حق الشريك في التصرف في المال الشائع

في القانون المدني العراقي

بحث مقدم الى مجلس قضاء اقليم كوردستان كجزء من متطلبات

ترقية صنف القضاة من الصنف الرابع الى الصنف الثالث

من قبل القاضية
هيشوو مصطفى حمه صالح

بأشراف القاضي السيد / سروەر على جعفر
قاضي محكمة الاحوال الشخصية في السليمانية

١٤٤٦ هجري **٢٧٢٤ كوردي** **٢٠٢٤ ميلادي**

توصية المشرف على البحث

بعد ان تم تعييني مشرفا على البحث الذي كلفت به القاضي السيدة (هيشوو مصطفى حمه صالح) بكتابتها لغرض تقديمها الى مجلس قضاء اقليم كوردستان كجزء من متطلبات الترقية الى الصنف الثالث ،قامت الباحثة بأطلاعي على الخطوات التي قامت بها من اجل كتابة بحثها مستعينا بأرشاداتي و توصياتي،و بعد مطالعتي على بحثها هذا ظهر لي ان الباحثة بذلت جهدا مشكورا عليه مستعينا بالمصادر القانونية ليكون بحثا متكاملا من الوجوه كلها،فيما يتعلق بموضوع البحث و هو ((حق الشريك في التصرف بالمال الشائع في القانون المدني العراقي)مما جعل من بحثها مصدرا قيما و فيه معلومات جيدة للقاريء ليكون على معرفة حق الشريك في التصرف بالمال الشائع في القانون المدني العراقي و جعلت من بحثها مصدرا مفيدا للقضاة محاكم البداءة للأستعانة به، ولا يسعني الا ان اشجعها على الاستمرار والمثابرة في هذا المجال والمجالات القانونية الاخرى لتنوير الطريق لزملائها الاخرين في مجال القانون،عليه اعتبر وبكل تواضع ان بحثها بحث جدير لقبوله لما بذلتها من جهد في تطوير موهبتها القانونية في هذا المجال،ولكونه مستوفي للشروط الشكلية والعلمية نوصي بعرضه للمناقشة .

مع الشكر....

المشرف

سروه ر علي جعفر

بِسْمِ اللَّـهِ الرَّحْمَـٰنِ الرَّحِيمِ

((وَمَا أُوتِيتُمْ مِنَ الْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلاً))

صدق الله العظيم

سورة الإسراء، الاية (٨٥)

شكر وتقدير

اشكر الله عزوجل أذ وفقني في كتابة هذا البحث المتواضع.

وانني في هذا المنوال اتقدم ببالغ الشكر والتقدير والعرفان الى كل من كان عونا لي في كتابة هذا البحث، أخص بالذكر المشرف على البحث القاضي ,,سروەر علي جعفر،، الذي قام بالأشراف ومتابعة البحث من بدايتها حتى انتهائها أذ كان بتوجيهاته القيمة وارشاداته الصائبة الاثر الكبير في كتابة البحث على الرغم من انشغاله بأعمال الوظيفية كقاضي محكمة الاحوال الشخصية في السليمانية، أذ تحمل عناء الاشراف والمتابعة على البحث فجزاه الله خير الجزاء واتمنى له دوام الصحة والسلامة والعافية، اتقدم بالشكر الوافر لكل من اعانني و ساعدني في كتابة هذا البحث بالتوجيه او ارشاد فجزاهم الله خير الجزاء.

الباحثة

محتويات

الآية القرآنية .....أ

شكر وتقدير .....ب

مقدمة ١

المبحث الاول: تعريف الملكية الشائعة و مصادرها و طبيعتها القانونية..... ٤

المطلب الأول :تعريف الملكية الشائعة ٥

المطلب الثاني: مصادر الملكية الشائعة ٨

الفرع الاول- العقد ٨

الفرع الثاني- الميراث ٩

الفرع الثالث- الوصية ١١

الفرع الرابع- الحيازة ١٢

المطلب الثالث :الطبيعة القانونية للملكية الشائعة ١٣

المبحث الثاني: التصرفات الذي اجاز القانون للشريك ممارستها ١٦

المطلب الاول :حق الشريك في التصرف بحصته الشائعة ١٦

المطلب الثاني:حق الشريك في التصرف بحصته المفرزة ٢٠

المطلب الثالث:حق الشريك في التصرف بالمال الشائع كله ٢٢

الخاتمة ٢٤

المصادر.....٢٦

المقدمة

اهمية البحث:

منذ القدم اعتبرت الحضارات الأنسانية المال سواء اكان عقارا او منقولا من اهم العناصر الأساسية التي ميزت حياة المجتمعات البشرية عن غيرها، لأن المال بحد ذاته يعد الركيزة الأساسية للوصول الى تحقيق الأهداف الأقتصادية والأجتماعية للمجتمع، لذلك حاول الأنسان الأستئثار بحيازة المال بنوعيها العقار والمنقول لأهميتها القصوى في ديمومة الحياة البشري و استقرارها.

على مر العصور حاول الانسان استغلال المال والسيطرة عليها و عدم المجازفة بملكيتها تمهيدا لأستعمالها و التصرف فيها على الوجه الأمثل ،بعد تطور الحياة البشرية فأن حاجة الأنسان بدت ضرورية الى توثيق ملكيته لهذه الاموال مما حدى بالدول الى سن القوانين الخاصة بتسجيل الاموال و خاصة العقارية، و في نفس الوقت توثيقها و تسجيلها ترد على الدولة بأيجابية كونها و بسببه تفرض الضرائب على تلك الأموال .

و ان المال بطبعه يمكن ان يكون مملوكا لشخص واحد و هي الصورة الأمثل للملكية و يمكن ان يكون مملوكا لأكثر من شخص مشتركين فيه على سبيل الشيوع، و ان المال حينما يكون مملوكا لشخص واحد بمفرده فأن ذلك يبيح لمالكه اجراء جميع التصرفات المسموح به له قانونا و استعمالها و استغلالها على الوجه الأفضل، بيد ان النزاع يظهر بصورة جدية حينما يكون المال مملوك لأكثر من شخص واحد حيث تظهر المشاكل و عدم الأنسجام بين الشركاء جراء عدم اتفاقهم على ادارة المال الشائع و هي ابرز المشاكل التي تواجه الملكية الشائعة، مما يليها عدم اتفاقهم ايضا على استغلال و استعمال و التصرف في المال الشائع، و ان عدم الأتفاق او الأختلاف تلك تؤدي الى الأضرار بالشركاء في المال الشائع من الناحية الأقتصادية و من ثم عدم قيام المال بمهمتها الحيوية في المجتمع، عليه و تلافيا لتلك الأختلافات اضطر المشرع الى سن الأحكام القانونية المتعلقة بأزالة شيوع المال الشائع و ذلك بقسمته ان كانت قابلة للقسمة او بيعه اذا كان غير قابل للقسمة.

ان المشرع العراقي و بسبب كثرة المساوىء الذي يتمتع بها المال الشائع نظر اليها نظرة غير مرحب بها و بدوره حاول التخفيف من مساوئها و في سبيل ذلك اجاز للشركاء الاتفاق فيما بينهم على قسمة المنافع للمال الشائع و هو ما يسمى بقسمة المهايأة التي يتناوب فيها الشركاء على قسمة منفعة المال

الشائع و هي على نوعين زمانية و مكانية، و في حالة ما اذا كان قسمة المنافع لم تجدي نفعا واستمرت الخلافات وعدم الانسجام بين الشركاء في ادارة المال الشائع، فأن المشرع العراقي لم يشأ ان يجعل من حالة الشيوع حالة ابدية لا خروج منها و لا نهاية لها بحيث تلزم الشركاء كل حياتهم، بل على العكس حثهم على الخروج منها بدعوى يقدموه الى محكمة البداءة التي يقع العقار ضمن اختصاصها المكاني بغية ازالة شيوع العقار.

من الصعوبات التي تواجه ادارة المال الشائع هو سيطرة احد الشركاء على المال الشائع مما يضطر الشركاء الاخرون الى اقامة دعوى اجر المثل على الشريك للمطالبة بحقهم، ومن الصعوبات الجمة الاخرى التي تواجه ادارة المال الشائع هو بقاء المال الشائع بين الورثة لسنوات كثيرة فبمرور الوقت يتوفون تباعا فيكثر عدد الورثة الى الحد الذي يصعب الاتفاق على ادارة المال الشائع هذا كله بسبب مساواة الشركاء في الحقوق العينية الاصلية و الذي يؤدي الى تعارض المصالح فيما بينهم ان الملكية المفرزة هي الصورة المثلى للملكية ذلك لما يخوله هذا النوع من الملكية من حرية المالك في التصرف في ملكه كيفما شاء في حدود القانون، و ان الملكية كان و لا يزال موضع اهتمام شراح القانون أذ قاموا بكتابة البحوث فيها و يرجع اهتمامهم بالملكية الى انه لها ارتباط وثيق بحياة الأنسان و المجتمع.

ان تعدد الشركاء امر لا بد منه لأن الأنسان حتى و ان اراد ان لا يشاركه احد في ملكه و لكن بعد وفاته فأن ما كان يملكه لوحده يصبح ملكا لورثته و بذلك يصبح الملك الذي كان له مالك واحد يكون له اكثر من مالك ونظرا لتعارض مصالح الشركاء الذي يثير اشكاليات بينهم مما ادى الى تدخل المشرع لتنظيم احكام التصرف في المال الشائع في القانون المدني العراقي .

سبب اختيار الموضوع :

من الأسباب التي دفعتني الى اختيار هذا الموضوع هو ان الموضوع مهم في ذاته و يستحق الكتابة لأنه يمثل جانبا مهما من الجوانب القانونية و الفقهية الذي اثيرت حوله الكثير من الاراء و المناقشات بصددها، ناهيك عن ذلك ان التصرف القانوني يحتل مكانة مهمة و بارزة في عالم القانون فأليه ترد مصادر الحق الشخصي و اسباب كسب الحق العيني.

صعوبة البحث:

ان الدراسات المتخصصة في هذا الموضوع قليلة مقارنة بأهمية الموضوع و حيويتها و ان ما كتب فيها هي بحوث عامة لم تتعرض لدراستها بصورة مفصلة ناهيك عن ذلك قلة المصادر بهذا الموضوع كانت صعوبة اخرى واجهت كتابة البحث.

اهداف البحث:

من اهداف البحث هو بيان احكام التصرف القانوني في المال الشائع و بيان حكم التصرف القانوني الذي ينفرد به احد الشركاء دون موافقة غيره من الشركاء، و من ثم ايجاد الحلول المناسبة بغية تعديل او اضافة نصوص القانون المدني العراقي لمعالجة النقص الحاصل في المواد المتعلقة بهذا الموضوع.

منهجية البحث:

اما بصدد المنهجية المتبعة في هذا البحث فأننا اتبعنا المنهج التحليلي الذي يقوم بالأساس على تحليل النصوص القانونية و الأراء الفقهية و مناقشتها و تقييمها و استخراج الأحكام المناسبة لها.

هيكلية البحث:

اقتضت الضرورة المنهجية لدراسة هذا الموضوع تقسيمه الى مبحثين بحيث سنتناول في الاول تعريف الملكية الشائعة و مصادرها و طبيعتها القانونية و قسمنا المبحث الى ثلاث مطالب بحيث خصصنا الاول لتعريف الملكية الشائعة و الثاني لمصادر الملكية الشائعة و الثالث للطبيعة القانونية للملكية الشائعة، و تناولنا في المبحث الثاني التصرفات الذي اجاز القانون للشريك ممارستها، أذ قسمنا المبحث الى ثلاث مطالب بحيث تناولنا في الاول حق الشريك في التصرف بحصته الشائعة و تناولنا في الثاني حق الشريك في التصرف بحصته المفرزة، و في الثالث حق الشريك في التصرف بالمال الشائع كله و سوف ننهي دراستنا بخاتمة نحاول ان نوضح فيها الأستنتاجات و التوصيات المقترحة، و من الله التوفيق.

الباحثة

المبحث الاول

تعريف الملكية الشائعة و مصادرها و طبيعتها القانونية

للوقوف على هذا المبحث لا بد من التطرق الى تعريف الملكية الشائعة و مصادرها و طبيعتها القانونية من خلال ثلاثة مطالب سنتناولها تباعا على النحو الأتي:

المطلب الاول/ تعريف الملكية الشائعة.

المطلب الثاني/ مصادر الملكية الشائعة.

المطلب الثالث/ الطبيعة القانونية للملكية الشائعة.

المطلب الأول

تعريف الملكية الشائعة

بغية التطرق لتعريف الملكية الشائعة لا بد من تعريفها لغة واصطلاحاً وقانوناً، عليه سنتناولها من خلال ثلاث فقرات بحيث نخصص الاول لتعريف الملكية الشائعة لغة ونخصص الثاني لتعريف الملكية الشائعة اصطلاحا وفي الختام لتعريف الملكية الشائعة قانونا.

اولاً/ تعريف الملكية الشائعة لغة:

يعرف الشيوع لغة انه سهام غير مقسومة فقد جاء في تعبير اهل اللغة عبارة سهم مشاع او سهم شائع اي غير مقسوم،و (أشاع) الخبر اذاعه، معنى شيوع في قاموس اللغة العربية المعاصرة هو تشايع/ تشايع على/ تشايع في يتشايع/ تشايعا، فهو متشايع، و المفعول متشايع على فلان [١]، و ان مجلة الأحكام العدلية في المادة ١٠٦٠ منه قد عرفت شركة الملك هي كون الشيء مشتركا بين اثنين فأكثر اي مخصوصا بها بسبب من اسباب الملك اذ نصت على((شركة الملك هي كون الشيء مشتركا بين اكثر من واحد اي مخصوصا بهم بسبب من اسباب التملك كالاشتراء والاتهاب وقبول الوصية والتوارث او بخلط، واختلاط الاموال يعني بخلط الاموال بعضها ببعض بصورة لاتكون قابلة للتمييز والتفريق اوباختلاط الاموال بتلك الصورة بعضها ببعض.)) وعرف الفقهاء الملكية الشائعة بأنه حالة من احوال الملكية يكون فيها الشيء محل للملكيات المختلفة تحدد فيها انصبة كل منهم من الشيء دون تمييز او تفرقة فكل جزء من الشيء المملوك على وجه الشيوع يعد مملوك لكل شريك دون تعيين، و كل ذلك سواء اكان الشيء لذاته قابلا للقسمة او لم يكن [٢] و كما عرفه البعض بأنها الشركة في الأموال سواء اكان عقارا او منقولا.[٣]

---

(١)محمد بن ابي بكر بن عبدالقادر الرازي، مختار الصحاح،طباعة مكتبة لبنان،ص٣٥٣.

(٢)المحامي فوزي كاظم المياحي،شركاء الشيوع و نزاعاتهم المتعددة، بغداد، ٢٠١٤،ص١٥، نقلا عن دكتور صلاح الدين الناهي، محاضرات في القانون المدني العراقي،حق الملكية بذاته،نشر معهد دراسات العاتك ، ١٩٦٠،ص٩٠.

(٣)دكتور صلاح الدين الناهي،الوجيز في المرافعات المدنية و التجارية، سنة الطبع ١٩٦٢،ص٢٣٤.

ثانياَ/ تعريف الملكية الشائعة اصطلاحاَ:

اما تعريف الملكية الشائعة اصطلاحا فقد عرفها الفقهاء بأنها حالة من احوال الملكية يكون فيها الشيء محلا للملكيات الفردية مختلفة تتحدد فيها انصبة الشركاء في الشيء دون تمييز او تفرقة فكل شريك يكون مالكا لكل جزء من الشيء المملوك بدون تعيين و بغض النظر عن قابلية المال للقسمة من عدمه [١] كما عرفه الاخرون بأنها حالة قانونية يكون فيها الحق مملوكا لعدة اشخاص دون تحديد نصيب كل منهم ماديا في الشيء لكنه يتعين معنويا في الحق نفسه. [٢]

ثالثا/ تعريف الملكية الشائعة قانونا:

ان الملكية الشائعة هي نوع من انواع الملكية تتضمن في ذاتها جميع مكونات حق الملكية كالأستعمال و الأستغلال و التصرف، بيد ان الشريك في هذا النوع من الملكية و هو المال الشائع يملك تلك العناصر بصورة شائعة و لا يختص بجزء محدد منه و ان الفقرة الاولى من المادة ١٠٦١ من القانون المدني العراقي قد عرفت الملكية الشائعة بنصها ((اذا ملك اثنان او اكثر شيئا فهم شركاء فيه على الشيوع و تحسب الحصص متساوية اذا لم يقم دليل على غير ذلك)) أذن الملكية الشائعة تنصب على مال يملكه اكثر من شخص واحد و هي تتناول المال الشائع كله غير منقسم و ان حق كل شريك فيه يكون بصورة شائعة من هذا المال الشائع هو الذي ينقسم حصصيا دون ان ينقسم المال ذاته، أذن من التعاريف المذكورة يتبين بأن الملكية الشائعة تختلف اختلاف جوهري عن الملكية الفردية في تعيين صاحب الحق و في محله و في المنفعة التي تنشأ من اتصال هذين العنصرين، في الملكية الشائعة يتقرر حق الملكية لأشخاص متعددين بخلاف الملكية الفردية التي تثبت لمالك واحد، و في الملكية الشائعة يكون محل الحق محددا تحديدا معنويا لأن كل شريك يملك حصته الشائعة من العين كلها يشار اليها بنسبة حسابية كلنصف و الثلث و الربع و يظل محل الحق غامضا حتى تتم القسمة، ولكن في الملكية الفردية ان محل الحق محدد

---

(١)صلاح الدين الناهي،الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، الجزء الاول، شركة الطبع و النشر الاهلية،بغداد،(١٩٦٠-١٩٦١)،ص١١.

(٢)الاستاذ السيد(عبدالوهاب عرفة) ، الوجيز في استعمال و ادارة المال الشائع و دعوى الفرز والتعيين و دعوى القسمة ، دار المطبوعات الجامعية،الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص١٥.

تحديدا ماديا و فيها يستأثر المالك بمنافع العين كلها و له ان يتصرف به جميع انواع التصرف و ان يستعملها و يستغلها كما يشاء، ولكن في الملكية الشائعة ان حقوق الملاك يزاحم بعضها بعضا،لذلك فأنه لايجوز لأي مالك ان يستهلك الشيء و ان يتصرف فيه او ان يستعمله او يستغله الا بقيود خاصة و في حدود ما تسمح به حصته [١] كما عرف البعض الملكية الشائعة بأنها حالة قانونية تنتج عن اجتماع عدة حقوق عينية من طبيعة واحدة لعدة اشخاص و دون ان يكون هناك تقسيم مادي لهذا الشيء الى اجزاء مفرزة،وان حالة الشيوع يوجد في كل حق عيني اصلي كحق الانتفاع او تبعي كحق كحق الرهن و ذلك لأن طبيعته القانونية لا تأبى طبيعة الشيوع،والشيوع لا يرد على الحقوق الشخصية ،لأن بتعدد اصحاب الحق الشخصي فأن الحق ينقسم بينهم و ذلك ما لم يكن قابلا للانقسام،اذ في هذه الحالة يطبق احكام عدم قابلية الحق الشخصي للأنقسام و ليست احكام الشيوع فأذا توفي دائن عن عدة ورثة انقسم الدين بينهم فيصبح الواحد منهم دائنا للمدين على استقلال بجزء من الدين بنسبة حصته من التركة. [٢]

و كما اوردناه سلفا ان حصة الشريك في الملكية الشائعة لا تتعين بجزء معين من المال الشائع بل ان حصته الشائعة موجودة في كل جزء من المال،وبناءا عليه ان كل شريك في الملكية الشائعة يملك حصته الشائعة ملكا تاما له حق الانتفاع بها و استغلالها و بيعها و ايجار حصته الشائعة لشريكه او لغير شريكه او رهنها دون اخذ موافقة الشركاء بشرط ان لا يضر بشركاؤه الاخرين و هذا ما نصت عليه الفقرة (٢) من المادة (١٠٦١) من القانون المدني العراقي ،صفوة القول يمكننا ان نعرف الملكية الشائعة بأنها المال الذي تعود ملكيته لأكثر من شخص واحد و ترد على العقار و المنقول على السواء و كل شريك فيها يملك حصته الشائعة ملكية تامة و له حق الانتفاع بها و استغلالها بشرط ان لا يضر بشركاؤه الاخرين ،وله ايضا حق التصرف بها بجميع انواع التصرفات القانونية كالبيع و الأيجار و الرهن و الهبة

---

(١) القاضي خليل ابراهيم ملا حويش، أحكام الملكية الشائعة في القانون المدني العراقي، بغداد ١٩٩٠، ص٢٤.

(٢)المحامي فوزي كاظم المياحي ، مصدر سابق، ص١٦.

و الوصية و لا يحتاج في كل ذلك الى موافقة بقية الشركاء و لكن اجراء تلك التصرفات مقيد بقيد عدم تضرر الشركاء الأخرين.

المطلب الثاني

مصادر الملكية الشائعة

للوقوف على مصادر الملكية الشائعة لا بد من تقسيم المطلب الى اربعة فروع ،بحيث نتناول في الاول العقد و في الثاني الميراث و في الثالث الوصية و نتناول في الرابع الحيازة.

الفرع الاول

العقد

ان العقد يعد من التصرفات القانونية الرضائية الذي يلزم اطرافه و بمقتضاه يترتب عليهم التزامات قانونية،وان المقصود بالعقد هنا هو عقد البيع المستوفي لجميع شروطه الشكلية و الموضوعية و به ينتقل حق الملكية من البائع الى المشتري، ومن النظر الى احكام القانون المدني العراقي نجد بأنه بغية انتاج العقد لأثاره القانونية يجب توافر اركانه الثلاث و هو الرضا و المحل و السبب ،بيد ان القانون اشترط في بعض من عقود البيع ناهيك عن توافر تلك الاركان استيفاء شكلية معينة حتى ان ينتج العقد اثاره القانونية كما في حالة شراء عقار أذ اشترط القانون وجوب تسجيله في دائرة التسجيل العقاري و اعتبر كل عقد بيع باطلا اذا كانت قد جرى خارج دائرة التسجيل العقاري [1].

---

(١)نصت الفقرة (٢) من المادة (٣) من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ على ((لا ينعقد التصرف العقاري الا بالتسجيل في دائرة التسجل العقاري)).

و ان العقد بأعتباره مصدر من مصادر الشيوع له تطبيقات كثيرة و ذلك في حالة أذا اشترى شخصا فأكثر عقارا معا فهم شركاء فيه على الشيوع و ايضا في حالة ما اذا باع شريكان مشتاعان عقارهما لمشتري واحد فهما شركاء في ثمن ذلك العقار،أذ ان الشيوع مثل ما يمكن ان يكون في الأعيان فأنه يكون في الديون ايضا [١]

صفوة القول ان عند بيع شخص عقاره الى شخصين او اكثر و تم تسجيل البيع في مديرية التسجيل العقاري فأن البيع يستوفي شروطه الشكلية و القانونية و به يصبح مالكي العقار الجدد شركاء فيه على وجه الشيوع.

الفرع الثاني

الميراث

ان الميراث يعد سبب من اسباب كسب الملكية الشائعة سواء اكان عقارا او منقولا ،وفي الاحكام العامة للميراث يعتبر موت المورث واقعة مادية تنقل ملكية التركة من المورث الى الوريث [٢]،وان الوارث يحل محل مورثه في ملكية اموال الموروثة سواء اكان عقارا او منقولا وكذلك جميع المسؤوليات المالية المتعلقة بتلك التركة.

و يرى الأستاذ عبدالمجيد الحكيم ((يحل الوارث محل المورث في التركة و المسؤوليات المالية المتعلقة بهذه التركة و يضرب لذلك مثلا شراء شخص شيء و لم يقبضه ثم مات فأن حقه في المطالبة بالمبيع ينتقل الى الوارث و الى الموصى له بكل التركة او بجزء شائع منها و هذا ما نصت عليه الفقرة الاولى من المادة (١٤٢) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها –ينصرف اثر العقد الى المتعاقدين و

---

(١)القاضي خليل ابراهيم ملا حويش،مصدر سابق،ص٢٧.

(٢)الدكتور عبدالرزاق احمد السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني،الجزء التاسع،المجلد الاول،ص٨١.

الخلف العام دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث،ما لم يتبين من العقد او من طبيعة التعامل او من نص القانون ان هذا الاثر لا ينصرف الى الخلف العام-)) [١]

بيد ان الميراث احيانا قد يكون و في حالات قليلة و نادرة سبب من اسباب كسب حق الملكية المفرزة و ذلك في حالة ما اذا مات شخص و ورثه ولده الوحيد دون مشاركة احد أذن في هذه الحالة فأن ملكية اموال المورث تنتقل الى الوارث بصورة ملكية فردية مفرزة كما كان في سابق عهدها حينما كانت مملوكة بصورة ملكية مفرزة للمورث [٢] ان المشرع العراقي نص في الفقرة الاولى من المادة (١١٠٦) من القانون المدني على ((يكسب الوارث بطريق الميراث المنقولات و العقارات و الحقوق الموجودة في التركة)) و نص في الفقرة الثانية من تلك المادة على ((وتعيين الورثة و تحديد انصبائهم في الارث و انتقال اموال التركة ،تسري عليها احكام الشريعة الاسلامية و القوانين الخاصة بها))،وبموجب احكام المادة (١٨٩) من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة (١٩٧١) المعدل أن اكتساب الوارث لأموال مورثه يكون من تأريخ وفاة مورثه.

و يسري على الميراث قانون المورث وقت موته،علما ان اختلاف الجنسية غير مانع من الارث في الاموال المنقولة و العقارات غير ان العراقي لا يرثه من الأجانب الا من كان قانون دولته يورث العراقي منه استنادا الى احكام المادة (٢٢/أ) من القانون المدني العراقي،وان الأجنبي الذي لا وارث له تؤول امواله التي في العراق للدولة العراقية و لو صرح قانون دولته بخلاف ذلك هذا كله استنادا الى احكام الفقرة(ب) من المادة(٢٢) من القانون المدني العراقي،ولقد اعطى المشرع العراقي لدائني التركة الحق في استيفاء حقوقهم منها حتى و لو تعلق حق الغير بها فان بيع الورثة جزء من التركة فيسقط حق الدائنين في ملاحقة التركة بعد انقضاء ثلاث سنوات على موت المورث الا اذا كان الورثة قد تواطؤا مع الغير للأضرار بالدائنين [٣])

---

(١)المحامي الدكتور غزوان محمود غناوي،ازالة شيوع العقارات/دراسة مقارنة،الطبعة الاولى،الناشر المكتبة القانونية،بغداد،٢٠١٣،ص١٣٤.

(٢)المحامي الدكتور غزوان محمود غناوي،مصدر سابق،ص٣٥.

(٣)المحامي الدكتور غزوان محمود غناوي،نفس المصدر ،ص٣٦.

الفرع الثالث

الوصية

ان الوصية هي تصرف مضاف الى ما بعد الموت و هو بحد ذاتها يعد سببا من اسباب كسب الملكية الشائعة و هو تصرف قانوني صادر بأرادة منفردة و يعد سبب من اسباب كسب الحقوق العينية الاصلية و منها حق الملكية،اما بقدر ما يتعلق بحق الانتفاع و الاستعمال و السكنى فهم لا ينتقلون بالوصية لأن ينتهون بوفاة صاحبهم.

ان المشرع العراقي و في المادة (١١٠٨) من القانون المدني نص على ((١-يكسب الموصى له بطريق الوصية المال الموصى به. ٢- وتجوز الوصية للوارث و غير الوارث في ثلث التركة، و لا تنفذ فيما جاوزت الثلث ،الا بأجازة الورثة))،بالرغم من ان المشرع العراقي اعتبر بطلان كل تصرف يخص التركة المستقبلية و لكن الوصية هو استثناء على تلك القاعدة حتى وان كان تصرف مضاف الى ما بعد الموت و ذلك لأن الموصي يتصرف في تركته بأرادته المنفردة ،وان الوصية حتى وان تنعقد بالأرادة المنفردة الان انه بغية ان تنتج اثارها القانونية يجب توافر بعض الشروط فيها كتمتع الموصي بأهلية التبرع فأذا كان الاخير عديم الاهلية او ناقصها فلا تصح الوصية،و يستوجب ايضا ان يكون الموصى له حيا وقت الأيصاء،اما بقدر ما يتعلق بالشيء الموصى به يجب ان يكون مالا يصح التعامل به،وان المشرع العراقي اجاز الوصية للوارث و غير الوارث بحدود ثلث التركة فأذا تجاوزتها فيكون صحيحا و لكن بشرط اجازة الورثة لها.وقضت محكمة التمييز الاتحادية فى احدى قراراتها ((وجد ان القرار غير صحيح ومخالف للقانون حيث ان المدعوة (ف) كانت قد استصدرت حال حياتها حجة الوصية المرقمة ٩٩/٤٢في ١٩٩٩/٢/٢٠من محكمة الاحوال الشخصية فى الكرادة وتضمنت ايصائها بثلث اموالها المنقولة وغير المنقولة الى ابن اخيها المدعي(ع)ثم توفيت الموصية فى ٢٠٠٦/٨/٢٠ وهى على تلك الوصية ولم ترجع عنها وبذا تعد الوصية المذكورة نافذة بحق ورثتها ويلزم تنفيذها وتشمل ثلث اموالها المنقولة وغير المنقولة بتاريخ الوفاة ووفق احكام المواد ١١٠٨ من القانون المدني والرابعة والستين ولغاية الرابعة والسبعين من قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ و م ٢٤٩قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة١٩٧١وبالتالى يتعين على محكمة الموضوع التصدى الى موضوع الدعوى في ضوء احكام المواد اعلاه ودفوع و مستندات الطرفين والتثبت ان كان العقارات موضوع الدعوى عائدين الى الموصية بتاريخ الوفاة من خلافه وهل تم التصرف بهما من الورثة بعد الوفاة مع ادخال مالكي

العقارين في الوقت الحاضر ان تطلب الامر ذلک اشخاصا ثالثة فى الدعوى الى جانب المدعى عليهما اكمالا للخصومة وبعد دفع الرسم القانوني بموجب احكام المادة ٢/١٨٦ من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ ثم اصدار الحكم الذي يتراءى لها بعد اذ فقرر نقض الحكم المميز)) [١]

الفرع الرابع

الحيازة

ان الحيازة حسب ما عرفتها الفقرة الاولى من المادة (١١٤٥) من القانون المدني العراقي انه ((وضع مادي به يسيطر الشخص بنفسه او بالواسطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه او يستعمل بالفعل حقا من الحقوق)) ،ان الحيازة اعتبرها المشرع العراقي سببا من اسباب كسب الحقوق العينية الاصلية و بغية ا تنتج الحيازة اثرها القانوني يستوجب ان يتمتع الحائز بعنصري الحيازة الا و هما العنصر المادي و العنصر المعنوي وان المقصود بالعنصر المادى هو سيطرة مادية على الشيء يخول صاحبه استعمال و استغلال الشيء حيازة هادئة و مستقرة دون معارضة من احد،وان المقصود بالعنصر المعنوي للحيازة هو نية التملك للحائز و بتوفر هذان العنصران يصبح الحيازة منتجة لأثارها القانونية بأعتبارها سببا من اسباب كسب حق الملكية الشائعة،وبناءا على ما تقدم يتبين بأن الحيازة واقعة مختلطة تجمع بين العنصر المادي و المتكون من السيطرة الفعلية على الشيء و العنصر المعنوي المتمثل بنية اكتساب حق الملكية على الشيء المحوزك و بغية تحقيق الحيازة في الشيوع يجب ان يشترك في الحيازة شخصان او اكثر كل واحد منهم يكون حائزا للشيء على وجه الشيوع مع باقي الشركاء [٢]

---

(١)رقم الحكم ٢٥٧٩، تاريخ الحكم ٢٠٠٩/٩/١٥ ، تم نشر الحكم فى القاضي فلاح كريم وناس آل جحيش، الموسوعة القضائية المدنية تطبيقات القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ مرتب بحسب المواد القانونية ، الجزء الرابع، الناشر دار السنهورى، ٢٠٢١، ص ٢٢٧ و ٢٢٨.

(٢)المحامي الدكتور غزوان محمود غناوي،مصدر سابق،ص٤٢.

المطلب الثالث

الطبيعة القانونية للملكية الشائعة

ان المشرع العراقي لم يبين الطبيعة القانونية للشيوع بل اشار الى الطبيعة القانونية لحق الشريك المشتاع،أذ اعتبرته حق ملكية تجتمع فيه عناصر الملكية الثلاث المتكونة من الاستعمال و الاستغلال و التصرف.

ان الفقرة(٢) من المادة (١٠٦١) من القانون المدني العراقي اشارت بصورة صريحة الى ان حق الشريك المشتاع هو حق ملكية تامة و للمالك جميع سلطات الملكية اذ نصت على ((كل شريك في الشيوع يملك حصته الشائعة ملكا تاما و له حق الانتفاع بها و استغلالها بحيث لا يضر بشركائه و التصرف فيها بالبيع و الرهن و غير ذلك من انواع التصرف و لو بغير اذنهم)).

و بقدر ما يتعلق بالطبيعة القانونية لحق الشريك المشتاع فيما اذا كان هو حق شخصي ام حق عيني فقد اختلف الفقه القانوني حول ذلك الى اربعة اتجاهات سنشير اليها تباعا بأختصار:

١-حق الشريك المشتاع حق شخصي: يذهب اصحاب هذا الأتجاه الى ان حق الشريك المشتاع هو حق شخصي بأعتبار ان الشيوع هي عبارة عن ملكية مشتركة،وبمقتضى هذا الاتجاه يكون المال الشائع مملوكا لمجموع الشركاء المشتاعين لا لكل شريك على حدة و من ثم فأن الشريك المشتاع ليس الا دائن بحق شخصي يخوله اقتسام منافع المال الشائع [١]. و حجة هذا الأتجاه في ذلك ان حق الشريك المشتاع و لو كان حقا عينيا لوجب ان تكون حصة الشريك مفرزة و محددة تحديدا ماديا [٢]،حسب اصحاب هذا الاتجاه يفترض وجود محل معين للمال الشائع و هو شيء محدد و مفرز في حين ان حق الشريك المشتاع يكون على حصته غير مفرزة و غير محددة تحديدا ماديا .

---

(١)الدكتور هيوا ابراهيم قادر الحيدري،التصرف في المال الشائع دراسة مقارنة،الناشر منشورات زين الحقوقية،دون سنة طبع،ص٩٤.

(٢)محمد احمد عيسى،قسمة المال الشائع،دراسة مقارنة،الناشر صباح صادق الانباري،بغداد،٢٠١٣،ص٢٥.

و تم انتقاد اصحاب هذا الاتجاه لأنه قاموا بخلط بين الملكية الشائعة و الملكية المشتركة و ذلك لأنه نفى صفة الحق العيني للشريك المشتاع و يتعارض مع ما يقرره القانون للشريك في المال الشائع لأن حسب احكام القانون المدني العراقي ان الشريك قد منح سلطات تتضمن الاستعمال و الاستغلال و التصرف بجميع انواع التصرفات القانونية بشرط عدم الاضرار بحقوق باقي الشركاء [١]لا يمكن الاخذ بهذا الأتجاه في القانون المدني العراقي و ذلك لأن اعتبار مجموع الشركاء المشتاعين اصحاب للحق دون الاعتراف لهم بالشضصية القانونية يتعارض مع احكام القانون المدني من حيث انه لا تثبت الحقوق الا للأشخاص و ان القانون لا يعترف للشركاء في المال الشائع بالشخصية المعنوية [٢]اضافة الى ذلك ان هذا الاتجاه يتعارض مع حق الشركاء في مباشرة سلطاتهم على المال الشائع.

٢-حق الشريك المشتاع حق عيني من نوع خاص:

يذهب اصحاب هذا الأتجاه الى ان حق الشريك في الشيوع هو حق عيني من نوع خاص يختلف عن الحقوق العينية الوارد ذكرها في القوانين المدنية ، انهم ذهبوا الى ان حق الشريك يتضمن صورة من صور التمليك بحيث لا يكون المال الشائع لجميع الشركاء و لا لكل من الشركاء.

ان تبرير اصحاب هذا الاتجاه ان حق الملكية من غير ممكن ان يثبت لأكثر من شخص واحد على شيء واحد لأن حق الملكية حق جامع يخول صاحبه جميع السلطات التي تمكن الحصول على مزايا الشيء و هو حق مانع في نفس الوقت يمنع بمقتضاه الغير من الاستفادة من الشيء مما يترتب عليه ان ثبوت حق الملكية كاملا لأحد الشركاء بصفة فردية يؤدي الى استبعاد حقوق الاخرين [٣]

و ان هذا الاتجاه تم انتقاده بشدة و ذلك بسبب عدم اتفاقه مع حكم القانون لأن اذا سلمنا بهذا الاتجاه بأن المال الشائع لا يكون مملوكا لمجموع الشركاء و لا لكل من الشركاء فأذن من يكون مالك المال الشائع ،اضافة الى ذلك ان الحقوق العينية الاصلية يتضمن السلطات الثلاث المتكون من الاستعمال و الاستغلال و التصرف،عليه فأذا اخذنا بهذا الاتجاه فأن مضمونه لا يخرج عن حدود هذه السلطات الثلاث ،وبهذا فأن

---

(١)محمد احمد عيسى،مصدر سابق،ص٢٥.

(٢)الدكتور هيوا ابراهيم قادر الحيدري،مصدرسابق،ص٩٥.

(٣)الدكتور هيوا ابراهيم قادر الحيدري،مصدرسابق،ص٩٥.

حق الشريك المشتاع يجمع بين تلك السلطات الثلاث و هذا بكل تأكيد يتنافى مع اعتباره حقا عينيا من نوع خاص ، وبناءا على ما تقدم ان اصحاب تلك الاتجاه منتقد و ليس له سند قانوني.

٣- حق الشريك المشتاع حق ملكية:

ان الاتجاه السائد في الفقه القانوني يذهب الى ان حق الشريك المشتاع حق ملكية و لكن كل ما في الأمر ان ملكية المال الشائع يتعدد فيها الملاك بيد ان محل الملكية لا يتجزأ و يترتب على ذلك ان حق الشريك يرد على المال الشائع كله و لكن بحدود حصته فيها و ان الاخذ بهذا الاتجاه ان الشريك المشتاع ليس له ممارسة سلطات المالك الا بطريقة لا يترتب عليها المساس بحقوق الشركاء الاخرين و ذلك في حدود الحصة التي يملكها في المال الشائع و هذا ليس من شأنه ان ينفي حقه وصف الملكية ،وقد اكدوا اصحاب هذا الاتجاه على انه اعتبار حق الشريك المشتاع لا يخرج الملكية عن طبيعتها لأن الملكية وان كانت حقا جامعا لكل السلطات و مانعا لغير المالك من الأستئثار بها و المقصود بذلك انه يمتنع على غير المالك الاستفادة من الشيء لأن الذيي يستأثر بالمال الشائع هو كل شريك و لكن ليس بوجه الشركاء الاخرين بل بوجه الغير.

٤-حق الشريك المشتاع حق ملكية من نوع خاص:

يذهب اصحاب هذا الاتجاه ان حق الشريك المشتاع هو حق ملكية من نوع خاص و هو ملكية شائعة،ان المشرع العراقي قد قطع كل شك حول تعيين طبيعة حق الشريك في الملكية الشائعة و ذلك بصراحة نصه في الفقرة(٢) من المادة(١٠٦١) من القانون المدني كون حق الشريك في الشيوع ملكية تامة.

المبحث الثاني

التصرفات الذي اجاز القانون للشريك ممارستها في المال الشائع

للوقوف على هذا المبحث و دراستها يقتضي تقسيمها الى ثلاثة مطالب بحيث نتناول في الاول حق الشريك في التصرف بحصته الشائعة و نتناول في الثاني حق الشريك في التصرف بحصته المفرزة و نختمها بالثالث حيث سنتطرق فيها الى حق الشريك في التصرف بالمال الشائع كله، سنبحثها تباعا.

المطلب الاول

حق الشريك في التصرف بحصته الشائعة

ان حصة الشريك في المال الشائع تكون شائعة في كل المال ولا تتركز في جانب منه بالذات،وهذا ما يميز المال الشائع عن المال المفرز حيث ان الشيء المملوك في الشيوع لا يملكه الشركاء مجتمعين بل يملك كل شريك حصة فيه [١]،وان فقهاء القانون قد اتفقوا على ان الملكية الشائعة من اسؤا انواع الملكية وذلك بسبب تعدد الملاكين و تضارب مصالحهم الذي قد تؤدي الى التنازع و التنافر مما يسبب عدم تمكين الشركاء او بعضهم من الاستفادة من منافع المال [٢]، ان المقصود بالتصرف بمعناه الواسع انه يشتمل التصرف القانوني و التصرف المادي ويدخل في التصرف المادي استهلاك الشيء و اتلافه بيد ان المألوف هو المتعارف في فقه القانون يتداخل التصرف المادي في نطاق استعمال الشيء وان المقصود بالتصرف هو التصرف القانوني الذي ينقل الملكية او حقا عينيا اخر ، وان اعمال التصرف هنا تقابل اعمال الادارة فيما يتعلق بالاستغلال او يقصد به العمل القانوني الذي يرد على حق المالك و يسمى التصرف القانوني ،وسلطة التصرف تمنح المالك استغلال الشيء وانهاؤه و تبديله و تحويله أذ يحق للمالك بمقتضاه ان ينقل ملكية الشيء الى الغير سواء بالبيع او الهبة او غير ذلك من التصرفات الناقلة

---

(١)المحامي جمعة سعدون الربيعي،المرشد الى احكام ازالة الشيوع في القوانين العراقية معززة بقرارات محكمة التمييز،الناشر العاتك لصناعة الكتاب،القاهرة،توزيع المكتبة القانونية،بغداد،بلا سنة طبع،ص٧.

(٢)المحامي جمال ناظم سعدون،احكام ازالة الشيوع في القانون العراقي،الطبعة الاولى،بغداد،٢٠١٨،ص١٢.

للملكية ،بيد ان نقل الملكية في هذه الصورة هي اوسع ضروب التصرفات التي يستطيع المالك القيام بها [١].

ان جميع التشريعات المقارنة قد خولت الشريك في المال الشائع التصرف في حصته الشائعة بصورة مطلقة استنادا الى نصوص قانونية ورد في ثناياها دون حاجة الى استئذان باقي الشركاء سار المشرع العراقي على هذا النهج بحيث خول الشريك حق التصرف بحصته الشائعة بصورة مطلقة بعكس حقه في الانتفاع والاستغلال اذ قيده بقيد عدم الاضرار بشركاؤه.

أذ جاء في الفقرة (٢) من المادة (١٠٦١) من القانون المدني العراقي انه ((كل شريك في الشيوع يملك حصته الشائعة ملكا تاما وله حق الانتفاع بها واستغلالها بحيث لا يضر بشركاؤه و التصرف فيها بالبيع والرهن وغير ذلك من انواع اتصرف ولو بغير اذنهم)) ،أذ المشرع قد اورد قيد عدم الاضرار بباقي الشركاء بعد ورود حق الانتفاع و الاستغلال و قبل حق التصرف مما يعني عدم شمول حق التصرف بالقيد المذكور استنادا الى تلك النص ،وان الشريك المشتاع له ان يتصرف بحصته الشائعة بكافة انواع التصرفات القانونية ويكون تصرفه فيها صحيحا و منتجا لأثاره القانونية ويكون نافذا بحق باقي الشركاء دون حاجة الى اخذ موافقتهم حتى دون حاجة الى اعلان التصرف اليهم [٢].

ويترتب على تصرف الشريك بحصته الشائعة حلول المتصرف اليه محل الشريك في ملكية الحصة الشائعة و يصبح بالتالي هو الشريك في المال الشائع يجمع حقوق الحصة وامتيازاتها ،علما يستوجب مراعاة الاجراءات الشكلية التي فرضها القانون بغية ان تنتج انتقال ملكية الحصة الى المشتري اثارها القانونية فيما اذا كان الحصة الشائعة مبيوعة هي عقار او منقول خاضع لأجراءات شكلية كالمركبات و المكائن.

---

(١)القاضي الدكتور علي جبار صكيل الاسدي،الملكية الشائعة و احكام ازالة الشيوع دراسة مقارنة في ظل احكام القانون المدني العراقي و المصري و الليبي و الجزائري و المغربي و السوري و الاردني و اللبناني،الطبعة الاولى،٢٠١٦،نشر وتوزيع المكتبة القانونية،بغداد،ص٨٤ و ٨٥.

(٢)الدكتور هيوا ابراهيم قادر الحيدري،مصدر سابق،ص٢٣٣.

ان المشرع العراقي حينما نظم احكام عقد البيع في المواد (٥٠٦-٥٩٦) وعقد المقايضة في المواد(٥٩٧-٦٠٠) من القانون المدني انه لم يخص بيع المال الشائع او مقايضتها بنص خاص ،عليه فأن مقايضة الحصة الشائعة بأعتبارها شيئا مع شيء اخر تخضع للقواعد العامة،مثلا لو تمت مقايضة الحصة الشائعة مع عين مفرزة فأن المتصرف اليه يحل محل الشريك المتصرف ويصبح شريكا مع باقي الشركاء بعد ان كان مالكا للملكية المفرزة و من ثم يصبح الشريك مالكا ملكية مفرزة الذي قايض عليها [١].

صفوة القول ان تصرف الشريك في حصته الشائعة عن طريق البيع يكون صحيحا ونافذا في مواجهة باقي شركاؤه دون حاجة الا اعلانهم بالتصرف لأن بيع الحصة الشائعة يرد على كل ذرة من ذرات المال الشائع استنادا الى احكام القانون المدني العراقي.

وبهذا الصدد قضت محكمة تمييز اقليم كوردستان في احدى قراراتها ((بأنه لكل شريك حق التصرف والانتفاع فيما يملكه بأي وجه من وجوه الانتفاع واذا كان الانتفاع دون اذن بقية الشركاء وجب لهم عليه اجر المثل وفق المادة ١٠٦٣ من القانون المدني [٢].و قضت في قرار اخر ((عند عطف النظر على القرار المميز وجد انه غير صحيح وسابق لأوانه ذلك لأن موضوع دعوى المميز/المدعي ينصب على طلب اجر المثل عن حصته في القطعة المرقمة ٤ مقاطعة ١٢٤ شاكل تأسيسا على ان المميزعليه/المدعى عليه يستغل حصته اضافة الى الحصة العائدة له وحيث ان الثابت في الدعوى ان القطعة اعلاه مشاعة بين الشركاء المشتاعين كل حسب حصته بموجب صورة قيدها بالعدد ١٣/أذار/٢٠١٩ رقم الجلد ١١٤ وبالتالي يحق لكل شريك ان يتصرف بحصته الشائعة دون الحاق الضرر بشركاءه الاخرين وكل شريك مالك لحصته واجنبي عن حصة شريكه الاخر مما يقتضي والحال هذه التحقيق من الشركاء فيما اذا يوجد فيما بينهم مهايأة مكانية بحيث يتصرف كل شريك بما يوازي حصته الشائعة عندئذ لا يحق لأي شريك ان يتجاوز على حصة شريكه الاخر وعند عدم وجود المهايأة بين الشركاء يلزم على كل شريك ان يتصرف بحصته مع السماح لشركاؤه بأن يتصرف كل واحد منهم بما يوازي حصته ولا يجوز لأي شريك ان يقوم

---

(١)الدكتور هيوا ابراهيم قادر الحيدري،مصدر سابق،ص٢٣٨.

(٢)رقم القرار ١٣٩/م١/٢٠١٣ ،تأريخ القرار ٢٠١٣/٢/١٧،تم نشر القرار في القاضي كيلاني سيد احمد،الكامل للمباديء القانونية في قضاء محكمة تمييز اقليم كوردستان العراق للسنوات ٢٠١٢ــــ٢٠١٩ ،مقررات الهيئات المدنية والموسعة والعامة في القوانين،الطبعة الاولى،اربيل،٢٠٢٠،ص١٠١.

بأقتطاع جزء من الملك الشائع ويتصرف به ولو يوازي حصته الشائعة لأن جميع الملك الشائع مشترك بين جميع الشركاء مما يقتضي على المحكمة اجراء الكشف الموقعي وتكليف المميز/المدعي بأثبات ان المميزعليه/المدعى عليه يستغل اكثر من حصته وتنظيم مرتسم بذلك بعد اجراء المناسخة القانونية لتحديد حصة كل واحد منهما بالدونم و ادخال الشريك الاخر الذي يدعي المميز/المدعي بأنه يتصرف بحصته لبيان موقعه في الدعوى ثم اصدار القرار الموافق للقانون ،عليه تقرر نقض القرار المميز واعادة الاضبارة الى محكمتها للسير فيها وفق المنوال المذكور على ان يبقى رسم التمييز تابعا للنتيجة وصدر القرار بالأكثرية [١] وقضت محكمة التمييز الاتحادية في احدى قراراتها ((لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون اذ ان دعوى المدعين /المميزين تضمنت المطالبة بمنع معارضة المدعى عليه/المميزعليه لهم في الانتفاع بسهامهم في العقار موضوع الدعوى والذي يملك الطرفان سهاما فيه كحقوق تصرفية وقد قضت محكمة البداءة بأجابة دعوى المدعين الا ان محكمة الأستئناف استدعت الخبير القضائي وطلبت منه تقديم ملحق لتقريره لبيان المساحات المستغلة من الطرفين وهل انها تساوي استحقاقهم في صورة قيد العقار وبعد تقديم ملحق تقريره استندت محكمة الاستئناف الى الملحق وقضت برد الدعوى لأن المدعين يستغلون اكثر من سهامهم في القطعة وان استغلال المدعى عليه اقل من استحقاقه ولما كان كل شريك في الشيوع يملك كل ذرة من ذرات المال الشائع وانه يعد اجنبيا في حصة الاخر وليس له ان يتصرف بأي تصرف مضر من غير رضاه استنادا للمادتين ١٠٦١ و١٠٦٢ من القانون المدني)) [٢]وقضت نفس المحكمة في قرار اخر لها بأنه ((ان الحكم المميز مخالف للقانون وذلك لأعتباره ايجار الشركاء للمميزعليه يسري على الشريك غير المؤجر واستند بذلك الى المادتين ١٠٦١ و ١٠٦٢ من القانون المدني في حين ان المادتين المذكورتين لا تجيزان للشريك ان يتصرف بحصة شريكه بل بالعكس ،فالمادة ١٠٦١ اشترطت ان لا يكون تصرف الشريك مضرا بشركاؤه و المادة ١٠٦٢ نصت بأن كل واحد من الشركاء اجنبي في حصة الاخر،لهذا وحيث ان المميزعليه تصرف بحصة المميز بدون

---

(١)رقم القرار ٧/الهيئة المدنية/٢٠٢٠ ،تأريخ القرار ٢٠٢٠/١/٨،تم نشر القرار في القاضي عبدالجبار عزيز حسن ،مختارات تمييزية لقضاء محكمة تمييز اقليم كوردستان (القسم المدني) ،الجزء الاول،الطبعة الاولى ،الناشر مكتبة هولير القانونية ،٢٠٢١ ،ص١١٣ و١١٤ .

(٢)رقم القرار ٣٩١٥/الهيئة الأستئنافية عقار /٢٠١٩ ،تأريخ القرار ٢٠١٩/٨/٢٦،تم نشر القرار في القاضي فلاح كريم وناس أل جحيش، مصدر سابق، ص٨٩.

وجه حق فمن حق المميز ان يطلب منعه من التعرض له بالتصرف في ارضه،وحيث انه انشأ في الارض التي يعود جزء منها للمميز مضخة وحفر فيها بئرا بلا موافقة المميز المالك فيجب الحكم برفع المضخة و ردم البئر، وعليه قرر نقض الحكم المميز)) [1]

المطلب الثاني

حق الشريك في التصرف بحصته المفرزة

ان المشرع المصري قد تطرق الى هذه الحالة و ذلك بحكم الفقرة (٢) من المادة(٨٢٦) من القانون المدني بنصها ((اذا كان التصرف منصب على جزء مفرز من المال الشائع و لم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف اليه من وقت التصرف الى الجزء الذي ال للمتصرف بطريق القسمة و للمتصرف اليه اذا كان يجهل ان المتصرف لا يملك عين المتصرف فيها مفرزة له الحق في ابطال التصرف))هنا يفترض مثلا وجود ارض شائع بين شريكين لكل منهما النصف وان احد الشريكين حدد جزءا مفرزا من الارض المشاعة بمقدار النصف و باعه مفرزا متوقعا ان الجزء المفرز الذي قام ببيعه سيقع في نصيبه عند القسمة فهنا نكون امام اختيارين اولهما ان يكون المشتري للجزء المفرز قد اعتقد ان الشريك البائع يملك الجزء المبيع بصورة مفرزة وليس شائعا وهو سبب قدومه على الشراء فالمشتري هنا قد وقع في غلط في صفة جوهرية في المبيع و من ثم يكون البيع قابلا للأبطال للغلط و يحق للمشتري طلب ابطاله وفقا للقواعد العامة في القانون اذا تقدم بالطلب قبل القسمة و لا يلزم بأنتظار نتيجة القسمة،بيد له الحق بأجازة العقد فيصبح العقد صحيحا وغير قابل للأبطال [2]،وثانهيما كون المشتري يعلم ان البائع يملك المبيع على وجه الشيوع فأن المشتري في هذه الحالة لم يكن واقعا في الغلط لأنه يعلم بوضعية المبيع كون البائع يملكه بصورة شائعة مع شركاؤه الاخرين وانهما قد توقعا ان الجزء

---

(١)رقم القرار ٢٠٨٠/حقوقية /١٩٥٦ ،تأريخ القرار ١٩٥٦/٦/١١،تم نشر القرار في المحامي سلمان بيات ،القضاء المدني العراقي ، ،الجزء الثاني،شركة الطبع والنشر الاهلية"ذ.م.م ،١٩٦٢،ص٤٦٠.

(٢)القاضي الدكتور علي جبار صكيل الاسدي،مصدر سابق،ص٢٢٧.

المبيع يقع في حصة الشريك البائع عند القسمة ففي هذه الحالة يصبح الجزء المفرز ملكا للمشتري بحكم الأثر الكاشف للقسمة.

في القانون المدني العراقي يحق للشركاء ان يأذنوا للشريك ان يتصرف بالمال الشائع في حدود الاذن سواء اكان تصرفه ماديا او قانونيا فله ان يتصرف فيه مستقلا لأنه يعد اصيلا عن نفسه و وكيلا عن بقية الشركاء وفي حالة كون الشريك غير مأذون بالتصرف ففي هذه الحالة لا يحق له القيام بأي نوع من انواع التصرف واذ قام به دون اذن وكان تصرفه يشمل جميع المال الشائع او يشمل جزء يزيد على حصته فأن هذا التصرف يعد صادرا من غير مالك بقدر ما يتعلق بالنسبة التي تخرج عن حصته ففي حالة كون التصرف بيعا كان التصرف موقوفا على اجازة الشركاء الاخرين فأذا اجازوه كان الاجازة توكيلا استنادا الى قاعدة الأجازة اللاحقة بحكم الوكالة السابقة وفي حالة عدم اجازتهم للتصرف اعتبر تصرف الشريك باطلا [1].

---

(١)القاضي الدكتور علي جبار صكيل الاسدي،مصدر سابق،ص٢٣٤.

المطلب الثالث

حق الشريك في التصرف بالمال الشائع كله

ان الشركاء في المال الشائع بأعتبارهم يملكون هذا المال شيوعا فملكيتهم تشمل كل ذرة من ذرات المال الشائع اذن لا بد من تخويلهم سلطات التصرف به [١]و بغية دراسة هذا المطلب لابد من التطرق الى التصرف الصادر من جميع الشركاء و التصرف الصادر من اغلبية الشركاء ،سنبحثها تباعا :

١/ التصرف الصادر من جميع الشركاء:

ان التشريع العراقي خلا من نصوص قانونية لتنظيم التصرف الصادر من جميع الشركاء في المال الشائع فيما عدا حالة الرهن التأميني،أذ نصت الفقرة(٢) من الماة(١٢٩١) من القانون المدني على انه ((ويبقى نافذا الرهن الصادر من جميع ملاك العقار الشائع او المتصرفين فيه ايا كانت النتيجة التي تترتب فيما بعد على قسمة العقار او على بيعه او افراغه لعدم امكان قسمته)) أذ قبلوا الشركاء و اتفقوا على التصرف بالمال الشائع فلهم ذلك وكيفما يشاؤون طالما لا يتم فيها هدر حق احد الشركاء ماداموا قد اتفقوا على تلك التصرف مهما كان نوع التصرف سواء اكان ماديا او قانونيا فيصح اتفاقهم على هدم بناء مشترك او اقامة مشيدات في عقارهم المشترك او بيع المال الشائع و توزيع ثمنه بينهم وفق حصصهم او قيامهم برهن المال الشائع و تحميله بحق عيني [٢]

ان فقهاء القانون قد اتفق على انه اذا اجمع الشركاء على التصرف القانوني في المال الشائع يكون تصرفهم صحيحا ونافذا في حق الجميع ايا كان نتيجة القسمة [٣]،اذا كان التصرف الصادر من جميع الشركاء في المال الشائع كان بيعا فهنا تنقضي حالة الشيوع بينهم ولكن اذا انصب على حصة شائعة فيها في هذه الحالة يحل المشتري محل الشريك المشتاع بقدر الحصة المشتراة من قبله مع باقي الشركاء،بيد اذا كان تصرف الشركاء هو تحميل المال الشائع بحق عيني سواء اكان حقا عينيا اصليا او تبعيا فأنه

---

(١)القاضي الدكتور علي جبار صكيل الاسدي،مصدر سابق،ص٢٣٧.

(٢)القاضي الدكتور علي جبار صكيل الاسدي،مصدر سابق،ص٢٣٧.

(٣) الدكتور هيوا ابراهيم قادر الحيدري،مصدر سابق،ص١٦٨.

بموجب المادة السالفة الذكر يكون التصرف الصادر من جميع الشركاء نافذا مهما كانت نتيجة القسمة سواء اكانت النتيجة قسمة او بيعا.

٢/ التصرف الصادر من اغلبية الشركاء:

ان القانون المدني العراقي لم يعطي لأغلبية الشركاء سلطة التصرف في المال الشائع وانما منحهم سلطة القيام بأعمال الأدارة [١] وان القاعدة الاساسية في التشريع العراقي تقضي بأن كل شريك يعتبر مالكا لحصته و اجنبيا بالنسبة لحصص الاخرين وليس له ان يتصرف فيها تصرفا مضرا بأية وجه كان [٢]،وان تلك القاعدة يتفق مع احكام المادة (١٣٥) من نفس القانون الذي نصت على حالة تصرف احد في ملك غيره بغير اذنه فيعد تصرفه موقوفا على اجازة المالك و هذا ما ينطبق على حالة تصرف احد الشركاء في المال الشائع فأن تصرفه يعد موقوفا على اجازة بقية الشركاء فأذا تصرف احد الشركاء بالمال الشائع دون موافقة بقية الشركاء فأن تصرفه يعد صحيحا موقوفا على اجازة باقي الشركاء.

---

(١) القاضي الدكتور علي جبار صكيل الاسدي ،مصدر سابق،ص٢٣٩.

(٢) نص المادة (١٠٦٢) من القانون المدني العراقي على ((١-كل واحد من الشركاء اجنبي في حصة الاخر وليس له ان يتصرف فيها تصرفا مضرا بأي وجه كان بغير رضاه. ٢-واذا تصرف الشريك في جزء من المال الشائع،فلا يكون للتصرف اثر الا اذا وقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب هذا الشريك. ٣- وحصة كل شريك امانة في يد الاخر،فأذا اتلفها بتعديه ضمن.)).

الخاتمة

لقد توصلنا من خلال هذا البحث الى جملة من النتائج و التوصيات نذكرها تباعا بالتفصيل على النحو الاتي:

اولا/ الأستنتاجات:

من خلال البحث تبين لنا بأن الملكية الشائعة يعتبر نوع من انواع الملكية تتضمن جميع عناصر الملكية من الاستعمال و الاستغلال و التصرف و ان الشيوع كما يكون في العقار يكون في المنقول ايضا وانها ترد على حق الملكية و الحقوق العينية الاخرى الا ان لهذا النوع من الملكية مشاكل قد تفوق فوائده لأن غالبا ما نرى وبسبب هذا النوع من الملكية حدوث مشاكل وصعوبات وتضارب و تنافر بين الشركاء الى درجة قد تؤدي الى نتائج لا تحمد عقباها،وان عناصر الملكية الشائعة هي نفس عناصر الملكية التامة ولكن القاعدة العامة والمفضلة لدى المشرع العراقي هو ان تكون الملكية فردية مفرزة مستقلة بحيث يستقل المالك بالتصرف فيها دون غيره ولكن بجانب الملكية الفردية هناك الملكية الشائعة يكون المال فيها مملوك لأكثر من شخص واحد تتحدد حصة كل واحد منهم بحصة شائعة فيها،وان المشرع العراقي ابدى اهتماما بتنظيم حق الملكية الشائعة ولكن هذا التنظيم لم يرقى الى مستوى تنظيمه لحق الملكية الفردية المفرزة هذا كله بسبب الطبيعة المؤقتة للملكية الشائعة القابلة للزوال مهما طال امد بقاؤها ولأن بعض الشركاء في المال الشائع يقومون بأستغلال حصص الشركاء الاخرين مما ينعكس سلبا على المال الشائع وبالنتيجة تؤدي الى اهمال المال الشائع بين الشركاء ومن ثم يجعل المال غير مرغوب فيه لا من قبل المالكين ولا من قبل المشرع .

وكما تبين لنا ان مصادر كسب الملكية الشائعة هي نفس مصادر كسب الملكية المفرزة ،وان بالرغم من كثرة حق الملكية الشائعة فقد بقى هذا النوع من انواع حق الملكية غير مرغوب فيه وذلك لكثرة المشاكل قد تثار من قبل الشركاء والتي تنتج صعوبة ادارة المال الشائع هذا كله اختلاف مصالحهم وتباين رغباتهم مما حدى بالمشرع الى اعطاء اهتمام ملحوظ بتنظيم حق الملكية المفرزة مقارنة بالملكية الشائعة ،أذ اعتبر الاخير ملك مؤقت وغير دائم قابل للزوال.

وقد تبين لنا من خلال البحث ان القانون اجاز للشريك المشتاع ان يمارس حقوقه على حصته الشائعة دون اخذ موافقة بقية الشركاء بشرط ان لا يكون في ممارسته مساس بحقوق الشركاء الاخرين،أذ يعتبر

تصرف الشريك فيما يتجاوز حصته الشائعة وكان المتصرف اليه يجهل كون المتصرف فيه عينا شائعا تصرف قابلا للأبطال من قبل المتصرف اليه وذلك في التشريع المصري وتصرفا موقوفا على اجازة المتصرف اليه في التشريع العراقي .

و تبين لنا ايضا بأن يمكن تطبيق حكم الرهن التأميني على باقي التصرفات القانونية على المال الشائع اذا كان التصرف صادر من جميع الشركاء بأعتباره صادرة عن ارادة جماعية للشركاء.

ثانيا/ التوصيات:

بعد الانتهاء من هذا البحث تبين لنا ان التشريع العراقي بقدر ما يتعلق بموضوع تصرف الشريك في المال الشائع اصبحت عاجزة نوعا ما عن مواكبة المجتمع من النواحي الاقتصادية والأجتماعية لأن المواد المتعلقة بالمال الشائع قد جاءت بصورة عامة دون الدخول في كثير من التفاصيل الضرورية ،لذا نوصي المشرع الكوردستانى بضرورة التوسع في تنظيم الاحكام المتعلقة بالملكية الشائعة ومن ثم تغيير نظرة المشرع للملكية الشائعة بأعتبارها ملكية مؤقتة واستثنائية وقابلة للزوال وبدلا من ذلك النظر الى الملكية الشائعة بأعتبارها ملكية دائمية مدة بقاء حالة الشيوع وذلك بتعديل القانون المدني ،ومن ثم نقترح وجود نص قانوني يخص حكم تصرف الشركاء جميعا بالمال الشائع على نفس منوال الرهن التأميني وذلك لأن الرجوع الى حكم القواعد العامة لا تكفي لبيان الحكم في هذه المسألة.

قائمة المصادر:

القرأن الكريم.

اولا: الكتب:

١.محمد بن ابي بكر الرازي،مختار الصحاح،طباعة مكتبة لبنان،بلا سنة طبع،بلا سنة نشر.

٢.المحامي جمعة سعدون الربيعي ، احكام ازالة الشيوع في القوانين العراقية معززا بقرارات محكمة التمييز، الناشر العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، توزيع المكتبة القانونية، بغداد، بلا سنة طبع.

٣.المحامي جمال ناظم سعدون ، احكام ازالة الشيوع في القانون العراقي ،الطبعة الاولى ، بغداد ، ٢٠١٨.

٤.الدكتور حسن علي الذنون، الحقوق العينية الاصلية ،شركة الرابطة للطبع و النشر المحدودة،بغداد.

٥.المحامي سلمان بيات،القضاء المدني العراقي،الجزء الثاني،شركة الطبع والنشر الاهلية ذ.م.م،١٩٦٢.

٦.الدكتور صلاح الدين الناهي،الوجيز في المرافعات المدنيةوالتجارية،١٩٦٢.

٧.صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية،الجزء الاول،شركة الطبع والنشر الاهلية،بغداد،(١٩٦٠-١٩٦١).

٨.الدكتور عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني العراقي، الجزء التاسع، المجلد الاول.

٩.الدكتور عبدالرزاق احمد السنهوري،الموجز في شرج القانون المدني،نظرية الالتزام بوجه عام،الناشر دار النهضة العربية،القاهرة،١٩٦٦.

١٠.الاستاذ السيد عبدالوهاب العرفة،الوجيز في استعمال وادارة المال الشائع و دعوى الفرز والتعيين ودعوى القسمة،دار المطبوعات الجامعية،الاسكندرية ٢٠٠٥.

١١.القاضي الدكتور علي جبار صكيل الاسدي، الملكية الشائعة و احكام ازالة الشيوع دراسة مقارنة في ظل احكام القانون المدني العراقي و المصري و الليبي و الجزائري و المغربي و السوري و الاردني و اللبناني ، الطبعة الأولى، ٢٠١٦، نشر و توزيع المكتبة القانونية، بغداد.

١٢.المحامي الدكتور غزوان محمود غناوي، ازالة شيوع العقارات – دراسة مقارنة، الطبعة الاولى ، الناشر المكتبة القانونية، بغداد ، ٢٠١٣.

١٣.المحامي فوزي كاظم المياحي، شركاء الشيوع و نزاعاتهم المتعددة ، بغداد، ٢٠١٤.

١٤.القاضي فلاح كريم وناس أل جحيش،الموسوعة القضائية المدنية تطبيقات القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ مرتب حسب المواد القانونية،الجزء الرابع،الناشر دار السنهوري،بيروت ٢٠٢١.

١٥. محمد احمد عيسى، قسمة المال الشائع دراسة مقارنة، الناشر صباح صادق الانباري، بغداد، ٢٠١٣.

ثانيا : البحوث:

١.القاضي خليل ابراهيم الملا حويش، احكام الملكية الشائعة في القانون المدني العراقي،بغداد، ١٩٩٠.

٢.الدكتور هيوا ابراهيم قادر الحيدري،التصرف في المال الشائع دراسة مقارنة،منشورات زين الحقوقية،بلاسنة طبع.

ثالثا: المراجع القضائية :

١.القاضي عبدالجبارعزيزحسن، مختارات تمييزية لقضاء محكمة تمييز اقليم كوردستان(القسم المدني)،الجزء الاول،الطبعة الاولى،الناشر مكتبة هولير القانونية، ٢٠٢١.

٢..القاضي **گیلانی** سيد احمد، الكامل للمباديء القانونية في قضاء محكمةتمييزاقليم كوردستان العراق للسنوات ٢٠١٢-٢٠١٩ مقررات الهيئات المدنية والموسعة والعامة في القوانين،الطبعة الاولى،اربيل،٢٠٢٠.

رابعا: القوانين:

١.القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

٢.القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

٣.قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١.