يمكن إلزام الشريك بأجر المثل، فما حكم استئثار الشريك بالمشاع دون أن ينتفع به؟ فهل يُلزم بأجر المثل؟

بتطبيق حرفية نص المادة (٢/١٠٦٣) من القانون المدني العراقي لا يمكن إلزام الشريك بأجر المثل طالما لم ينتفع بما استأثر به، إلا أنه يمكن مطالبته بالتعويض استناداً للأحكام العامة للغصب وبالخصوص نص المادة (١٩٧) من القانون المدني التي نصت على: (المغصوب إذا كان عقاراً يلزم الغاصب برده إلى صاحبه مع أجر مثله...)، وكذلك نص المادة (١/١١٧٦) من القانون المدني التي نصت على: (إذا غصب احد ارضاً اميرية فللمتصرف في هذه الأرض أن يستردها منه وأن يرجع بأجر المثل عن مدة بقائها في يده)، من ثم يمكن الرجوع على الشريك اذا ما غصب المشاع أو جزء منه بدعوى أجر المثل حتى ولو لم ينتفع به فعلاً لأن المشرع لم يشترط الانتفاع بالمغصوب لأن الغاصب يعتبر سيء النية وبالتالي بمجرد الغصب تتحقق مسؤوليته ويلزم بأجر المثل، وعليه فإن القضاء العراقي يحكم بأجر المثل استناداً لأحكام المادة (٢/١٠٦٣) من القانون المدني بين الشركاء المشتاعين باعتباره ريع للمشاع، ويحكم بأجر المثل استناداً لأحكام المادة (١٩٧) والمادة (١١٧٦) من القانون المدني بين الشركاء بسبب فوات المنفعة الناجم عن الغصب، وقد اكد القضاء العراقي ذلك في العديد من القرارات منها: (... وحيث أن الثابت بأن الطرفين شركاء على الشيوع في القطعة موضوع الدعوى وأن المحكمة استمعت للبيئة الشخصية التي ايدت دعوى المدعين وأجرت الكشف على القطعة موضوع الدعوى بمعرفة خبير مساح وخبير قضائي لتحديد أجر المثل المطالب به وحيث أن الشركاء في المال الشائع يشتركون بكل ذرة من ذرات المال الشائع وأن استغلال أي شريك لأي جزء دون موافقة بقية الشركاء يوجب أجر المثل المادة (٢/١٠٦٣) من القانون المدني...)^(٢)، وجاء في قرار آخر بأن: (وجد أن الحكم المميز صحيح وموافق للقانون وجاء اتباعاً لقرار النقض الصادر

(١) القرار المرقم ٨٧١ في ١٢/٥/٢٠٠٨، أشار إليه: علاء صبري التميمي، المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز، بغداد، ٢٠٠٩، ص ٣١.

(٢) القرار المرقم ٥٧٦٣/الهيئة الاستئنافية عقار /٢٠١٥ في ١٢/١١/٢٠١٥ (غير منشور).

عن هذه المحكمة بالعدد ٣٤٨٥ / استئنافية عقار / ٢٠١٣ في ٢٦/٦/٢٠١٣ حيث اجرت تحقيقاتها على ضوءه واستمعت إلى البينة الشخصية للمدعيتين والتي ايدت استغلال المدعى عليهما سهامهما دون أن يدفعوا لهما أجر للفترة المدعى بها وبذلك يعدون غاصبين لسهامهما ويلزمون بأجر المثل المادة (١٩٧) مدني...^(١).

وإذا كان القضاء العراقي يقضي بأجر المثل كتعويض عن انتفاع الشريك منفرداً بالمشاع من غير موافقة باقي الشركاء، فهل أن الحكم يختلف فيما لو كان انتفاع الشريك بقدر حصته؟

لم يكن للقضاء العراقي موقف محدد بهذا الشأن، فقد ذهب محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها أن الشريك لا يلزم بأجر المثل إذا كان الجزء المنتفع به بقدر حصته من المشاع، وبالمقابل إذا كان الانتفاع بجزء يزيد عن حصته فإنه يلزم بأجر المثل لما زاد عن حصته، فقضت بأن: (.... إذا كانت الوحدة السكنية المشغولة من قبل المدعى عليه في العقار المشاع بينه وبين المدعي تزيد مساحتها على مساحة سهامه حسب صورة قيد العقار فإنه يكون ملزماً بأن يؤدي للمدعي أجر المثل عن المساحة الزائدة المذكورة...)^(٢)، إلا أنها قد استقرت على أن الشريك يلزم بأجر المثل لباقي الشركاء وأن كان انتفاعه بجزء يعادل حصته أو اقل منها، فقضت بأن: (استغلال الشريك لجزء من العقار الشائع بما يعادل أو اقل من حصته الشائعة بدون اذن أو موافقة الشركاء الآخرين لا يحرم الشريك الاخر من المطالبة بأجر مثل سهامه في ذلك الجزء، لأن مجرد استغلال أو الانتفاع بالعين الشائعة كلاً أو جزء بدون اذن أو موافقة الشركاء الآخرين يجعل الضرر متحققاً الذي قصدته المادة ١/١٠٦١ مدني وذلك للارتباط المصيري لحقوق بقية الشركاء بالعين الشائعة برمتها كونهم يملكون في كل ذرة من ذرات المال الشائع وفي ذات الوقت فإن كل شريك اجنبي في حصته عن حصة الشريك الآخر)^(٣).

(١) القرار المرقم ٥٢٤ / الهيئة الاستئنافية عقار / ٢٠١٤ في ٢٢/١/٢٠١٤ (غير منشور).

(٢) القرار المرقم ٢٩٥٣ / الهيئة الاستئنافية عقار / ٢٠١٢ في ١/٧/٢٠١٢ أشار اليه: سعد جريان التميمي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية القسم المدني، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٦، ص ١٦٠.

(٣) القرار المرقم ٢٨٨ / الهيئة الموسعة المدنية، ٢٣/١٠/٢٠١٩ (غير منشور).

هذا ويحدد التعويض من قبل القضاء بالاستعانة برأي الخبير أي بالاستناد إلى النتائج العملية التقييمية التي يتولاها الخبير لأن التقييم هو مسألة فنية محضة تحتاج بالضرورة إلى أهل الخبرة^(١)، ويقوم الخبير القضائي بعمله معتمداً على تجربته ومعرفته الواسعة في السوق العقارية متوجهاً عمله بوثيقة تسمى تقرير، هذا وتعتمد في الغالب القيمة الإيجارية^(٢) - أجر مثل العقار - كطريقة تقييم عن الحرمان من الانتفاع، وهو النهج المتبع في القضاء الفرنسي، إذ جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية بأن: (...محكمة الاستئناف كانت محقة لما اعتبرت أن التعويض عن الاستئثار الملقى بموجب المادة ٨١٥-٩ على عاتق المالك المشتاع الذي انتفع بمفرده من العقار الشائع يجب أن يحدد بالنظر إلى القيمة الإيجارية^(٣)، وهذا - أجر مثل العقار - ما نص عليه المشرع العراقي كميّار لتقدير التعويض، فاعتادت المحاكم عند إقامة دعوى أجر المثل أن توكل تقدير أجر المثل إلى أهل الخبرة وهم الخبراء القضائيين وهؤلاء يقدرّون أجر المثل للعقار موضوع الدعوى قياساً على عقار آخر مجاور ومماثل بالمساحة والاستغلال^(٤)، ليحصل المطالب بأجر المثل على أجر يتناسب مع المنفعة التي حرم منها دون مغالاة^(٥)، إلا أن المشرع العراقي تدخل بتحديد أجر المثل لدوافع إنسانية في حال كان المشاع دار سكنية موروثّة ومشغولة من قبل زوجة المتوفى أو أحد من ورثته القاصرين أو كليهما، ففي هذه الحالة يستحق بقية الورثة الراشدين أجر مثل حصتهم من الدار بما لا يتجاوز ١% من قيمتها

(١) إبراهيم زعيم الماسي، تقدير التعويض عن الاعتداء المادي على الملكية العقارية، بحث مقدم إلى معهد الدراسات العليا في المهن القضائية والقانونية، المغرب، ص ١٢٠.

(٢) وتعرف القيمة الإيجارية بأنها: مبلغ الايجار الذي يمكن الحصول عليه إذا كان العقار مستأجراً.

Quentin Guiguet-Schielé, L'indivisaire locataire n'est pas débiteur d'une indemnité d'occupation, 15 mai 2020, p4.

مقال منشور على الرابط: WWW.Dalloz-Actualité.fr.com تاريخ اخر زيارة في ٢٠٢٠/٢/٢ الساعة: ٥٥:٠٧م.

(3) 1ère chamber civ, 27 october 1992, n°265.

قرار منشور على الرابط : <https://www.doctrine.fr/> تاريخ آخر زيارة ٢٠٢٠/٩/١٠ الساعة ٧:٣٣ م.

(٤) انظر القرار الصادر عن محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٣٥٦/٢م/٢٠٠٠ في ٢٠٠٠/٢/١ أشار إليه: رعد سعد الامامي، الإجراءات العملية لدعوى أجر مثل العقار، ط١، مطبعة الكتاب، بغداد، ٢٠٢٠، ص ٤.

(٥) القرار رقم ١٥١/١٠ الهيئة الاستئنافية العقار/٢٠٠٩، ٢٥/١/٢٠٠٩ (غير منشور).

المقدرة من قبل دوائر ضريبة العقار وفق أحكام قانون أيجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل وذلك عملاً بأحكام قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (٢/١٠٤١)^(١).

وتتقدم دعوى المطالبة بالتعويض بين الشركاء في الشيوع بالنسبة للقانون الفرنسي بعد مرور خمس سنوات استناداً للمادة (١٠/٨١٥) من القانون المدني التي نصت على: (لا تقبل أي مطالبة بالثمار والعائدات بعد أكثر من خمس سنوات اعتباراً من التاريخ الذي تم فيه تحصيلها أو كان يمكن تحصيلها فيه...)^(٢)، وعلى الرغم من أن هذا النص لم يشر إلى التعويض صراحةً إلا أن الرأي السائد في الفقه الفرنسي هو تطبيق أحكام التقادم الخمسي الذي أشارت إليه هذه المادة على التعويض، لأن التعويض الواجب على الشريك لصالح باقي الشركاء عند استنثاره بمنفعة المال المشاع يحل محل ثمار وإيرادات هذا المال في حالة تأجيله للغير ومن ثم يجب أن يعامل نفس المعاملة^(٣)، وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية^(٤)، أما بالنسبة للمشرع المصري والعراقي فإنهما لم يشيرا إلى تقادم دعوى المطالبة بالتعويض بين الشركاء بنص خاص ضمن أحكام الشيوع، ومن ثم فإن دعوى المطالبة بالتعويض بين الشركاء تتقدم بموجب القواعد العامة للتقادم، ولما كان التعويض لا يعد إيراداً فهو لا يخضع للتقادم الخمسي وإنما يخضع للتقادم الطويل استناداً لنص المادة (٢/٣٧٥) من القانون المدني المصري التي تنص على: (ولا يسقط الربح المستحق في ذمة الحائز سيء النية، ولا الربح الواجب على ناظر الوقف أداءه للمستحقين، إلا بانقضاء خمس عشرة سنة)، ونص المادة (٢/٤٣٠) من القانون المدني العراقي التي تنص على: (أما الربح المستحق في ذمة الحائز سيء النية والربح الواجب

(١) منشور على موقع قاعدة التشريعات العراقية على الرابط: <http://iraqlid.hjc.iq.com> تاريخ آخر زيارة : ٢٠٢٠/٢/٧ الساعة ٨:٢٤ م.

(2) Aux termes de cet article 815/10: (Aucune recherche relative aux fruits et revenus ne sera, toutefois, recevable plus de cinq ans après la date á laquelle ils ont été percussés ou auraient pu l'être.chaque indivisaire a droit aux benefices provenant des biens indivis et supporte les pertes proportionnellement á ses droits dans l'indivision).

(3) Breton, La loi N 76-1286 du 31 Decembar sur l'organsation de l'indivision , Rev dr. rural, 1976, p.329.

(4) Cour de cassation, chamber civile1, 7 Février 2018, n° 16-28.686.

قرار منشور على الرابط : <https://www.doctrine.fr/> تاريخ آخر زيارة ٢٠٢٠/١٢/١ الساعة ٩:٣٣ م.

على متولي الوقف اداؤه للمستحقين فلا تسمع الدعوى بهما على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة).

المبحث الثاني

التعارض بالانتفاع غير المباشر

بما إن الانتفاع المباشر بالمشاع يتحقق عن طريق استعماله واستغلاله للحصول على منافعه مباشرةً من خلال عمل مادي، فإن الانتفاع غير المباشر بالمشاع يتحقق من خلال عمل قانوني، إلا أن ليس جميع الاعمال القانونية تدخل في نطاق بحثنا، وإنما فقط تلك الاعمال التي تدخل ضمن نطاق سلطة الاستغلال، فالاستعمال يتضمن الاعمال المادية فقط أما الاستغلال فإنه يشمل جانبيين مادي وقانوني، والأخير يتمثل بكافة الاعمال التي يمكن من خلالها الحصول على الثمار المدنية للمشاع .

لذا فإننا سنقسم هذا المبحث على مطلبين: لنبحث بالأول موضع التعارض بالانتفاع القانوني بين الشركاء، وفي الثاني الآثار التي تترتب على هذا الانتفاع.

المطلب الاول

موضع التعارض بالانتفاع القانوني بين الشركاء

يراد بالانتفاع القانوني هو الاعمال القانونية كافة التي يمكن من خلالها استغلال المشاع والحصول على ثماره، وأهم مصداق لهذه الاعمال بالنسبة للعقار المشاع هو عقد الإيجار، والأخير يمكن أن يبرم من قبل الشركاء مجتمعين وفي هذه الحالة لا يتصور حدوث تعارض فيما بينهم، وقد يبرم من قبل الأغلبية بما لهم من سلطة لإدارة المشاع أو من قبل الشريك المشتاع بما له من سلطة على حصته، وفي حال إبرامه من قبل الأغلبية أو الشريك فإن حدوث التعارض أمر وارد في الغالب.

ولأجل بحث التعارض في الفرضين الاخيرين سنقسم هذا المطلب على فرعين: نبحث بالأول منه تأجير المشاع من قبل الأغلبية، وفي الثاني تأجير المشاع من قبل احد الشركاء، وعلى النحو الآتي:

الفرع الاول

تأجير المشاع من قبل الأغلبية

أشار المشرع الفرنسي صراحةً إلى حق الأغلبية من أصحاب الحصص بتأجير المشاع في بعض الحالات بموجب المادة (٣/٨١٥) من القانون المدني التي نصت على: (يمكن للمالك أو المالكين على الشيوع الذين يملكون ثلثي الحقوق الشائعة على الأقل... ٣- إبرام وتجديد عقود الايجار...)، أما المشرع المصري والعراقي فلم يرد نص صريح لحق الاغلبية بتأجير المشاع واكتفى بالإشارة إلى حقهم للقيام بأعمال الإدارة والاعمال التي تخرج عن حدود الإدارة المعتادة، ولما كان عقد الايجار عمل قانوني فهو يخرج من نطاق الأعمال التي تخرج عن حدود الإدارة، إذ أن الاخيرة تقتصر على الأعمال المادية دون القانونية، وعليه فإن ذلك يقودنا إلى ضرورة معرفة فيما إذا كان عقد الايجار يدخل ضمن أعمال الإدارة المعتادة أو لا، نصت المادة (٢/٧٠١) من القانون المدني المصري على: (ويعد من أعمال الإدارة الإيجار إذا لم تزد مدته على ثلاث سنوات...)، ويقابلها المادة (٧٢٤) من القانون المدني العراقي التي تنص على: (ليس لمن لا يملك إلا حق الإدارة أن يعقد اجارة قد تزيد مدتها على ثلاث سنوات...)، ومن هذه النصوص يتبين لنا أن الايجار يعد عملاً من اعمال الإدارة إذ لم تزد مدته على ثلاث سنوات.

وإذا كان المشرع المصري والعراقي قد قيد حق من يملك الإدارة بالتأجير مدة ثلاث سنوات، فما هو حكم إجارة الأغلبية للعقار المشاع لأكثر من ثلاث سنوات؟

لم يعالج المشرع المصري والعراقي هذه المسألة ضمن الاحكام الخاصة بالشيوع، لذا فهناك من ذهب إلى أن غياب نص يقيد حق الاغلبية بتأجير المشاع لمدة ثلاث سنوات يعني احقيتها بإبرام الايجار لأي مدة كانت^(١)، اذ ليس هناك فائدة من عدم نفاذ الإيجار الصادر من الأغلبية لأكثر من ثلاث سنوات ما دامت هذه الأغلبية تستطيع عند انتهاء ثلاث السنوات الأولى تجديد الإيجار لثلاث سنوات أخرى وهكذا، إلا أن الفائدة تظهر في حال تغيير احد الشركاء المؤجرين رأيه وكان انضمامه

(١) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني - العقود المسماة، المجلد الثاني، ط٤، دون دار نشر، ١٩٩٣، ص١٢٧.

إلى الأقلية يجعلها أغلبية، وعليه فإن عدم نفاذ الإيجار لأكثر من ثلاث سنوات يسمح حينئذ للأغلبية الجديدة بإنهاء عقد الإيجار عن طريق عدم تجديده بعد انتهاء مدة الثلاث سنوات، أما لو اعتبر عقد الإيجار نافذ لكل مدته فإن الأغلبية الجديدة لا تستطيع أن تفعل شيئاً حياله^(١)، إلا أن الرجوع للأحكام العامة في عقد الإيجار يقضي خلاف ذلك، فالمادة (٩٥٩) من القانون المدني المصري نصت على: (لا يجوز لمن لا يملك حق الإدارة أن يعقد إيجاراً تزيد مدته على ثلاث سنوات إلا بترخيص من السلطة المختصة. فإذا عقد الإيجار لمدة أطول من ذلك، انقضت المدة إلى ثلاث سنوات كل هذا ما لم يوجد نص يقضي بغيره)، وكذلك المادة (٧٢٤) من القانون المدني العراقي نصت على: (ليس لمن لا يملك إلا حق الإدارة أن يعقد اجارة قد تزيد مدتها على ثلاث سنوات، فإذا عقدت الاجارة لمدة أطول من ذلك انقضت المدة إلى ثلاث سنوات ما لم يوجد نص يقضي بغيره).

واستناداً إلى النصوص أعلاه، أن إبرام الأغلبية لعقد الإيجار لأكثر من ثلاث سنوات لا ينفذ بحق الأقلية، ويمكن للأخيرة المطالبة بإنقاص المدة إلى ثلاث سنوات ما لم يوجد نص خاص يقضي بخلاف ذلك، كما لو كان العقار المشاع موضوع عقد الإيجار خاضع لقوانين خاصة تفرض نصوصاً لا يمكن الاتفاق على خلافها بين المؤجر والمستأجر، كما في قوانين إيجار الأماكن التي جعلت عقد الإيجار ممتد تلقائياً وبحكم القانون إلى مدة غير محددة، مثال ذلك قانون تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ المصري التي تنص المادة (٤٦) منه على: (يحق للمستأجر الذي يسكن في عين استأجرها مفروشة من مالها لمدة خمس سنوات متصلة سابقة على تاريخ العمل بهذا القانون البقاء في العين ولو انتهت المدة المتفق عليها...)^(٢)، بالمثل لما تقدم نصت المادة (٣) من قانون إيجار العقار العراقي على: (١- يمتد عقد الإيجار بعد انتهاء مدته ما دام المستأجر شاغلاً للعقار ومستمر بدفع الأجرة طبقاً لأحكام القانون ...) وقد عدل هذا القانون بموجب قانون رقم ٥٦ لسنة ٢٠٠٠ الذي اعطى للمؤجر الحق في طلب التخلية إذا مضت على عقد

(١) د. سليمان مرقس، مصدر سابق، ص ١٢٨. د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج ٦، ص ٦٠.

(٢) وقد حكمت المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم ١٨٧ لسنة ٢٠ قضائية دستورية والمنشور بالعدد ٤٦ في ١٣/١١/٢٠٠٣ بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة ٤٦ من قانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧، منشور على الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية على الرابط: www.cc.gov.eg تاريخ آخر زيارة: ٢٥/٧/٢٠٢٠ الساعة ٣٠:٤٤م.

الايجار اثنتي عشر سنة، من ثم إذا كان العقار المشاع من ضمن العقارات الخاضعة للقوانين أعلاه والتي جعلت عقد الايجار ممتد تلقائياً، وكان صادراً من الأغلبية فمن غير الممكن حصر مدته بثلاث سنوات لأنه يخضع لقوانين خاصة تقرر امتداده^(١)، والعبرة في تحديد مدة الايجار يكون بما يتضمنه العقد حتى لو امتد الايجار امتداداً قانونياً بموجب قوانين الايجار الخاصة^(٢)، وهناك من يعد تأجير العقارات الخاضعة لمبدأ الامتداد القانوني الذي نصت عليه قوانين الايجار الخاصة ليس من اعمال الإدارة المعتادة التي تستطيع الأغلبية القيام بها وإنما من اعمال التصرف^(٣).

ويترتب على اعتبار عقد الايجار من عقود الإدارة سواء بالنسبة إلى المؤجر أو المستأجر أنه يكفي بمن يؤجر مال غيره أو يستأجر مالا لحساب الغير أن تكون له وقت العقد ولاية الإدارة في أموال ذلك الغير^(٤)، وتكون للشخص ولاية في مال غيره عندما يكون نائباً عنه، وتعرف النيابة في الاصطلاح القانوني بأنها حلول إرادة النائب محل إرادة الأصل في إنشاء تصرف قانوني مع إضافة

(١) الطعن رقم ١٤١٩٤ لسنة ٨٥ قضائية الصادر بجلسة ٢٢/٥/٢٠١٧: (لئن كان عقد الإيجار كغيره من العقود يخضع في الأصل من حيث تحديد أركانه وتوافر شروط انعقاده للقواعد العامة الواردة في القانون المدني التي لا تخالف قاعدة أمره نصت عليها قوانين إيجار الأماكن ، ولئن كان مفاد المادتين ٥٥٩ ، ٢/٨٢٦ من القانون المدني أن حق تأجير المال الشائع كما يثبت للشركاء مجتمعين يثبت للأغلبية المطلقة للشركاء التي تعد نائبة نيابة قانونية عن باقي الشركاء، كما يجوز لأحد الشركاء أن يتولى الإدارة طالما لم يعترض عليه أحد ، إذ لم يعترض عليه إلا الأقلية ، وفي هاتين الحالتين الأخيرتين يكون الإيجار نافذاً في حق جميع الشركاء على الشيوع ، ولكن مدة لا تزيد على ثلاث سنوات عملاً بنص المادة ٥٥٩ من القانون المدني إلا إذا كان محل الإيجار مكاناً خالياً خاضعاً لقوانين إيجار الأماكن التي جعلت عقود الإيجار ممتدة تلقائياً وبحكم القانون إلى مدة غير محددة بعد انتهاء مدتها الأصلية طالما بقيت تلك التشريعات - التي أملتتها اعتبارات النظام العام - سارية وهو ما يتفق مع ما جاء بعجز المادة ٥٥٩ مدني المشار إليها من أن كل هذا ما لم يوجد نص يقضى بغيره ، ومن ثم فإن عقد الإيجار الصادر ممن لا يملك إلا حق الإدارة عن مكان يخضع لقوانين إيجار الأماكن الاستثنائية يمتد بعد مدته الأصلية لإجل غير مسمى ، فلا يملك باقي الشركاء المطالبين بعدم نفاذ الإيجار في حقهم بعد انقضاء مدة الثلاث سنوات المشار إليها في المادة ٥٥٩ مدني المشار إليها لأن امتداد العقد في هذه الحالة ليس مرده الاتفاق ، ولكن مصدره قوانين إيجار الأماكن المتعلقة بالنظام العام)، منشور على الموقع الإلكتروني لمحكمة النقض المصرية على الرابط: www.cc.gov.eg تاريخ آخر زيارة : ٢٠/٧/٢٠٢٠ الساعة ٧:٣٠م.

(٢) د. أنور طلبية، المطول في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ص ٤١٣.

(٣) د. رمضان أبو السعود ، العقود المسماة- عقد الايجار ، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠، ص ١٢٢.

(٤) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني- العقود المسماة، مصدر سابق ، ص ١٩٨.

آثار ذلك التصرف إلى الأصيل^(١)، والأصل جواز النيابة في كل تصرف قانوني، والنيابة تقسم من حيث مصدرها إلى نيابة قانونية عندما يكون مصدر السلطة الممنوحة للنائب هو القانون كنيابة الولي على القاصر، أو نيابة قضائية عندما يكون مصدرها القضاء كما في حالة القيم والحارس القضائي، ونيابة اتفاقية عندما يكون مصدرها الاتفاق مثل الوكالة ويحدد هذا الاتفاق حدود النيابة^(٢)، أما في حال قيام الأغلبية بتأجير المشاع فهنا سوف يكون الشخص المؤجر وكيلاً عن الأغلبية ونائباً نيابة قانونية عن الأقلية^(٣).

وهنا يثار تساؤل حول حكم عقد الايجار إذا كان احد الشركاء قاصراً وخاصةً أن مصدر الشيوخ الرئيسي هو الميراث وهو غير ارادي ويفرضه واقع الحال على الكافة، فما حكم هذا العقد؟

إن القاصر لا يمكنه إدارة أمواله بنفسه إلا من خلال نائب، وبالنسبة للقانون المدني الفرنسي فإنه عالج هذه الحالة ضمن الاحكام الخاصة بالشيوخ، إذ اعطى دور للقاضي في تسهيل تحقق الاغلبية في حال كان احد الشركاء لا يستطيع التعبير عن إرادته، إذ نصت المادة (٤/٨١٥) من القانون المدني على: (إذا وجد احد المالكين على الشيوخ في حالة لا تسمح له بالتعبير عن ارادته ، يمكن لمالك آخر أن يستحصل من القضاء على ترخيص بتمثيله بصفة مؤقتة وفي بعض الاعمال الخاصة، ويحدد القاضي شروط هذا التمثيل ومداه)، وبناءً لما جاء في هذه المادة فإن المشرع

(١) ينظر: د. طارق كاظم عجيل، المطول في شرح القانون المدني، التزامات المشتري، ج ٣، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٣، ص ٢٠١ وما بعدها. د. جعفر محمد جواد الفضلي، الوجيز في عقد البيع، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٣، ص ٢٠٩ وما بعدها.

(٢) د. محمد حسن قاسم، القانون المدني - الالتزامات - المصادر، المجلد الاول، ط٢، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٨، ص ١١٣.

(٣) الطعن رقم ٣٤٦٧ لسنة ٧٥ قضائية الصادر بجلسة ٢٠/٠١/٢٠١٨ (المقرر - في قضاء محكمة النقض - أنه ولئن كان مفاد المواد ٥٥٩ ، ٨٢٦ ، ٨٢٧ ، ٨٢٨ / ١ ، ٣ من القانون المدني أن حق تأجير المال الشائع كما يثبت للأغلبية المطلقة للشركاء التي تعد نائبة قانونية عن باقي الشركاء فإنه يجوز أيضاً لأحد الشركاء، فإذا لم يعترض عليه أحد أو لم يعترض إلا الأقلية فإنه يُعد وكيلاً عن الجميع أو وكيلاً عن الأغلبية ونائباً عن الأقلية ، وفي الحالتين فإن الإيجار يكون نافذاً في حق جميع الشركاء على الشيوخ لمدة ثلاث سنوات، ما لم يكن مكاناً خالياً خاضعاً لقوانين إيجار الأماكن التي جعلت عقود الإيجار ممتدة تلقائياً وبحكم القانون)، منشور على الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية على الرابط: www.cc.gov.eg تاريخ آخر زيارة في ١٥/٥/٢٠٢٠ الساعة ١٥:١٠م.

الفرنسي أعطى للشريك الحق في أن يطلب من القاضي منحه صلاحية في أن ينوب عن الشريك القاصر، حيثما كان الأخير في حالة لا تسمح له بالإفصاح عن إرادته⁽¹⁾، أما بالنسبة للمشرع المصري والعراقي فإنه لم ينص على هذه الحالة ضمن الأحكام الخاصة بالنيابة، من ثم يجب علينا الرجوع لأحكام النيابة عن القاصر، وقد حددت القوانين الخاصة أحكام هذه النيابة، إذ نصت المادة (٣٨) من مرسوم الولاية على المال المصري رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على أنه: (لا يجوز للوصي التبرع بمال القاصر إلا لإداء واجب انساني أو عائلي أو بإذن من المحكمة...سابقاً- إيجار عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات في الأرض الزراعية ولمدة أكثر من سنة في المباني..)، ونصت المادة (٤٣) من قانون رعاية القاصرين العراقي رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ على: (لا يجوز للولي أو الوصي أو القيم مباشرة التصرفات التالية إلا بموافقة مديرية رعاية القاصرين المختصة بعد التحقق من مصلحة القاصر في ذلك خامساً- ايجار العقارات لأكثر من سنة واحدة وللأراضي الزراعية لأكثر من ثلاث سنوات على أن لا تمتد مدة الايجار في أي من الحالتين إلى ما بعد بلوغ الصغير سن الرشد).

ويلاحظ من المواد أعلاه، لا خلاف حول تأجير الوصي في القانون المصري والنائب في القانون العراقي العقار المشاع الذي للقاصر حصة فيه إذا كان هذا العقار أرض زراعية لأن أحكام المواد (٩٥٩) من القانون المدني المصري والمادة (٧٢٤) من القانون المدني العراقي القانون متفقة مع أحكام المادة (٣٨/سابقاً) من مرسوم الولاية على المال المصري والمادة (٥/٤٣) من قانون رعاية القاصرين العراقي في تحديد مدة الايجار بأن لا يتجاوز ثلاثة سنوات.

والتعارض يظهر بالنسبة لتأجير المباني في القانون المصري والعقارات في القانون العراقي، إذ أن القانون المدني اعطى لمن يملك حق الإدارة إبرام عقد الايجار لمدة لا تتجاوز الثلاث سنوات، في حين أن مرسوم الولاية على المال المصري حدد مدة الايجار الصادر من الوصي بالنسبة للمباني بما لا يتجاوز السنة، وحدد ذات المدة قانون رعاية القاصرين العراقي بالنسبة للإيجار الصادر من النائب عن القاصر بالنسبة للعقارات، ولغرض رفع هذا التعارض يجب تغليب النص الخاص على النص

(1) Edmond – Noel Martine « Chronique de Droit Rural »,Revue Juridique de L'Ouest,1989-4,p619.

العام^(١)، وهذا يعني أنه لا يمكن للوصي في القانون المصري والنائب في القانون العراقي ابرام عقد الايجار لأكثر من سنة واحدة إلا بعد الحصول على اذن من المحكمة المختصة بالنسبة للقانون المصري^(٢) ومن مديرية رعاية القاصرين بالنسبة للقانون العراقي^(٣).

الفرع الثاني

تأجير المشاع من قبل احد الشركاء

بما إن لكل شريك حق الانتفاع بحصته، ولما كان الاستغلال هو احد عناصر الانتفاع التي يمكن للشريك من خلالها تمكين الغير للانتفاع بالمشاع مقابل أجر معين بموجب عقد الايجار^(٤)، فتأجير المال المشاع من ابرز صور استغلاله وهدف لكل شريك على الشيوخ^(٥)، فالإيجار عقد يبرم بين طرفين هما المؤجر والمستأجر يلتزم الأول بجعل الثاني منتفعاً من شيء معين لمدة معلومة في مقابل ثمنٍ لهذه المنفعة تسمى بالأجرة^(٦)، والاخيرة تعرف بأنها العوض الذي يلتزم المستأجر بإعطائه

(١) لتفاصيل اكثر يراجع: نضال هادي سوادي، خصوصية الشريك القاصر في الأموال الشائعة وجوداً وانقضاء، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة النهدين، ٢٠١٦، ص٧٨.

(٢) الطعن رقم ١٨٨٣ لسنة ٧٠ قضائية الصادر بجلسة ١٢/٠٣/٢٠١٤ (أن النص في المادة ٣٨ من المرسوم بقانون رقم ١٣٩ لسنة ١٩٥٢ قد جرى على أنه " لا يجوز للوصي إلا بإذن المحكمة إيجار عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات في الأراضي الزراعية ولمدة أكثر من سنة في المباني وكذلك لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغ القاصر سن الرشد لأكثر من سنة " ، وإذ أجر الوصي عين النزاع في الحدود المقررة قانوناً فإنه لا يكون في حاجة إلى إذن المحكمة. ..)، منشور على الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية على الرابط: www.cc.gov.eg تاريخ آخر زيارة في ٢٥/٨/٢٠٢٠ الساعة ١١:٠٠م.

(٣) وقد أصدرت محكمة التمييز الاتحادية تطبيقاً لذلك قرارها المرقم ٣٣١٠/الهيئة الاستئنافية العقار/٢٠١٠ في ٢١/٩/٢٠١٠ (..أن الشريك المذكور قد تصرف بمنفعة كامل العقار عند تأجيره للمدعى عليه دون موافقة مديرية رعاية القاصرين فيكون تصرفه هذا غير نافذ بحق المحجورة ويعد غاصباً لحصتها...) (غير منشور).

(٤) د. اسماعيل غانم، مصدر سابق، ص٤٨.

(٥) د. جورج شراوي، مصدر سابق، ص٣٨.

(٦) د. رمضان ابو السعود، العقود المسماة، عقد الايجار- الاحكام العامة في الايجار، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٦، ص١٠٣ وما بعدها.

للمؤجر لقاء انتفاعه بالمأجور مدة زمنية معينة^(١)، وفي المقابل أن الالتزام الرئيسي الملقى على عاتق المؤجر - الشريك المشتاع - هو تمكين المستأجر من الانتفاع بالشيء^(٢)، وهو التزام إيجابي يقتضي منه التدخل المستمر لجعل هذا الانتفاع مؤثراً^(٣)، وقد ترك هذا الالتزام أثره في مدى إمكانية إبرام عقد الإيجار من قبل الشريك - لا يشكل نصيبه الاغلبية - منفرداً، كون هذا الالتزام يستلزم تسليم حصة مفرزة من المشاع وإلا كان العقد عبثاً ولا يحقق الغاية المنشودة منه^(٤)، وهذا غير ممكن بالنسبة للقانون المدني الفرنسي الذي حدد بوضوح في نص المادة (٩/٨١٥) على عدم امكانية انتفاع الشريك بالمشاع إلا بعد الحصول على موافقة باقي الشركاء أو بتدخل القضاء لتنظيم هذا الانتفاع، كما أن المشرع الفرنسي لم يرد حق الشريك على حصته وإنما أورده على المال المشاع، من ثم أن لكل شريك أن ينتفع بالمال المشاع على أي نحو بما في ذلك الايجار بشرط الاتفاق مع باقي الشركاء أو عن طريق القضاء.

إما بالنسبة للقانون المدني المصري والعراقي فإن الأمر مختلف عما هو في القانون المدني الفرنسي، نظراً للطريقة التي نظمت فيها هذه القوانين حقوق الشركاء بالانتفاع، مما فتح باب الخلاف الفقهي والاجتهاد القضائي لذلك، والفروض التي يمكن تصورها لحالة استغلال الشريك لحقه بالمشاع من خلال تأجيله، هي ثلاثة فروض على النحو الآتي:

أولاً: حق الشريك بتأجيل حصته بالمشاع

نصت المادة (١/٨٢٦) من القانون المدني المصري على: (كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكاً تاماً وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء)، وفي المقابل نصت المادة (٢/١٠٦١) من القانون المدني العراقي على: (وكل شريك

(١) د. ادهم وهيب الندوي، العقود المسماة في القانون المدني (البيع والايجار)، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٩، ص ١٣٨.

(٢) د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية (البيع - الإيجار - المقاوله)، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، دون سنة نشر، ص ١٩٦.

(٣) د. سمير عبد السيد تناغو، عقد الايجار، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٨، ص ٣.

(٤) د. محمد حسن قاسم، العقود المسماة (البيع - التأمين - الايجار)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠١، ص ٧٢٠ وما بعدها.

في الشيوخ يملك حصته الشائعة ملكاً تاماً، وله حق الانتفاع بها واستغلالها بحيث لا يضر بشركائه...)، ولم يكتفِ المشرع العراقي بهذا النص وأورد نصاً آخر أكثر صراحةً في الفقرة الثالثة من المادة ذاتها التي نصت على: (ويجوز للشريك في الشيوخ أن يؤجر حصته الشائعة لشريكه أو لغير شريكه)، إذ كان حكم هذه المادة قاطعاً وزاد المشرع التأكيد على هذا الحق ضمن الاحكام الخاصة بعقد الايجار تحديداً في المادة (٧٣١) التي تنص على: (يجوز ايجار الحصة الشائعة للشريك أو غيره).

ويلاحظ من النصوص أعلاه، أن كلاً من المشرع المصري والعراقي قد اجازوا للشريك تأجير حصته المشاعة لاسيما المشرع العراقي الذي أكد ذلك في أكثر من موضع، فيجوز للشريك أن يؤجر حصته في العقار المشاع، ولا شك في صحة ونفاذ هذا الايجار بحق باقي الشركاء دون الحاجة للحصول على موافقتهم^(١)، ويستوي أن يؤجر الشريك حصته إلى شريك آخر أو إلى شخص اجنبي، لأنه إذا كان صحيحاً في حالة الايجار لأجنبي فمن باب أولى صحة الايجار للشريك، وبذلك يكون الشريك المستأجر صاحب حق عيني على العقار المشاع ومستأجراً لحصة الشريك المستأجر، إلا أن هذه القوانين لم توضح كيف يمكن للشريك المؤجر أن ينفذ التزامه بتسليم المأجور للمستأجر على أرض الواقع، إذ يتعذر على الشريك المؤجر أن يسلم هذه الحصة محل عقد الايجار إلى المستأجر طيلة فترة الشيوخ، من ثم فإن ليس للمستأجر إلا أن يحل محل الشريك المؤجر بالانتفاع بحصته فقط طيلة فترة الشيوخ، أما إذا انتهى الشيوخ بالقسمة فإن المستأجر يستلم حصة الشريك المؤجر وينحصر الايجار فيها^(٢).

ثانياً: تأجير الشريك جزء من العقار المشاع

لم يتطرق المشرع المصري والعراقي إلى فرض ايجار الشريك لجزء من المشاع والسبب في ذلك أن كلاً منهما جعل محل الانتفاع الحصة المشاعة وليس المال المشاع، وازاء ذلك فقد ذهب الفقه

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٦، مصدر سابق، ص ٦٤.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، نفس المصدر.

المصري^(١) إلى عدم جواز تأجير الشريك لجزء من العقار المشاع سواء كان بقدر حصته أو لا، لأن من التزامات المؤجر هو تسليم العين محل الايجار، اذ نصت المادة (٥٦٤) من القانون المدني المصري على: (يلتزم المؤجر أن يسلم المستأجر العين المؤجرة وملحقاتها في حالة تصلح معها لأن تقي بما أعدت له من المنفعة، وفقاً لما تم عليه الاتفاق أو لطبيعة العين)، واستناداً لهذا النص لا يمكن للشريك المشتاع أن يفي بالتزامه بتسليم الجزء المؤجر للمستأجر، لتعلق حقوق باقي الشركاء بكل ذرة من ذرات العين المؤجرة، لذا فلا يكون عقد الايجار نافذاً بحق باقي الشركاء إلا بموافقتهم الصريحة أو الضمنية فسكوتهم على إبرام احد الشركاء عقد ايجار وتسليم العين محل الايجار إلى المستأجر يدل على موافقتهم الضمنية لهذا العقد، من ثم فإن الشريك المؤجر يعتبر وكيلاً عنهم.

إما على مستوى الفقه العراقي فإن الموقف لا يختلف لدى البعض عما ذهب إليه الفقه المصري بعدم الاعتراف بحق الشريك بتأجير جزء من المال المشاع على اساس أن هذا الايجار سيكون واقعاً على ملك الغير في جزء منه^(٢)، في حين هناك من يرى^(٣) أن للشريك تأجير جزء من العقار المشاع بشرط أن يكون هذا الجزء معادلاً لحصته.

إما فيما يتعلق بموقف القضاء من أحقية تأجير الشريك لجزء من المشاع، فإن القضاء المصري وكما أشرنا سابقاً يحمي الحيابة لذاتها، من ثم إذا حاز الشريك المشتاع على جزء من العقار المشاع فإن القضاء يحميه لكونه حائز وله الانتفاع بما حازه ويمكن له تأجيره، وتأكيداً لذلك قضت محكمة النقض بأن: (من المقرر انه يحق للمالك على الشيوخ الحائز للعقار أن يؤجر جزءاً منه للغير سواء كان من الشركاء المشتاعين أو غيرهم، وتبقى العين المؤجرة في حيازته رغم الاجارة، لأن المستأجر حائز عرضي يحوز لحساب المؤجر، فلا يستطيع أن يجابهه بحيازته وانما تبقى علاقتهما محكومة بعقد الايجار، فيلتزم المستأجر برد العين المؤجرة عند انتهاء الاجارة عملاً بالمادة ٥٩٠ من القانون

(١) د. نبيل إبراهيم، مصدر سابق، ص ٩٧. د. همام محمد، مصدر سابق، ص ٢٧٣. د. محمد حسين منصور، الحقوق

العينية الاصلية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ٩١.

(٢) ينظر: د. شاكر ناصر حيدر، شرح القانون المدني الجديد- الحقوق العينية العقارية، مصدر سابق، ص ١٩١.

حامد مصطفى، مصدر سابق، ص ١١٠. د. عباس علي محمد الحسيني، مصدر سابق، ص ٢٦.

(٣) د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية، مصدر سابق، ص ١١٦. د. حسن علي الذنون، مصدر

سابق، ص ٦٩.

المدني ولا تبرأ ذمته من هذا الالتزام إلا بهذا الرد^(١)، إلا أن محكمة النقض قد عدلت عن الاتجاه السابق واستقرت على عدم احقية الشريك بتأجير جزء من المشاع حتى وأن كان بقدر حصته، اذ جاء قراراً لها بأن: (المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن مفاد نص المادتين ٨٢٧ ، ٨٢٨ من القانون المدني أن حق تأجير المال الشائع يثبت للأغلبية المطلقة للشركاء، فإذا لم تكن هناك أغلبية ولم يعين مديراً للمال الشائع وصدر الإيجار للعين كلها أو لجزء مفرز منها من أحد الشركاء دون أن تكون له أغلبية الأنصبة فإن الإيجار وإن وقع صحيحاً بين المؤجر والمستأجر إلا أنه لا يسري في حق باقي الشركاء ممن لم تصدر منهم الإجازة طالما لم يقروه صراحة أو ضمناً، كما أنه لا ينفذ في حصة الشريك المؤجر إذ هو لا يستطيع تسليم هذه الحصة مفرزة للمستأجر ما دام لم تتم قسمة المال الشائع ولو قسمة مهياًة باعتبار أن الإيجار يقع في جزء منه على ملك الغير، فيحق لباقي الشركاء الذين اعترضوا أن يطلبوا إخراج المستأجر من العين كلها ومن أي جزء منها مهما صغر دون أن يجبروا على انتظار نتيجة القسمة)^(٢).

إما بالنسبة للقضاء العراقي فليس له اتجاه ثابت بهذا الشأن، إذ نراه تارةً يجيز للشريك تأجير جزء من المشاع بشرط أن يكون ذلك بقدر حصته أو اقل منها، اذ جاء في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية بأن: (...ولدى عطف النظر على الموضوع تبين أن المميز عليهم قد استأجروا مساحة دونمين من الشركة (ص.ط) بتاريخ سابق لاستئجارهم مساحة (٢/١) دونم من المميز حسب ما هو ثابت في أوراق الدعوى، وأن مساحة الدونمين المستأجرة من الشركة (ص.ط) تعادل حصتها من مجموع مساحة القطعة موضوع الدعوى المشاعة بين عدة شركاء ومن ضمنهم المميز والشركة (ص.ط) وحيث أن من حق الأخيرة تأجير حصتها قانوناً (٣/١٠٦١) من القانون المدني لذا فإن تصرف الشركة المذكورة بحصتها لا يتوقف على إذن من الشركاء الآخرين إذ أن الإذن يشترط وجوده لو

(١) الطعن المرقم ١٦٠ لسنة ٢٠٠٠ القضائية في ١٧ يناير ٢٠٠٠ منشور على الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية على الرابط التالي: www.cc.gov.eg تاريخ آخر زيارة: ٢٠٢٠/٤/٤ الساعة ١٠:١٠ص.

(٢) الطعن رقم ٣٤٧٢ لسنة ٧٨ قضائية الصادر بجلسته ١٩/٠٦/٢٠١٩، ينظر كذلك الطعن رقم ٤٣٦٩ لسنة ٧٠ قضائية الصادر بجلسته ٢٨/١١/٢٠٠١ و الطعن رقم ٩١٧٤ لسنة ٧٨ قضائية الصادر بجلسته ٢٣/٠٢/٢٠١٦، منشورات على الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية على الرابط التالي: www.cc.gov.eg تاريخ آخر زيارة: ٢٠٢٠/٤/٤ الساعة ١٠:١٥ص.

تصرف الشريك بمساحة تزيد عن ما يعادل سهامه وهذا ما لا حضور له في الدعوى المميز حكمها...^(١)، إلا أن محكمة التمييز الاتحادية تارةً أخرى لم تجز للشريك أن يؤجر جزء من المشاع ولو كان بقدر حصته واعتبرت العقد غير نافذ بحق باقي الشركاء، إذ جاء بقرار لها بأن: (عقد الإيجار المبرم مع احد الشركاء في الشيوع المنصب على حصته لا يسري على الشركاء الآخرين ولا يمنعهم من مطالبة الشاغل اجر مثل حصصهم من العقار المشاع...)^(٢).

ثالثاً: تأجير الشريك لكامل المشاع

لم ينص المشرع المصري على هذا الفرض، بخلاف المشرع العراقي الذي نص في المادة (٢/١٠٦٣) من القانون المدني على: (ويجوز لكل منهم حق الانتفاع بحصته، فإذا انتفع بالعين كلها في سكنى أو مزارعة أو ايجار أو غير ذلك من وجوه الانتفاع بلا اذن شركائه، وجب عليه أجر المثل...)، فيلاحظ من هذا النص أن المشرع العراقي عالج حالة تأجير المشاع من قبل احد الشركاء من غير موافقة اغلبية الحصص، بإعطاء الحق لباقي الشركاء بالرجوع عليه بأجر المثل.

إما فقهاً، فقد اتفق الفقه بأنه ليس للشريك تأجير كامل المشاع ومن ثم إذا أجره يعتبر الايجار غير نافذ بحقهم إلا إذا وافقوا عليه، والسبب في ذلك أن هذا الايجار الصادر من الشريك حتماً سيقع على ما يملكه وما لا يملكه^(٣).

وعلى مستوى القضاء، فإن موقف القضاء المصري ذهب إلى عدم جواز انفراد الشريك بتأجير كامل المشاع إذ قضت محكمة النقض بأن: (إذا كان البين من الأوراق أن المطعون ضده الأول وهو مالك على الشيوع بحق النصف للعقار الكائنة به عين التداعي قام بتأجيرها مفرزة للمطعون ضدها الثانية بالعقد المؤرخ ٢٠٠٠/١٠/١ دون أن تكون له أغلبية الأنصبة أو يكون قد اختص بها نتيجة

(١) قرار بالرقم ٧٤ في ١١/٦/٢٠٠٨، منشور في قاعدة التشريعات العراقية، مجلس القضاء الأعلى.

(٢) قرار بالرقم ١٤٤٧/م ٣/ ١٩٧٣ في ١٩٧٤/٢/٦، اشار إليه: إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، وزارة العدل، ١٩٨٨، ص ٤٤٤.

(٣) د. رمضان ابو السعود، شرح أحكام القانون المدني- العقود المسماة (عقد الايجار)، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠، ص ٧١٠. د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص ٩٠. محمد طه البشير و د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ١١٠. عبد الوهاب عرفه، مصدر سابق، ص ٣٣.

قسمة مهياة بينه وبين الطاعنة الشريكة معه في ملكية العقار مشاعاً بحق النصف، فإن عقد الإيجار المذكور لا يسري في حقها طالما لم تقره صراحة أو ضمناً ويحق لها طلب إخراج المستأجرة - المطعون ضدها الثانية - من عين التداعي دون أن تكون مجبرة على انتظار قسمة العقار... (١)، وبالمثل لذلك جاء موقف القضاء العراقي حيث استقر على عدم جواز تأجير المشاع من قبل احد الشركاء، فقد قضت محكمة التمييز الاتحادية تطبيقاً لذلك بأن: (... أن تمسك المميز بعقد الايجار الذي يدفع بأبرامه مع شريكه (س) - على فرض صحة هذا العقد- غير وارد قانوناً لأن تلك الشريكة لا تملك اغلبية السهام في العقار موضوع الدعوى وبهذا فإن تصرفها لا يتم بحق بقية الشركاء...) (٢).

وبعد أن انتهينا من بحث من له الحق بتأجير المشاع، فتبين لنا إنه لا يمكن لحقوق الشركاء أن تتعارض وفق القانون المدني الفرنسي لأنه لم يعط للشريك منفرداً الحق بتأجير المشاع أو أي جزء منه دون أن يكون مالكاً لثلاثي الحقوق أو الحصول على موافقة باقي الشركاء أو الاذن من المحكمة، أما بالنسبة للقانون المدني المصري والعراقي فإنه اعطى لكل شريك منفرداً الحق بتأجير حصته من المشاع وأعطى كذلك للأغلبية الحق بتأجير المشاع بما لها من سلطة لإدارة المشاع إدارة معتادة، فهل سيكون هناك تعارض بالحقوق بين كل شريك واخر وبين الأغلبية والأقلية في تأجير المشاع؟

بتطبيق حرفية النصوص فإن هذا التعارض غير وارد بالنسبة للقانون المدني المصري والعراقي، لأنه لم يجعل سلطات الشريك بالانتفاع ترد على المشاع وانما جعلها ترد على الحصة المشاعة، ومن ثم فإنه يمكن لكل شريك أن يؤجر هذه الحصة بوصفها شيء معنوي، وسيكون هذا العقد صحيح بين طرفيه ونافذ بحق باقي الشركاء وكل ما يترتب عليه هو حلول المستأجر محل الشريك المؤجر بالانتفاع بالحصة محل العقد وبهذا فلا يتوقع حدوث التعارض بين الشركاء، لأنه لا يترتب على العقد تسليم أي جزء مادي من المشاع للمستأجر، وكذلك هو الحال في تأجير الشريك لكل المشاع أو لجزء منه لأن العقد في هذه الحالة وان كان صحيحاً بين طرفيه إلا أنه غير نافذ بحق باقي الشركاء،

(١) الطعن رقم ٣٤٧٢ لسنة ٧٨ قضائية الصادر بجلسة ١٩/٠٦/٢٠١٩، منشور على الموقع الالكتروني لمحكمة

النقض المصرية على الرابط التالي: www.cc.gov.eg تاريخ آخر زيارة في ٢٨/٩/٢٠٢٠ الساعة ١١:٤٧ م.

(٢) القرار المرقم ١٨٤١/الهيئة الاستئنافية / العقار ٢٠١١ في ١٥/٥/٢٠١١ اشار إليه: لفته هامل العجيلي،

المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، ج ٥، ط ١، مطبعة الكتاب، بغداد، ٢٠١٥، ص ٤٤.

ويترتب على ذلك أحقية الأغلبية بتأجيله، لهذا فلا يتصور أن يكون هناك تعارض بين الحقوق، أما ما ذهب إليه بعض اتجاه المحاكم وبعض الفقه العراقي من أحقية الشريك بتأجيل ما يقابل حصته من المشاع، فهنا سوف يكون التعارض واضح بين حقوق الشركاء إذ أن الجزء قد يؤجره أكثر من شريك باعتبار أنه بقدر حصته، أو قد يؤجره شريك على الرغم من انتفاع شريك آخر به، ففي هذه الحالات سيكون هناك تعارض واضح بين حقوق الشركاء، إذ أن كل واحد منهم يستد بحقه إلى نص القانون باعتبار هذا الجزء بقدر حصته، أما بالنسبة للتعارض بين الأغلبية والأقلية كما في حالة تأجيل الشريك لجزء بقدر حصته من المشاع وبالمقابل تؤجر الأغلبية هذا الجزء أو كامل المشاع فإنه غير وارد قانوناً لأن القضاء وأصحاب هذا الرأي ذهبوا إلى تغليب مصلحة الأغلبية على الأقلية^(١)، وما هذا إلا تطبيقاً لما نص عليه المشرع بنص المادة ١٠٦٤/٢ من القانون المدني العراقي.

المطلب الثاني

أثر التعارض في الانتفاع القانوني بين الشركاء

لما كان عقد الإيجار الصورة الأبرز للانتفاع القانوني بالمشاع وقد يبزم هذا العقد على نحو يثير الخلاف بين الشركاء، بسبب عدم مراعاة ما وضعه المشرع من أحكام خاصة لإبرام هذا العقد بالنسبة للعقار المشاع خصوصاً وأن هذه الصورة من الانتفاع تتميز دون غيرها بتعلق حقوق الغير بها في الغالب، الأمر الذي يوسع من دائرة الخلافات الناجمة بين الشركاء بسبب العقد المبرم، لذا سنحاول توضيح أثر إبرام هذا العقد سواء من قبل الشريك أو من قبل الأغلبية.

ولأجل ذلك سنقسم هذا المطلب على فرعين: الأول لبحث مصير عقد الإيجار، والثاني لدعوى المطالبة بمقابل الانتفاع، وعلى النحو الآتي:

(١) د. صلاح الدين الناهي، مصدر سابق، ص ١٢٥. د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص ٧٢.

الفرع الاول

مصير عقد الايجار

يختلف مصير عقد ايجار العقار المشاع تبعاً للشخص المؤجر فيما إذا كان المؤجر اغلبية الحصة أو كان المؤجر لا يملك الأغلبية، على النحو الآتي:

أولاً: إذا كان المؤجر الاغلبية

بالنسبة للمشرع الفرنسي فإنه قيد حق الأغلبية في التأجير بإعلان قرارهم إلى الأقلية استناداً للمادة (٣/٨١٥) من القانون المدني التي نصت على: (...ويتوجب عليهم اعلام سائر المالكين على الشيوخ بتلك الاعمال. وفي حال عدم قيامهم بذلك لا يمكن الاحتجاج بالقرارات التي يتخذونها بوجه هؤلاء الاخرين...)، من ثم إذا لم يعلنوا الاغلبية قرارهم فلا يمكنهم الاحتجاج به بمواجهة الاقلية، وللأخيرة اللجوء إلى القضاء وطرد المستأجر.

إما بالنسبة للمشرع المصري والعراقي فإن الأصل عندهم هو نفاذ عقد الايجار الذي تبرمه الأغلبية بحق الاقلية، أما الاستثناء فهو عدم نفاذه في حالتين:

١. إذا تعسفت الأغلبية في استعمال حقها في تأجير المشاع: فإذا راعت الأغلبية مصلحتها وهدرت مصلحة الأقلية^(١) فيعتبر العقد غير نافذ بحق الأقلية، كما لو أجرت الأغلبية كامل المشاع إلى احد الشركاء بأجرة زهيدة بقصد حرمان الأقلية من الانتفاع بالمشاع طوال فترة الايجار، فيمكن للأقلية وبموجب القواعد العامة الاعتراض على العقد الصادر من الاغلبية أن كان هناك تعسفاً في استعمال الحق، ويعد هناك تعسفاً إذا لم يقصد الأغلبية من هذا العقد سوى الاضرار بالأقلية أو كانت المصالح التي ترمي الاغلبية إلى تحقيقها قليلة الاهمية بحيث لا تتناسب مطلقاً مع ما يصيب الاقلية من ضرر بسببها أو كانت تلك المصالح غير مشروعة، استناداً لأحكام المادة (٥) من القانون المدني المصري والمادة (٧) من القانون المدني العراقي، ولا يعد من قبيل التعسف عدم ملائمة قرار

(١) د. محمود عبد الرحمن محمد، مصدر سابق، ص ٧٩.

الأغلبية لصالح الشركاء ما لم تثبت الأقلية ذلك التعسف^(١)، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في حكمها الذي جاء فيه: (من المقرر-في قضاء هذه المحكمة- أن مؤدى نص المادة ١/٨٢٨ من القانون المدني أن حق تأجير المال الشائع بحسابه من أعمال الإدارة يثبت للأغلبية المطلقة للشركاء محسوبة على أساس قيمة الانصب، إلا أنه يلزم لتكون اجازتهم نافذة في حق الباقيين أن تكون الاجارة صحيحة وجدية والا تكون الأغلبية راعت مصالحها وتعسفت في استعمال حقها وهدرت مصالح الأقلية بقصد الاضرار بها، ومعيار الموازنة بين المصلحة المبتغاة وبين الضرر الواقع هو معيار مادي مجرد دون النظر إلى الظروف الشخصية للمنتفع أو المضرور، إذ تتبع فكرة إساءة استعمال الحق من اعتبارات العدالة القائمة على التوازن بين الحق والواجب وذلك درءً لاتخاذ ظاهر القاعدة القانونية ستاراً غير أخلاقي لإلحاق الضرر بالغير..)^(٢).

٢. إذا أجرت الأغلبية المشاع لأكثر من ثلاث سنوات: فإذا اجرت المشاع لأكثر من ثلاث سنوات يعد العقد صحيحاً بينها وبين المستأجر ولكنه غير نافذ بحق الأقلية إلا لمدة ثلاث سنوات، ومن ثم فيمكن للأقلية مراجعة المحكمة المختصة للطعن بعدم نفاذ مدة العقد الزائدة عن ثلاث سنوات، وما هذا إلا تطبيقاً للقواعد العامة التي حددت حق التأجير لمن يملك حق الإدارة بثلاث سنوات فقط، وقد قضت محكمة النقض تطبيقاً لذلك بأن: (المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن مفاد النص في المواد ٥٥٩ ، ٧٠١ ، ٨٢٧ ، ٨٢٨ من القانون المدني يدل على أن حق تأجير المال الشائع باعتباره من أعمال الإدارة كما يكون للشركاء مجتمعين يصح أن يكون لأصحاب الأغلبية، وتعتبر الأغلبية في هذه الحالة نائبة عن أصحاب الأقلية نيابة قانونية في المال الشائع ولكن لا تنفذ هذه الإجارة في حق الأقلية إلا لمدة ثلاث سنوات، فإذا عقدت الأغلبية إجارة لمدة تجاوز ذلك كان للأقلية أن تطالب بإنقاص المدة بالنسبة إليها إلى هذا الحد، إذ تعتبر الأغلبية فيما جاوز أعمال الإدارة المصرح لها

(١) د. محمد عزمي البكري، مصدر سابق، ص ٨٧. فاطمة الزهراء قريشي ونادية لحر، حماية الشريك في الشيوخ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، الجزائر، ٢٠١٤، ص ١١.
(٢) الطعن المرقم ١٧١١٢ لسنة ٨٢ق في ١٧/٥/٢٠١٥، منشور على الموقع الإلكتروني لمحكمة النقض المصرية على الرابط: www.cc.gov.eg تاريخ آخر زيارة في ٢٥/٩/٢٠٢٠ الساعة ١١:٣٠م.

بأدائها متعدية على حقوق الأقلية...^(١)، وفي المقابل قضت محكمة التمييز الاتحادية بأن: (... إذا كان الشريك قد أجر العقار المشاع مدة تزيد على ثلاث سنوات فلا يعتبر تصرفه من اعمال الإدارة التي تنفذ بحق الشركاء الاخرين إذا سكتوا عنها لأن الايجار لكي يعتبر من اعمال الإدارة يجب أن لا تزيد مدة عن ثلاث سنوات...^(٢)).

ثانياً: إذا كان المؤجر غير الاغلبية

في هذه الحالة يختلف الاثر بحسب العلاقات التي ينشئها عقد الايجار التي يمكن بيانها على النحو الآتي:

١. اثر العقد بين طرفيه: يعد العقد صحيحاً بالأصل بين طرفيه ومنتج لأثاره القانونية كافة، فلا يمكن لأحد منهم طلب ابطاله، فلا يجوز للشريك المؤجر أن يتحلل من التزامه تجاه المستأجر بحجة اعتراض باقي الشركاء على عقد الايجار، كما لا يمكن للمستأجر أن يتحلل من العقد بحجة أن حقه بالانتفاع مهدد باعتراض باقي الشركاء^(٣)، فإذا استطاع المؤجر أن يفي بالتزامه تجاه المستأجر وسلمه العين محل العقد فلا يمكن للمستأجر طلب فسخ العقد ويبقى ملزماً بالأجرة قبل الشريك المؤجر^(٤)، أما إذا لم يستطع المؤجر تسليم العين للمستأجر فإنه يبيح له طلب فسخ العقد في هذه الحالة استناداً للقواعد العامة^(٥)، وله في حال عدم طلبه الفسخ أن يستعمل حقوق مدينه - الشريك المؤجر - في

(١) الطعن رقم ٤٩٥٧ لسنة ٨٥ قضائية الصادر بجلسة ٢٠١٨/٠٣/٠٦، منشور على الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية على الرابط التالي: www.cc.gov.eg تاريخ آخر زيارة في ٢٥/٩/٢٠٢٠ الساعة ١١:٤٠ م.
(٢) القرار المرقم ٣٢٥ هيئة عامة اولى ٧٣ في ٢٣/٢/١٩٧٤. أشار إليه: ابراهيم المشاهدي، مصدر سابق، ص ٤٤٤.

(٣) محمود عبد الرحمن ، مصدر سابق، ص ٨٤.

(٤) د. رمضان أبو السعود، شرح أحكام القانون المدني - العقود المسماة (عقد الايجار)، مصدر سابق، ص ٧١٢.
(٥) ومن المقرر في قضاء النقض كذلك أن: (قيام المسؤولية العقدية يفترض أن هناك عقداً صحيحاً واجب التنفيذ يربط بين المسؤول والمضروب ولم يعم المدين بتنفيذ الالتزام الناشئ عنه بحيث ترتب على ذلك ضرر للمتعاقد الآخر، وقد جرى قضاء هذه المحكمة على أن مجرد عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدى يعتبر في ذاته خطأ يرتب مسؤوليته، إذ هو قد التزم بالعقد، فيجب عليه تنفيذه، وإذا كان الالتزام بتحقيق غاية، كما في التزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة، يكفي المستأجر لإثبات الخطأ العقدي في جانب المؤجر أن يثبت عقد الإيجار وأن التسليم لم يتم، وليس لهذا الأخير لدره المسؤولية عنه إلا أن يثبت السبب الأجنبي لنفي علاقة السببية، والذي لا يكون إلا قوة قاهرة أو حادثاً فجائياً أو =

مواجهة باقي الشركاء وأن كانت هذا الحقوق لا تخوله حقاً على العين المؤجرة على نحو مباشر، إلا أن له استعمال حقوق مدينه عن طريق الدعوى الغير مباشرة، كحق المشاركة بالانتفاع وطلب القسمة وغيرها^(١)، إلا أن العقد يعد موقوفاً إذا توفرت شروط الغلط وهي كون المستأجر وقت العقد كان يعتقد أن المؤجر مالك للعين محل العقد ملكية مفرزة وكان المؤجر قد وقع بذات الغلط أو كان عالماً بأن المستأجر قد وقع فيه أو كان من السهل عليه أن يتبين ذلك وما هذا إلا تطبيقاً للقواعد العامة^(٢)، وفي هذه الحالة يكون الابطال للخلط لا لمجرد أن الايجار قد صدر من احد ممن لا يملك الاغلبية^(٣).

٢. اثر العقد بالنسبة لباقي الشركاء: الأصل هو عدم نفاذ عقد الايجار الذي يصدر ممن لا يملك الأغلبية اللازمة للإدارة تجاه باقي الشركاء، والاستثناء نفاذه بحقهم وعلى النحو الآتي:
أ. إذا كان المستأجر هو أحد الشركاء وكان نصيبه مع نصيب المؤجر يشكل الاغلبية التي تطلبها المشرع، فهنا يعد العقد صحيحاً ونافذ بحق باقي الشركاء وليس لهم الاعتراض عليه إلا اذ كان الغرض منه الاضرار بهم.

=فعل الدائن المضرور أو فعل الغير ويُشترط فيه أن يكون مستحيل التوقع وقت التعاقد، ولا يكون الأمر سبباً أجنبياً إذا كان المدين قد تسبب فيه بفعله. لما كان ذلك، وكان من المقرر أنه إذا أجر أحد الشركاء عيناً مملوكة على الشيوخ فاعترض عليه باقي الشركاء أو أغلبيتهم فإن الإيجار يكون صحيحاً بين المؤجر والمستأجر، بحيث لا يصح لأحدهما أن يتصل من التزاماته الناشئة عن العقد ولا طلب إبطاله، وإن كان العقد لا ينفذ حتى في حق الشريك المؤجر، إذ هو لا يستطيع تسليم هذه الحصة مفرزة ما دامت العين لم تقسم ولو قسمة مهاياة، إلا أن اعتراض الشركاء في هذه الحالة لا يُعتبر سبباً أجنبياً لأنه كان أمراً متوقعا للحدوث، ويكون للمستأجر الرجوع على هذا الأخير بالتعويض لإخلاله بالالتزام بالتسليم الناشئ عن العقد، وإذا كان الحكم المطعون فيه لم يخالف هذا النظر، فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون". نقض مدني في الطعن رقم ١٣٩٥ لسنة ٥٢ قضائية - جلسة ١٠/٦/١٩٨٧. المصدر: "مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض في تطبيق قوانين الإيجار" أشار إليه: محمد خيرى أبو الليل، ج ١، دون دار نشر، القاهرة، ١٩٩٧، ص ١٢٨.

- (١) د. منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، مصدر سابق، ص ٤٢٧. د. سليمان مرقس، شرح عقد الايجار، ط ٢، دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٤٥، ص ١٣١.
- (٢) نصت المادة (١١٩) من القانون المدني العراقي على: (لا يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط أن يتمسك به إلا إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع في نفس الغلط أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبين وجوده)، ويقابل هذا النص المادة (١٢٠) من القانون المدني المصري على: (إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب ابطال العقد، أن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط، أو كان على علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبينه).
- (٣) أنور طلبية، عقد الايجار، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ١٩٩٩، ص ١٥٥.

ب. إذا سكت الأغلبية لمدة من الزمن فيعد العقد نافذ بحقهم، لأن المؤجر يعتبر فضولياً فيما زاد عن حصته من المشاع، بالرجوع إلى الأحكام الخاصة للفضالة بكلا القانونين نجد أن العقد الذي يبرمه الفضولي يكون موقوفاً على إجازة المالك^(١)، والإجازة إما أن تكون صراحةً أو ضمناً^(٢)، وقد نصت المادة (١٤٠) من القانون المدني المصري بأن: (يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات)، ونصت المادة (٢/١٣٦) من القانون المدني العراقي على: (ويجب أن يستعمل خيار الإجازة أو النقص خلال ثلاثة اشهر، فإذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر نافذاً)، ومن خلال هذه النصوص نجد أن عقد الأيجار الموقوف يصبح نافذاً بحق من يسكت من الشركاء للمدد المبينة في المواد القانونية أعلاه^(٣)، وقد قضت محكمة التمييز الاتحادية تطبيقاً لذلك بأن: (... إذا كان إيجار الشريك واقعا على عموم المال المشترك فللشريك غير المؤجر أن يستعمل حقه في خيار النقص أو الإجازة خلال مدة ثلاث اشهر من تاريخ علمه بالعقد وإذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر نافذاً...)^(٤).

ت. ذهب القضاء المصري والعراقي في بعض أحكامه إلى أن إيجار الشريك لجزء من المشاع وبقدر حصته أو دون ذلك يكون نافذ بحق باقي الشركاء، وكانت هذه الأحكام مبنية على أساس أن لكل شريك الحق بالانتفاع بحصته بكافة أوجه الانتفاع بما فيها الأيجار، وتأكيداً على ذلك قضت محكمة النقص بأن: (من المقرر انه يحق للمالك على الشيوخ الحائز للعقار أن يؤجر جزءاً منه للغير سواء كان من الشركاء المشتاعين أو غيرهم، وتبقى العين المؤجرة في حيازته رغم الإجازة، لأن المستأجر حائز عرضي يحوز لحساب المؤجر...)^(٥)، وفي المقابل قضت محكمة التمييز الاتحادية بأن: (...)

(١) د. انور سلطان و د. جلال العدوي، العقود المسماة، دار المعارف، مصر، دون سنة نشر، ص ١٣٤.
 (٢) د. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات- مصادر الالتزام العقد والارادة المنفردة)، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دون دار ومكان نشر، ٢٠١٢، ص ٢٤٩.
 (٣) د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية (دراسة مقارنة بين القوانين المدنية العربية ومشروع القانون العربي الموحد بالإشارة إلى أحكام الفقه الإسلامي ودور تقنيات الاتصال الحديثة في إبرام العقد)، دار الكتب العلمية، بيروت، دون سنة النشر، ص ٤٩٣.
 (٤) القرار المرقم ١٤٣/م ٣ عقار/ ١٩٧١ في ١٠/١٠/١٩٧١. أشار إليه: ابراهيم المشاهدي، مصدر سابق، ص ٤٤٠.
 (٥) الطعن المرقم ١٦٠ لسنة ٢٠٠٠ القضائية في ١٧ يناير ٢٠٠٠، منشور على الموقع الالكتروني لمحكمة النقص المصرية على الرابط التالي: www.cc.gov.eg تاريخ آخر زيارة في ٢٥/١٠/٢٠٢٠ الساعة ٣٠:٣٠م.

أن المدعي مستأجر للمحل التجاري موضوع الدعوى وأن المدعى عليه يعارضه بالانتفاع بالمأجور الذي دفعه أن معارضته تكمن كونه وكيلاً عن زوجته التي تملك حصه شائعة في العقار موضوع الادعاء وحيث أنه يجوز ايجار الحصة الشائعة للشريك أو غيره عملاً بأحكام المادة (٧٣١) من القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ فيكون للشريكة في هذه الحالة اتباع الطرق المرسومة في استيفاء حقها من الاجر المسمى أو أجر المثل أن كان لذلك مقتضى من القانون وليس معارضة المستأجر الذي اصبح مالكا لحق المنفعة للمدة المحددة في العقد^(١).

الفرع الثاني

المطالبة بمقابل الانتفاع

يترتب على إبرام عقد الايجار سواء من قبل الشريك المشتاع أو من قبل الأغلبية التزامات متقابلة بين طرفيه، واهم هذه الالتزامات هو التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعقار المشاع، أما بالنسبة للمستأجر سواء كان من الشركاء أو من الغير فإنه يلتزم بدفع البديل الذي يقابل الانتفاع بالعقار محل عقد الايجار، وأن لكل واحد من الشركاء حصة بهذا البديل سواء كان موافق على إبرام العقد أو لا، ويختلف تقدير مقابل الانتفاع فيما إذا كان عقد الايجار نافذاً أو لا بحق الشريك المطالب ببديل الانتفاع، وعلى النحو الآتي:

أولاً: عقد الايجار النافذ

متى ما كان عقد الايجار نافذاً بحق باقي الشركاء فإن آثاره تمتد لهم بحكم القانون، ومن اهم تلك الآثار هو حقهم بالبديل ويكون لكل شريك حصه فيه بقدر نصيبه بالمشاع، وأنفرد المشرع الفرنسي دون باقي القوانين محل المقارنة بتنظيم توزيع ثمار المال المشاع تنظيمياً دقيقاً، اذ نصت المادة (١٠/٨١٥) من القانون المدني على: (تضاف ثمار وايرادات المال الشائع إلى الشيوخ ، مالم يكن هناك قسمة مؤقتة بين الشركاء أو أي اتفاق اخر ينظم الانتفاع بالمال الشائع)، وتطبيقاً لهذه المادة

(١) القرار المرقم ١٥/ الهيئة المدنية ٢٠١٥ في ٢٠١٥/١/٤. اشار إليه: سعد جريان التميمي، مصدر سابق، ص ١٦١-١٦٢.

فإن بدل الايجار يضاف إلى الشيوخ أي يستحق كل شريك فيه بقدر حصته مالم يكن هناك اتفاق خلاف ذلك.

إما بالنسبة للمشرع المصري والعراقي فإنه لم ينظم أحكام الثمار الناتجة عن الشيوخ بأحكام خاصة، فيجب علينا الرجوع إلى الاحكام العامة فيما يخص حالة تأجير العقار المشاع من قبل الأغلبية، فإذا اختارت مدير لغرض الإدارة وإبرام العقد فإن من يبرم العقد يكون وكيلاً عن الأغلبية التي خولته ذلك صراحةً أو ضمناً ونائباً قانونياً عن الأقلية، ويلتزم الاخير بتوزيع بدلات الايجار على الشركاء كل بقدر حصته^(١).

ولا يمكن للشريك المطالبة بأجر المثل لأن الأخير يعد تعويضاً عن الغصب، وفي تأجير المشاع من قبل الأغلبية لا يوجد غصب من قبل الأغلبية لأنها تستند في التأجير إلى حقها في الإدارة، ولا من قبل المستأجر الذي يشغل العقار، لأنه يستند في حقه إلى عقد صحيح مع الأغلبية نافذاً بحق الأقلية، من ثم لا يمكنهم المطالبة إلا بالأجر المسمى، وأصدرت محكمة التمييز الاتحادية تطبيقاً لذلك بأن: (يستحق المدعي حصته من الاجر المسمى للعقار المشاع حسب عقود الايجار البرمة من قبل الشركاء أصحاب القدر الأكبر من السهام ولا يحق له المطالبة بأجر المثل بعد أن تأييد أن المدعى عليهم هم أصحاب القدر الأكبر من السهام في العقار موضوع الدعوى ...)^(٢).

وتخضع بدلات الايجار إلى التقادم الخمسي^(٣)، وقد أشارت إليه المادة (١٠/٨١٥) من القانون المدني الفرنسي، كذلك الحال بالنسبة للقانون المصري والعراقي إذ تخضع هذه

(١) فقد قضت محكمة التمييز الاتحادية بأن: (لباقي الشركاء في العقار المشاع مطالبة مدير إدارة المال المذكور بما يصيب كل منهم من بدلات الايجار التي استلمها الشريك المذكور من المستأجرين وتصرف بها دون الرجوع عليهم)، القرار رقم ٢١٢٨/الهيئة الاستئنافية عقار/ ٢٠١٥ في ٢٢/٤/٢٠١٥، اشار إليه: سعد جريان التميمي، مصدر سابق، ص ١٦٣.

(٢) رقم القرار ٤٥٠٥/الهيئة الاستئنافية عقار / ٢٠١٢ في ٢٧/٨/٢٠١٢، (غير منشور).

(٣) يخضع لهذا النوع من التقادم الحقوق الدورية المتجددة، ويراد بالصفة الدورية: هي أن تستحق تلك الحقوق في مواعيد متتالية (كل اسبوع، شهر، سنة) ويستوي أن يكون مصدر الصفة الدورية القانون أو الاتفاق، أما المقصود بالمتجددة فهو أن الحق يستحق كلما مضت فترة زمنية محددة وبصفة متكررة دون أن يؤدي هذا إلى الانقاص قيمته طالما ظل مصدره قائماً. ولتفاصيل اكثر يراجع: د. انور سلطان، النظرية العامة للالتزام- أحكام الالتزام، دار =

البدلات بموجب القواعد العامة للتقادم الخمسي، حيث نصت المادة (١/٣٧٥) من القانون المدني المصري على: (يتقادم بخمس سنوات كل حق دوري متجدد ولو اقر به المدين، كأجرة المباني والاراضي الزراعية ومقابل الحكر، وكالفوائد والايرادات المترتبة والمهاياة والاجور والمعاشات)، وفي المقابل نصت المادة (١/٤٣٠) من القانون المدني العراقي على: (كل حق دوري متجدد كالأجرة والفوائد والرواتب والايرادات المترتبة لا تسمع الدعوى به على المدين بعد تركها من غير عذر شرعي خمس سنوات)، وبالتالي فيجب على الشريك أن يطالب بحقه خلال هذه الفترة وإلا سقط حقه بالتقادم.

ثانياً: عقد الايجار غير نافذ

متى ما كان عقد الايجار غير نافذ، فلا تمتد آثاره إلى باقي الشركاء، وإذا ما سلم الشريك المؤجر العقار محل العقد إلى المستأجر فإنه يعد متعدياً على حقوق باقي الشركاء، ومن ثم يمكن لأي منهم المطالبة بما اصابه من ضرر جراء هذا العقد، بالنسبة للمشرع الفرنسي فإنه لم يفرق بين انتفاع الشريك بالمشاع بنفسه مباشرة أو من خلال انتفاعه به بصورة غير مباشرة من خلال تأجيره للغير وفيما إذا كان الانتفاع بقدر حصته أو لا، ففي كلتا الحالتين يمكن للشركاء مطالبة الشريك المتعدي بتعويضهم عما اصابهم من ضرر استناداً لأحكام المادة (٩/٨١٥) من القانون المدني التي نصت على: (... يكون الشريك على الشيوع الذي يستعمل الشيء الشائع أو ينتفع به حصرياً، ملزماً بالتعويض، ما لم يتفق على خلاف ذلك)، ويمكنهم الرجوع على المستأجر للمطالبة بالأجر المسمى، لأن الرجوع عليه ينحصر فيما ترتب ذمته للشريك المؤجر بسبب العقد، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن: (ولا ينتهك الشخص الذي يشغل عقاراً غير مقسم كمستأجر للحقوق المتساوية والمتنافسة للتشارك في الحقوق، بحيث لا يُطلب منه دفع بدل شغل بموجب المادة ٨١٥-٩ من القانون المدني. ولا يهم ما إذا كانت القيمة الإيجارية للمبنى المشغول أعلى بكثير من مبلغ الإيجار المدفوع)^(١).

=الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص٤١٤. د. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دار الهدى للطباعة، ٢٠١٠، ص٣٩٩.

(1) Cass. 1 civ, 18 Mars 2020, N° 19-11.206.

قرار منشور على الرابط : <https://www.doctrine.fr/> تاريخ آخر زيارة ٢٠٢٠/٩/٩ الساعة ٤٣:٤٣م.

إما بالنسبة للمشرع المصري فإنه لم يشر إلى هذه الحالة عند بحثه أحكام الشيوخ وعليه فإنه يجب علينا الرجوع للقواعد العامة للغصب، وعند الرجوع إلى أحكام محكمة النقض وجدنا أن القضاء المصري لم يفرق عند الحكم بالتعويض بين استئثار الشريك بالمشاع لغرض الانتفاع المباشر أو غير المباشر من خلال تأجيله، ففي كلتا الحالتين تم التعدي على حقوق باقي الشركاء لأن المستأجر عندما يستلم العقار محل عقد الايجار إنما يحوزه لمصلحة الشريك المؤجر، من ثم يلزم بدفع بدل الانتفاع إلى باقي الشركاء كلاً حسب حصته بالمشاع، ويمكن للشركاء المعترضون على الايجار أن يرجعوا بالتعويض على الشريك المؤجر أو على المستأجر، وقد أصدرت محكمة النقض تطبيقاً لذلك: (المقرر في قضاء محكمة النقض انه يحق للمالك على الشيوخ الحائز للعقار أن يؤجر جزء منه للغير سواء كان من الشركاء المشتاعين أو غيرهم وتبقى العين المؤجرة في حيازته رغم الاجارة لأن المستأجر حائز عرضي يحوز لحساب المؤجر فلا يستطيع أن يجابهه بحيازته وانما تبقى علاقتهما محكومة بعقد الايجار فيلتزم المستأجر برد العين المؤجر عند انتهاء الإجارة عملاً بالمادة رقم ٥٩٠ من القانون المدني ولا تبرء ذمته من هذا الالتزام إلا بهذا الرد)^(١).

إما بالنسبة للمشرع العراقي فإنه أشار صراحةً إلى حالة انتفاع الشريك بكامل المشاع من خلال تأجيله في المادة (٢/١٠٦٣) من القانون المدني التي نصت على: (ويجوز لكل منهم حق الانتفاع بحصته، فإذا انتفع بالعين كلها في سكنى أو مزارعة أو ايجار أو غير ذلك من وجوه الانتفاع بلا اذن شركائه، وجب عليه أجر المثل، على انه إذا أجر العين الشائعة بأكثر من اجرة المثل، وجب عليه أن يعطي كل شريك حصته من الأجرة المسماة)، واستناداً لهذا النص يمكن الرجوع على الشريك المؤجر بأجر المثل بالأصل بوصفه متعدياً على حقوق باقي الشركاء، وان أجر المثل ما هو إلا تعويض عن فوات المنفعة، إلا أن المشرع خرج عن القواعد العامة وذلك من خلال إعطائه للشركاء المتضررين حق المطالبة بالأجر المسمى إذا كان اكثر من أجر المثل، على الرغم من أن المطالبة بالأجر المسمى أثر من آثار العقد الذي هو غير نافذ إلا بين طرفيه.

(١) الطعن رقم ١٧٦٦٩ لسنة ٨٢ قضائية / الصادر بجلسة ٢٦/١/٢٠١٤، منشور على الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية على الرابط التالي: www.cc.gov.eg تاريخ آخر زيارة في ٢٥/١٠/٢٠٢٠ الساعة ١١:٣٠م.

كان الاتجاه السابق للقضاء العراقي يذهب إلى أن أجر المثل لا يطالب به إلا الشاغل، وبما أن الشريك المؤجر لم يشغل العقار محل العقد بنفسه وإنما أجره إلى المستأجر، فإنه لا يلزم إلا بالأجر المسمى، إذ جاء في أحد القرارات بأن: (أن دعوى المدعي هي مطالبة شريكه بأجر مثل الدكان موضوع البحث في القضية لأن المدعى عليه كان يتصرف به ويؤجره إلى الغير وأن المحكمة بعد أن قدرت أجر المثل وأصدرت حكمها المميز بالزام المدعى عليه بما يعادل حصته من الأجرة المقدرة دون أن تلاحظ من أن المدعى عليه أن كان مؤجراً للدكان المذكور إلى الغير فلا يمكن مطالبته بأجر المثل لأن أجر المثل يستوفى من الشاغل، وإن على المدعى أن أجاز له أن يطالب شريكه بما حصل عليه من أجر المسمى وفي حالة عدم اجازته للعقد فليس له أن يطالبه بأجر المثل وإنما له أن يطالب الشاغل بذلك ، فكان على المحكمة أن تستوضح ذلك ثم تبت في الدعوى حسبما يتظاهر لها^(١)، إلا أن القضاء العراقي عدل عن الاتجاه السابق وأعطى للشريك الحق بمطالبة الشريك المؤجر بأجر المثل بوصفه صورة من صور التعويض، إذ جاء في قرار لمحكمة التمييز أن: (في حالة قيام أحد الشركاء على الشيوع في العقار بتأجيره إلى الغير ومطالبة الشركاء الآخرين له بأجر مثل سهامهم المشاعة فيستوجب التحقق فيما إذا كان الشركاء المذكورين قد علموا بوجود عقد الايجار وإذا كانوا قد اجازوه فإنهم يستحقون الاجر المسمى المتفق عليه بين المدعى عليه والمستأجر أما إذا لم يحصل لديهم العلم والموافقة فإنهم يستحقون أجر المثل)^(٢).

ولم ينظم المشرع العراقي حالة إيجار الشريك لجزء من المشاع ضمن أحكام خاصة بالشيوع، إذ أن حكم المادة (٢/١٠٦٣) عالجت حالة تأجير كامل المشاع دون التطرق لحالة الايجار الوارد على جزء من المشاع، وإمام هذا الغياب في التنظيم ذهبت المحاكم إلى تطبيق أحكام المادة (١٩٧) من القانون المدني التي تنص على: (المغصوب إذا كان عقاراً يلزم الغاصب برده إلى صاحبه مع أجر مثله...).

(١) ١٢٣٢/صلىحة ١٩٥٤/ في ١٩٥٤/٧/٢٨ أشار إليه: سلمان بيات، القضاء المدني العراقي، ج٢، شركة الطبع والنشر الاهلية، ١٩٦٢، ص٤٦٥.

(٢) ٢٣٦٣/الهيئة الاستئنافية عقار / ٢٠١٢ في ٢٠١٢/٦/٢١ / أشار إليه: سعد جريان التميمي، مصدر سابق، ص١٥٩.

واخيراً يتقدم حق الشريك بالمطالبة بالتعويض عن تأجير المشاع من قبل الشريك الذي لا يملك الاغلبية بخمس سنوات وفقاً لنص المادة (١٠/٨١٥) من القانون المدني الفرنسي، ويتقدم بمدة خمسة عشر سنة وفقاً لنص المادة (٢/٣٧٥) من القانون المدني المصري والمادة (٢/٤٣٠) من القانون المدني العراقي.

الخاتمة



(الخاتمة)

في نهاية دراستنا لموضوع (الحقوق المتعارضة للشركاء في الانتفاع بالعمارة المشاع)، وبعد محاولة الاجابة عن التساؤلات التي تم طرحها نستخلص مجموعة من النتائج التي توصلنا لها، بالإضافة إلى مجموعة من المقترحات وفيما يأتي بيان ذلك:

أولاً: النتائج

١. تبين لنا أن الشيوخ حالة قانونية تتجم عن تعدد اصحاب الحق العيني الأصلي، وتكون حقوقهم ذات طبيعة واحدة وترد على محل واحد غير مفرزة حصة كل واحد منهم فيه.
٢. اتضح لنا أن الانتفاع بالعمارة المشاع يكون من خلال القيام بكافة الاعمال التي تؤدي للحصول على منافعه من خلال مباشرة عنصرى الانتفاع وهما الاستعمال والاستغلال.
٣. تبين لنا أن المشرع المصري والعراقي قد جعل محل الانتفاع هو الحصة وليس الشيء المشاع، على الرغم من أن الحصة ما هي الا نسبة حسابية تتأى من أن تكون محلاً للانتفاع لكون الأخير لا يرد الا على شيء مادي.
٤. تبين لنا أن الانتفاع بالمشاع يكون بإجماع الشركاء من حيث الاصل وتكون مباشرة الانتفاع من قبلهم دون قيد او شرط، واستثناءً على هذا الاصل اعطت التشريعات محل المقارنة سلطة الانتفاع لأغلبية الحصص ويختلف نصاب هذه الاغلبية من قانون إلى آخر، وكذلك اعطت بعض هذه التشريعات الحق للشريك المشاع في الانتفاع بالمشاع ووضعت جملة من القيود حاولت من خلالها الموازنة بين حقوق الشركاء المتعارضة.
٥. تبين لنا أن للأغلبية مباشرة سلطة الانتفاع بالمشاع من خلال اعمال الإدارة المعتادة والاعمال التي تخرج من حدود الإدارة المعتادة، وأن اساس التمييز بينهما قائم على طبيعة هذه الاعمال وتأثيرها على المشاع، ولم يمنح القانون الفرنسي الاغلبية الحق في القيام بالاعمال التي تخرج عن حدود الإدارة المعتادة وقصر حقها بالقيام ببعض الاعمال التي تقترب من الإدارة المعتادة واطلق عليها تسمية (الاستثمار العادي للأموال)، في حين أن القانون المصري والعراقي

- اعطى الاغلبية حق القيام بكليهما الا أنه تشدد بالقيود المفروضة على القيام بالأعمال التي تخرج عن حدود الإدارة المعتادة وذلك لخطورتها.
٦. تبين لنا أن اعمال الإدارة المعتادة تقتصر على الاعمال القانونية من غير المادية التي تعد من الاعمال التي تخرج عن حدود الإدارة المعتادة.
٧. تبين لنا أن لكل شريك في الشيوخ حق يحميه القانون يخوله الانتفاع بالمشاع الذي ترد عليه حقوق باقي الشركاء المماثلة لحق هذا الشريك، وكنتيجة طبيعية أن هذه الحقوق ستتعارض لأن كل صاحب حق يستند إلى حق مقرر ومحمي قانوناً، وأن التشريعات حاولت الحد من هذا التعارض من خلال القيود المفروضة على مباشرة كل شريك لحقه، وأن عدم مراعاة الشريك لهذه القيود سيحرك مسؤوليته تجاه باقي الشركاء، لأنه بانتفاعه اعتدى على حقوق غيره من الشركاء.
٨. تبين لنا المشرع الفرنسي نجح في الحد من التعارض بين الشركاء بسبب نجاعة القيود المفروضة، إذ أنه قيد حق كل شريك بالانتفاع بوجود الحصول على موافقة باقي الشركاء او اذن من المحكمة خلافاً للمشرع المصري والعراقي الذي وضع قيوداً قابلة للتأويل مما فتح باب التفسير والاجتهاد القضائي بخصوصها وكان ذلك سبباً في زيادة الازباك، إذ إنه أعطى لكل شريك حق الانتفاع بحصته دون تقييد ذلك بموافقة باقي الشركاء او الحصول على اذن من المحكمة.
٩. تبين لنا أن التعارض ينعدم عندما يباشر الانتفاع من قبل الاغلبية بخلاف الانتفاع الفردي من قبل كل شريك، إذ أن جميع التشريعات محل المقارنة غلبت رأي الاغلبية على الاقلية، وفي المقابل حمت حقوق الاقلية من خلال ما اورده من قيود على الاغلبية.
١٠. تبين لنا أن الانتفاع المباشر يشمل اعمال الاستعمال كافة و اعمال الاستغلال المباشر(المادي)، وأن هذا النوع من الانتفاع يتطلب الاستئثار بمحل الانتفاع وهذا ما يجعل ممارسته محصورة بالشريك المشتاع دون الاغلبية، إذ إن الاغلبية لا يجوز لها الاستئثار بالمشاع وإنما انتفاعها يكون من خلال الانتفاع غير المباشر وبرز مصداق له هو عقد الايجار.

١١. تبين لنا أن عقد الايجار يبرم من قبل من له حق الإدارة بحدود ثلاث سنوات، من ثم يمكن للأغلبية تأجير المشاع او اي جزء منه بما لها من سلطة إدارة معتادة، ويكون قرارها بالأصل نافذاً بحق جميع الشركاء بما فيهم الاقلية ما لم يكن هناك تعسفاً من قبلهم.

١٢. تبين لنا أن القضاء المصري اعطى للشريك الحق باللجوء إلى دعاوى الحيابة لحماية حقه وهي دعوى وقف الاعمال الجديدة ودعوى منع التعرض ودعوى استرداد الحيابة خلاف القضاء العراقي الذي مكن الشريك من حماية حقه من خلال دعاوى الحق العيني وهي دعوى منع المعارضة ودعوى رفع التجاوز.

١٣. تبين لنا أن القضاء العراقي والمصري قد استقرا على اعتبار البناء صورة من صور الانتفاع، من ثم يمكن للشريك القيام بها بخلاف القضاء الفرنسي الذي اعتبرها صورة من صور التصرف التي لا يجوز القيام بها إلا بالأجماع.

١٤. تبين لنا انه متى ما انتفع الشريك بالمشاع خلافاً للقيود المفروضة وسبب ذلك ضرراً لباقي الشركاء فيمكن لأي منهم المطالبة بالتعويض في كافة القوانين محل المقارنة، وقد أنفرد المشرع العراقي في وضع معيار لتقدير التعويض وهو اجر المثل بالنسبة للعقار ضمن الاحكام الخاصة بالشيوع، ويسقط الحق بالمطالبة بالتعويض بعد مرور خمس سنوات وفق القانون المدني الفرنسي وخمس عشر سنة بالنسبة للقانون المصري والعراقي.

١٥. تبين لنا أن لكل شريك الحق بالمطالبة بحصته من واردات المشاع باعتبارها جزءاً منه، فله المطالبة بالأجر المسمى بعقد الايجار ويسقط المطالبة بهذا الحق بد مرور خمسة سنوات في كل القوانين محل المقارنة.

ثانياً: المقترحات

١. دعوة المشرع العراقي إلى تعديل نص المادة (١٠٦١) من القانون المدني العراقي بفقراتها الثلاث، إذ قصرت الفقرة الاولى منها الشيوع على حق الملكية، في حين أن الشيوع نظام قانوني يرد على كافة الحقوق العينية الاصلية، أما الفقرة الثانية فإنها جعلت محل الانتفاع حصة الشريك المشاعة في حين أن الانتفاع يرد على شيء مادي وما الحصة الا نسبة حسابية لتحديد نصيب كل شريك، كذلك عبر عن الانتفاع بمصطلحي الانتفاع والاستغلال على الرغم من أن الاستغلال هو احد

عناصر الانتفاع، اما بالنسبة للفقرة الثالثة فقد نصت على حق الشريك بتأجير حصته ولا نرى ضرورة لذلك كون الايجار ما هو إلا صورة من صور الاستغلال، وعليه نقترح أن يكون نص المادة الجديد على النحو الآتي:

(١ - إذا تعدد اصحاب الحق العيني الاصلي على شيء غير مفرزة حصة كل منهم، فهم شركاء فيه على الشيوخ وتحسب الحصص متساوية إذا لم يقم الدليل على غير ذلك. ٢ - ولكل شريك في الشيوخ حق الانتفاع بالمشاع بقدر حصته بحيث لا يضر بشركائه، والتصرف بالبيع والرهن وغير ذلك ولو بغير اذنهم)

٢. دعوة المشرع العراقي إلى تعديل الفقرة الثانية من المادة (١٠٦٣) كون المشرع قرر فيها حق الشريك بالانتفاع بحصته وهو ما تم النص عليه مسبقاً بنص المادة (٢/١٠٦١) كذلك اوردت الفقرة امثلة لا نرى حاجة لها فما الأمثلة الواردة في النص الا تطبيقات للانتفاع، ليكون النص على النحو الآتي:

(٢ - فإذا انتفع الشريك بالعين كلها بلا اذن شركائه وجب عليه لهم اجر المثل، على أنه إذا اجر العين المشاعة بأكثر من اجرة المثل، وجب عليه أن يعطي كل شريك حصته من الاجرة المسماة).

٣. دعوة المشرع العراقي إلى تعديل نص المادة (١٠٦٦) من القانون المدني العراقي الخاصة بأعمال الحفظ وقصرها على الاعمال القانونية دون المادية كون الاخيرة نظمها المشرع بنص المادة (١٠٦٨) من القانون المدني، ليكون النص كالآتي:

(لكل شريك في الشيوخ الحق في أن يتخذ من الوسائل القانونية ما يلزم لحفظ الشيء، حتى لو كان ذلك بغير موافقة الشركاء)

٤. دعوة المشرع العراقي إلى تنظيم الأحكام الخاصة بالمهاياة ضمن أحكام الانتفاع بالمشاع وليس في إزالة الشيوخ، كون المهاياة قسمة منافع لا أعيان، كما ندعوه لتعديل نص المادة (١٠٨٠) ليجعل للقضاء سلطة في تنظيم الانتفاع في العقار والمنقول على حد سواء لما لذلك من اثر في

الحد من التعارض في حال عدم توافق الشركاء على تنظيم الانتفاع فيما بينهم، ليكون نص المادة على النحو الآتي:

(إذا لم يتفق الشركاء على المهياة، ولم يطلب احدهم إزالة الشيوخ فللشريك الذي يطلب المهياة مراجعة محكمة البداية لإجرائها).

٥. دعوة المشرع العراقي إلى اعتبار قسمة المهياة المكانية الاتفاقية قسمة نهائية متى ما استمرت خمس عشر سنة وبذلك يكون النص قد ساهم في تقليل حالات الشيوخ وما لها من آثار سلبية، ويكون النص على النحو الآتي:

(إذا دامت المهياة المكانية الاتفاقية خمس عشر سنة، انقلبت قسمة نهائية، ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك. وإذا حاز الشريك على الشيوخ جزء مفرز بقدر حصته من المال الشائع مدة خمس عشر سنة، افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهياة).

المصادر



(المصادر)

• القرآن الكريم

• المصادر باللغة العربية:

أولاً: المعاجم اللغوية

١. احمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٢.

٢. جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور ، لسان العرب، ج٧، دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٣.

ثانياً: الكتب القانونية

١. إبراهيم إبراهيم الصالحي، ضوابط الاستعمال غير المشروع للحق وتطبيقاته في القانون المدني، جامعة الازهر كلية الشريعة والقانون، دون سنة طبع.

٢. إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، القسم المدني، مطبعة العمال المركزية، بغداد، ١٩٨٨.

٣. إبراهيم سيد احمد واشرف احمد عبد الوهاب، الملكية الشائعة ، ط١، دار العدالة للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٨.

٤. د. احمد السعيد الزقرد، حق الملكية، جامعة المنصورة كلية الحقوق.

٥. د. احمد سلامة، الملكية الفردية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٠.

٦. د. احمد شوقي عبد الرحمن، الحقوق العينية الاصلية، حق الملكية والحقوق العينية المتفرعة عنه، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٤.

٧. ادريس الفاخوري، الحقوق العينية، دار نشر المعرفة، المغرب، ٢٠١٣.

٨. د. آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، العاتك، القاهرة، ١٩٧٤.

٩. د. ادهم وهيب النداوي، العقود المسماة في القانون المدني (البيع والإيجار)، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٩.
١٠. د. أسماعيل غانم، الحقوق العينية الاصلية، الجزء الأول حق الملكية، مكتبة عبد الله وهبة، ١٩٥٩.
١١. د. انور سلطان. د. جلال العدوي، العقود المسماة، دار المعارف، مصر، ١٩٦٦.
١٢. د. انور سلطان، النظرية العامة للالتزام- احكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٥.
١٣. أنور طلبة، المطول في شرح القانون المدني، ج ١١، ط ٢، المكتب الجامعي الحديث، بيروت، ٢٠٠٦.
١٤. أنور طلبة، الملكية الشائعة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ٢٠٠٤.
١٥. أنور طلبة، عقد الإيجار، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ١٩٩٩.
١٦. د. ايمن سعد عبد المجيد، سلطات المالك على الشيوع في استعمال المال الشائع واستغلاله (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
١٧. د. بسام مجيد سليمان العباجي، ملكية الاسرة (دراسة مقارنة)، ط ١، دار الحامد، ٢٠٠٩.
١٨. د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية (البيع- الإيجار- المقاوله)، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، دون سنة نشر.
١٩. د. جورج شراوي، سلسلة الحقوق العينية العقارية، حق الملكية العقارية، ج ١، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠٠٦.
٢٠. حامد مصطفى، القانون المدني العراقي الملكية واسبابها، ج ١، شركة التجارة والطباعة المحدودة، ١٩٥٣.

٢١. حامد مصطفى، الملكية العقارية في العراق مع مقارنة بالقانون المدني العربي المصري والسوري، ج١، مطبعة لجنة البيان العربي، ١٩٦٤.
٢٢. د. حسن علي الذنون، الحقوق العينية الاصلية، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدود، بغداد، ١٩٥٤.
٢٣. د. حسن كيره، الموجز في احكام القانون المدني، الحقوق العينية الاصلية (احكامها ومصدرها)، ط٤، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٨.
٢٤. د. حسن كيره، اصول القانون المدني (الحقوق العينية الاصلية- احكام حق الملكية)، ج١، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٦٥.
٢٥. د. حسن كيره، الحقوق العينية الاصلية، ط٤، منشأة المعارف، الاسكندرية.
٢٦. د. جعفر محمد جواد الفضلي، الوجيز في عقد البيع، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٣.
٢٧. الدالوز، القانون المدني الفرنسي بالعربية، ط ١٠٨، ٢٠١٢.
٢٨. د. درع حماد عبد، الحقوق العينية الاصلية، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٨.
٢٩. د. رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري، الوجيز في الملكية والحقوق العينية التبعية، مركز التعليم المفتوح، كلية الحقوق، جامعة بنها، مصر.
٣٠. رعد سعد الامامي، الاجراءات العملية لدعوى منع المعارضة ورفع التجاوز، مطبعة كتاب، بغداد، ٢٠١٨.
٣١. رعد سعد الامامي، الإجراءات العملية لدعوى اجر مثل العقار، ط١، مطبعة الكتاب، بغداد، ٢٠٢٠.
٣٢. د. رمضان ابو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية (احكامها ومصادرها)، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٠٤.

٣٣. د. رمضان ابو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، الدار الجامعية، مصر، ١٩٩٢.
٣٤. د. رمضان ابو السعود ، العقود المسماة، عقد الايجار ،القسم الأول، ط٤، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠.
٣٥. د. رمضان ابو السعود، العقود المسماة، عقد الايجار- الاحكام العامة في الايجار، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٦.
٣٦. رمضان جمال كامل، الحماية القانونية للحيازة، ط١، دار الالفى، القاهرة، ٢٠٠٢.
٣٧. سعد جريان التميمي ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية- القسم المدني، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٦.
٣٨. د. سلام عبد الزهرة عبد الله الفتلاوي، شرط المنع من التصرف (دراسة مقارنة)، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٩.
٣٩. سلمان بيات، القضاء المدني العراقي، ج٢، شركة الطبع والنشر الاهلية، ١٩٦٢.
٤٠. د. سليمان مرقس، المسؤولية في تقنيات البلاد العربية- القسم الاول، مطبعة الجيلاوي، القاهرة، ١٩٧١.
٤١. د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني- العقود المسماة (عقد الايجار)، المجلد الثاني، ط٤، دون دار نشر، ١٩٩٣.
٤٢. د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج٢، الفعل الضار والمسؤولية المدنية، ط٥، دار النهضة العربية، ١٩٥٧.
٤٣. د. سليمان مرقس، شرح عقد الايجار، ط٢، دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٤٥.
٤٤. د. سمير كامل، شرط الملكية في الرهن العقاري، ج٤، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة، ١٩٧٨.

٤٥. د. شاکر ناصر حیدر، شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية العقارية، ج١، ط١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٩٢.
٤٦. د. شاکر ناصر حیدر، شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية العقارية، ج٢، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٥٣.
٤٧. د. صدقي محمد امين عيسى، التعويض عن الضرر ومدى انتقاله للورثة، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٤.
٤٨. د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية، الاصلية، ج١، شركة الطبع والنشر الأهلية، ١٩٦١.
٤٩. د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية، ج١، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٦٢.
٥٠. د. طارق كاظم عجيل، المطول في شرح القانون المدني، التزامات المشتري، ج٣، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٣.
٥١. د. عباس حسن الصراف، شرح عقدي البيع والإيجار في القانون المدني العراقي، مطبعة الأهالي، بغداد، ١٩٥٦.
٥٢. د. عبد الرحمن علي حمزة، مضار الجوار الغير مألوفة والمسؤولية عنها دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٦.
٥٣. د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٦، ط٢، مجلد٢، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠.
٥٤. د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٨، ط٢، مجلد٢، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠.

٥٥. د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج٩، ط ٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠.
٥٦. د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج١، دار النهضة، القاهرة.
٥٧. د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج١، بدون دار نشر، بغداد، ١٩٨٠.
٥٨. د. عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الاصلية، دار النهضة، بيروت، ١٩٨٢.
٥٩. د. عبد المنعم فرج الصده، حق الملكية، ط ٣، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ١٩٦٧.
٦٠. د. عبد الناصر توفيق العطار، شرح احكام حق الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.
٦١. عبد الوهاب عرفه، الوجيز في استعمال وإدارة المال الشائع، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٥.
٦٢. عدنان مايح بدر، دعاوى البداء واحكامها في القانون العراقي، مطبعة كتاب، بغداد، ٢٠١٩.
٦٣. د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية (دراسة مقارنة بين القوانين المدنية العربية ومشروع القانون المدني العربي الموحد بالإشارة إلى احكام الفقه الاسلامي ودور تقنيات الاتصال الحديثة في ابرام العقد)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، دون سنة نشر.
٦٤. علاء صبري التميمي، المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية، ط ٢، مكتبة صباح، بغداد، ٢٠٠٩.
٦٥. علاء صبري التميمي، المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية ٢٠٠٦/٢٠٠٧/٢٠٠٨، ط ٢، مكتبة صباح، بغداد، ٢٠٠٩.

٦٦. د. قدري عبد الفتاح الشهاوي، الحيازة كسبب من اسباب كسب الملكية في التشريع المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣.
٦٧. د. قصي سلمان، الحقوق العينية، ط ١، منشورات جامعة جيهان الاهلية، اربيل، ٢٠١٢.
٦٨. لفته هامل العجيلي، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، ج ٥، ط ١، مطبعة الكتاب، بغداد.
٦٩. لفته هامل، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني والإصلاح الزراعي، ج ٤، مطبعة الكتاب، بغداد، ٢٠١٣.
٧٠. د. محمد احمد عابدين، التعويض بين الضرر الادبي والمادي والموروث، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ١٩٩٧.
٧١. محمد السعيد رشدي، اعمال التصرف واعمال الإدارة في القانون الخاص، منشأة المعارف مطبعة الاخوة الاسكندرية، ٢٠١٠.
٧٢. د. محمد المنجي، الحيازة، ط ٣، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٣.
٧٣. د. محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الاصلية، ج ١، منشورات حلب الحقوقية، ٢٠٠٦.
٧٤. د. محمد حسن قاسم، العقود المسماة (البيع - التأمين - الايجار)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠١.
٧٥. د. محمد حسن قاسم، القانون المدني - الالتزامات - المصادر، المجلد الاول، ط ٢، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٨.
٧٦. محمد حسين منصور، الحقوق العينية الاصلية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٣.
٧٧. محمد خيرى أبو الليل، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض في تطبيق قوانين الإيجار، ج ١، دون دار نشر، القاهرة، ١٩٩٧.

٧٨. د. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، احكام الالتزام، دار الهدى للطباعة، ٢٠١٠.
٧٩. د. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات-مصادر الالتزام العقد والارادة المنفردة)، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دون دار ومكان نشر، ٢٠١٢.
٨٠. محمد طه البشير. د. غني حسون طه، الحقوق العينية، ج١، الحقوق العينية الاصلية، دار نيبور للطباعة والنشر والتوزيع، العراق، ٢٠١٥.
٨١. د. محمد عزمي البكري، الملكية الشائعة، ط١، دار محمود للنشر والتوزيع، ٢٠١٧.
٨٢. محمد علي القرني، خصائص حق الانتفاع واثار نقله (بيع المنافع وبيع العقود)، جامعة الملك عبد العزيز، جدة، دون سنة نشر.
٨٣. د. محمد علي عرفة، موجز في حق الملكية واسباب كسبه، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ١٩٥٥-١٩٥٦.
٨٤. د. محمد علي محمد قيس، ملكية البناء المتعدد الملاك (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، ٢٠١٠.
٨٥. د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، الجزء الثاني- الحقوق العينية الاصلية- اسباب الملكية والحقوق المشتقة من حق الملكية، ط١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٩.
٨٦. د. محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، ط٣، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٧.
٨٧. د. محمود عبد الرحمن محمد، استعمال وادارة المال الشائع، دراسة مقارنة في القانون الوضعي (المصري والفرنسي) والفقهاء الاسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.
٨٨. د. مصطفى الجمال، نظام الملكية، دار الفتح، الاسكندرية، ٢٠٠٠.

٨٩. د. مصطفى العوجي، القانون المدني- الجزء الاول العقد، مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع، بيروت، دون سنة نشر.
٩٠. مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العراقي رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١، ج١، ط٢، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، ٢٠٠٨.
٩١. د. مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، ط٢، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٠.
٩٢. د. منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، مكتبة عبدالله وهبه، ١٩٦٥.
٩٣. د. نبيل ابراهيم سعد، الحقوق العينية الاصلية في القانون المصري والقانون اللبناني، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٩٥.
٩٤. د. نبيل ابراهيم سعد، الحقوق العينية الاصلية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠.
٩٥. ندين محمد ممشوشي، حق الانتفاع (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦.
٩٦. هادي عزيز علي، مدونة القضاء المدني العراقي، ٢٠١٥.
٩٧. د. همام محمد محمود، الحقوق العينية الاصلية، حق الملكية، دار الجامعة الجديد للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٧.

ثالثاً: الرسائل والإطريح الجامعية

١. د. فاس فوزي، تنظيم الملك المشاع في القانون المدني، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ٢٠١٢.
٢. رعد ادهم عبد الحميد السامرائي، مدى سلطات الشريك المشتاع في الملكية الشائعة (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون جامعة بغداد، ٢٠٠١.

٣. عبد الحق صافي، آثار حقي الالتصاق والسطحية في مجال البناء على ضوء التشريع المغربي والمقارن، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، المغرب، ١٩٩٠.
٤. عقوني محمد، الانتفاع بالعمارة الشائع في التشريع الجزائري، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خضير بسكرة، الجزائر، ٢٠١٦.
٥. فاطمة الزهراء قريشي و نادية لحر، حماية الشريك في الشروع، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، الجزائر، ٢٠١٤.
٦. نضال هادي سوادي، خصوصية الشريك القاصر في الأموال الشائعة وجوداً وانقضاء، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠١٦.
٧. نواف مخيط عبد الله المطيري، التصرف في المال الشائع في القانونين الكويتي والمصري، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، ٢٠٠٦.

رابعاً: البحوث

١. ابراهيم زعيم الماسي، تقدير التعويض عن الاعتداء المادي على الملكية العقارية، بحث مقدم إلى معهد الدراسات العليا في المهن القضائية والقانونية، المغرب.
٢. د. حسن كيره، تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، الاسكندرية، عدد ١٢، مطبعة جامعة الاسكندرية، ١٩٤٦.
٣. د. عباس علي محمد الحسيني، سلطة الشريك المشتاع في تأجير المال المشاع، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، تصدرها كلية القانون جامعة كربلاء، السنة السابعة، العدد الاول، ٢٠١٥.

٤. قتيبة مهدي صالح، حق الرجوع على الشريك في المال الشائع (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠١٥.
٥. مثنى محمد عبد، د. علي كاظم جواد، الاستثناء من حكم اللاحق بالتملك في القانون الفرنسي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون - جامعة بغداد، العدد ١، ٢٠١٩.
٦. د. محمد احمد سليم، ايجار المال الشائع في القانون المدني والفقهاء الاسلامي، بحث منشور في مجلة التشريع في القانون، العدد الخامس والعشرون، المجلد الاول، ٢٠١٠.
٧. د. منصور مصطفى منصور، تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة وحماية كل شريك من تصرفات غيره، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، السنة السادسة، العدد الأول، مطبعة جامعة عين شمس، مصر، ١٩٦٤.
٨. ندى سالم حمدون ملا علو، مفهوم المهاية وتكييفها، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد ١١، العدد ٤٢، السنة ٢٠٠٩.

خامساً: المواقع الالكترونية

١. د. عبد العظيم عباس نصار، الاراضي الاميرية العراقية في وثائق عثمانية، جامعة الكوفة - كلية التربية الاساسية، ص ٨. بحث منشور على الموقع: www.uokufa.edu.iq.com
٢. صالح أحمد محمد عبطان اللهيبي، كسب حق التصرف بسبب الوفاة - دراسة تحليلية في القانون المدني العراقي، بحث منشور على الرابط: <https://www.iasj.net>.
٣. طارق كاظم عجيل، بناء الشريك على جزء مفرز من الشيء الشائع - تعليق على موقف القضاء العراقي، مقال منشور على الرابط: <https://www.hjc.iq/index-mob.php>
٤. صالح أحمد محمد عبطان اللهيبي، كسب حق التصرف بسبب الوفاة - دراسة تحليلية في القانون المدني العراقي، بحث منشور على الرابط: <https://www.iasj.net>

سادساً: المجالات القانونية

١. مجلة التشريع والقضاء، عدد ٤، السنة الثالثة.
٢. مجلة التشريع والقضاء، العدد الثالث، ٢٠٠٩.
٣. مجموعة المكتب الفني، السنة الحادية والاربعون، الجزء الأول، ٢٣٦٩.

سابعاً: القوانين والأنظمة

١. القانون المدني الفرنسي ١٨٠٤ المعدل.
٢. القانون المدني المصري القديم (مُلغى) ١٨٨٣.
٣. القانون المدني المصري النافذ رقم ١٣٨ لسنة ١٩٤٨.
٤. القانون المدني السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩.
٥. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
٦. مرسوم الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ في القانون المصري.
٧. قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١.
٨. القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦.
٩. قانون تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر المصري رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧.
١٠. قانون ايجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ العراقي (المعدل).
١١. القانون المدني الكويتي المرقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠.
١٢. قانون رعاية القاصرين العراقي رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠.

١٣. قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم ١٠٤١ لسنة ١٩٨٢

١٤. قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ (المعدل).

ثامناً: القرارات القضائية

أ. القرار القضائية المصرية:

١. قرار محكمة النقض المرقم ٩٤٨ لسنة ٦٨ قضائية في ١٥/١٠/٢٠١٤.

٢. قرار محكمة النقض المرقم ٣٣٩٨ لسنة ٧٢ جلسة ١١/٥/٢٠١٥.

٣. قرار محكمة النقض المرقم ٣٩٠ لسنة ٦٦ قضائية في ٢٦/١٠/٢٠٠٨.

٤. قرار محكمة النقض المرقم ١٤٨٨١ لسنة ٧٤ قضائية الصادر بجلسته ٢٠/٣/٢٠١٧.

٥. قرار محكمة النقض المرقم ٢٨٩٤ لسنة ٨٧ قضائية في ٢/١٢/٢٠١٨.

٦. قرار محكمة النقض المرقم ١٠١٧٠ لسنة ٧٥ قضائية في ٢٣/٢/٢٠١٧.

٧. قرار محكمة النقض المرقم ٣٩٥٢ لسنة ٦٦ قضائية في ٢٧/١٢/١٩٩٧.

٨. قرار محكمة النقض المرقم ١٧٤٨ لسنة ٤٥ ق في ٣١/١/١٩٩٠.

٩. قرار محكمة النقض المرقم ٦٣٥٥ لسنة ٨٦ قضائية في ١٢/٢/٢٠١٨.

١٠. قرار محكمة النقض المرقم ٦٧٩٦ لسنة ٨٢ قضائية في ٢٧/٢/٢٠١٦.

١١. قرار محكمة النقض المرقم ٢٦٥٤ لسنة ٦٧ قضائية في ١٥/٢/٢٠١٠.

١٢. قرار محكمة النقض المرقم ٣٩٢٥ لسنة ٦٦ قضائية في ٢٧/١٢/١٩٩٧.

١٣. قرار محكمة النقض المرقم ٨٩١ لسنة ٦٢ قضائية في ١٨/١/١٩٩٨.
١٤. قرار محكمة النقض المرقم ٦٧٩٦ لسنة ٨٢ قضائية في ٢٧/٢/٢٠١٦.
١٥. قرار محكمة النقض المرقم ٢٦٥٤ لسنة ٦٧ قضائية في ١٥/٢/٢٠١٠.
١٦. قرار محكمة النقض المرقم ١١٤٦٠ لسنة ٨٥ قضائية في ٢٤/١٢/٢٠١٦.
١٧. قرار محكمة النقض المرقم ٣١٢٦ لسنة ٧٤ قضائية في ٥/٦/٢٠١٤.
١٨. قرار محكمة النقض المرقم ١٤١٩٤ لسنة ٨٥ قضائية في ٢٢/٥/٢٠١٧.
١٩. قرار محكمة النقض المرقم ٣٤٦٧ لسنة ٧٥ قضائية في ٢٠/١/٢٠١٨.
٢٠. قرار محكمة النقض المرقم ١٨٨٣ لسنة ٧٠ قضائية في ١٢/٣/٢٠١٤.
٢١. قرار محكمة النقض المرقم ١٦٠ لسنة ٢٠٠٠ القضائية في ١٧/١/٢٠٠٠.
٢٢. قرار محكمة النقض المرقم ٣٤٧٢ لسنة ٧٨ قضائية في ١٩/٦/٢٠١٩.
٢٣. قرار محكمة النقض المرقم ٤٣٦٩ لسنة ٧٠ قضائية في ٢٨/١١/٢٠٠١.
٢٤. قرار محكمة النقض المرقم ٩١٧٤ لسنة ٧٨ قضائية في ٢٣/٢/٢٠١٦.
٢٥. قرار محكمة النقض المرقم ١٧١١٢ لسنة ٨٢ قضائية في ١٧/٥/٢٠١٥.
٢٦. قرار محكمة النقض المرقم ٤٩٥٧ لسنة ٨٥ قضائية في ٦/٣/٢٠١٨.
٢٧. قرار محكمة النقض المرقم ١٣٩٥ لسنة ٥٢ قضائية في ١٠/٦/١٩٨٧.
٢٨. قرار محكمة النقض المرقم ١٦٠ لسنة ٢٠٠٠ قضائية في ١٧/١/٢٠٠٠.
٢٩. قرار محكمة النقض المرقم ١٧٦٦٩ لسنة ٨٢ قضائية في ٢٦/١/٢٠١٤.

ب. القرارات القضائية العراقية:

١. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٤٣٠/هيئة مدنية / ٢٠١٤ في ١٤/٨/٢٠١٤.
١. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٢١٢/قسمة مهأية / ٢٠٠٨ في ٢٢/٤/٢٠٠٨.
٢. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١٧٣٢ / الاستئنافية عقار / ٢٠١٦ في ٤/٤/٢٠١٦ (غير منشور).
٣. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١٠٨٧ / هيئة مدنية / ٢٠١٦ في ١٠ / ٣ / ٢٠١٦ (غير منشور).
٤. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٣٤٩١ / الهيئة المدنية / ٢٠١٥ في ١٠/٨/٢٠١٥ (غير منشور).
٥. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٢٨٨ / هيئة الموسعة المدنية / ٢٠١٩ في ٢٣/١٠/٢٠١٩.
٦. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١٩٩٨/الهيئة الاستئنافية/ ٢٠١١ في ١٨/٥/٢٠١١.
٧. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٣٧٦/الهيئة الاستئنافية العقار/ ٢٠٠٩ في ٢٩/١/٢٠٠٩.
٨. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١٨٤١ / الهيئة الاستئنافية / العقار ٢٠١١ في ١٥/٥/٢٠١١.
٩. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١٩٩٨ / الهيئة الاستئنافية/ في ١٨/٥/٢٠١١.
١٠. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١٩٢٧ / الهيئة الاستئنافية/ في ١٠/٣/٢٠٠٨.
١١. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٤٠٤/هيئة عامة/ ٢٠١٢ في ٢٨/٢/٢٠١٢.
١٢. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١٢٨ / الهيئة الموسعة/ في ٣٠/٦/٢٠٠٧.
١٣. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٣٩٧٩/الهيئة المدنية عقار / ٢٠١٢ في ٩/١٠/٢٠١٢.

١٤. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١٠٨٧/الهيئة المدنية/٢٠١٦ في ٢٠١٦/٣/١٠ (غير منشور).
١٥. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٤٥٣/الهيئة المدنية، ٢٠١٨ في ٢٠١٨/١/٢١ (غير منشور).
١٦. قرار محكمة التمييز المرقم ٣٣٤٢/الهيئة الاستئنافية عقار/ ٢٠١٦ في ٢٠١٦/٦/٧ (غير منشور).
١٧. قرار محكمة التمييز المرقم ٤٢٩/الهيئة المدنية/ ٢٠١٤ في ٢٠١٤/٨/١٤ (غير منشور).
١٨. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٢٣٤٠/الهيئة الاستئنافية عقار/ ٢٠١٦ في ٢٠١٦/٤/١٩ (غير منشور).
١٩. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١٧٣٦/الهيئة الاستئنافية عقار/ ٢٠١٥ في ٢٠١٦/٣/١٦.
٢٠. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٣٩٥٤/الهيئة الاستئنافية عقار/ ٢٠١٩ في ٢٠١٩/٨/٢٨ (غير منشور).
٢١. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١٧٣٢/استئنافية عقار/ ٢٠١٦ في ٢٠١٦/٤/٤.
٢٢. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٣٢٤م/٢/٩٧٨ في ١٩٧٨/٧/٥.
٢٣. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٣٧٦/هيئة استئنافية/عقار/ ٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/١٠/٢٩.
٢٤. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٢٢٨/الهيئة الاستئنافية/ ٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/٦/٢٠.
٢٥. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٢٩٣/الهيئة الموسعة المدنية/ ٢٠١٧ في ٢٠١٧/١٠/١٧.
٢٦. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٨٧١ في ٢٠٠٨/٥/١٢.

٢٧. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٥٧٦٣ / الهيئة الاستئنافية عقار/٢٠١٥ في ٢٠١٥/١١/١٢ (غير منشور).
٢٨. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٥٢٤ / الهيئة الاستئنافية عقار / ٢٠١٤ في ٢٠١٤/١/٢٢ (غير منشور).
٢٩. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٢٩٥٣/الهيئة الاستئنافية عقار / ٢٠١٢ في ٢٠١٢/٧/١.
٣٠. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٢٨٨/الهيئة الموسعة المدنية، ٢٣/١٠/٢٠١٩ (غير منشور).
٣١. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٣٥٦/٢م/٢٠٠٠ في ٢٠٠٠/٢/١.
٣٢. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٧٤ في ٢٠٠٨/٦/١١.
٣٣. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٣٢٥ / هيئة عامة أولى / ١٩٧٣ في ١٩٧٤/٢/٢٣.
٣٤. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١٤٣ / ٣م عقار / ١٩٧١ في ١٩٧١/١٠/٦.
٣٥. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١٥ / الهيئة المدنية / ٢٠١٥ في ٢٠١٥/١/٤.
٣٦. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٢١٢٨ الهيئة الاستئنافية/عقار ٢٠١٥ في ٢٠١٥/٤/٢٢.
٣٧. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٤٥٠٥ / الهيئة الاستئنافية عقار / ٢٠١٢ في ٢٠١٢/٨/٢٧.
٣٨. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١٢٣٢ / صلحية / ١٩٥٤ في ١٩٥٤/٧/٢٨.
٣٩. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٢٣٦٣ / الهيئة الاستئنافية عقار / ٢٠١٢ في ٢٠١٢/٦/٢١.

٤٠. قرار محكمة استئناف المثني بصفقتها التمييزية المرقم ٦/ت ح / ٢٠١٦ في ٥/٩/٢٠١٦ (غير منشور).

٤١. قرار محكمة استئناف المثني بصفقتها التمييزية المرقم ٢١/ت ح / ٢٠٢٠ في ٢٦/٢/٢٠٢٠ (غير منشور).

• المصادر الفرنسية

Livers Juridiques:

1. DAGOT (M.), l'indivision ,loi du 31 Decembre 1976,LITEC,1977,N.271.
2. Jean –Louis Bergel , et Marc Bruschi , et Sylvie Cimamonti , Op.cit .
- 3.Edmond – Noel Martine « Chronique de Droit Rural »,Revue Juridique de L'Ouest,1989-4.
4. Breton, La loi N 76-1286 du 31 Decembar sur l'organsation de l'indivision , Rev dr. rural, 1976.
5. BRETON A .NERSON .R .FAYARD .MC .lindivision .encycle .daloz .rep.dr .civ .1977
6. James Willam Moody Bslr, Essentials of commercial law, econd revised edecion, new yourk, 1913.
7. MAZEAUD h.l.j CHABAS f. leceon de droit civil, T3.2evol, biens, 6 ed par gianviti f. montchrestien 1984, p513to other.

8. Gerard cornu, droit civi, introduction les persones, les bien, 8ed, montchrestien, 1997.

La recherché:

1. Murielle CAHEN , Bien sortir d`une indivision ,2021.

WWW.Juritrvail.com

2. Elisabeth Botrel, Occupation privative d`un bien indivis par un indivisaire : caractérisation d`un trouble manifestement illicite, 30 janv 2019.

WWW.Dalloz- Actualité.fr

3. Joan Dray, L`usage des bines indivis,2019.

WWW.vente- paravocats.com

4. Amandine Cayol, De La distinction entre actes d`administration et actes conservatoires dans le cadre d`une indivision, 2 Juillet 2020.

[https:// www.dalloz-actualite.fr/flach](https://www.dalloz-actualite.fr/flach)

5. Amandine Cayol, Gestion des biens indivis: rappel des majorities requises pour agir, 24 oct 2019.

WWW.Dalloz- Actualité.fr

6. Quentin Guiguet-Schielé, L'indivisaire locataire n'est pas Quentin Guiguet-Schielé, L'indivisaire locataire n'est pas débiteur d'une indemnité d'occupation, 15 mai 2020.

[WWW.Dalloz- Actualité.fr](http://WWW.Dalloz-Actualité.fr)

Décisions judiciaires:

1. Cass. 3e civ., 31october 2012, n° 16.304-11.
2. Cass 1e civ 26 October 2011 ,n° 10-21802.
3. Cass 3e civ., 7 mars 2007, n° 06-12568.
4. Cass 3e civ, 31november 2011, n° 18.057-18.
5. Cass 1e civ, 30 janvier 2019, n° 18-12403.
6. Cass 1e civ, 3 octobre 2019, n° 18-20430.
7. Cass 1e civ, 11 juill 2019, n° 17-31091.
8. Cass 1e civ, 27 october 1992, n°265.
9. Cass 1e civ, 7 Février 2018, n° 16-28.686.
10. Cass 1e civ, 18 Mars 2020, N° 19-11.206.
11. Cass 1e civ, 11 April 2018, N° 17-17.495.

Abstract

because of the effect of this conflict that may lead to the denial of the use, and if the Iraqi legislator did not stipulate consensus for the benefit between the partners, realizing the need to balance the right of each partner in Benefiting from the commons on the one hand and not harming the rest of the partners on the one hand, but this organization did not limit the contradiction due to the presence of several weaknesses, which this study will attempt to identify in preparation for developing proposals that contribute to reducing the conflict, similar to the laws that have succeeded in that

Abstract

(Abstract)

The study examines a vital topic that preoccupies the thought of legal researchers, and it was a reason for the jurisprudence and the judiciary in it, as it is a reflection of the reality of the daily conflicts that it raises between the owners of the original communal right in rem. From the conflict that arises from it, and if the principle is that the partners have the right to benefit from the commons, but the right to exercise this authority often does not achieve the consensus of the partners, which makes the use collide with the rights of the rest of the partners because of competition and competition among them in order to obtain the benefits of the communal property, Laws that realize that consensus cannot be achieved give the right to the owner or owners of the majority of common shares in managing the commons and undertaking all the necessary actions to obtain the benefit of the commons .in the interest of all partners, including the minority

Therefore, this study attempts to research the regulation of the use of the commons by studying the effectiveness of the restrictions in which the comparative laws restricted the authority of usufruct, especially since the regulation of these restrictions was varied in a way that was reflected in the manner in which the courts dealt with the application of these restrictions to reduce the conflict between the partners, This study sheds light on the strategy of laws in the enactment of these restrictions for the use of the commons during the period of popularity in order to favor the best of them,

Ministry of Higher Education and Scientific Research
Al-Qadisiyah University
College of Law
Department of Private Law



**Conflicting rights of partners to use communal property
(comparative study)**

Master's thesis presented by the student

ARSLAN Abbas Jabir

To the Council of the College of Law - Al-Qadisiyah University

It is part of the requirements of obtaining a master's degree in private law

Supervised

DR. MIRY KAZIM OBEID

Professor Of Civil Law