



انقضاء الشيوع في العقار (دراسة مقارنة)

م. حسن عباس جمال
كلية الآداب، الجامعة العراقية، العراق

الملخص

الملكية الشائعة هي ملكية أكثر من شخص في شيء شائع يكون لك واحد منهم حصة فيه ، وهي حالة مؤقتة ، لا بد من ان تزول بقسمة الشيء الشائع ، اذ ان حالة الشيوع حالة قانونية غير مستقلة تثير الكثير من النزاعات بين الشركاء المشتاعين ، لذلك ينظم المشرع ويحبذ انتهاء الشيوع رضاء بالاتفاق او قضاءً ليختص كل شريك بجزء مفرز من المال الشائع.

الكلمات المفتاحية: انقضاء الشيوع، شيوع العقار، الشركاء، النزاعات.

The End of Common Interest in Real Estate (A comparative study)

Lect. Hassan Abbas Jamal
College of Arts, Al-Iraqia University, Iraq

ABSTRACT

Common ownership is the ownership of more than one person in a common thing in which each one of them has a share. It is a temporary state and must be eliminated by dividing the common thing. The common state is an independent legal state that raises many disputes between the common partners. Therefore, the legislator regulates and favors ending the common property. Sharing by agreement or by ruling, each partner being entitled to a separate portion of the common property.

Keywords: end of commonness, common property, partners, disputes.

المقدمة

مر مفهوم الملكية بمراحل عدة الى ان وصل بتطوره عبر التاريخ ليصل الى ما وصل اليه الان ، والاصل في الملكية هو الافراز بان ينفرد المالك بملكه ، ويتمتع بسلطات المالك من استعمال واستغلال وتصرف الا انه كثيرا ما يحدث بان يتعدد الملاك في الشيء، دون ان يفرز لكل واحد منهم جزء معيناً من الشيء يختص به دون غيره من الملاك ، فتكون ملكية يطلق عليها الملكية الشائعة ، وهي ملكية أثنان او اكثر لشيء يشتركون به على الشيوع وتكون لكل منهم حصة شائعة في الشيء الشائع وتكتسب الملكية الشائعة كما تكتسب الملكية الفردية من حيث مصادرها بالميراث والعقد والوصية والاستيلاء والالتصاق والشفعة والحيازة وغيرها ، وحالة الشيوع حالة قانونية غير مستقرة تثير الكثير النزاعات بين الشركاء وفي الواقع ان الشيوع حالة غير مرغوب فيها بسبب ما قد ينشأ عنها من خلافات ومشاكل بين الشركاء لهذا اعتبر المشرع الملكية الشائعة ملكية مؤقتة وعلى اساس ذلك ان الشيوع لا بد ان ينتهي بإزالته سواء بتراضي الشركاء على قسمة المال الشائع فيما بينهم او اقامة الدعوى امام القضاء لإزالة الشيوع بطريق القسمة القضائية ، وفي كل الاحوال يختص الشريك بجزء مفرز من الشيء الشائع اذا كان قابلاً للقسمة دون ان يفوت المنفعة على الشركاء بعد القسمة اما اذا كان غير قابل للقسمة فتأمر المحكمة ببيع المال وتوزيع الثمن بين الشركاء بما يسمى بقسمة التصفية.

اولاً- اهمية موضوع البحث :

تكمن اهمية موضوع البحث بأهمية الشيوع في ذاته ، لما يتميز به من كثرته في الواقع العملي ، وكذلك تسليط الضوء على طرق ازالة الشيوع التي تسهم بتقليل الحالات الكثيرة التي تسفر عن الكثير من النزاعات امام المحاكم .

ثانياً – اشكالية البحث :

تتمثل اشكالية البحث في وجود مشاكل ونزاعات كثيرة تثار في الواقع العملي عند استغلال او استعمال الشركاء المال الشائع ، ونتيجة لتعارض المصالح وتقاطع الآراء مما يحتم عليهم تقسيم المال اما بالتراضي او من خلال اللجوء الى القضاء او قد تثار بصدد موانع تمنع تقسيمه.

ثالثاً- اهداف البحث :

يهدف البحث الى بيان الطرق التي رسمها القانون لتقسيم المال الشائع وازالة الشيوع وتحديد نطاقها في ضوء احكام القانون العراقي والمقارن ، وبيان القصور التشريعي في هذا المجال واقتراح الحلول القانونية المناسبة .

رابعاً – منهج البحث :

تم الاستناد الى المنهج الوصفي والتحليلي المقارن للنصوص القانونية ذات الصلة بموضوع البحث في القانون العراقي والمقارن مقروناً ببيان موقف القضاء في هذا المجال .

خامساً- خطة البحث :

نقسم البحث الى مبحثين نخصص الاول لمفهوم الملكية الشائعة ونخصص الثاني الى انواع القسمة في المال الشائع .

المبحث الاول مفهوم بالملكية الشائعة

ان حق الملكية حق عيني اصلي ، وهو سلطة معينة يعطيها القانون لشخص معين على شيء معين ⁽¹⁾ . وبهذا التعريف اخذ المشرع العراقي في القانون المدني فنص على ان : (الحق العيني هو سلطة مباشرة على شيء معين يعطيها القانون لشخص معين) ⁽²⁾ . بل يذهب بعض شراح القانون المدني الى القول بأن الحق العيني سلطة

¹ . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، حق الملكية الجزء 8 ، دار النهضة العربية ، 1967 ، ف 115 ، ص 209 .

² . المادة (1 / 67) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 .

تعطي للدائن حق التسلط على شيء معين⁽¹⁾. وحق الملكية يراد به الملك التام من شأنه ان يتصرف المالك تصرفاً مطلقاً فيما يملكه عيناً ومنفعةً واستغلالاً⁽²⁾. والملكية الشائعة صورة من صور الملكية فهي نوع خاص من الملكية الفردية ان هذا النوع من الملكية يكتسب من مصادر متعددة تنشأ هذا الحق ، وللوقوف على مفهوم الملكية من خلال تعريفها وتمييزها عما يشتهر بها من اوضاع قانونية وما هي الموانع من ازالة هذا الشيوع ، سنتناول في هذا المبحث بثلاثة مطالب ، نخصص الاول للتعريف بالملكية الشائعة ومصادرها ونفرد في الثاني لتمييز الملكية الشائعة عن الاوضاع القانونية المشابهة ، ونتناول في الثالث لموانع ازالة الشيوع.

المطلب الاول تعريف الملكية الشائعة

اولاً : تعريف الملكية الشائعة :

الشيوع لغةً : (سهم غير متقوم)³ ، يقال شاع الشيء شيوعاً ، ومشاعاً ظهر وانتشر ويقال شاع الشيء بالشيء اذاعه ، والمشاع والشيوع والشائع : المشترك المبهم لم يحدد . اما الشيوع اصطلاحاً ، فانه لما يعد حالة قانونية تنجم عن تعدد اصحاب الحق العيني الواحد⁴ ، ومن هنا تعرف الملكية الشائعة بانها اشتراك اكثر من شخص واحد في ملكية في ملكية شيء واحد ، وان كل سبب يصلح لكسب الملكية المفردة يصلح لكسب الملكية الشائعة⁵. والشيوع هو حالة قانونية تنشأ عن تعدد اصحاب الحق العيني ، وهو لا ينحصر بحق الملكية فقط بل يصح ان يكون الشيوع بالنسبة للحقوق العينية الأخرى كحق الانتفاع كما لو اوصى بحق الانتفاع وحق التصرف لعدة اشخاص فيكون حق الانتفاع والتصرف مالا شائعاً بين الموصى لهم جميعاً ، ولكون الملكية الشائعة هي الصورة التي يتحقق فيها الشيوع على الأغلب فقد عالج المشرع العراقي احكامها بنصوص صريحة في المواد (1061 – 1181) من القانون المدني⁽⁶⁾ . وقد عرفت الفقرة الاولى من المادة (1061) الملكية الشائعة بقولها : (اذا ملك اثنان وأكثر شيئاً فهم شركاء على الشيوع وتحسب الحصص متساوية ما لم يقر الدليل على غير ذلك)⁽⁷⁾ . ويقابل هذا النص ، نص المادة (825) من القانون المدني المصري بقولها : (اذا ملك اثنان او اكثر شيئاً غير مفرزة حصة كل منهم فيه ، فهم شركاء على الشيوع ، وتحسب الحصص متساوية اذا لم يقر الدليل على غير ذلك) . وقد اوردت مجلة الاحكام العدلية نصاً في المادة (1060) خصصت فيه شركة الملك بقولها (شركة الملك هي كون الشيء مشتركاً بين اثنين فاكتر اي مخصوصاً بينهما بسبب من اسباب الملك) . ويتبين ان الملكية الشائعة تقع على معين بالذات يملكه اكثر من شخص واحد ، وتتناول هذه الملكية المال الشائع كله غير منقسم ، أما حق كل شريك فيقع على حصة شائعة في هذا المال ومن ثم يكون محل حق الشريك هو هذه الحصة الشائعة ، فحق الملكية على المال الشائع هو الذي ينقسم حصيصاً ، دون ان ينقسم المال ذاته⁽⁸⁾ . ان حالة تعدد الملاك في المال الشائع تقتضي ان يكون لكل شريك حصة في هذا المال ، وتتعين الحصص تحديداً معنوياً بأن يكون لكل شريك حصة شائعة كالنصف او الربع او الثمن حسب الاحوال التي تنقرر عند بدأ الشيوع اعتماداً على مصدره بالإرث او الوصية او العقد والتي يتحدد بموجبها حصة كل شريك على الشيوع ، وقد لا تتحدد الحصص في هذه الملكية ، ففي هذه الحالة وضع المشرع قرينة غير قاطعة وقابلة لأثبات العكس وهي ان

¹ . محمود سعد الدين الشريف ، شرح القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 . دار السنهوري ، بدون سنة طبع ص 153.

² . المادة (1048) مدني عراقي تقابلها (802) مدني مصري .

³ . محمد محمود مصطفى ، المعجم في اللغة العربية ، 1995 ، السلام للطباعة والنشر ، بيروت ، ص 245 .

⁴ . محمد سامح الشيخ سالم الدويك ، قسمة المال الشائع في القانون الاردني ، دراسة تحليلية مقارنة ، رسالة ماجستير ، كلية الدراسات العليا ، الجامعة الاردنية ، عمان ، 1994م ، ص 17.

⁵ . د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ج 8 ، حق الملكية ، ط 3 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2000 ، ص 801.

⁶ . غني حسون طه ، الحقوق العينية في القانون المدني الكويتي ، ج 1 ، حق الملكية ، مطبعة جامعة الكويت ، ص 97 .

⁷ . انظر المواد (824 - 843) من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

⁸ - السنهوري ، المرجع السابق ، فقرة (485) ، ص 795 و 796 .

تحسب الحصص متساوية لكل الشركاء إلا إذا قام الدليل على خلاف ذلك، كما لو اشترى اثنان عقارا دون الاتفاق على حصة لكل منهما، اما اذا تنوعت الحقوق المتعددة ولو تعدد اصحابها، فالشروع لا يكون الا في الحق الواحد لذلك فلا شيوخ بين مالك الرقبة وصاحب حق الانتفاع⁽¹⁾.

ثانياً: مصادر الملكية الشائعة:

الاسباب التي تؤدي الى نشوء الملكية الشائعة هي نفس اسباب كسب الملكية العادية، فكل سبب يؤدي الى كسب الملكية العادية اي المفردة يصلح سبباً لنشوء ملكية شائعة، فقد تنشأ الملكية الشائعة بتصرف قانوني كأن يشتري شخصان او اكثر شيئاً على الشيوخ او يوصي شخص لاثنتين او اكثر بحصة معينة في شيء يملكه، ومن المقرر كذلك انه اذا حاز شخصان او اكثر شيئاً حيازة مشتركة فإن هذه الحيازة تؤدي الى اكتسابهم لملكية هذا الشيء على الشيوخ اذا مضت على حيازتهم المدة اللازمة لكسب الملكية بالتقادم، وقد يكون مصدر الشيوخ سبب اخر من اسباب كسب الملكية، كالالتصاق والاستيلاء والشفعة على أنه بعد كل هذه الاسباب المؤدية لكسب الملكية الشائعة، إلا أن من اكثر الاسباب تحققاً للملكية الشائعة في الواقع العملي هو ما ينشأ عن طريق الميراث، فعندما يتوفى شخص عن أكثر من وارث فان امواله تنتقل شائعة الى ورثته الى ان تتم قسمتها بينهم، والمعلوم أن الميراث يقسم وفق حصص واسهم بقدر حصة كل وارث فتنتقل الملكية من الوارث الى الورثة بقدر حصة كل وارث دون تحديد ملكية معينة أو مفردة لكل واحد منهم. فاذا توفي شخص عن أكثر من وارث فان امواله تنتقل شائعة الى ورثته كل بحسب نصيبه من الميراث، الى ان تتم قسمتها فيما بينهم⁽²⁾.

المطلب الثاني

تمييز الملكية الشائعة عما يشتبه بها من اوضاع قانونية

تتميز الملكية الشائعة باعتبارها نوعاً خاصاً من انواع الملكية التامة عن بعض الاوضاع والانظمة القانونية المشابهة لها، كالملكية الفردية والملكية المشتركة (الجماعية) وملكية الطبقات ونظام اشتراك الاموال بين الزوجين، وهو ما نبينه في الفرات الآتية:

1- التمييز بين الملكية الشائعة والملكية الفردية :-

ان الملكية الشائعة هي مرحلة وسط بين الملكية الفردية والملكية المشتركة الا انها اقرب الى الملكية الفردية، فهي تتفق مع الملكية الفردية باعتبار ان كلا منهما من انواع الملكية التامة⁽³⁾. فالملكية الفردية اما ان تكون مفردة او شائعة، الا ان الملكية الشائعة تختلف عن الملكية المفردة في صاحب الحق ومحل الحق، ففي الملكية الشائعة يكون المالك اكثر من شخص واحد يملكون مالاً معيناً في حين ان المالك في الملكية المفردة هو شخص واحد يملك مالاً معيناً، اما في محل الحق حيث تتعين حصة المالك في الملكية المفردة تعييناً مادياً⁽⁴⁾، في حين نجد ان حصة الشريك في الملكية الشائعة تتعين تعييناً معنوياً، كما انه ليس من حق المالك في الشيوخ ان يستهلك المال او ان يستعمله بشكل يضر معه باقي شركائه وهذا على خلاف الملكية المفردة⁽⁵⁾.

2- التمييز بين الملكية الشائعة والملكية المشتركة (الجماعية) :

تختلف الملكية الشائعة عن الملكية الجماعية التي تعرفها القوانين الجرمانية كالقانون الالماني والسويسري، فالملكية المشتركة هي ملكية اثنتين فاكتر لشيء واحد مجتمعين كأن يضع كل منهم عينا في المال فيؤلف المجموع مالاً مشتركاً او رأس مال شركة او كأن يكون منزلاً مشتركاً لعدد من الناس كل منهم له طبقة فيه⁽⁶⁾، ويتمثل

1. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، الحقوق العينية الاصلية، مطبعة جامعة الكويت، ط 1، 1990، ج 1، حق الملكية ص 130.

2. غني حسون طه، المصدر السابق، ص 116.

3. علي محمد ابراهيم الكرياسي، اصول الدعوى المدنية، بغداد، مطبعة الزمان، 1999، ص 113.

4. د.حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي، الحقوق العينية الاصلية، بغداد، شركة الرابطة للطباعة والنشر، 1954، ص 64.

5. د.سليمان مرقس، د.محمد علي امام، عقد البيع في التقنين المدني الجديد، القاهرة، مطبعة نهضة مصر، 1955، ص 465.

6. د.حامد مصطفى، الملكية واسبابها، ج 1، بغداد، شركة التجارة والطباعة المحدودة، 1953، ص 105.

الاختلاف بين الملكية الشائعة والملكية المشتركة في حق كل شريك من الشركاء غير منصب على جزء مفرز من المال المشترك حيث يكون كل المال مملوكا لكل الشركاء الذين يتألف منهم المال المشترك⁽¹⁾. كما ان حق كل شريك في الملكية المشتركة يكون متحولا من حق عيني الى حق شخصي واردا على حصة الأرباح او المنتجات في المشروعات الانتاجية فأما اذا جرت القسمة فبعد اجرائها يعود حق الشريك في الملكية المشتركة الى الحق العيني⁽²⁾.

3- التمييز بين الملكية الشائعة وملكية الطبقات :-

تختلف الملكية الشائعة عن ملكية الطبقات حيث ان ملكية الطبقات ملكية مفرزة يملك فيها كل فرد طبقة من العقار لا يشاركه فيها احد من باقي ملاك العقار، في حين نجد من جهة اخرى ان ملكية الطبقات ملكية مشاعة وذلك فيما يتعلق بالمنافع المشتركة والارض التي يقام عليها العقار⁽³⁾.

4- التمييز بين الملكية الشائعة وبين نظام اشتراك الاموال بين الزوجين :-

يقصد بنظام اشتراك الاموال بين الزوجين هو كنظام معروف في القانون الفرنسي ، ينشأ عن مشاركة احد الزوجين بكل او جزء من ماله مع زوجه استنادا الى عقد الزواج لغرض تحقيق اهداف قانونية معينة ، كاتفاق الزوجين على تسديد جميع ديونهما الشخصية او بعضاً منها من هذا المال المشترك وقبل مالهما الخاص ، وهو نظام اختياري وليس اجباري وليس لهذا النظام شخصية معنوية ويبرز الاختلاف بين الملكية الشائعة وهذا النظام في ان الاخير ينشأ بمقتضى عقد زواج وينتهي بانتهائه وحتى قبل تحقيق الغرض الذي ينشأ من اجله⁽⁴⁾. في حين اننا نجد ان الملكية الشائعة تنشأ بأي سبب يصلح لنشوء الملكية بوجه عام وتنتهي بانتهائه⁽⁵⁾.

المطلب الثالث

موانع ازالة الشبوع

بالنظر لأهمية ازالة الشبوع التي عالج من خلالها المشرع اغلب يثار من خلافات بهذا الصدد التي تحصل بين الشركاء في الواقع العملي لهذا الصورة من صور الملكية، لكن بالرغم من ذلك يبقى هنالك عائق او مانع يحول دون ازالة الشبوع ، تستند في الاغلب الى نص قانوني ، وهي ما تسمى بالشبوع الاجباري ، كذلك حالة دار السكن الموروثة التي انفرد بها المشرع العراقي كحالة خاصة ، ونبين ذلك في الفقرتين الاتيتين :

1- حالات الشبوع الاجباري : ان المبدأ العام في الشبوع الاجباري هو ما قضت به المادة (1081) من القانون المدني العراقي ، حيث نصت على انه : (ليس للشركاء في مال شائع أن يطلبوا ازاله شيوعه إذا تبين من الغرض الذي اعد له هذا المال انه يجب ان يكون دائماً على الشبوع) . اذن فان ما يميز الشبوع الاجباري عن الشبوع العام ، هو الغرض الذي اعد له الشيء الشائع ، فاذا كان هذا الغرض يستلزم ان يبقى الشيء على الشبوع دائماً ، كان الشبوع اجبارياً ، مما يترتب على ذلك انه لا يجوز للشركاء طلب ازاله شيوعه ، وبذلك فان الغرض من المال في هذه الحالة يعد مانعاً لإزالة شيوعه ، وعليه فان معيار التمييز بين الشبوع الاختياري والاجباري هو ان القسمة ممكنة دائماً في الشبوع الاختياري ، اما في الشبوع الاجباري فليس للشركاء طلب القسمة⁶ . ويقسم الفقهاء الشبوع الاجباري الى نوعين : اصلي وتبعي ، فالاصلي يتحقق بالنسبة للأشياء التي تخصص مستقلة

¹ . د. جعفر محمد جواد الفضلي ، ايجار العقار الشائع في القانون المدني ، بحث منشور في مجلة العدالة ، بغداد ، وزارة العدل ، العدد الاول ، كانون الثاني ، 2001 ، ص 78 .

² . د. صلاح الدين ناهي ، الحقوق العينية الاصلية ، ج 1 ، بغداد ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، 1961 ، ص 113 .

³ . السيد عبد الوهاب عرفة ، الوجيز في استعمال وادارة المال الشائع ودعوى الفرز والتنجيب (دعوة القسمة) الاسكندرية ، دار المطبوعات الجامعية ، 2005 ، ص 61 .

⁴ . ايمن سعد عبد المجيد ، سلطان المالك على الشبوع في استعمال المال الشائع وأستغلاله ، دراسة مقارنة ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 2000 ، ص 26 .

⁵ . د. احمد عبد العال ابو قرين ، حق الملكية في الفقه والقضاء والتشريع مع دراسة تطبيقية لملكية الشقق والطبقات في المملكة العربية السعودية ، القانون المقارن ، ط 1 ، القاهرة ، 1999 ، ص 134 .

⁶ . جمعة سعدون الربيعي ، المرشد الى احكام ازالة الشبوع في القوانين العراقية معززاً بقرارات محكمة التمييز ، المكتبة القانونية ، بغداد ، 1989 م ، ص 148 .

الخدمة او استعمال مجموعة من الافراد بصورة دائمة، كمدافن الاسرة ووثائقها وصورها . اما الشيوخ الاجباري التبعي فيتحقق بالنسبة الى الاشياء الشائعة التي تخصص لخدمة عقارات او اجزاء من عقار واحد مملوكة للشركاء ملكيات مفرزة¹.

وقد نظم المشرع العراقي ثلاث حالات للشيوخ الاجباري في القانون المدني ، وهي العلو والسفل ، والحائط المشترك ، والطريق المشترك ، اما حالة الاجزاء المشتركة في ملكية الطوابق والشقق فقد نظمها المشرع العراقي بموجب قانون تنظيم ملكية الطوابق والشقق في العمارات رقم (61) لسنة 2000م².

2- حالة دار السكن الموروثة : نظمت هذه الحالة في العراق بالبداية بموجب قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (609) لسنة 1978م³، ثم الغي هذا القرار بموجب الفقرة (ثالثاً) من قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (1041) لسنة 1982م⁴، ليحل محله القرار الاخير ، ثم عدل هذا القرار بدوره بموجب قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (1497) لسنة 1982م⁵ ، وبعده صدر قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (1611) لسنة 1982م⁶ ، ونص البند (3) منه بان هذا القرار يعتبر مكملاً للقرارين السابقين ، وبذلك فان الاحكام المنظمة لهذا المنع تتجسد في قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (1041) بتاريخ 1982/8/17م المعدل بقرار المجلس المذكور رقم (1497) بتاريخ 1982/11/29م ، المكمل بقرار المجلس ذاته رقم (1611) بتاريخ 1982/12/23م.

تنص الفقرة (اولاً) من قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (1041) لسنة 1982م المعدل على انه: (لا يحق للورثة الراشدين ازالة شيوخ دار السكن الموروثة اذا كانت مشغولة بأحد اولاد المتوفى القاصرين او الزوجة او كليهما حتى بلوغ القاصرين سن الرشد او اكمالهم الدراسة في الكليات او المعاهد العالية اذا كانوا مستمرين في هذه الدراسة فان كانت الزوجة مستقلة بسكنها في الدار ولم يكن معها احد من اولاد المتوفى القاصرين فلا يجوز ازالة شيوخ الدار الا بموافقة الزوجة ولا تستفيد الزوجة من هذا الحكم اذا تزوجت او كانت تملك داراً اخرى على وجه الاستقلال)⁷. ويتضح ان المشرع اخذ بنظر الاعتبار في هذا النص الاعتبارات الاجتماعية في منع ازالة الشيوخ ، فالمعلوم ان هذه الحالة تعتبر من اكثر مصادر الشيوخ تحققاً في الواقع العملي ، فعندما يتوفى شخص ما يملك داراً سكنية ويخلفه اكثر من وارث واحد ، فان ملكية هذا الدار تنتقل الى الورثة وفقاً للقانون وتصبح شائعة بينهم ، والشيوخ هنا شيوخ اختياري قابل للإزالة من قبل احد الشركاء (الورثة) ، لكن المشرع قيد ازالة هذا الشيوخ لاعتبارات اجتماعية كما اسلفنا ازالة هذا الشيوخ .

المبحث الثاني

انواع القسمة للمال الشائع

قسمة المال الشائع تعني انتهاء حالة الشيوخ باي طريقة كانت ، وقد عرفت قسمة المال الشائع ، على وفق نص المادة (217) من قانون التسجيل العقاري⁸ بانها : (تعيين حصة الشريك في العقار المسجل على سبيل الشيوخ) ، كما عرفت القسمة بانها عملية تهدف الى انتهاء حالة الشيوخ واختصاص كل شريك بجزء مفرز من الشيء ،

¹ محمد طه البشير ، غني حسون طه ، الحقوق العينية الاصلية ، ج1، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، بدون سنة نشر ، ص133.

² نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية العراقية (جريد الوقائع العراقية) بالعدد (3860) بتاريخ 2001/1/8م .

³ المنشور في الوقائع العراقية بالعدد (2654) في 1979 /5/22م . وكانت الفقرة (1) من القرار المذكور (الملغي) تنص على انه : (لا يحق للورثة الراشدين ازالة شيوخ دار السكن التي آلت اليهم ، اذا كانت مشغولة من اولاد المتوفى القاصرين ، الا اذا ارتأت المحكمة المختصة ان مصلحتهم تقضي بخلاف ذلك ، بعد موافقة دائرة رعاية القاصرين) .

⁴ المنشور في الوقائع العراقية بالعدد (2899) في 1982/8/30م .

⁵ المنشور في الوقائع العراقية بالعدد (2916) في 1982/12/20م .

⁶ المنشور في الوقائع العراقية بالعدد (2919) في 1983/1/10م .

⁷ وكانت الفقرة المذكورة قبل تعديلها تنص على انه : (لا يجوز ازالة شيوخ دار السكن الموروثة اذا كانت مشغولة بأحد من ورثة المتوفى القاصرين او الزوجة او كليهما الا بموافقة الزوجة اذا كانت مستقلة بسكنها وبموافقة دائرة رعاية القاصرين عند وجود قاصر ولا تستفيد الزوجة من هذا الحكم اذا تزوجت او كانت تملك داراً اخرى على وجه الاستقلال).

⁸ قانون التسجيل العقاري رقم (43) لسنة 1971م المعدل .

الشائع يعادل حصته الشائعة فيه قبل القسمة¹. ويستخدم بعض الكتاب² مصطلح (انقضاء الشيوخ) بدل عبارة (ازالة الشيوخ) لارتباطه بالقسمة ، ولان انتهاء حالة الشيوخ لا يتم عن طريق القسمة فقط ، وان كانت هي من اهم اسباب انقضاء الشيوخ ، وانما يتم عن طريق البيع وغيره³ ، وهو ما اكد عليه القضاء العراقي في كثير من قراراته من انه يحكم بازالة شيوخ المال قسمة ان كان قابلاً لها ، وبخلافه يصار الى بيعه ويوزع صافي ثمنه على الشركاء كل بقدر حصته⁴، وعليه فان ازالة الشيوخ هي اعم من انقضاء الشيوخ حيث ان الاخيرة تنحصر بالقسمة في حين ان الازالة تكون بالبيع وبالقسمة ايضاً.

وتكون قسمة المال الشائع اما عن طريق القسمة الرضائية او عن طريق القسمة القضائية فبالنسبة للقسمة الرضائية فقد اجاز القانون المدني العراقي للشركاء الاتفاق فيما بينهم على اجراء القسمة رضائياً بالطريقة التي يرونها ويكون ذلك باتفاق جميع الاطراف لذا لا بد من توافر الرضا لدى الاطراف لأجراء القسمة وكذلك يجب ان يكونوا متمتعين بالأهلية الكاملة.

اما بالنسبة للقسمة القضائية فيتم اللجوء اليها عند حصول خلافات ومشاكل وعدم حصول توافق بين الشركاء على مسائل كثيرة تخص المال الشائع ، لذا سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين الاول يتعلق بالقسمة الرضائية للمال الشائع وسوف نوضح ذلك بشكل تفصيلي ، اما المطلب الثاني نتطرق فيه الى القسمة القضائية اي في حالة عدم حصول التوافق بين الشركاء.

المطلب الاول القسمة الرضائية للمال الشائع

لقد اجاز القانون المدني العراقي للشركاء الاتفاق فيما بينهم على اجراء القسمة الرضائية بالطريقة التي يرونها مناسبة ولم يشترط القانون المدني العراقي ان يكون الاتفاق بين الشركاء مكتوباً ولكنه اشترط مراعاة الشكلية القانونية وهي التسجيل في دائرة التسجيل العقاري المختصة ، ويتضح من خلال نص المادة (1/1071) من القانون المدني العراقي وان المشرع العراقي قد اشترط شرطين اساسيين لغرض اجراء القسمة الرضائية :-
الشرط الاول: هو اتفاق جميع الشركاء على القسمة الرضائية لان هذه القسمة هي عقد ولا بد من توافر اركانها واهمها الرضا .

الشرط الثاني: هو ان يكون الشركاء متمتعين بالأهلية الكاملة، فإذا كان بينهم محجور او ناقص الأهلية أو عديم الأهلية ، فإنه لا يجوز لوليه أو وصيه أو القيم عليه ان ينوب عنه في القسمة الرضائية ، اما اذا كانت هذه القسمة القصد منها الاضرار بالادانين فقد اتاح القانون المدني العراقي في المادة (3/1071) لدائني كل شريك الطعن بها اذا كان فيها غش او ضرر يلحق مصالحهم⁵ ومن الجدير بالذكر ان المادة (1071) نصت على:-

- 1- للشركاء اذا لم يكن بينهم محجور ان يقتصموا المال الشائع قسمة رضائية بالطريقة التي يرونها.
- 2- لا تتم القسمة الرضائية في العقار الا بالتسجيل في دائرة الطابو .
- 3- لدائني كل شريك ان يطعنوا بالقسمة اذا كان فيها غش اضر بمصلحتهم.

اما بالنسبة لأموال المحجور فقد نظم ذلك قانون رعاية القاصرين رقم 78 لسنة 1980 في المادة (83) منه على ان: (تقوم مديرية رعاية القاصرين بأعمال الادارة المعتادة لأموال المحجور عند عدم تعيين قيم عليه من قبل

¹ محمد طه البشير ود . غني حسون طه ، الحقوق العينية الاصلية ، ج1، مصدر سابق ، ص117.

² د. علي هادي العبيدي ، الوجيز في شرح القانون المدني ، الحقوق العينية ، دراسة مقارنة ، دار الثقافة ، عمان ، الاردن ، 2009 ، ص 66. د نيل ابراهيم سعد ، الحقوق العينية الاصلية ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2010 ، ص157. وغيرهم .

³ د. هيو ابراهيم قادر ود . ظاهر مجيد قادر ، موانع ازالة الشيوخ -دراسة مقارنة -، بحث منشور في مجلة الحقوق ، المجلد(18) العدد (2) ، ص236.

⁴ .يراجع : قرار محكمة بداءة الرصافة ، رقم (2012/ب/1688) في 2012/12/13، وكذلك قرار محكمة بداءة الكاظمية الكاظمية ، رقم (2012/ب/458) في 2012/5/29، ورقم (2000/ب/1352) في 2000/10/1. منشور في قاعدة التشريعات العراقية ، الاحكام المرتبطة بمواد القانون المدني العراقي ، متاح على العنوان الالكتروني الاتي :

(http://iraqlid.hje.iq:8080/LoadLaw

Book.aspx?page=1&sc=12012003721926&BookID=27297

⁵ - د.حسن علي دنون ، الحقوق العينية الاصلية ، شركة الرابطة للطباعة والنشر ، بغداد ، 2010 ، ص77 .

المحكمة التي بدورها تقوم بالإشراف على القيم وفق احكام هذا القانون) ، ولقد نصت المادة (43) من قانون رعاية القاصرين على (لا يجوز للولي او الوصي او القيم مباشرة التصرفات التالية إلا بموافقة مديرية رعاية القاصرين المختصة بعد التحقق من مصلحة القاصرين في ذلك) ، ومن ضمن التصرفات التي تهم بحثنا هي الفقرة ثامناً من المادة (43) اعلاه : (القسمه الرضائية للأموال التي للقاصر حصة فيها). وننظر في هذا المطلب تعريف القسمه وشروطها في الفرعين الآتيين :

الفرع الاول تعريف القسمه الرضائية

تنص المادة (1071) من القانون المدني العراقي على (للشركاء اذا لم يكن بينهم محجور ان يقتسموا المال الشائع قسمه رضائية بالطريقة التي يرونها) ، انطلاقاً من هذه المادة نجد ان المشرع العراقي قد نص صراحة على قسمه المال الشائع لكنه لم يتعرض الى تعريف دقيق لهذه العملية على اعتبار ان التعريف من عمل الشراح لا من عمل النصوص القانونية وهذا ما دفعنا الى البحث في الفقه وبعض القوانين الاخرى ومنها نجد:-

- القانون الاردني حيث عرفت القسمه في المادة (1038) منه بأنها: (إفراز وتعيين الحصة الشائعة)⁽¹⁾
- القانون المدني اليمني عرفها على انها: (مقدار ما لكل شريك في المال وإفرازه بعد موازنة السهام في المثليات تعديلها في القيمات)

ومن التشريعات التي لم تتطرق لتعريفها وتركت ذلك للفقه القانون الجزائري² ، وتناولها الفقه بعدة تعريفات منها:

- 1- القسمه هي وسيلة لعدم اجبار الشركاء على البقاء في الشيوع وهي بذلك تتيح للشريك الخروج من الشيوع الى الملكية الفردية .

- 2- القسمه بمقتضاها يختص لكل شريك بجزء مفرز من المال الشائع يتناسب مع حصة الشائعة في هذا المال .

- 3- القسمه هي التي تؤدي الى انتهاء حالة الشيوع حيث يختص كل طرف فيها بجزء مفرز لا يشاركه فيه غيره من الشركاء فيتحدد نصيبه المفرز في شيء متكامل يختص به وحده .

غير ان هناك من فقهاء القانون من وضعوا تعريفا مختصراً للقسمه ، فعرفها البعض بأنها: (اعطاء كل شريك في الشيوع قدراً يعادل نصيبه في المال الشائع) اما البعض الآخر فعرفها بأنها (عملية الغرض منها اخراج المالك من الملك المشترك الى ملك خاص يستقل به دون باقي الشركاء)³ ولكنهم اجتمعوا على (انها تعيين للحصص الشائعة بإفرازها واعطاء كل شريك حصته ليستقل بها ، ويتصرف فيها تصرف المالك المنفرد من غيره من الشركاء) ، حيث ان كل هذه التعاريف ولو اختلفت لفظاً لكنها تتلاقى في نفس المضمون وهو انتهاء حالة الشيوع واعطاء كل شريك حقه في المال الشائع مفرزاً يستقل به.

كما يتلخص مضمون القسمه في الفقه الاسلامي على انها : (انتهاء حالة الشيوع بتميز الانصاء من بعضها وإفرازها)⁽⁴⁾ . وفي الاخير نستخلص الى ان القسمه عقد كسائر العقود اطرافه الشركاء في الشيوع ومحلها المال الشائع⁽⁵⁾.

ويتقارب تعريف القسمه الرضائية في اللغة وفي اصطلاح الفقهاء ، ففي اللغة تعرف القسمه بكسر القاف بانها النصيب والحظ ، والقِسْمُ والمَقْسَمُ والقَسِيمُ نصيب الانسان من الشيء ، يقال قسمت الشيء بين الشركاء واعطيت

¹ .د. يوسف محمد عبيدات ، مصادر الالتزام في القانون المدني ، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة ، عمان، 2008، ص 60 .

² .نادية عويسي وصليحة غياطو ، القسمه الرضائية في العقار – دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، تخصص قانون عقاري ، جامعة يحيى فارس ، الجزائر ، 2012 – 2003 ، ص 10 .

1.د. نادية عويسي ، غياطو صليحة ، المصدر السابق ، ص 251 .

⁴ . احمد فلاح ، الملكية الشائعة في الفقه الاسلامي والقانون ، جامعة ام درمان الاسلامية ، دار الجامعة الجديدة ، السودان ، ط 2 ، 2012 ، ص 275.

⁵ . احمد محمود خليل، ادارة المال الشائع والتصرف فيه ، المكتب الجامعي الحديث ، الاسكندرية ' ط 1 ، 2007 ، ص

كل شريك مَقْسَمَةٌ وَقَسْمَةٌ وَقَسِيمَةٌ¹، والقسمة هي تمييز الانصباء فهي النصيب وجعل الشيء او الاشياء اجزاء متميزة سواء كان ذلك لمجرد تفريق الاجزاء او المعرفة ما في المقسوم من امثال المقسوم عليه كما في القسمة الحسابية⁽²⁾، ويقال هذا ينقسم قسمين بالفتح اذا اريد به المصدر وبالكسر اذا اريد به النصيب او الجزء من الشيء المقسوم تأتي بمعنى قسم يقسم قسما فهو قاسم الشيء : جزأه ، فالحاصل ان للقسمة معنيين حقيقي ومجازي فالحقيقي جعل الشيء اجزاء والمجازي النصيب والحصة .

الفرع الثاني شروط القسمة الرضائية

قد تتغير القسمة الرضائية من قسمة رضائية الى ما يسمى بالقسمة الفعلية التي تقوم على اتفاق الشركاء ولكن ليس اتفاقا صريحا بل هو اتفاق ضمني فقد يتصرف احد الشركاء بجزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته ثم يتبعه باقي الشركاء بتصرف كل منهم بجزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته فيه ، فيتضح من تصرفاتهم انهم ارتضوا قسمة المال الشائع فيما بينهم على الوجه الذي تصرفوا على مقتضاه ويكون نصيب كل منهم هو الجزء المفرز الذي سبق له ان تصرف فيه⁽³⁾ ، ويكتفي بتسجيل هذه القسمة بتسجيل التصرفات المتتابعة التي قام بها الشركاء متعاقبين وفي نقض هذه القسمة للغبن تكون العبرة في تقدير قيمة الشيء بوقت ابرام التصرف الأخير⁽⁴⁾

اما بالنسبة لشروط القسمة فيشترط لصحة الرضائية (الاتفاقية) الشروط الآتية :-
الشرط الاول : التراضي / يشترط لصحة القسمة الرضائية اتفاق جميع الشركاء الذين يملكون المال الشائع على قسمته ، وعليه لا يكفي تحقق اغلبيه الشركاء او الاغلبية الخاصة كتلك التي تطلبها اعمال الادارة غير المعتادة وعدم موافقة احد الشركاء على القسمة الرضائية يكفي لعدم قيامها ومهما كان مقدار حصته .
الشرط الثاني - حضور الشركاء المتقاسمين ، والاصل حضور جميع الشركاء المشتاعين وذوي العلاقة بالقسمة وقت حدوث القسمة ، وفي حال وجود غائب يجب مراعاة احكام القانون الذي ينظمه .
الشرط الثالث - تمتع الشركاء بالأهلية الكاملة ، والمقصود هنا بالأهلية هي أهلية الأداء اي بلوغ سن الرشد ويكون متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه وبالتالي يكون اهلا لمباشرة حقوقه المدنية⁽⁵⁾ ، وهذا ايضا ما نصت عليه المادة (1/1071) من القانون المدني العراقي (لشركاء اذا لم يكن بينهما محجورا ان يقتسما المال الشائع قسمة رضائية بالطريقة التي يرونها) .
الشرط الرابع - وجوب تسجيل عقد القسمة في دائرة التسجيل العقاري ، إضافة الى الشروط السابقة يشترط تسجيل عقد القسمة الرضائية وذلك اذا كان محله عقارا لأننا بالرجوع الى الاحكام المتعلقة بالعقار نجد انها تشترط الشكلية⁽⁶⁾ وهذا ما نصت عليه المادة (2/ 1071) بأنه (لا تتم القسمة الرضائية في العقار الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري) .

المطلب الثاني القسمة القضائية

يراد بالقسمة انتهاء حالة الشبوع بين الشركاء ، فالشبوع حالة غير محببة بسبب ما قد ينشأ عنها من خلافات ومشاكل وصعوبات وعدم حصول توافق بين الشركاء على كثير من المسائل التي تخص المال الشائع ، ويغلب

4. لسان العرب ، دار المعارف ، ج3 ، ص/628-629.

⁵ . احمد محمد عباس ، مجاني الطلاب ، دار المجاني ' بيروت ، لبنان ، ط 5 ، 2001 ، ص 788 .

³ . احمد محمود خليل ، مصدر سابق ، ص49 .

⁴ . السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت : لبنان ، 1964 ' ص 808-809 .

⁵ . د. يوسف محمد عبيدات ، المرجع السابق ، ص 62 - 63 .

⁶ . مازن زايد جميل عمران ، القسمة الرضائية في العقار المشارع ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، جامعة النجاح الوطنية ، 2008 ، ص 63 .

ان يكون هؤلاء الشركاء اعضاء من اسرة واحدة فيتعكر صفو الاسرة من جراء هذا الاختلاف، ثم ان استقلال الفرد باستغلال ملكه امر لا شك في رجحانه على الاستغلال الجماعي للشركاء في الشيوخ، وفيه حافز قوي على العمل والابتداع⁽¹⁾، فحالة الشيوخ تعيق الاستغلال النافع للشيء الشائع، مما يكون انهاء الشيوخ هو الطريق الامثل والانسب وذلك بقسمة الشيء الشائع وحصول كل شريك على جزء مفرز منه، ولهذا فان حالة الشيوخ هي حالة مؤقتة، وقد انبرى شراح القانون المدني الى التعريف بالقسمة وانواعها كما حددت القوانين المدنية احكامها، ومن خلال ذلك سوف نتناول التعريف بالقسمة القضائية والحق في طلبها، كما نبين ايضا انواع القسمة القضائية في فرعين.

الفرع الأول تعريف القسمة القضائية والحق في طلبها

وهي قسمة المال الشائع وتوزيع ثمنه على الشركاء من قبل المحكمة المختصة في حال تعذر اجراء القسمة الرضائية، والمراد بالقسمة بوجه عام ازالة شيوخ الشيء الشائع بقسمته قسمة نهائية وهذا النوع من القسمة يختلف عن قسمة المهايأة، والمقصود بها قسمة المنافع بين الشركاء وانتفاعهم بالشيء الشائع مع بقاء حالة الشيوخ بحيث لا تؤدي الى انهائه وقد عرفها البعض على انها: (عملية تهدف الى انهاء حالة الشيوخ واختصاص كل شريك بجزء مفرز من الشيء الشائع يعادل حصته الشائعة قبل القسمة)⁽²⁾، وعرفها البعض الآخر على انها: (اخراج المالك من الملك الشائع الى ملك خاص يستقل به دون باقي الشركاء)⁽³⁾ وعرفت مجلة الاحكام العدلية القسمة بقولها: (القسمة هي تعيين الحصة الشائعة يعني افراز الحصص بعضها عن بعض بمقياس كالذراع والوزن والكيل) ⁽⁴⁾ ومما يلاحظ على هذا التعريف انه يقرب القسمة العينية الى صورة خاصة من القسمة العينية وهي التي تنصب فيها القسمة على اشياء مثلية بينما القسمة يمكن ان تكون قسمة عينية كما يمكن ان تكون قسمة تصفية وقد تكون رضائية او قضائية وقد تكون نهائية تنصب على الشيء الشائع في ذاته او قسمة مهايأة تنصب على منافع الشيء الشائع⁽⁵⁾. وقد عرفت المادة (1122) من المجلة القسمة القضائية بأنها: (تقسيم تقسيم القاضي الملك المشترك جبرا وحكما بطلب بعض المقسوم لهم) واخيرا يمكننا تعريف القسمة القضائية بأنها (قيام المحكمة بتحديد حصة الشريك في الشيء الشائع بجزء مفرز يعادل حصته الشائعة قبل القسمة او تصفيته لعدم امكان تجزئته ببيعه وحصول كل شريك على ثمن يساوي حصته) ، وبعد ان عرفنا القسمة القضائية يقتضينا البحث في كيفية طلب القسمة، حيث ان المعلوم ان القسمة اما ان تكون قسمة اتفاقية (رضائية) واما ان تكون قسمة قضائية، ومن الواضح ان القسمة الاتفاقية هي التي تتم باتفاق الشركاء جميعا وهذا ما نصت عليه المادة (1 / 1071) من القانون المدني العراقي بقولها: (لشركاء اذا لم يكن بينهم محجور ان يقسموا المال الشائع قسمة رضائية بالطريقة التي يرونها) ولكن بالمقابل قد يتعذر اجماع الشركاء على القسمة واراد احدهم الخروج من الشيوخ، او قد يكون اجماع الشركاء على القسمة القضائية ووجد بينهم شريك ناقص الاهلية او عديم الاهلية او غائب غيبة اعتيادية وليس له وكيل بالقسمة⁽⁶⁾ ونصت على ذلك المادة (1/1072) من القانون المدني بقولها: (اذا لم يتفق الشركاء على القسمة او كان بينهم محجور، فالشريك الذي يريد الخروج من الشيوخ مراجعة محكمة البداية لأزله) ، وقد اجاز المشرع طلب نقض القسمة الحاصلة بالتراضي اذا اثبت احد المتقاسمين انه لحقه منها غبن فاحش ولا يشمل هذا النص القسمة القضائية للأسباب التي ذكرناها، ويثار التساؤل عما اذا طلب احد الشركاء قسمة الشيء الشائع وابتى بعضهم ذلك، ان القاعدة العامة في الفقه الاسلامي تقضي بأن (اذا كان الشيء الشائع مما يحتمل القسمة بلا ضرر واراد احد الورثة القسمة واباها بعضهم اجبر من ابى على القسمة وان

¹ - السنهوري، المرجع السابق، فقرة (536)، ص 880 و 881.

² - محمد طه البشير، غني حسون طه، المرجع السابق، اميرة عبد الحسين السهيلي، المرجع السابق، ص 19.

³ - حسن علي الذنون، الحقوق العينية الاصلية، ص 74، محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الاصلية، ج 2، سنة الطبع 2005، ص 157.

⁴ - المادة (1014) من مجلة الاحكام العدلية.

⁵ - غني حسون طه، المرجع السابق، ص 116.

⁶ - شاكر ناصر حيدر، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية، حق الملكية، الجزء الاول، مطبعة العاني، 1969، ص

كان مما لا يقسم اجبر على بيع حصه لمن يقتسمون الثمن⁽¹⁾ لكن ما هو الوقت الذي يمكن للشريك ان يتقدم بطلب القسمة، كما ان حالة الشيوخ حالة مؤقتة وهي ليست الصورة المثلى للملكية ، وتثير الكثير من المشاكل بين الشركاء ، وان الحق في طلب القسمة حق ثابت وملزم لحالة الشيوخ فالشركاء لهم حق طلب القسمة مهما مضى من الوقت على البقاء في الشيوخ ، وهذا الحق لا يسقط بالتقادم ولا بعد الاستعمال⁽²⁾ . أما بالنسبة لمسألة البقاء في الشيوخ بموجب المادة (1070) من القانون المدني التي تجبر الشريك على البقاء في الشيوخ ، ومن أمثلة ذلك ما ورد في المادة (1081) من القانون المذكور الخاصة بالشيوخ الاجباري بقولها : (ليس للشركاء في مال شائع ان يطلبوا ازالة شيوحه ، اذا تبين ان الغرض الذي اعد له هذا المال انه يجب ان يكون دائما على الشيوخ) ، وبهذا النص قد ميز المشرع بين الشيوخ الاجباري والشيوخ العادي من حيث الغرض الذي اعد له الشيء الشائع كما بينا ذلك سابقاً، فاذا كان الغرض يستلزم ان يبقى الشيء على الشيوخ دائما كان الشيوخ اجباريا ومعرفة ما اذا كان الغرض الذي اعد له الشيء الشائع يقتضي بقاء هذا الشيء دائما كان الشيوخ اجباريا ومعرفة ما اذا كان الغرض الذي اعد له الشيء الشائع يقتضي بقاء هذا الشيء دائما على الشيوخ ام لا مسألة موضوعية يقررها قاضي الموضوع⁽³⁾ ، اما مسألة البقاء في الشيوخ بموجب شرط يتفق عليه الشركاء لا يحمل صفة التأبيد لأن ذلك يتعارض مع النظام العام ويؤدي الى اعاقه الاستغلال الأمثل للملكية وانما جعل المشرع ذلك مؤقتا بفترة زمنية لا تتجاوز الخمس سنين ، حيث نصت المادة (1070) من القانون على انه لا يجوز بمقتضى الشرط ان تمنع القسمة الى اجل يجاوز خمس سنين فاذا اتفق الشركاء على البقاء في الشيوخ مدة اطول او مدة غير معينة فلا يكون الاتفاق معتبرا الا لمدة خمس سنين ، وينفذ شرط البقاء في الشيوخ في حق الشريك وفي حق من خلفه ... حيث ان اتفاق الشركاء على البقاء في الشيوخ لا بد ان يكون له ما يبرره لتحقيق مصالحهم او مصالح بعضها او لمراعاة الظروف الإنسانية أو الاجتماعية لبعض الشركاء او لغرض تحسين وضع الشيء الشائع او لتفادي الخسارة ، فقد يكون بداعي استكمال احد الشركاء لأهليته كونه ناقص الأهلية وأن اجراءات القسمة في هذه الحالة تكون مطولة او ان يكون احد الشركاء غائبا ويتوقعون قدومه او لانتظار ارتفاع الأسعار والحصول على مردود اقتصادي وتفاذي الخسارة فيما لو بيع بعض الاعيان الشائعة فينتظرون مدة اطول ويكون البيع في فرضة ملائمة ، ومجمل هذه الاسباب تقتضي من الشركاء ان يبقوا في الشيوخ مدة معينة فيعمدون الى الاتفاق فيما بينهما على البقاء في الشيوخ طوال هذه المدة⁽⁴⁾ ، وقد يكون شرط البقاء في الشيوخ ليس فقط باتفاق الشركاء وانما يكون بموجب وصية كما لو اوصى شخص بشيء لشخصين وأشترط عليهما البقاء في الشيوخ المدة المقررة قانونا ، فهذا الشرط صحيح ما دام غير مخالف للنظام العام او الآداب ، ويتفق مع نص المادة (1071) من القانون المدني العراقي التي اجازت للشريك ان يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوخ في وصية وأن الخلاف يحصل في ظل القانون المدني المصري حيث ان المادة (834) من القانون المدني المصري لم تجز اجبار الشركاء على البقاء في الشيوخ إلا بمقتضى نص او اتفاق⁽⁵⁾ ، ويستخلص من المادة (823) من القانون المدني المصري حكم هبة او وصية شخص مالا لشخصين على الشيوخ واشترط البقاء في الشيوخ حيث ان المادة المذكورة تجيز في عقد الوصية او الهبة اشتراط الموصي او الواهب ان يشترط البقاء في الشيوخ وهو شرط اخف من شرط المنع من التصرف⁽⁶⁾ ، واذا كان طالب قسمة الشائع تثبت لكل شريك فان ذلك لا يمنع من انتقال هذا الحق الى الشريك بصفته اصليا او عرضيا قد اكتسب الملكية الشائعة بعد قيام حالة الشيوخ ، لهذا فان حق طلب القسمة يثبت ايضا للخلف الخاص والخلف العام في حصته الشائعة متى توافرت شروط انتقال الملكية من احد الشركاء الى خلفه⁽⁷⁾ ، ولقد حدد القانون ان لكل شريك ان يطالب بقسمة المال الشائع ، ووجدنا ان هذا الحق يثبت للشريك سواء كان اصليا او عرضيا فهو (شريك) ومعنى ذلك ان هذا الحق لا يتعدى هؤلاء الشركاء ،

¹ . صلاح الدين الناهي ، الوجيز في الحقوق الاصلية ، الجزء الاول ، حق الملكية في ذاته ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، 1961 .

² . محمد كامل مرسي ، المرجع السابق ، ص 160 .

³ . محمد طه البشير ، غني حسون طه ، المرجع السابق ، ص 133 .

⁴ . السنهوري ، المرجع السابق ، فقرة 537 ، ص 884 .

⁵ . محمد طه البشير ، غني حسون طه ، المرجع السابق ، ص 118 .

⁶ . السنهوري ، المرجع السابق ، فقرة 537 ، ص 887 .

⁷ . ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، المرجع السابق ، ص 158 .

في حين يرى البعض ان لدائني الشريك الحق في طلب القسمة عن طريق الدعوى غير مباشرة ، وذلك باستعمال حق مدينهم في طلب القسمة وحين يطلبون القسمة انما يطلبونها باسم مدينهم الشريك وليس بأسمائهم⁽¹⁾.

الفرع الثاني انواع القسمة القضائية

القسمة القضائية ليست نوعا واحدا بل هي تختلف باختلاف اجراءاتها في توزيع وتقسيم الشيء الشائع على الشركاء وحالة الشيء الشائع وهل بالإمكان قسمته عينا ام لا وتبدأ القسمة اولا بالجوء الى القسمة العينية بأن يختص كل شريك بجزء مفرز من الشيء الشائع اذا كان بالإمكان قسمته عينا وبخلافه تلجأ المحكمة الى إزالة شيوع الشيء الشائع ببيعه لاقتسام الثمن بين الشركاء كل شخص حسب حصته وتسمى القسمة في هذه الحالة بقسمة التصفية ، وعليه فإن القسمة القضائية أما عينية أو قسمة تصفية وللبحث في أنواع القسمة سوف نقسم هذا الفرع الى فقرتين نخصص لكل نوع فقرة خاصة به .

أولاً: القسمة العينية.

يقصد بها توزيع الشيء الشائع بين الشركاء أما باتفاقهم جميعا أو بواسطة المحكمة المختصة وهي محكمة البداية والهدف من ذلك هو حصول كل شريك على جزء مفرز منه يعادل حصته الشائعة في الشيء الشائع، وبهذا الصدد نصت المادة (1131) من مجلة الاحكام العدلية بقولها (المال المشترك الصالح للتقسيم بحيث لا تفوت المنفعة المقصودة من ذلك المال بالقسمة) كما ونصت المادة (2/1072) من القانون المدني العراقي على فوات المنفعة بقولها (يعتبر المشاع قابلا للقسمة اذا امكنت قسمته من غير ان تفوت على احد الشركاء المنفعة المقصودة منه قبل القسمة) ومن المعلوم ان الشيء الشائع كان منقولا ام عقارا يؤدي اغراضه بالانتفاع منه من قبل مالكة ، كما ان للشركاء بموافقتهم جميعا التصرف في الشيء سواء كان تصرفا ماديا او قانونيا فاذا كان الشيء الشائع دار كبيرة يمكن تقسيمها الى دارين وكانت الدار قابلة للقسمة لإمكان الانتفاع بها بعد القسمة بنفس المنفعة المقصودة منها قبل القسمة وهي السكنى، اما اذا كانت الدار صغيرة بحيث لا تصلح للسكن بعد قسمتها فأنها تعتبر غير قابلة للقسمة حتى وان انتفع بها في تقسيمها باستعمالها مخزنا مثلاً، الا ان المنفعة المقصودة منها قبل القسمة قد فاتت⁽²⁾، بمعنى ان ينظر الى طريقة الانتفاع بالشيء الشائع قبل اجراء قسمته وان يبقى الانتفاع قائما بعد قسمته ، وهذا التعبير في القانون المدني العراقي ادق من القانون المدني المصري الذي عبر عنها (النقص الكبير في قيمة المال الشائع)⁽³⁾، والقسمة العينية اما ان تكون قسمة جمع او قسمة تفريق على انه يجب ان يلاحظ ان هذين النوعين من القسمة لا يختصان بالقسمة القضائية فقط، وانما يمكن ان تكون القسمة الرضائية قسمة جمع او قسمة تفريق ، وسوف نتناول هذين النوعين من القسمة تباعا .

أ- قسمة الجمع:

يقصد بها جمع الحصص الشائعة في كل فرد من افراد الأعيان المشتركة في اقسامها وبعبارة اخرى جمع الحصص الشائعة في الأعيان المشتركة في قسم منها ويستوي في ذلك الشيء الشائع سواء كان عقارا او منقولا ولقد اخذت المادة (2 / 217) من قانون التسجيل العقاري رقم (43) لسنة 1971 بقسمة الجمع بقولها: (تعيين الحقوق العينية الأصلية في العقارات المشتركة بحيث تصيب كل شريك او قسم من الشركاء وحدة عقارية او اكثر منها بصورة مستقلة) ، فاذا كانت ثلاثة دور سكنية مشتركة بين ثلاث شركاء وقسمت بينهم لكل واحد دار سكنية ، فتكون الحصص الشائعة لكل واحد منهم في الثلاث دور قد جمعت في واحدة منها ، وقسمة الجمع لا تقتصر على القسمة القضائية وإنما يمكن للشركاء قسمة الشيء الشائع قسمة جمع برضاهم او برضى الكل عند القاضي ، ونستخلص من ذلك ان قسمة الجمع تكون جائزة رضاء سواء كانت الأعيان محددة الجنس او مختلفة الجنس، ولا تصح قسمة الجمع قضاءً اذا كانت الأعيان مختلفة الجنس ، ومرد ذلك الى الاختلاف بين الجنسين ، والتفاوت غير اليسير في القيمة الذي لا يعتد به ، وقد عبرت المادة (1135) من المجلة بعدم امكانية قسمة القضاء في

¹. حسن كيرة ، اصول القانون المدني ، الحقوق العينية الأصلية ، حق الملكية ، الجزء الاول ، منشأة المعارف الاسكندرية ، 1965 ، ص 446 .

². محمد طه البشير ، غني حسون طه ، المرجع السابق ، ص 121 .

³. انظر المادة (2/836) مدني مصري التي تنص على (تتدب المحكمة ان رأت وجها لذلك خبيراً لذلك او اكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصاً ان كان المال يقبل القسمة عينا دون ان يلحقه نقص كبير في قيمته) .

الاجناس المختلفة والاعيان المشتركة المختلفة الجنس سواء كانت من المثليات او القيميات ، فلا يسوغ للحاكم ان يقسمها قسمة الجمع جبرا بطلب احد الشركاء .

ب- قسمة التفريق:

عرفت المجلة قسمة التفريق بانها (تفريق العين المشتركة وتبعيضها ان لم يكن مضرا بأحد الشركاء فهي مقابلة للقسمة)⁽¹⁾ . أو بمعنى تعيين الحصص الشائعة في العين الواحدة المشتركة بكل جزء من اجزائها في قسم منها⁽²⁾ ، على ان قسمة التفريق هذه يجب الا تضر بأي شريك ولا تقوت المنفعة المقصودة من العين المشتركة بعد تقسيمها ، فلو قسمت ارض مشتركة وفيها بناء او غراس واختص كل شريك بجزء من الأرض في هذه الحالة المنفعة المقصودة من الأرض تكون باقية ، وكذلك قسمة الدار المشتركة بين الشريكين فتكون القسمة قسمة تفريق لحصة كل شريك من الدار المشتركة في جزء منها ، والأصل ان قسمة التفريق تتم رضاء سواء كانت نافعة لكل الشركاء او مضرة ببعضهم ، أما قسمة التفريق قضاءً فالحكم فيها يعتمد على وقوع الضرر وفوات المنفعة المقصودة من قسمة العين لذلك لا تجري قسمة القضاء في العين المشتركة التي تؤدي بقسمتها الى الأضرار بأحد الشركاء مثل الدار الصغيرة فلا تجري هذه القسمة قضائية فلا يسوغ للقاضي قسمتها بطلب احد الشركاء وحده ، وإنما يكون قسمتها بالتراضي ، ولكن قد يترتب على قسمة التفريق منفعة بعض الشركاء والاضرار بالشركاء الاخرين مثال ذلك لو كان هناك شريكين في دار حصة احدهما قليلة لا يمكن الانتفاع بها بعد القسمة بالسكنى وصاحب الحصة الكبيرة هو المنتفع يطلب قسمتها ، فهل للقاضي الحكم بقسمتهما ، لقد وضعت المادة (1140) من المجلة حكما يقضي بقسمتهما قضاءً فالقاضي يقسمهما حكماً⁽³⁾.

ج- كيفية اجراء القسمة:

لقد عالجت المادة (1072 / 2) من القانون المدني العراقي قسمة العقار المشاع فنصت على انه: (ان كان المشاع عقارا تمسح الارض وتفرز على اساس اصغر نصيب على ان يراعى فيها الموقع والجودة وجميع المميزات الاخرى ، ويراعى كذلك بقدر الإمكان ان تستقل كل حصة بحق الطريق والشرب والمسيل وغيرها من حقوق الارتفاق وتعين قيمة الحصة باتفاق الشركاء أنفسهم فإن لم يتفقوا ، عينها القاضي بمعرفة خبير واذا تعذر ان يختص كل واحد من الشركاء بكامل نصيبه عينا عوض بما نقص من القيمة بمعدل ولو من النقود وتوزع الحصص بالقرعة وبتمامها تتم القسمة فتصدر المحكمة حكما بتأييدها)⁽⁴⁾ ، والأصل في تقسيم العقار الشائع الى حصص عينية ان تكون هذه الحصص على اساس اصغر نصيب فتكون بذلك حصص متساوية ، وتجري القسمة بطريق الاقتراع حتى لو كانت القسمة جزئية بأن كل بعض الشركاء هم الذين يريدون التخلص من الشيوع دون الاخرين⁽⁵⁾ ، مثال ذلك ان تكون انصبة الشركاء هي النصف والثلث والسدس فيقسم المال أسداسا اي على اساس اصغر حصة وهو السدس وهو ست حصص متساوية وتجرى القسمة بتوزيع هذه الحصص على الشركاء كل شخص بنسبة نصيبه في الشيوع عن طريق الاقتراع ، بحيث يأخذ من له النصف ثلاث حصص ومن له الثلث حصتين وتبقى الحصة الأخيرة لصاحب السدس ولا يكفي في هذا التوزيع ان يختص كل شريك بجزء مفرز يعادل حصته ، انما قد يقع اختلاف بين الحصص في الشيء الشائع من حيث جودتها كما لو كانت ارض زراعية ووجد تفاوت في خصوبتها او من حيث موقعها كقربها من الطرق العامة او الاسواق ، حيث ان هذا التفاوت يؤدي الى عدم التساوي في الحصص ، ويضاف الى ذلك وضع الاعتبارات الخاصة لغرض عدم فوات المنفعة من الجزء المفرز الذي وقع في حصته الشريك ، كأن يكون له حقوق ارتفاق على ذلك الجزء تقضيها تلك المنفعة، وهذا ما نصت عليه المادة (1072 / 2) من القانون المدني العراقي ، واذا كان الغرض من القسمة العينية هو ان يختص الشريك بكامل حصته في جزء مفرز من العقار الشائع بما يعادل تلك الحصة ، ففي احيان اخرى يتعذر تنفيذ ذلك وعدم حصول احد الشركاء على نصيبه بالكامل عوض عما نقص من قيمة حصته بمقدار من النقود يدفعها من تقع في نصيبه الحصة التي تكون قيمتها اكبر من قيمة شريكه ، ويتم توزيع الحصص بالقرعة على ان تعين قيمة الحصص باتفاق الشركاء جميعا وللمحكمة سلطة تقديرية في تقدير القيمة عند عدم حصول اتفاق بين الشركاء من خلال الاستعانة بالخبير الذي تنتدبه المحكمة لهذا الغرض وقد يقتضي ذلك ان يلجا

¹ . المادة (1139) من المجلة .

² . محمد طه البشير ، غني حسون طه ، المرجع السابق ، ص 122 .

³ . المادة (1140) من مجلة الأحكام العدلية .

⁴ . المادة (1072 / 1) مدني عراقي وأنظر المادة (837) مدني مصري .

⁵ . السنهاوري ، المرجع السابق ، فقرة 559 ، ص 923 .

الخبير الى تحديد معدل يكمل بعض الحصص الناقصة في حالة التقسيم الى حصص فإذا لم يتمكن الخبير من ان يجعل الحصص متساوية تماما فيلجأ الى جعل الحصص متساوية بقدر الإمكان ، وإذا اضطر الى تحديد هذه الحصص اكبر من حصة اخر قدر مبلغا من النقود تدفعه الحصة الكبرى الى الحصة الصغرى حتى تتعادل الحصتان (1)

ثانياً: قسمة التصفية.

في بعض الأحيان قد لا يكون هناك اتفاق بين الشركاء ، فكل شريك ان يلجأ الى المحكمة طالباً قسمة الشيء الشائع ، فإذا تبين للمحكمة ان الشيء الشائع قابلاً للقسمة دون ان يفوت المنفعة على بقية الشركاء قامت المحكمة بأجراء قسمته عينا واختصاص كل شريك بجزء مفرز من العقار ، وفي هذا الصدد إشارة المادة (2/1072) من القانون المدني العراقي بقولها : (اذا تبين للمحكمة ان المشاع قابل للقسمة قررت اجراءها ، ويعتبر المشاع قابل للقسمة اذا امكنت قسمته من غير ان تفوت على احد الشركاء المنفعة المقصودة منه قبل القسمة) ، وبخلاف ذلك قد تجد المحكمة ان الشيء الشائع غير قابل للقسمة فلا يكون امامها سوى الاعلان عن بيعه واصدار الحكم بالبيع وقد نصت على ذلك المادة (1/1073) مدني عراقي بقولها: (اذا تبين للمحكمة ان المشاع غير قابل للقسمة اصدرت حكماً ببيعه) وهذا ما يعرف بقسمة التصفية ، لهذا يذهب بعض شراح القانون المدني الى ان قسمة التصفية ليست الا طريقاً احتياطياً لأجراء القسمة بحيث لا يحل الالتجاء اليها الا عند تعذر سلوك الطريق الاصيل وهو القسمة العينية ، والمحكمة هي التي تقدر مدى تحقق هذا التعذر وتأمّر نفسها بأجراء قسمة التصفية عن طريق بيع الشيء الشائع عن طريق المزاد (2) ، لذا فان قسمة التصفية ما هي الا بيع المال المشاع بالمزاد العلني وتوزيع ثمنه على الشركاء كل بنسبه حصته (3) ، كما ان المحكمة هي التي تقدر اذا كان الشيء قابل للقسمة ام لا ، فهي مسألة وفائع تختص بها محكمة البداية وبهذا اخذت محكمة تمييز العراق بقولها : (اذا طعن الخصم في الكشف الذي اجرته دائرة التسجيل العقاري على الملك المطلوب ازالة شيوخه والمتضمن ان الملك غير قابل للقسمة ودفع بأنه قابل للقسمة وطلب اجراء الكشف من قبل المحكمة بالذات بمعرفة الخبراء فعلى المحكمة اجراءه بنفسها للتحقق من صحة هذا الدفع وقابلية الملك للقسمة من عدمها فقدت وجدت ان محكمة صلح العزيرية اصدرت حكماً يقضي بازالة شيوخ القطعة 38/ مقاطعة 13 / شجرية وحشيات بيعاً وقسمة التصفية بين الشركاء كل حسب سهامه استناداً الى الكشف الذي اجرته دائرة الطابو والذي جاء فيه بأن العقار المذكور غير قابل للقسمة دون ان تلاحظ ان وكيل المميرة قد دفع اثناء المرافعة في الدعوى بأن الملك المذكور قابل للقسمة وقد طعن في كشف دائرة الطابو وطلب اجراء الكشف من قبل المحكمة وتحت اشرافها وبمعرفة الخبراء للتحقق مما اذا كانت الارض قابلة للقسمة بالنسبة لأصغر حصة ام لا ، فكان على المحكمة في هذه الحالة ان تقوم بأجراء الكشف بنفسها(4) ، فإذا انتهى الامر بأن الشيء الشائع غير قابل للقسمة وأصدرت المحكمة المختصة حكماً ببيعه فأن اجراءات البيع تتم وفق ما منصوص عليه قانوناً ، حيث اشارت المادة (1073) مدني عراقي بفقرتيها (1 و 2) والتي يجب على المحكمة اتباعها (وفي هذه الحالة تقدر المحكمة بناءً على مراجعة المدعي او احد الشركاء بدل المثل بمعرفة اهل الخبرة فإذا قبل المدعي بيع حصته بالبدل المقدّر ، عرضت المحكمة الشراء على سائر الشركاء لأبداء رغبتهم فيه خلال (15) يوم من تاريخ تبليغهم بذلك فإذا وافق الشركاء كلهم او بعضهم على الشراء بالبدل المقدّر بيعت الحصة الى الراغبين بالتساوي فيما بينهم، اما اذا رغب احد الشركاء في شرائها ببدل أعلى فتجري المزايدة عليها بين الشركاء وحدهم وتباع لأعلى مزايده(5) ، وإذا بيعت حصة الشريك ورست على أعلى مزايده فان ذلك لا ينهي حالة الشيوخ ، اذ تبقى قائمة لأن الشريك الذي رست عليه المزايدة حل محل الشريك البائع لخصته ، الا اذا كان الشيء الشائع مملوكاً لشريكين فقط ، فهنا تكون الملكية كلها لشخص واحد وتكون في هذه الحالة ملكية مفرزة وتنتهي حالة الشيوخ بين الشريكين ، فلو افترضنا ان المدعي او اي من الشركاء الذين عرض عليهم بدل الحصة المراد بيعها لم يقبلوا البدل المقدّر فما هو الحكم في هذه الحالة ، لقد نصت المادة (

1. السنهاوري ، المرجع السابق ، فقرة 559 ، ص 924 .

2. حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص 210 .

3. يوسف محمد عبيدات ، الحقوق العينية الاصلية والتبعية ، ط 1 ، 2011 ، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة ، ص 74 .

4. قرار محكمة التمييز رقم 3 / مدنية ثالثة عقار / 1972 في 29 / 2 / 1972 ، النشرة القضائية ، العدد الاول ، السنة

الثالثة كانون الاول 1973 ، ص 71 .

5. الفقرة (2) من المادة (1073) مدني عراقي.

1073 / 3) بقولها: (واذا لم يقبل المدعي البيع بالبديل المقدر او لم يرغب احد الشركاء في الشراء وبقي المدعي مصرا على طلبه بيع المشاع كله بالطريقة المقررة قانونا وقسم الثمن على الشركاء كل شخص بقدر حصته) ويجب ملاحظة ان المشرع العراقي قصر البيع على الشركاء بالمزايدة بينهم فقط ، عند رغبة احد الشركاء في شراء حصة الشريك بديل اعلى فتجري المزايدة بينهم وحدهم وتباع لأعلى مزايد .

نلاحظ فيما سبق ان حق الشريك في الشيوع غير مقيد فهو يملك حصته ملكا تاما وله ان يخرج من حالة الشيوع بالتصرف بحصته الشائعة للشركاء او لغيرهم كما ان للشركاء رضاء او قضاء ان يطلبا ازالة شيوع الشيء الشائع وقسمته قسمة نهائية الا ان هناك بعض الدواعي الانسانية والاجتماعية قد تحتم تقييد هذا الحق ، كما في ازالة شيوع دار السكن المشغولة من اولاد المتوفي القاصرين، الا اذا ارتأت المحكمة المختصة ان مصالحهم تقتضي خلاف ذلك بعد موافقة دائرة رعاية القاصرين⁽¹⁾ ، كما وجدت المحكمة ان قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم 609 لسنة 1987 اشترط لإزالة شيوع الدار المسكونة من قبل الورثة القاصرين ان توافق الجهة المختصة ومديرية اموال القاصرين على ازالة شيوعها وحيث ان محكمة الاحوال الشخصية قد ابدت موافقتها على ازالة الشيوع فقد كان على المحكمة الكتابة الى مديرية اموال القاصرين لنفس الغرض واذا ورد الجواب بالإيجاب قضت المحكمة نظر الدعوى حسب الاصول والقانون⁽²⁾ ، ولكن هل يجوز للشركاء على الشيوع في الاراضي الاميرية طلب الحكم بإزالة الشيوع لتلك الاراضي بيعا؟ لقد وجدت محكمة التمييز في احد قراراتها ان محكمة صلح المحمودية قد ردت الدعوى بحجة ان قسما من القطعة موضوع الدعوى داخل حدود التصحيح وان طلب التصحيح موقوف في الوقت الحاضر دون ان تلاحظ بأن المنع في الوقت الحاضر اقتصر على طلب إفراز او قسمة الاراضي الاميرية رضاء او قضاء ولا يشمل ذلك طلب الحكم بإزالة شيوع الاراضي المذكورة بيعا ، لأنها ستنتقل الى المشتري الجديد بنفس الوصف الذي هي عليه في الوقت الحاضر⁽³⁾ ، وفي قرار اخر لمحكمة التمييز بينت فيه ان المادة (11) من قانون تعديل قانون بيع وتصحيح صنف الاراضي الاميرية رقم (14) لسنة 1961 لا تمنع من ازالة شيوع الاراضي الاميرية بيعا لأنها ستنتقل الى المشتري بنفس الوصف الذي هي عليه وانما تمنع فقط افرازها او قسمتها رضاء او قضاء الا بعد تصحيح صنفها اذا كانت داخل حدود التصحيح⁽⁴⁾ .

الخاتمة

من خلال بحثنا لانقضاء شيوع العقار برزت عدة حقائق ونتائج قانونية وفقهية ، ما هي الا مرتكزات لمعالجة حالة قائمة ووضع الحلول الناجعة لها ، الا وهي ازالة شيوع الشيء الشائع بقسمته قضائيا بين الشركاء في حال تعذر قسمته رضاء وبرزت نتائج اهمها ما يلي :-

- 1- يتم اللجوء الى القسمة القضائية عندما يتعذر على الشركاء توافقهم جميعا بقسمة الشيء الشائع رضائيا فيما بينهم مما يعطي الحق لأي شريك طلب القسمة القضائية .
- 2- اذا كان بين الشركاء محجور فان القسمة تكون قضائية ، لأن القضاء اقرب الى تحقيق العدالة في تلمس حقوق الشركاء ولما فيه من الضمانات والاجراءات الكفيلة لذلك.
- 3- تلجأ المحكمة الى قسمة الشيء الشائع عينا اذا كان قابلا للقسمة اي ان القسمة لا تقوت على الشركاء المنفعة المقصودة منه قبل القسمة واذا تعذرت قسمة الشيء الشائع عينا فلا بد هنا من ان يباع بإجراءات قانونية في المزداد العلني واقتسام الثمن بين الشركاء.
- 4- ان رسو المزداد على احد الشركاء قد لا ينهي حالة الشيوع عندما يكون اكثر من شريكين فيحل الشريك الذي رسا عليه المزداد محل الشريك البائع لحصته ، اما اذا رسا المزداد على اجنبي عن الشركاء فيعتبر ذلك ناقلا لملكية الشيء الشائع الذي رسا عليه .

¹ . قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم 609 في 1978/2/8 .

² . قرار محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية رقم 2777 / حقوقية / 1979 في 1980/2/ 6 ، مجلة الوقائع العدلية ، العدد 17 ، ايار 1980 ، السنة الثانية ، ص 41 .

³ . قرار محكمة التمييز العراقية رقم 168 / مدنية ثالثة عقار / 1972 في 1972/7/25 ، النشرة القضائية ، العدد الثالث ، السنة الثالثة ، تشرين الاول ، 1974 ، ص 51 .

⁴ . قرار محكمة التمييز العراقية رقم 83 / مدنية ثالثة عقار / 1972 في 1972/4/6 سبقت الإشارة اليه .

- 5- حسناً فعل المشرع العراقي في المادة (1 / 1071) عندما اتاح للشركاء ان يقسموا المال الشائع قسمة رضائية في حال اتفقوا على ذلك .
- 6- وضع القانون قواعد لإزالة الشيوع على اعتبار ان الملكية الفردية هي الاصل والشيوع استثناء، وكذلك لتلافي اي خلاف بين الشركاء وتعطيل المصلحة والانتفاع بالعقار.
- 7= حسناً فعل المشرع العراقي عندما لم يعطي الحق للشركاء الاتفاق على المزايد عليهم ذلك ان طلب قصر المزايدة على الشركاء ينطوي على اتفاقات غير عادلة وتؤدي الى البيع بأقل من السعر الحقيقي للعقار ، على خلاف القانون المصري في المادة (841) مدني حيث اعطى الشركاء الحق في قصر المزايد عليهم بشرط موافقهم جميعاً .
- 8- ان المشرع العراقي كان عادلاً في قصر المزايدة على الشركاء على حصته الشريك المدعي فقط وبشرط ان يعرض احد الشركاء شراء هذه الحصة ببديل اعلى من البديل الذي قدرته المحكمة كما جاء في المادة (3/1073) من القانون المدني وفي هذه الحالة سوف لا يلحق الشريك اي ضرر طالما ان العرض ببديل اعلى مما قدرته المحكمة ويؤدي الى زيادة ثمنه نتيجة المزايدة بين الشركاء .

المصادر

اولاً : الكتب والمؤلفات والرسائل

- 1- ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، الحقوق العينية الاصلية ، ج 1 ، حق الملكية ، مطبعة جامعة الكويت ، ط 1 ، 990 .
- 2- احمد فلاح ، الملكية الشائعة في الفقه والقانون ، جامعة ام درمان الاسلامية ، دار الجامعة الجديدة ، السودان ، ط 2 ، 2012 .
- 3- احمد محمود خليل ، ادارة المال الشائع والتصرف فيه ، المكتب الجامعي الحديث ، الاسكندرية ، ط 1 ، 2017 .
- 4- توفيق حسن فرج ، الحقوق العينية الاصلية ، بدون مكان نشر ، 1961 .
- 5- حامد مصطفى ، الملكية العقارية في العراق ، الحقوق العينية الاصلية ، ج 1 ، القاهرة ، 1964 .
- 6- حسن علي الذنون ، الحقوق العينية الاصلية ، بغداد ، 1954 .
- 7- حسن كيرة ، اصول القانون المدني ، الحقوق العينية الاصلية ، حق الملكية ، الجزء الاول ، منشأة المعارف في الاسكندرية ، 1965 .
- 8- حسن كيرة ، الموجز في احكام القانون المدني ، الحقوق العينية الاصلية ، احكامها ومصادرها ، 1998 .
- 9- د . محمد عبد الرحمن الطويس ، احكام القسمة في القانون المدني ، دار الفكر الجامعي ، ط 1 .
- 10- شاكر ناصر حيدر ، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية ، حق الملكية ، ج 1 ، مطبعة العاني ، 1969 .
- 11- صلاح الدين ناوي ، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية ، ج 1 ، حق الملكية في ذاته ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، 1961 .
- 12- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، حق الملكية ، ج 8 ، دار النهضة العربية ، 1967 .
- 13- عوسي نادية ، غياطو صليحة ، القسمة الرضائية في العقار ، دراسة مقارنة بين الفقه والقانون ، رسالة لنيل شهادة الماستر ، تخصص قانون عقاري ، جامعة يحيى فارس ، الجزائر ، 2012 – 2013 .
- 14- غني حسون طه ، الحقوق العينية في القانون المدني الكويتي ، ج 1 ، حق الملكية ، مطبعة جامعة الكويت .
- 15- مازن زايد جميل عمران ، القسمة الرضائية في العقار المشاع ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، جامعة النجاح الوطنية .
- 16- مالك دوهان الحسن ، شرح القانون المدني ، الجزء الاول ، مصادر الالتزام ، دار الطبع والنشر الاهلية ، 1971 .
- 17- محمد حسين قاسم ، موجز الحقوق العينية الاصلية ، ج 1 ، منشورات الحلبة الحقوقية ، ط 1 ، 2006 .
- 18- محمد طه البشير ، غني حسون طه ، الحقوق العينية الاصلية ، الجزء الاول ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، ط 3 ، 2009 .
- 19- محمد كامل مرسي باشا ، شرح القانون المدني ، الحقوق العينية الاصلية ، ج 2 ، 2005 .

- 20-محمود سعد الدين الشريف ، شرح القانون المدني العراقي ، ج 1 ، مصادر الالتزام ، 1969 .
- 21-مصطفى الزرقا ، المدخل الى نظرية الالتزام العامة ، الجزء الثاني ، 1958.
- 22-يوسف محمد عبيدات ، الحقوق العينية الاصلية ، بدون مكان نشر ، 1961 .
- 23- محمد محمود مصطفى ، المعجم في اللغة العربية ، 1995 ، السلام للطباعة والنشر ، بيروت.
- 24- محمد سامح الشيخ سالم الدويك ، قسمة المال الشائع في القانون الاردني ، دراسة تحليلية مقارنة ، رسالة ماجستير ، كلية الدراسات العليا ، الجامعة الاردنية ، عمان ، 1994م.
- 25- علي محمد ابراهيم الكرباسي ، اصول الدعوى المدنية ، بغداد ، مطبعة الزمان ، 1999.
- 26- د.سليمان مرقس ، د.محمد علي امام ، عقد البيع في التقنين المدني الجديد ، القاهرة ، مطبعة نهضة مصر ، 1955.
- 27- د.جعفر محمد جواد الفضلي ، ايجار العقار الشائع في القانون المدني ، بحث منشور في مجلة العدالة ، بغداد ، وزارة العدل ، العدد الاول ، كانون الثاني ، 2001.
- 28- السيد عبد الوهاب عرفة ، الوجيز في استعمال وادارة المال الشائع ودعوى الفرز والتجيب (دعوة القسمة) الاسكندرية ، دار المطبوعات الجامعية ، 2005.
- 29- ايمن سعد عبد المجيد ، سلطان المالك على الشيوع في استعمال المال الشائع وأستغلاله ، دراسة مقارنة ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 2000.
- 30- د.احمد عبد العال ابو قرين ، حق الملكية في الفقه والقضاء والتشريع مع دراسة تطبيقية لملكية الشقق والطبقات في المملكة العربية السعودية ، القانون المقارن ، ط 1 ، القاهرة ، 1999 .
- 31- جمعة سعدون الربيعي ، المرشد الى احكام ازالة الشيوع في القوانين العراقية معززاً بقرارات محكمة التمييز ، المكتبة القانونية ، بغداد ، 1989م .
- 32- د. علي هادي العبيدي ، الوجيز في شرح القانون المدني ، الحقوق العينية ، دراسة مقارنة ، دار الثقافة ، عمان ، الاردن ، 2009.
- 33- د.نبيل ابراهيم سعد ، الحقوق العينية الاصلية ، ط 1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2010.
- 34- د. هيو ابراهيم قادر و د. ظاهر مجيد قادر ، موانع ازالة الشيوع -دراسة مقارنة -، بحث منشور في مجلة الحقوق ، المجلد (18) العدد (2).
- 35- نادية عويسي وصليحة غياطو ، القسمة الرضائية في العقار - دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، تخصص قانون عقاري ، جامعة يحيى فارس ، الجزائر ، 2012 - 2003.
- 36- احمد محمد عباس ، مجاني الطلاب ، دار المجاني ' بيروت ، لبنان ، ط 5 ، 2001

ثانياً / المجلات والنشرات

- 1- مجلة الاحكام العدلية ، ط 1 ، القسطنطينية ، مطبعة الجوانب ، 1297 .
- 2- النشرة القضائية ، العدد 1 ، السنة الثالثة ، كانون الاول ، 1973 .
- 3- النشرة القضائية ، العدد 3 ، السنة الثالثة ، تشرين الاول ، 1974 .
- 4- مجلة الوقائع العدلية ، العدد 17 ، ايار ، السنة الثانية ، 1980.

ثالثاً: القوانين

- 1- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951م.
- 2- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948م .
- 3- قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة 1932م
- 4- قانون التسجيل العقاري العراقي رقم (43) لسنة 1971م المعدل .

رابعاً : القرارات القضائية

- 1-قرار محكمة بداءة الرصافة ، رقم (1688/ب/2012) في 2012/12/13.
- 2- قرار محكمة بداءة الكاظمية ، رقم (458/ب/2012) في 2012/5/29 ، ورقم (1352/ب/2000) في 2000/10/1. منشور في قاعدة التشريعات العراقية ، الاحكام المرتبطة بمواد القانون المدني العراقي ، متاح على العنوان الالكتروني الاتي:

(http://iraql.d.hje.iq;8080/LoadLaw
Book.aspx?page=1&sc=12012003721926&BookID=27297.



ISSN online: 2791-2272

ISSN print: 2791-2264

مجلة العصر للعلوم الانسانية والاجتماع

Era Journal for Humanities and Sociology

www.ejhas.com

editor@ejhas.com

Volume (10) September 2023

العدد (10) سبتمبر 2023

- 3- قرار محكمة التمييز رقم 3 / مدنية ثلاثة عقار / 1972 في 29 / 2 / 1972 ، النشرة القضائية ، العدد الاول ، السنة الثالثة كانون الاول 1973.
- 4-قرار محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية رقم 2777 / حقوقية / 1979 في 6 / 2 / 1980 ، مجلة الوقائع العدلية ، العدد 17 ، ايار 1980 ، السنة الثانية.
- 5- قرار محكمة التمييز العراقية رقم 168 / مدنية ثلاثة عقار / 1972 في 25 / 7 / 1972 ، النشرة القضائية ، العدد الثالث ، السنة الثالثة ، تشرين الاول ، 1974 ،