



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة النهرين  
كلية الحقوق

عنوان البحث  
(إزالة الشيوخ في القانون العراقي )  
بحث مقدم الى مجلس كلية الحقوق جامعة النهرين لنيل شهادة البكالوريوس  
قسم القانون

اسم الطالبة  
زهراء عبد الرحمن علي

بأشراف  
م.د. دريد داود

# الآية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿وَلَسَوْفَ يُعْطِيكَ رَبُّكَ فَتَرْضَى﴾

صدق الله العلي العظيم

سورة الضحى

آية 5

## الهداء

لى من اضاء بعلمه عقل غيره ، وهدى بلأواب الصحيح حيرة سائله ، فآظهر بسماحته تواضع العلماء وبرحمته سماحة

العارفين

سيد الكائنات ومدينه العلم سيدنا محمد ( صلى الله عليه واله وسلم

وباب مدينه علمه علي ابن ابي طالب ( عليه السلام )

لى من علمني النجاح والصبر ، يا من وحمل اسمك بكل فخر

أبي العزير

لى ملاكي في الحياة ، لى معنى الحب والحنان ، لى من كان وعاشها سر نجاحي وحناها بلسم جروحي

هي الحبيبة

لى من يحملون في عيونهم ذكريات طفولتي وشبابي رباحين عمري اخوتي واخوانتي

لى من شجعني في رحلتي لى النجاح وتحلى بالإخاء وأصدقائي ، وأخص منكم رفيق الدرب زهراء مهدي

على كل ما قدم لي من توجيهات ومعلومات قيمة ساهمت في إثراء موضوع دراستي بجوانبها المختلفة

## الشكر والتقدير

الحمد لله و شكر الله لأنني بفضلہ وصلت الى هذه المرحلة  
في حياتي اشكر والدي الذي ادخلني الى هذا الاختصاص  
والذي ساندني على طول سنوات دراستي اشكر والدي على  
صبرها معي و مساندتها لي طوال مسيرتي الدراسية

الباحثة

## ( المحتويات )

| ت  | التفاصيل       | المحتوى                                            | رقم الصفحة |
|----|----------------|----------------------------------------------------|------------|
| 1  | الآية القرآنية |                                                    | أ          |
| 2  | الاهداء        |                                                    | ب          |
| 3  | الشكر والتقدير |                                                    | ت          |
| 4  | المحتويات      |                                                    | ث          |
| 5  | المقدمة        |                                                    | 1-4        |
| 6  | المبحث الاول   | ماهية الملكية الشائعة                              | 5-13       |
| 7  | المطلب الاول   | مفهوم الملكية الشائعة                              | 6-10       |
| 8  | الفرع الاول    | تعريف الملكية الشائعة                              | 7-9        |
| 9  | الفرع الثاني   | تميز الملكية الشائعة عما تشبه بها من اوضاع قانونية | 9-10       |
| 10 | المطلب الثاني  | مصادر الشيوخ وتكيف حق الشريك المشترك               | 10-13      |
| 11 | الفرع الاول    | مصادر الشيوخ                                       | 10-11      |
| 12 | الفرع الثاني   | تكيف حق الشريك المشتاع                             | 13-12      |
| 13 | المبحث الثاني  | احكام ازالة الشيوخ                                 | 14-31      |
| 14 | المطلب الاول   | ازالة الشيوخ في العقار                             | 14-15      |
| 15 | الفرع الاول    | ازالة الشيوخ بالقسمة وتقسيماته                     | 15-24      |
| 16 | الفرع الثاني   | موانع ازالة الشيوخ                                 | 24-26      |
| 17 | المطلب الثاني  | حق تصرف الشريك بالعقار الشائع                      | 26-31      |
| 18 | الفرع الاول    | بقسمة المال الشائع مالم يكن مجبراً على البقاء      | 28-29      |
| 19 | الفرع الثاني   | حقوق الشركاء التصرف في العقار بعد ازالة الشيوخ     | 29-31      |
| 20 | الخاتمة        |                                                    | 32-33      |
| 21 | التوصيات       |                                                    | 34         |
| 22 | قائمة المراجع  |                                                    | 35-36      |

## المقدمة

تعتبر الملكية الشائعة من اهم المؤثرات التي تؤثر في المجتمعات الانسانية عبر القرون لذلك فان الافكار الانسانية قد نظرت الى الملكية في ظل الظروف المحيطة بالافراد والجماعات وان هذه الظروف قد فرضت أوضاعاً تتلائم مع الامر الواقع، فلذلك ان الملكية الشائعة هي صورة من صور الملكية ولها أحكام خاصة بها . وقد سبقت الملكية الشائعة الملكية الفردية في الظهور لان حيازة الفرد للأشياء في العصور القديمة وان كانت تشبع حاجاته الا ان هذه الحيازة لا يمكن ان تعتبر بمثابة الملكية لان الملكية مفهوم قانوني لا يبيح للفرد الانتفاع فقط بل يجب ان يوفر له الحماية القانونية تجاه الآخرين وسواء كانت الملكية الشائعة أقدم في الظهور من الملكية الخاصة او بالعكس فإن المسلم به ان الملكية قد وجدت منذ فجر الحضارة وكانت مظاهرها معروفة ومعاصرة للإنسان الاول وان الملكية الشائعة بعد ظهور الدول وتشكيل التجمعات قد كتب لها البقاء والاستمرار نتيجة تبني التشريعات نظام الميراث فكل عملية توريث تؤدي الى الانتقال من الملكية الخاصة الى الملكية الشائعة وهذا ما يعلل استمرار الملكية الشائعة في الظهور مع العصور ونجد ان المشرع الحديث في بعض الدول اخذ يشجع على ظهور وتطور الملكية الشائعة وذلك عندما اتجه الى توزيع الشقق السكنية على الافراد فأوجد الصورة الحديثة للملكية الشائعة المتمثلة بملكية الشقق والطبقات فإذا كان العصر القديم قد اخذ بالملكية الشائعة فان المجتمعات الحديثة لم تستغن عن الاخذ بالملكية الشائعة التي يتعدد فيها الملاك بشيء الواحد من غير ان يخصص لكل منهم جزء مادي معين فيه وانما تكون له حصة شائعة في المال كله ورمز بنسبة حسابية كالنصف والتلث والرابع ، والاسباب التي تؤدي الى نشوء الملكية الشائعة كثيرة واكثرها تحققاً في الواقع العملي هو الارث اذ يترتب على وفاة الشخص تملك الورثة أعيان التركة ملكية شائعة كما يمكن القول ايضا ان كل سبب لكسب الملكية المفترزة يصلح لإنشاء ملكية شائعة اذ تعلق الامر بعده اشخاص في إن واحد فكما تنشأ الملكية الشائعة عن واقعة مادية ( وفاة المورث ) فأنها يمكن ان تنشأ عن تصرف قانوني كأن يشتري شخصان أو أكثر عقارا او منقولا واحد مشاركة لكل منهم حصة محددة فيه أو قد يهب شخص أو يوصي بمال معين لعدة اشخاص على وجه الشيووع وكذلك يصح ان يكون الاستيلاء والاتصاق والشفعة كأسباب لنشوء الملكية الشائعة كما لو استولى عدة اشخاص على مال منقول لا مالك له واذا تملك أشخاص على الشيووع بحكم الاتصاق البناء الذي أقامه الغير على ارضهم أو تملكوا عن طريق الاخذ بالشفعة العقار المجاور لعقارهم بل ان الحيازة تصلح ان تكون سبباً لنشوء الملكية الشائعة ايضا اذ كانت خالية من العيوب التي قد تعثر بها ، وبالرغم من ان لكل مالك على الشيووع الحق في التمتع قانوناً بجميع عناصر الملكية ومزاولة سلطة الاستغلال والاستعمال والتصرف الا ان الملكية الشائعة لاتزال امر غير مرغوب فيه وغير مستحب لان ممارسة هذه السلطات تقتضي اجماع الشركاء وهذا أمر لا يتييسر دائما لذلك تدخل المشرع لتنظيم الملكية الشائعة تنظيما اعتد فيه بإدارة وتصرف

الاجلبية حتى لا يتعطل الانتفاع بالمال الشائع في غياب إجماع الشركاء ، فتعدد الملاك في الملكية الشائعة يؤدي الى اشكالات عديدة خاصة فيما يتعلق بمزاولة كل مالك لسلطاته على الشيء ولا سيما بالنسبة للاستعمال والاستغلال ويؤدي ذلك في اغلب الاحيان الى تعارض مصالحهم ومن ثم الى استحالة الانتفاع المشترك بل ان الشيوع كثيرا ما يكون مثارا للمنازعات وسبباً لإهمال المال الشائع وعدم أعمارته كما ان توقف كثيرا من تصرفات الشريك على اجازة شركائه وموافقتهم من شأنه ان يشل من نشاطه ويحول دون استغلال المال الشائع على الوجه الافضل بعكس الملكية الفردية التي تمتاز بحرية المالك في التصرف بملكه واستغلاله وإدارته على النحو الذي يريده مادام ملتزماً بحدود القانون لذا يحرص المشرع على هذا النوع من الملكية لان عناية الشخص المستقل بالمال تكون أكثر مما يكون له حصة فيه على الشيوع وعليه تظل دوماً الملكية الفردية هي الصورة المثلى للملكية اما الملكية الشائعة ليست بالصورة الحسنة للملكية لما ينشأ عنها من خلافات بين الشركاء لذلك يطلق على الملكية الشائعة أنها حالة مؤقتة مصيرها الانقضاء ، لذلك فالقاعدة في التشريعات المعاصرة هو ان لكل شريك في الشيء الشائع الحق في إزالة حالة الشيوع بأرادته متى ما رغب في ذلك ما لم يكن مجبراً على البقاء في الشيوع بموجب نص او شرط وكل ذلك لما يؤدي الية الشيوع من مشاكل ومنازعات من شأنها إعاقة الانتفاع به مما يدفع المتشاعين الى التعامل مع الشيوع بوصفه نظاما غير مرحب به باستمراره لفترات زمنية طويلة فالاصل هو توقيت الشيوع واستثناء يقر المشرع في احوال تنتفي معها سلبيات الشيوع العادي البقاء على الشيوع بموجب شرط او نص ، لذلك فإن انقضاء الشيوع يمكن ان يقع بطرائق مختلفة الا ان القسمة تتميز عن جميع الاحوال السابقة بأنها الصورة الغالبة لانقضاء الشيوع وعليه فالاصل ان ينتهي الشيوع بقسمة المال الشائع قسمة تؤدي الى اختصاص كل شريك بمال مفرز وهي قسمة ترد على الملكية فتؤدي الى ان يصبح كل شريك على الشيوع مالك لجزء مفرز يعادل حصته قبل القسمة وقد يكفي الشركاء على الشيوع مؤقتا بقسمة منافع المال الشائع تمهيدا للقسمة النهائية فيما بعد فقسمة المال الشائع نوعين : قسمة نهائية ترد على الملكية و قسمة مهاية ترد على منافع الشيء اما القسمة النهائية فيقد بها قسمة المال الشائع الى أجزاء بحيث يتعين جزء مفرز من هذا المال لكل شريك بقدر حصته لينفرد بملكته دون باقي الشركاء في المال الشائع فالقسمة النهائية وفق هذا التعريق هي الوسيلة القانونية التي تنتهي بها حالة الشيوع بتجزئة الملكية وفق انصبة محددة ومعلومة سلفا ومن هنا يحق لاي طرف الخروج من حالة الشيوع في اي وقت يشاء وعلى ذلك فان الشيوع لا بد من ازالته سواء برضاء الاطراف عن طريق ما يسمى بالقسمة الرضائية او بالتقاضي وهو ما يعرف بالقسمة القضائية.

اهمية البحث / حقيقة لا يمكن تجاهلها وهي ان بقاء المال المشاع على الشيوع يعني دوام الخلافات بين الشركاء في اغلب الاحيان ، الامر الذي يحول دون الانتفاع الامثل بالمال المشاع والتصرف به ، لذلك لا بد الخروج من هذا الوضع بقسمة المال الشائع من اجل الاستمرار التعاون بين الشركاء ، مما يشكل حافزا على العمل وحسن التصرف ، وينعكس ذلك بدوره على المصلحة العامة .

مشكلة البحث / لما كان لكل شريك في الملكية الشائعة ان يطالب بأزاله ملكية المال الشائع لغرض الانتفاع من حصته في هذا المال ،لذلك فقد يحتاج المالكون على الشيوع ازالة هذه الملكية ، فيذلك يكون السؤال المطروح : ما هو السبيل الى هذه الازالة فل تجري ذلك للملكية الشائعة عن طريق القضاء دائما بعد ان يحصل نزاع بين المالكين على مقدار حصصهم في العقار المملوك على الشيوع ، ام ان الشركاء على الشيوع بإمكانهم ان يتفقوا رضاء على قسمة مالهم المشاع بينهم بعيد عم القضاء وبدون الحاجة لإقامة الدعوى ، وهل هناك موانع قانونية تمنع ازالة الملكية الشائعة رغم المطالبة بها من قبل احد الشركاء ، ونظرا لأهمية هذا الموضوع وكثرة الدعاوى المتعلقة به مما يتطلب من القاضي بصفة خاصة ومن رجال القانون بصفة عامة ان يكونوا ملمين به ومطلعين على كل ما يتعلق بإحكام الملكية الشائعة وطبيعة هذه القسمة وانواعها والاجراءات اللازمة فيها ومعرفة الآثار المترتبة على تلك القسمة وما بني عليها من أحكام لذا رأيت من المناسب أن أكتب في ازالة الشيوع لأهميته وللأسباب المتقدمة باعتبار الملكية الشائعة صورة من صور الملكية .

#### **اهداف البحث:-**

- 1- إلقاء الضوء على الملكية الشائعة والآثار الاجتماعية والاقتصادية السالبة المترتبة عليها
- 2- الوصول الى مقترحات لسد العجز في النصوص القانونية بما يحافظ على الروابط والعلاقات الاجتماعية والحد من الآثار السلبية للشيوع
- 3- بيان أهمية إفراز الشيوع مما يمكن للشريك من التصرف في حصته
- 4- الوقوف على أهمية القسمة في تنظيم الملكية الشائعة
- 5- الوقوف على احكام القسمة القضائية والرضائية للمال الشائع
- 6- الوقوف على المعالجة القانونية لانتهاء حالة الشيوع
- 7- ابراز اهمية قسمة المهايأة عند تعذر القسمة النهائية وما هي الآثار المترتبة عليها

**منهجية البحث /** ان دراسة موضوع البحث تفرض على الباحث إتباع منهج الدراسة القانونية التحليلية

### **خطة البحث /**

**المبحث الاول /** ماهية الملكية الشائعة

**المطلب الاول /** مفهوم الملكية الشائعة

**الفرع الاول /** تعريف الملكية الشائعة

**الفرع الثاني /** تميز الملكية الشائعة عما تشبه بها من أوضاع قانونية

**المطلب الثاني /** مصادر الشيوخ وتكيف حق الشريك المشتاع

**الفرع الاول /** مصادر الشيوخ

**الفرع الثاني /** تكيف حق الشريك المشتاع

**المبحث الثاني /** إحكام إزالة الشيوخ

**المطلب الاول /** إزالة الشيوخ في العقار

**الفرع الاول /** إزالة الشيوخ بالقسمة وتقسيماته

**الفرع الثاني /** موانع ازالة الشيوخ

**المطلب الثاني /** حق تصرف الشريك بالعقار الشائع

**الفرع الاول /** بقسمة المال الشائع مالم يكن مجبرا على البقاء

**الفرع الثاني /** حقوق الشركاء في التصرف في العقار بعد ازالة الشيوخ

## المبحث الاول

### ماهية الملكية الشائعة

الصورة المعتادة للملكية هي الملكية المفترزة من حيث ان الشيء الواحد يكون مملوك لشخص واحد ومن الممكن ان يكون هذا الشيء الواحد ملك لأكثر من شخص واحد على ان يختص كل منهم بجزء مفرز من هذا الشيء الواحد فنكون هنا بصدد ملكيات مفترزة ولكن قد يكون هذا الشيء الواحد مملوك لعدة من الاشخاص بحيث يملك كل شخص حصة رمزية شائعة من دون ان يخصص لكل منهم جزء مفرز من الشيء الواحد فنكون هنا بصدد الملكية الشائعة<sup>1</sup>

اي بمعنى ان الملكية الشائعة باعتبارها صورته من صور الملكية يكون الشيء الواحد مملوكاً لأكثر من شخص من دون ان يتعين نصيب كل منهم مادياً في الشيء لكنه يتعين معنوياً في الحق نفسه فحق الملكية ذاته منقسم بين عدة اشخاص<sup>2</sup>

فاذا تعدد الملاك في الشيء الواحد بدون ان يتعين ملك كل منهم فيقال للملك ملكاً شائعاً وقد يكون سبب الشيوع اختيارياً كما اذ اشترى اثنان أو اكثر دار على الشيوع وقد يكون غير اختياري كحالة الارث ولكل من المشاعين الحق على الشيوع في كل جزء من اجزاء هذا الملك فله ان يطالب كل واحد من شركائه في الربح الناتج من الجزء الذي انفرد كل منهم بالانتفاع به ، وللشركاء في الملك على الشيوع ان يوكلوا بعضهم القيام في ادارته الملك المشترك واستغلاله وهذه الوكالة اما ان تكون صريحة او ضمنية ومن يوكل منهم يدير المال المشترك ويستغله عن نفسه وعن موكله ويكون له بالنسبة لهم جميع حقوق الوكيل وعليه واجباته ويجوز للشركاء في الملك ان ينتفعوا بالملك المشترك بقدر انصبتهم ولكن ليس لهم ان يعملوا اعمالاً مادية تغير من طبيعة الشيء المشترك من غير رضا الباقيين ولكل منهم ان يتصرف في نصيبه شائعاً من غير استشارة الباقيين ولكن لا يمكن ان يتصرف في العين كلها الا برضاء الجميع واذ عين أحد المالكين القدر المتصرف فيه فلتعين باطل والتصرف صحيح على الشيوع الا اذ اجازة باقي الشركاء أو وقع الجزء الذي عين في نصيبه بمقتضى القسمة والتصرف على الشيوع يكون بكل انواع التصرف مثل البيع والهبة والرهن وغيرها الى اخره<sup>3</sup>

ولابد وان نلاحظ بأن الشيوع حالة قانونية تنجم عن تعدد أصحاب الحق العيني وبذلك فإن الشيوع لا يقتصر فقط على حق الملكية بل يمكن ان يتحقق بالنسبة للحقوق العينية الاخرى كحق الانتفاع والاستعمال والارتفاق كما لو اوصى شخص بحق الانتفاع لعدة اشخاص فيكون حق الانتفاع مالا شائعاً بين الموصى لهم جميعاً.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> محمد طه البشير \_ غني حسون طه \_ الحقوق العينية \_ الجزء الاول \_ ص 16

<sup>2</sup> علي جبار صكيل الاسدي \_ الملكية الشائعة واحكام ازالة الشيوع \_ الطبعة الاولى 2016 \_ دار الرضوان للنشر والتوزيع عمان

الفصل الاول ص 14

<sup>3</sup> \_ محمد كامل مرسى بك \_ الملكية والحقوق العينية \_ المطبعة الرحمانية بمضير \_ 1923 \_ الباب الثاني ص 151

<sup>4</sup> محمد طه البشير \_ الدكتور غني حسون طه \_ مرجع سابق \_ ص 16

وسواء وجد الشيوع في هذا الحق العيني الاصلي او في حق الملكية فالشيوع ان نكون امام شركاء في هذا الحق اي امام ان يكون لكل واحد منهم حصه غير مفرزه في الحق اي حصه محدده لا بذاتها بل حسابياً كأن تكون ربع الحق او ثلثه او غير ذلك والشيوع لا يكون الا في حق واحد على شيء واحد فلا شيوع بين من له حق ملكية رقبة الشيء ومن له حق الانتفاع على الشيء نفسه كما لا شيوع اذ كان الحق الواحد منصباً على أشياء مختلفة.<sup>1</sup>

سنتناول في هذا المبحث :

المطلب الاول / مفهوم الملكية الشائعة

المطلب الثاني / مصادر الشيوع

## المطلب الاول

### مفهوم الملكية الشائعة

تقوم الملكية الشائعة على اشتراك شخصين او اكثر في شيء معين مملوك على الشيوع دون ان تحدد نصيب كل منهم مادياً انما تتحدد حصة كل منهم في الشيء الشائع تحديداً معنوياً .

تعد الملكية الشائعة من الموضوعات الهامة في دراسة نظام الملكية بوجه عاد اذ تكاد لا تخلو اغلب الملكيات من بعض صور الشيوع فغالباً ما تشترك الملكيات الزراعية في قنوات الري والطرق والممرات الداخلية الموصلة للمزارع وكذلك المنازل وغالباً ما تشترك في الممرات والشوارع الموصلة اليها وذلك بفرض ان لها شوارع وطرق خاصة وليست عامة، وحتى ان كانت عامة فمع ارتفاعات المباني وتعدد طوابقها نتيجة ازمة السكان في العاصمة والمدن بل والقرى احياناً لتقييد البناء على الارض الزراعية والارتفاع الفاحش في اسعار اراضي البناء ، حيث ان ملاك الشقق والطبقات يشتركون في اجزاء عديدة في المبنى كمدخل العمارة والسلالم والمصاعد

1- رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري \_ الوجيز في الملكية والحقوق العينية التبعية \_ الكتاب الاول \_ الرياض

2009 \_ الباب الاول ص 79

وشبكات المياه والصرف والكهرباء والغاز وغيرها ، وحتى إن كان الشخص مالكاً منفرداً لمنزلة او مزرعته طوال حياته ، فان سنه الحياة ستقوده حتماً للوفاة وحينئذ سيجد الورثة انفسهم شركاء على الشيوع في اعيان التركة وعليهم ان يديروا هذه الاعيان لفترة ما الى ان تتم قسمتها ويحصل كل فرد على نصيبه.

وسنقسم هذه المطلب الى فرعين

الفرع الاول / تعريف الملكية الشائعة

الفرع الثاني / تميز الملكية الشائعة عما تشته بها من اوضاع قانونية

## الفرع الاول

### تعريف الملكية الشائعة

نظراً لأهمية الملكية الشائعة واهتمام الفقه والقانون وردت عدة تعريفات عليها ومن ضمنها (التعريف الفقهي ) و ( التعريف القانوني ) .<sup>1</sup>

اولاً/ التعريف الفقهي :ورت عدة تعريفات فقيهة حول الملكية العقارية الشائعة نذكر منها .

عرفت على انها "الملكية الشائعة تقع على مال معين بذات يملكه اكثر من شخص واحد وتتناول هذه الملكية المال الشائع كله غير منقسم اما حق كل شريك فيقع على حصة في هذا المال ومن ثم يكون محل حق الشريك هو هذه الحصة الشائعة فحق الملكية على المال الشائع هوة الذي ينقسم حصصاً دون ان ينقسم المال ذاته<sup>2</sup>

كما عرفت على انها " غير ان الملكية الشائعة قد توجد في وضع استثنائي حيث تثبت في نفس الوقت لعدة أشخاص على نفس الشيء كل منهم بحصة رمزية او حسابية معينة فقال لها الملكية الشائعة"<sup>3</sup>

وقد عرفها بعض المحدثين بأنها :ما تعلقت بجزء نسبي غير معين وغير محدد وتكون كل ذرة في المال الشائع مشتركة بين جميع الشركاء فاذا كانت الدار مثلاً مشتركة بين خمسة اشخاص كان لكل واحد منهم الخمس في كل ذرة من ذراتها دون الاستثناء بنصيب معين منها.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> الشيوع لغة يعني " السهم الشائع والمشاع أي غير مقسوم "

<sup>2</sup> عبد الرزاق احمد السنهاوري \_ الوسيط في شرح القانون المدني \_ الجزء الثامن \_ دار إحياء التراث العربي بيروت .لبنان 1967 ص 796

<sup>3</sup> حسن كيرة \_ الموجز في احكام القانون المدني .الحقوق العينية الاصلية أحكامها ومصادرها \_ منشأة المعارف الاسكندرية 1998 ص 104

<sup>4</sup> دكتور محمد عبد الرحمن الضويني \_ أحكام القسمة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني \_ الطبعة الاولى \_ دار الفكر الجامعي 30 شارع سوثير ، الاسكندرية \_ مطابع دار الأستاذ \_ القاهرة \_ 2001 \_ ص 13

وقد عرفه الفقه الملكية الشائعة ايضاً بأنها "ملكية مشتركة بين عدة اشخاص على شيء يكون فيها لكل من الشركاء حصة معلومة القدر في كل جزء من اجزاء الشيء المشترك دون ان تكون هذه الحصة مفرزة عن سواها من الحصص"

ويستفاد من هذه التعريف ان الملكية تكون شائعة عندما يكون الشيء الواحد مملوكاً لأكثر من شخص بحيث يكون لكل منهم حصة شائعة تنسب الى الشيء في مجموعة كالنصف او الربع مثلاً دون ان تكون هذه الحصة مفرزة عن باقي الحصص، الاخرى ، بمعنى ان الشيء الواحد عندما يكون مملوكاً لعدة اشخاص لكن كل منهم يختص بجزء مادي معين من هذا الشيء فان الملكية في هذه الحالة لا تعتبر ملكية شائعة وانما ملكية مفرزة.<sup>1</sup>

كما عرف ايضاً الشيوخ: هوة الوضع القانوني الناتج عن تعدد المالكين للحق العيني دون ان يختص كل منهم بجزء مفرز فيه.<sup>2</sup>

ثانياً / التعريف القانوني:

عرفت الملكية الشائعة على انها " اذ ملك اثنان أو اكثر شيئاً ، فهم شركاء فيه على الشيوخ ، وتحسب الحصص متساوية إذا لم يقدّم الدليل على غير ذلك "<sup>3</sup>

ويتبين من هذه التعريف ان هذه الملكية وسط بين الملكية المفترزة والملكية المشتركة فالحصة التي يملكها الشريك في الشيوخ شائعة في كل المال لا تتركز في جانب منه بالذات وهذه ما يميز الملكية الشائعة عن الملكية المفترزة والشيء المملوك في الشيوخ لا يملكه الشركاء مجتمعين بل يملك كل شريك حصة فيه وهذا يميز الملكية الشائعة عن الملكية المشتركة.<sup>4</sup>

وقد عرفت الملكية الشائعة ايضاً " شركة الملك هي كون الشيء مشتركاً بين اثنين فأكثر اي مخصوصاً بهما بسبب من اسباب الملك كاشتراك وايهاب وقبول وصية وتوارث او بخلط أموالهم واختلاطها في صورة لا تقبل التميز والتفريق كأن يشتري اثنان مثلاً مالاً او يهبهما واحد او يوصي لهما ويقبلا او يرثاه فيصير ذلك مشتركاً بينهما ويكون كل منهما شريك الاخر في هذا المال كذلك اذ خلط اثنان ذخيرتهما ببعضهما او انخرقت عدولهما بوجه ما فاختلفت ذخيرة الاثنين ببعضهما فتصير هذه الذخيرة المخلوطة او المختلطة بين الاثنين مالاً مشتركاً "<sup>5</sup>

<sup>1</sup> ادريس الفاخوري \_الحقوق العينية \_ مطبعة المعارف الجديدة .الرباط \_2013\_ منشورات مجلة الحقوق سلسلة "المعارف القانونية والقضائية" الفصل الثاني ص 123

<sup>2</sup> الدكتور محمد عبد الرحمن الضويني \_أحكام القسمة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني \_ مرجع سابق \_ ص 14

<sup>3</sup> ا نص المادة (1061) الفقرة (1) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951)

<sup>4</sup> أنور طلبة \_ الملكية الشائعة \_ المكتب الجامعي الحديث الأزاريطه. الاسكندرية \_ 2004 - ص 5

<sup>5</sup> نص المادة (1060) من مجلة الاحكام العدلية \_ لسنة 1876

ومن خلال ما تقدم ذكره من تعريفات عديدة للملكية الشائعة يمكن تعريف الملكية الشائعة هي ملكية مشتركة بين عدة اشخاص على شيء يكون فيها لكل من الشركاء حصة معلومة المقدار في كل جزء من اجزاء الشيء المشترك دون ان تكون هذه الحصة مفرزة عن سواها من الحصص.<sup>1</sup>

وعليه فالأصل ان الملك الواحد يكون لملك واحد ولكن قد يطرأ ما يجعله مملوكا لعد اشخاص على الشيوع اما لسبب اختياري كالشراء مشتركا او غير اختياري كالإرث وكما سنوضح ذلك في مصادر الشيوع لاحقا ، كما ان وجود الشيوع في الاموال الغير منقولة قد يؤدي الى اهمالها وعدم اعمارها لان عناية الشخص المستقل بالمال تكون بطبيعة الحال اكثر مما لو كان له نصيب فيه على الشيوع ويترتب على ذلك الاضرار بمصلحه الشركاء وتقتضي هذه المصلحة بالتخلص من حالة الشيوع مهما امكن لانها غير مرغوب فيها بل المفروض فيها انها مؤقتة لابد ان تنتهي بأزاله الشيوع.<sup>2</sup>

## الفرع الثاني

### تميز الملكية الشائعة عما تشبه بها من اوضاع قانونية

بصورة عامة ان الملكية الشائعة تختلف عن الملكية المفرزة او الفردية من حيث تحديد صاحب الحق وفي محله ومن المنفعة التي تنشأ من اتصال هذين العنصرين ففي الملكية الشائعة يتقرر حق الملكية لاشخاص متعددين على خلاف الملكية الفردية التي تثبت لملك واحد وفي الملكية الشائعة يكون محل الحق محدد تحديدا معنويا لان كل شريك يملك حصه شائعة في العين كلها يرمز اليها بنسبة حسابية كالنصف والثلث ويظل محل الحق غامضا الى ان تتم القسمة اما في الملكية الفردية يستأثر المالك الفرد بمنافع العين كلها فله ان يتصرف فيها وان يستعملها وان يستغلها كما يشاء اما في الملكية الشائعة فان حقوق الملاك يزحم بعضها بعضا ولهذا فإنه لايجوز لاي مالك ان يستهلك الشيء اون يتصرف فيه اون يستعمله او ان يستغله الا بقيود خاصه وفي حدود ما تسمح به حصته.<sup>3</sup> وعلى وجه التفصيل هناك عدد من النقاط سوف تناولها

<sup>1</sup> مأمون الكزبري\_ الحقوق العينية \_ الطبعة الثانية \_ شركة الهلال العربية للطباعة والنشر في الرباط \_ 20 يناير 1987 \_ ص 115

<sup>2</sup> شاكر ناصر حيدر \_ شرح القانون المدني الجديد الحقوق العينية العقارية \_ الجزء الاول \_ الطبعة الاولى \_ مطبعة المعارف . بغداد 1952 \_ ص 190 ص 191

<sup>3</sup> حسن علي الذنون\_ الحقوق العينية الاصلية \_ شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة بغداد \_ 1954 \_ ص 64

لتمييز او لبيان الفرق والاختلاف بين الشيوخ و الصور الاخرى مشتركة للملكية بحيث يتحدد لكل شريك في الشيء المملوك جانب يختص به .

1- ملكية الطبقات ليست ملكية شائعة بل هي ملكية مفرزة لان محل الحق كل شريك طبقة محددة من طبقات المنزل لا يشاركه فيها غيره ولكن الارض واجزاء البناء من المنزل المعدة للاستعمال المشترك بين جميع الملاك تعد مملوكة على الشيوخ.

2- ولا يقوم الشيوخ ايضا في حالة القرار لان ملكية الارض تظل لصاحبها منفصلة عن ملكية المباني التي تكون لصاحب حق القرار .

3- ونظرا لان الشيوخ لا يكون الا في الحق الواحد فانه لا يقوم بين مالك الرقبة وصاحب الانتفاع او الاستعمال وذلك في حالة نزول المالك للغير عن حقه في الاستغلال كله او بعضه فحق الملكية هنا ليس مشتركا بين المالك وبينهما الا انه من المتصور قيام الشيوخ في حق الرقبة او حق الانتفاع .

4- وتختلف الملكية الشائعة عن الملكية الجماعية فهي ملكية وسط بين الملكية المفرزة والملكية المشتركة (الجماعية) فالحصة التي يملكها الشريك على الشيوخ شائعة في كل المال لا تتركز في جانب منه بالذات وهذا ما يميز الملكية الشائعة عن الملكية المفرزة والشيء المملوك على الشيوخ لا يملكه الشركاء مجتمعين بل يملك كل شريك حصته فيه وهذا ما يميز الملكية الشائعة عن الملكية المشتركة (الجماعية) فالملكية الجماعية هي ملكية مشتركة لا ملكية فردي فهي ملكية واحدة لكل الشركاء مجتمعين ولا يملك اي واحد منهم بمفرده لا الشيء المملوك ولا اية حصة فيه مفرزة او شائعة اذ ان كل شريك في الملكية المشتركة متى قدم نصيبه فقد حقه العيني عليه لينتقل الى الجماعة دون ان تكون لها شخصية معنوية<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني

### مصادر الشيوخ وتكيف حق الشريك المشتاع

#### الفرع الاول

#### مصادر الشيوخ

من المعتاد ان تكون الملكية فردية بمعنى ان يكون الشيء مملوك لشخص واحد على وجه الاستقلال لكن قد تكون هذه الملكية شائعة اي بمعنى ان يكون الشيء مملوك لكثر من شخص على الشيوخ اما لسبب اختياري كالشراء او غير اختياري كالارث وفي تكوين الملكية الشائعة هناك مصادر رئيسية لايجاد الملكية الشائعة كالعقد

<sup>1</sup> دكتور محمد حسين منصور \_ الحقوق العينية الاصلية \_ دار الجامعة الجديدة \_ 2007\_ ص 91 ص 92

والميراث والوصية وهناك ايضا مصادر ثانوية وهي الالتصاق والشفعة والتقادم ، فمصادر او اسباب الكسب للشيوخ هي ذاتها اسباب كسب الملكية فقد تنشأ الملكية الشائعة بتصرف قانوني (العقد) كأن يشتري شخصان او اكثر شيئاً على الشيوخ او ان يبيع شخص معين سواء ان كان هذا الشيء عقار او منقول الى شخصان او لاكثر من شخص فهنا الملكية تصبح ملكية شائعة وقد تنشأ الملكية الشائعة عن طريق الوصية كان يوصي شخص لشخصان او اكثر بحصة معينة في شيء يملكه وقد تنشأ الملكية الشائعة عن طريق التقادم فأذا حاز شخصان او عدة اشخاص شيئاً ما حيازة مشتركة فان هذه الحيازة تؤدي الى اكتسابهم حق ملكية هذا الشيء بصورة شائعة اذ مضت على حيازتهم المدة المقررة في القانون لكسب ملكية هذا الشيء على الشيوخ وقد يكون مصدر الشيوخ الالتصاق والاستيلاء والشفعة الا ان اكثر الاسباب واهمها لنشوء الملكية الشائعة في الواقع العملي هو ما ينشأ عن طريق الميراث فأذ توفي شخص وكان له اكثر من وارث واحد فان اموال المتوفي سوف تنتقل شائعة الى ورثته وتكون مملوكة على الشيوخ الى ان تتم قسمة هذه الاموال واخذ كل وارث حصة مفرزة<sup>1</sup>

كل سبب يؤدي الى كسب ملكية مفرزة يصلح ان يكون سبباً لنشوء ملكية شائعة مادام ان هذا السبب يتصل بعدة اشخاص في نفس الوقت بحيث يكون هؤلاء الاشخاص شركاء في ملك معين ، فالشيوخ في حقيقة شركة ولكنها شركة في الملك وهي ثبوت الحق لاثنتين فأكثر على جهة الشيوخ واسباب قيام الشيوخ كما ذكرنا كأسباب كسب ملكية المفترزة اما اختيارية واما قهرية فما يتعلق بالأسباب الاختيارية وهي ما يكون لإرادة الشركاء دخل في نشوء الشيوخ فتنشأ هذه الشركة بفعل المتشاركين ورضائهم بها وذلك كأن يشتري شخصان مالا على الشيوخ او ان يوصي شخص لاثنتين او لاكثر بمال على الشيوخ او ان يهب لهما او يتصدق عليها في الشيوخ ، واما الاسباب القهرية فهي تلك الاسباب التي تؤدي الى نشوء الشركة او الشيوخ بغير فعل من الشركاء ولا تتوقف على رضا وذلك كان يرث ابنا مالا مشتركا بينهما او تكون وصية في بعض صورها التي لا تحتاج الى قبول.<sup>2</sup>

وكل ما ينبغي التنبيه عليه بسبب كون نصوص الشيوخ تتحدث عن اشتراك وشركاء ، ان عقد الشركة ليس سبباً للشيوخ فهذا العقد لا يجعل اموال الشركة ملكاً مشاعاً بين الشركاء بل ان الشركة شخص معنوي ومن ثم لها ذمة مالية مستقلة عن ذمة كل

<sup>11</sup> محمد طه البشير. الدكتور غني حسون طه \_ مصدر سابق \_ ص 98 ص 99.

<sup>2</sup> محمد عبد الرحمن الضويني \_ أحكام القسمة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني \_ مرجع سابق \_ ص 15.

شريك وفي الذمة المالية للشرطة توجد اموال الشركة وبعبارة اخرى اموال الشركة مملوكة ملكية مفرزة للشركة وليست مملوكة ملكية مشاعه بين الشركاء لكن اذ كان الشيوع لا ينشأ عن عقد الشركة فهو ينشأ كما ذكرنا سابقا عن تصرفات قانونية اخرى كالبيع والوصية وغير ذلك وكما ينشأ عن الواقعة قانونية كالالتصاق والحوز وغيرها.<sup>1</sup>

## الفرع الثاني تكيف حق الشريك المشتاع

فيما يتعلق بتكيف حق الشريك المشتاع قد نص على انه " كل شريك في الشيوع يملك حصته الشائعة ملكا تاما وله حق الانتفاع بها واستغلالها بحيث لا يضر بشركائه والتصرف فيها بالبيع والرهن وغير ذلك من انواع التصرف ولو بغير إذنهم "<sup>2</sup>

ان الشريك في المال الشائع المالك لجزء منه يعد مالكا له ملكية تامة وذلك لان حصته الشائعة التي يملكها تنتشر وتنفرد في كل جزء من اجزاء المال الشائع غير ان تلك الملكية وان كانت تامة الا انها تعد مقيدة فلا يحق له ان ينتفع بكل المال الشائع او جزء منه وذلك لانه يعد قد انتفع بما يملكه هو ويملكه غيره وهكذا لو تصرف الشريك اي تصرف في المال الشائع قبل القسمة في اي جزء من اجزاء المال الشائع فتصرفه يكون واقعا على ما يملك وما يملك غيره وعلى ذلك فالمال الشائع لا يعد مملوكا كله ملكية تامة للشريك ولكن ملكه يكون بمقدار حصته الشائعة وبالتالي لا يحق له ان يستأثر بكل مزايا ومميزات الشيء المملوك ملكية شائعة وذلك لا شتراك بقية الشركاء في هذه المال الشائع لان لهم نفس الامتيازات التي يتمتع بها وذلك بما تخوله لهم الحصة التي يملكونها في المال الشائع المشترك فيما بينهم.<sup>3</sup>

وقد تم الاختلاف في تكيف طبيعة حق الشريك المشتاع فظهرت على اساس ذلك عدة اتجاهات لمعرفة الطبيعة القانونية لحق الشريك المشتاع وهي :

الاتجاه الاول / ذهب بعض الفقهاء على انه حق الشريك هوة حق شخصي وينكرون فكرة الحق العيني للشريك المشتاع وقد انقسم مؤيدي هذا الاتجاه الى قسمين :

القسم الاول : منهم من ذهب الى ان حق الشريك هوة حق شخصي وليس حق عيني ويستندون في ذلك ان الحق العيني يفترض ان تكون حصة الشريك مفرزة ومحددة تحديدا ماديا في حين هنا حصة الشريك المشتاع محددة تحديدا معنويا او بلاحرى غير محددة.

<sup>1</sup> عبد المجيد الزروقي \_ الاموال (الحقوق العينية الاصلية ) \_ مرجع سابق \_ ص 768.

<sup>2</sup> المادة (1061) الفقرة (2) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951)

<sup>3</sup> محمد محمد أحمد سويلم \_ ايجار المال الشائع في القانون المدني والفقهاء الاسلامي \_ مجلة الشريعة والقانون العدد الخامس والعشرون المجلد الاول \_ 2010 \_ ص 706

القسم الثاني : فمنهم من يقيم فكرة ان حق الشريك هوة حق شخصي تأسيسا على ان الملكية الشائعة هي ملكية مشتركة او جماعية والملكية المشتركة تعتبر كل شريك فيها مجرد دائن بحق شخصي.

الاتجاه الثاني / يذهب بعض الفقهاء على ان حق الشريك المشتاع هو حق عيني من نوع خاص يختلف عن الحقوق العينية المعروفة اي ان الشي المملوك على الشيوع لا يكون مملوكا لمجموع الشركاء ولا مملوكا لاحدهم ويستندون في ذلك ان حق الشريك المشتاع لو كان حق عيني تقليدي لصبح بإمكان كل شريك من الشركاء ام يحوز ويستأثر بذلك الحق من غير ان يكون من حق بقية الشركاء ان يمنعه من ذلك بينما لا نجد ذلك ولا يمكن ان يحدث في الملكية الشائعة .

الاتجاه الثالث / على ان الرأي الراجح والسائد في الفقه يذهب الى ان حق الشريك المشتاع هو حق ملكية بالمعنى الدقيق حيث ان هذا الحق ليس حق شخصي وكذلك ليس حق عيني بينما هو حق ملكية تثبت للمالك المشتاع سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف وكل ما في الامر ان مالك الحق في الشيوع ليس شخصا واحد وانما اصحاب متعددون خلافا للملكية المادية المفترزة حيث تثبت فيها حق الملكية لمالك واحد .

اما بالنسبة لموقف المشرع العراقي فقد قطع الخلاف حول تحديد طبيعة الشريك المشتاع وذلك وفق نص المادة 1061 الفقرة 2 من القانون المدني العراقي السالفه الذكر.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> محمد احمد عيسى الجبوري \_ قسمة المال الشائع \_ مجلس هبة القانون جامعة بابل . 2005 . ص19

## المبحث الثاني

### إحكام ازالة الشيوخ

رغم ان المشرع نظم الملكية الشائعة على وجه يسير إدارة المال الشائع ويحفظ مصالح الشركاء الا ان الحقيقة التي لا يمكن تجاهلها ان الشيوخ مصدر متاعب ويؤدي الى شيء من التعقيد في طريقة الانتفاع بالمال الشائع والتصرف فيه وقد يكون المشتاعون أعضاء أسرة واحدة هذا هو الغالب في الواقع العملي فيؤدي اختلافهم في إدارة المال الشائع والتصرف فيه الى الخلاف بينهم ومن ثم تكدير صفو الأسرة وفي المقابل فإنه مما لا شك فيه ان استقلال الفرد في استغلال ما يملك حافزا قويا على العمل وحسن التصرف الامر الذي ينعكس اثرة على المصلحة العامة للمجتمع، وعلى هذا الاساس فإن الاصل ان يكون لكل شريك الحق في طلب القسمة المال الشائع رضا او قضاء لانتهاء حالة الشيوخ.

ويثبت هذا الحق لكل شريك أيا كان مقدار حصته في المال الشائع وسواء إكان شريكا أصليا اي كان موجودا منذ بدء الشيوخ ام كان شريكا لاحقا دخل الشيوخ بعد فترة من بدئه كالخلف العام والخلف او الخاص التي من الشركاء الاصليين ويظل للشريك ان يطلب القسمة في اي وقت مادامت حالة الشيوخ قائمة فهذا الحق لا يسقط بمرور الزمان، ولايحول بين الشريك وحق طلب القسمة لانتهاء الشيوخ ان تكون هناك مهياة لم تنته مدتها بعد فيجوز للشريك رغم انه كان طرفا في الاتفاق على المهياة ان يطلب القسمة النهائية دون انتظار لانتهاء مدة المهياة فهذه الاخيرة كما سنبين لاحقا سوى قسمة انتفاع والاتفاق عليها رهن ببقاء حالة الشيوخ ومن ثم فان هذا الاتفاق ينقضي بانقضاء هذه الحالة لاي سبب بما في ذلك القسمة النهائية.<sup>1</sup>

وعلى ذلك سنتاول في هذ المبحث

#### المطلب الاول / ازالة الشيوخ في العقار

#### المطلب الثاني / حق تصرف الشريك بالعقار الشائع

#### المطلب الاول

#### أزالة الشيوخ في العقار

تنقضي حالة الشيوخ بأسباب كثيرة ومنها التتابع بين الشركاء والميراث والشفعة ولكن من اهم اسباب إزله الشيوخ هو القسمة فقد كانت القاعدة في ظل القانون تقسيم الاموال الغير منقولة ان يزال الشيوخ عن العقار بالقسمة اذ كانت قابلة للقسمة وبالبيع اذ كانت غير قابله للقسمة وقد اخذ المشرع العراقي بنفس القاعدة التي افردها قانون تقسيم العقار لأزله الشيوخ عن العقارات وذلك بنص على انه "1- اذ تبين للمحكمة

<sup>1</sup> محمد شكري سرور \_ موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني الكويتي \_ طبعة 2\_ مطبوعات جامعة الكويت 1998\_ ص312

ان المشاع قابل للقسمة قررت اجراءها ويعتبر المشاع قابلا للقسمة اذ امكنت قسمته من غير ان تفوت على احد من الشركاء المنفعة المقصودة منه قبل القسمة.2- فإن كان المشاع عقارا تسمح الارض وتفرز الحصص على اساس اصغر نصيب على ان يراعي فيها الموقع والجودة وجميع المميزات الاخرى ويراعي كذلك بقدر الامكان أن تستقل كل حصة بحق الطريق والشرب والمسيل وغيرها من حقوق الارتفاق، وتعين قيمة الحصص باتفاق الشركاء أنفسهم فإن لم يتفقوا عينها القاضي بمعرفة الخبير"<sup>1</sup>

اما اذ تبين للمحكمة ان المال المشاع غير قابل للقسمة فتقرر بيعة وتوزيع البديل على الشركاء كل بنسبة حصته من المال المشاع ويطلق على الطريقة الاولى (القسمة العينية) وعلى الطريقة الثانية (قسمة تصفية) اي تصفية العقار بالبيع عن طريق المحكمة<sup>2</sup>

يلزم ويحتم الواقع العملي اجراء قسمة للمال الشائع بين الشركاء اجلا او عاجلا فالشروع كما بينا حالة قلقة غير مستقرة لكثرة ما ينجم عنها من مشكلات ومنازعات وخلافات تؤدي لسوء استغلال الثروات والاموال فالملكية المفترزة دائما ما تكون افضل في استغلالها من الملكية الشائعة<sup>3</sup>

والقسمة انواع عديدة منها القسمة الرضائية والقضائية وقسمة مهياة والقسمة النهائية وقسمة تجميع وقسمة تفريق والقسمة العينية والقسمة التصفية .

## الفرع الاول

### إزله الشروع بالقسمة وتقسيماته

القسمة التي تعيننا هي القسمة التي ترد على الملكية ونستطيع تعريف القسمة على انها " القسمة هي تعيين الحصص الشائعة يعني افراز وتميز الحصص بعضها عن البعض بمقياس ما كالكيل والوزن والذراع"<sup>4</sup>

وتعرف ايضا بأنها عملية يراد بها استبدال ملكية مفترزة بملكية شائعة او انها عملية يراد بها اخراج المالك من الملك الشائع الى ملك خاص يستقل به دون باقي الشركاء<sup>5</sup>

وتعرف ايضا "إفراز وتجنيد نصيب كل شريك في المال الشائع .يحصل عليه ويتنازل عن الأنصبة الاخرى للشركاء الاخرين "

<sup>1</sup> نص المادة(1072) الفقرة (2) و (3) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951)

<sup>2</sup> روزان صباح نوري \_ احكام العقار الشائع بعد ازله الشروع \_ مجلة الشرق الاوسط للدراسات القانونية والفقهية \_ المجلد 2 العدد

<sup>3</sup> 2022 \_ <https://meijournals.com/ar/index.php/meijls/index> ص76

<sup>4</sup> رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري \_ الوجيز في الملكية والحقوق العينية التبيعية \_ مرجع سابق \_ ص99

<sup>5</sup> المادة (1114) من مجلة الاحكام العدلية \_ لسنة 1876

<sup>5</sup> حسن علي ذنون \_ الحقوق العينية \_ الحقوق العينية \_ مرجع سابق \_ ص 76

فالقسمة تتعلق بالافراز اي بتحديد وتخصيص نصيب كل شريك في المال فبعد ان كان يملك حصة او نسبة حسابية مشاعه في المال بات يملك جزء محدد ومفرض منه وكذلك غير من الشركاء مما يؤدي لانتهاء حالة الشيوخ<sup>1</sup>

وقد نص على ذلك "لكل شريك ان يطالب بقسمة المال الشائع مالم يكن مجبراً على البقاء في الشيوخ بمقتضى نص او شرط ،ولا يجوز بمقتضى الشرط ان تمنع القسمة الى اجل يجاوز خمس سنين ،فاذا اتفق الشركاء على البقاء في الشيوخ مدة أطول أو مدة غير معينة ، فلا يكون الاتفاق معتبراً الا لمدة خمس سنين ،وينفذ شرط البقاء في الشيوخ في حق الشريك وفي حق من يخلفه " 2

وجاء بالمذكرة الايضاحية أن ادخل المشروع من المرونة على حق في طلب القسمة ما يجعل هذا الحق يتمشى مع مصلحة الشركاء ولا يقبل فيه التحكم ، فيتبين من ذلك ان الاصل ان لكل شريك الحق بان يطالب بقسمة المال الشائع حتى يتخلص من الشيوخ فلا يسقط هذا الحق بالتقادم ويتقيد هذه الحق على انه قد يجبر الشريك على البقاء في الشيوخ بمقتضى نص في القانون كما هو الحال في الشيوخ الاجباري اذ تبين من الغرض الذي اعد له المال انه يجب ان يبقى دائماً على الشيوخ وكما هو الحال في الاجزاء المشتركة في ملكية الطبقات وقد يكون البقاء على الشيوخ بمقتضى اتفاق بين الشركاء بشرط عدم تجاوزه مدة خمس سنوات من وقت الاتفاق كما هو الحال في ملكية الاسرة ،واذ اتفق على مدة اطول من خمس سنوات بطل الاتفاق فيما جاوز الخمس سنوات ولا يوجد ما يمنع الاتفاق على مدد متعاقبة كل منها لا يجاوز خمس سنوات على ان يكون كل تجديد بعقد جديد وينفذ هذه الاتفاق في حق الشركاء وفي حق خلفهم ويجوز التمسك بالاتفاق ضد دائني الشركاء وللشركاء ان يتفقوا جميعاً على قسمة المال الشائع قبل انقضاء هذه المدة<sup>3</sup>

وكما كانت القسمة هي اهم اسباب انقضاء حالة الشيوخ لذا فقد عنى القانون المدني العراقي بتنظيم احكامها بالمواد (1070\_1077) منه تحت عنوان ازاله الشيوخ وعلية هناك عدة انواع للقسمة

**قسم الفقهاء القسمة التي ترد على الاموال المشتركة نوعين رئيسيين**

**الفقرة الاولى / قسمة نهائية ( قسمة رضائية \_ قسمة قضائية )**

**الفقرة الثانية / قسمة مؤقتة ( قسمة مهياة )**

<sup>1</sup> رضا عبد الحليم عبد الباري \_ الوجيز في الملكية والحقوق التبعية \_ مرجع سابق \_ ص 99.

<sup>2</sup> نص المادة (1070) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951.

<sup>3</sup> انور طلبية \_ الملكية الشائعة \_ مرجع سابق \_ ص 156.

## الفقرة الاولى /قسمة نهائية

الاعيان كالأموال والعقارات والالات والمزارع ونحو ذلك فالقسمة اما ان تكون رضائية او قضائية .

اولا / القسمة الرضائية : هي التي يفعلها الشركاء بالتراضي وتعتبر عقدا من العقود ركنها مثل اي عقد هو الايجاب والقبول ومحلها العين المشتركة التي يجوز الاتفاق على قسمتها<sup>1</sup>

وتعرف ايضا ان القسمة القضائية هي اتفاق الشركاء على اقتسام المال الشائع بينهم رضاءً ويسري على القسمة الرضائية ما يسري على العقود من احكام تتعلق بلانعقاد الصحة ويستند في تسجيلها الى قرار المتقاسمين<sup>2</sup>

وتتم القسمة الرضائية بالطريقة الي يرتضيها المتقاسمون فقد يرتضونها قسمة عينية بأن يفرز لكل منهم نصيبه في المال الشائع عينا بمعدل وبدون معدل بطريقة القرعة او بطريقة التجنيب وقد يلجأون الى خبير يتولى تكوين الانصبة الى غير ذاك من الوسائل التي تمكنهم من الوصول الى اتفاق<sup>3</sup>

اي بمعنى ان القسمة الرضائية تعني ان يجري قسمة الشيء الشائع بين الشركاء بالطريقة التي يرونها مناسبة واذ لم يكن بينهم محجورا سواء كان الشيء او المال الشائع قابلا للقسمة او اذا لم يكن قابلا للقسمة فلا بد اذن لكي تتم القسمة الرضائية ان يكون هناك اتفاق بين الشركاء على قسمة المال الشائع ،ولاتخضع القسمة الرضائية لاي قيد سوى انها اذ كان محلها عقار فانه يجب تسجيلها وتوثيقها لدى جهة رسمية لكي يمكن الاحتجاج به وياخذ شكله القانوني في ترتيب الحقوق لذلك فان الذي يختص بتوثيق وتنظيم القسمة الرضائية هو دائرة التسجيل العقاري<sup>4</sup>

وذلك حسب ما نص عليه "1-لشركاء اذ لم يكن بينهم محجور ان يفتسموا المال الشائع قسمة رضائية بالطريقة التي يرونها 2-لا تتم القسمة الرضائية في العقار الا بتسجيلها في دائر العقاري .

3- لدائني كل شريك ان يطعنوا بالقسمة اذ كان فيها غش او ضر بمصلحتهم"<sup>5</sup>

<sup>1</sup> محمد حلمي ابراهيم الحفناوي \_قسمة المهايأة\_ مجلة كلية الدراسات الاسلامية والعربية للبنات بكفر الشيخ العدد الرابع .الاصدار الثاني .المجلد الرابع \_2020 ص 384.

<sup>2</sup> مصطفى مجيد \_شرح قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة 1971\_ الجزء الثالث \_ الطبعة الاولى \_ مطبعة المعارف ،بغداد، ص 63.

<sup>3</sup> محمد شكري سرور \_موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني الكويتي \_مرجع سابق\_ ص 217.

<sup>4</sup> قاسم تركي عواد جنابي \_قسمة العقار المملوك على الشيوع \_ مجلة كلية الرشيد الجامعة العدد الثالث عشر .رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد \_2016\_ص 22.

<sup>5</sup> نص المادة (1071) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951).

وبذلك لصحة القسمة الرضائية يجب تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري بعد توافر الشروط المطلوبة والواجبة لذلك شأنها في ذلك شأن أي تصرف يرد على العقار

حيث ان التسجيل في دائرة التسجيل العقاري هو شرط اساسي لصحة القسمة الرضائية فلا يمكن الاحتجاج بالقسمة الرضائية التي تجري بين الشركاء على الشيء الشائع مالم تكن قد سجلت في دائرة التسجيل العقاري وذلك لكي تأخذ الشكل الذي نص عليه القانون ، وتطبيقا لذلك قضت محكمة استئناف الكرخ بصفتها التمييزية بأن "المدعي يستند في دعواه على القسمة الرضائية والتي لم يتم تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري المختص لذا فان تلك القسمة لا يمكن الاعتاد بها <sup>1</sup>.

يتضح مما تقدم ان القسمة الرضائية يلزم ان تسجل في دائرة التسجيل العقاري لكي تنتج اثارها القانونية بين المالكين على الشيوع وبخلاف ذلك تبقى الملكية الشائعة قائمة بينهم .وتطبيقا لذلك قضت محكمة التمييز الاتحادية بأنه "في العقارات المملوكة على وجه الشيوع وعلى فرض صحة حصول القسمة الرضائية بين الشركاء المتشاعين فان هذه القسمة لا تنتج اثارها القانونية مالم يتم تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري ويبغى في ضوء حاله عدم تسجيل كل شريك يملك كل ذرة من ذرات للمال الشائع وان اي قول بخلاف ذلك يتعارض مع احكام الملكية الشائعة التي هي ملكية ذات طبيعة خاصة <sup>2</sup>"

وقد نصت على ذلك "على المحكمة المختصة عند اصدارها قرار بالحجز اخبار مديرية رعاية القاصرين المختصة لتثبيت اموال المحجور وفق احكام هذا القانون"<sup>3</sup>

وكذلك قضت ايضا على "تقوم مديرية رعاية القاصرين بأعمال الادارة المعتادة لأموال المحجور عند عدم التعيين قيم عالية من قبل المحكمة وتقوم بالإشراف على القيم في حالة وجوده وفق احكام هذا القانون"<sup>4</sup>

وهذا ما نصت عليه " لايجوز للولي او الوصي او القيم مباشرة التصرفات التالية الا بموافقة مديرية رعاية القاصرين المختصة بعد التحقق من مصلحة القاصر في ذلك . ثامنا \_ القسمة الرضائية للأموال التي للقاصر حصة فيها"<sup>5</sup>

وعليه يتبين من هذا في حالة اذ كان بين الشركاء ناقص الاهلية او عديمها وحجر عليه من قبل المحكمة فيمكن للقيم عليه ان يوقع القسمة الرضائية التي تمت بين الشركاء فيما اذ تحققت مصلحة له من اجراء القسمة وذلك بموافقة دائرة رعاية القاصرين .<sup>6</sup>

<sup>1</sup> رقم القرار 256/هيئة استئنافية عقار /2008، تاريخ 2008/2/10 منشورة في النشرة القضائية /العدد التاسع عشر / السنة الثانية ،بغداد 2008، ص 6.

<sup>2</sup> رقم القرار 3950/ الهيئة الاستئنافية عقار / 2018 تاريخ 2018/8/14 مجموعة الاحكام القضائية / العدد الخامس/ ص 103 .

<sup>3</sup> المادة 82 من قانون رعاية القاصرين رقم (78) لسنة (1980).

<sup>4</sup> المادة 83 من قانون رعاية القاصرين رقم (78) لسنة (1980).

<sup>5</sup> المادة 43 من قانون رعاية القاصرين رقم (78) لسنة (1980) .

<sup>6</sup> جمعة سعدون الربيعي \_ احكام ازالة الشيوع \_ بغداد \_ 1989 \_ ص 25.

ثانيا /القسمة القضائية : اذ طلب بعض الشركاء القسمة ولم يرضى بها الاخرون او اتفق الشركاء على القسمة ولكن وجد فيهم صغير او مجنون او معتوه او محجور ليس له ولي او وصي او كان له ولي او وصي ولكنه لم يتفق الشركاء على القسمة او لم تأذن له المحكمة المختصة بذلك او جد بينهم غائب مجهول المحل ففي هذه الاحوال جميعا لمن يريد التخلص من الشيوخ مراجعة محكمة الصلح لازالته<sup>1</sup>

وتعرف القسمة القضائية ايضا بانها هي القسمة التي تجريها المحكمة المختصة دون موافقة الشركاء في حالة اختلافهم على اقتسام المال الشائع رضاء ويستند تسجيلها الى حكم قضائي حائز درجة البتات<sup>2</sup>

ومن اهم حالات اجراء القسمة القضائية هو عدم اتفاق الشركاء على القسمة الا ان القسمة لا تقتصر على هذه الحالة بل هناك حالات اخرى تدفع الشركاء على اجراء القسمة ،ومن اهم هذه الحالات ما يأتي :

1-رغبة الشركاء في الاستعانة بحكم قضائي يوثق عقد القسمة الرضائية

2- وجود شريك صغير او محجور بين الشركاء ولم يكن له ولي او وصي او كان له ولي او وصي او قيم الا انه لم يتفق مع باقي الشركاء على اجراء القسمة رضاء او انه اتفق مع باقي الشركاء الا ان دائرة رعاية القاصرين لم تأذن له حسب نص المادة 43 الفقرة ٨ من قانون رعاية القاصرين او انها اذنت له الا انها لم تقرر عقد القسمة لتثبت من عدالته .

3- يجوز للوارث اقامة دعوى ازاله الشيوخ واجراء القسمة القضائية بمجرد وفاة (الموروث ) مالك المال الشائع وحتى قبل تسجيل معاملة الانتقال لدى دائرة التسجيل العقاري اذ كان مال المورث عقارا تطبيقا لذلك فينص على انه "1- يكسب الوارث بطريق الميراث المنقولات والعقارات والحقوق الموجودة في التركة

2- وتعين الورثة وتحديد انصابهم في الارث وانتقال اموال التركة تسري عليها احكام الشريعة الاسلامية والقوانين الخاصة بها ."

4-ان بإمكان دائني الشركاء اللجوء الى القسمة القضائية عن طريق اقامة الدعوى غير المباشرة اذ توافرت شروطها .

5-ان تكون ملكية المال الشائع ناشئ عن عقد الا ان هذه العقد لم ينص على الية لتقسيمه بين الشركاء.

ففي جميع الحالات السابقة يجب رفع الدعوى امام المحكمة المختصة لازاله الشيوخ العقاري الشائع اذ ان المحكمة لا تتدخل من تلقاء نفسها في اجراء القسمة القضائية مالم ترفع اليها الدعوى<sup>1</sup>

<sup>1</sup> شاكر ناصر حيدر \_ شرح القانون المدني الجديد الحقوق العينية العقارية \_ مرجع سابق \_ص 211

<sup>2</sup> مصطفى مجيد \_ شرح قانون التسجيل العقاري رقم (43) لسنة 1971 \_ مرجع سابق ص 64

وعلى هذا ما ينص "1- اذ لم يتفق الشركاء على القسمة او كان بينهم محجور للشريك الذي يريد الخروج من الشيوخ مراجعة المحكمة البداء لازالته .

2- فاذا تبين للمحكمة ان المشاع قابل للقسمة قررت اجراءها ويعتبر المشاع قابلا للقسمة اذ امكنت قسمته من غير ان تفوت على احد الشركاء المنفعة المقصود منه قيل القسمة

3- فان كان المشاع عقارا تسمع الارض وتفرز على اساس اصغر نصيب على ان يراعي فيها المواقع والجودة وجميع الميزات الاخرى ويراعي كذلك بقدر الامكان ان تستقل كل حصة بحق الطريق والشرب والمسيل وغيرها من حقوق الارتفاق وتعيين قيمة الحصص باتفاق الشركاء انفسهم فان لم يتفقوا عينها القاضي بمعرفة الخبير

4- واذا كان المشاع منقولاً يفرز الى حصص متعادلة بالمقياس المعتاد استعماله في قياس نوعه وتوزع على الشركاء بالقرعة"<sup>2</sup>

### شروط اجراء القسمة القضائية :

1- يجب ان يطلب القسمة بعض الشركاء ويكفي ان يقدم الطلب من احد الشركاء المتقاسمين

2- يجب حضور الشركاء جميعا او من ينوب عنهم واذا كان بين الشركاء قاصرا فيكون نائب عنه وليه او وصية وان كان بينهم غائب فينوب عنه وكلية فاذا لم يكن للقاصر ولي او وصي ولم يكن للغائب وكيل في هذه الحالة يعين له القاضي من يقوم مقامه في القسمة

3- لا يلجأ الشركاء القسمة الا اذا عم نفعها لجميعهم فاذا كان فيها ضرر عليهم او على بعضهم او احدهم فلا يمكن اللجوء الى القسمة

4- لا تقسم شركة مستغرقة بلديون الا بعد وصية يوصي بها او دين وذلك حماية لحقوق الدائنين المتعلقة بالتركة<sup>3</sup>

والاصل في القسمة القضائية ان تتم عينا حيث يختص كل شريك بجزء مفرز من الشيء الشائع فاذا كان الشيء الشائع لا يقبل القسمة العينية امرت المحكمة ببيعة في المزاو لكي يقسم ثمنه بين الشركاء فتكون القسمة حينئذ قسمة تصفية<sup>4</sup>

وعلى هذا الاساس تقسم القسمة القضائية اولا / قسمة تصفية . ثانيا / قسمة عينية

اولا / قسمة تصفية : ونص فيما يتعلق بقسمة التصفية على انه "1- اذا تبين للمحكمة ان المشاع غير قابل للقسمة اصدت حكما ببيعه

<sup>1</sup> محمد احمد عيسى الجبوري\_ قسمة المال الشائع \_ مرجع السابق \_ ص ٨١ ص 82

<sup>2</sup> نص المادة (1072) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951)

<sup>3</sup> محمد حسين منصور \_ الحقوق العينية والكفالة في القانون اليمني \_ الجزء الاول \_ مطبعة التونى 3. شارع الفلكى- الاسكندرية

ص 132

<sup>4</sup> محمد طه البشير . ا غني حسون طه \_ الحقوق العينية \_ مرجع سابق \_ ص 121

2- وفي هذه الحالة تقدر المحكمة بناء على مراجعة المدعى او احد الشركاء بدل المثل بمعرفة اهل الخبرة فان قبل المدعي بيع حصته بالبدل المقدر عرضت المحكم الشراء على سائر الشركاء لا بداء رغبتهم فيه خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تبليغهم بذلك فاذا وافق الشركاء كلهم او بعضهم على الشراء بالبدل المقدر بيعت الحصة الى الراغبين بالتساوي فيما بينهم اما اذ رغب احد الشركاء في شرائها ببديل اعلى فتجري المزايدة عليها بين الشركاء وحدهم وتباع لاعلى مزايدة .

3- اذ لم يقبل المدعي البيع بالبدل المقدر اولمن يرغب احد الشركاء في الشراء وبقي المدعي مصرا على طلبه بيع المشاع كله بالطريقة المقررة قانونا وقسم الثمن على الشركاء كل بقدر نصيبه " 1

ان المحكمة عندما ترفع اليها دعوى القسمة ان تندب خبيرا او اكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصا ان كان المال يقبل القسمة عينا دون ان تلحقه نقص كبير في قسمته فأذا تبين ان المال الشائع لا يمكن قسمته عينا كأن يكون سيارة مثلا او تمكن من قسمته ولكن بأحداث نقص كبير في قيمته كأن كان دارا اذ قسمت طبقات أحدثت القسمة على هذا الوجه نقصا كبيرا في قيمة الدار فإن المحكمة تقتضي بأن تكون القسمة بطريق التصفية ، والقسمة بطريق التصفية تكون ببيع المال الشائع بطريق المزايدة العلنية وقسمة الثمن الذي يرسو به المزايد على الشركاء كل بنسبه حصته في المال الشائع وتصدر المحكمة الجزائية المرفوع امامها دعوى القسمة حكما بأجراء البيع بالمزايدة متى تحققت ان المال الشائع لا تمكن قسمته عينا دون ان يلحق به نقص كبير في قيمته وذلك أيا كانت قيمة هذا المال الشائع ولو تجاوزت القيمة نصاب القاضي الجزئي فان الحكم بأجراء البيع بالمزايدة هنا يعتبر إجراء من إجراءات القسمة تختص به المحكمة الجزائية كما سبق القول . ويباع المال الشائع بالمزايدة وفقا للإجراءات التي قررهما تقنين المرافعات 2

ثانيا / القسمة العينية : اذ تبين للمحكمة ان العقار الشائع قابل للقسمة في هذا الحالة تقرر اجراء قسمته عينا ويعتبر العقار قابلا للقسمة اذا امكنت قسمته من غير ان تفوت المنفعة المقصودة من ذلك العقار قبل القسمة بالنسبة لجميع الشركاء فأذا فاتت المنفعة ولو بالنسبة لاحد الشركاء اعتبر العقار غير قابل للقسمة وبهذا المعنى تقرر بانه " ويعتبر المشاع قابلا للقسمة اذ امكنت قسمته من غير ان تفوت على احد الشركاء المنفعة المقصودة منه قبل القسمة " 3

فاذا كان العقار الشائع دارا كبيرة يمكن تقسيمها الى دارين كانت الدار قابلة للقسمة للإمكان الانتفاع بها بعد القسمة بنفس المنفعة المقصودة منها قبل القسمة وهي السكنى اما اذ كان العقار الشائع دارا صغيرة بحيث لا يصلح للسكنى بعد قسمتها فأنها تعتبر

1 نص المادة (1073) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951  
2 عبد الرزاق احمد السنهوري \_ حق الملكية \_ مرجع السابق \_ ص 915 وما بعدها  
3 نص المادة (1072) الفقرة (2) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951)

غير قابلة للقسمة وان انتفع بها بعد تقسيمها مخزنا مثلا ان المنفعة المقصودة منها قبل القسمة قد فاتت، وكذلك الحال بالنسبة للكتاب والسيارة وغيرها<sup>1</sup>

وقد قضت محكمة التمييز في قرارها بأنه "ينبغي ان ينتفع كل شريك بحصته بعد القسمة بنفس المنفعة التي كان يتمتع فيها قبل القسمة والا وجب بيع العقار لعدم قابليته للقسمة"<sup>2</sup>

وتطبيقا لنص المادة 1072 الفقرة 3 من القانون المدني العراقي السالفة الذكر

فالقاعدة في تقسيم العقار الشائع الى حصص عينية ان تكون هذه الحصص على اساس أصغر نصيب فتكون بذلك حصص متساوية وتجري القسمة في هذه الحالة عن طريق الاقتراع وذلك حتى وان كانت القسمة جزئية بأن تقتصر على جزء من الشركاء دون غيرهم واذا كان الشركاء ثلاثة وكانت انصبتهم النصف والثلث والسدس قسم العقار في هذه الحالة الى ست قطع متساوية حيث ان هذه المقدار هو اصغر نصيب واذا كانت هذه القطع متساوية في قيمتها وكانت كل واحدة منها مستقلة بحق الطريق والشرب والمسيل وغيرها من حقوق الارتفاق فان القسمة تجري بطريق الاقتراع بحيث يأخذ من له النصف ثلاث قطع متجاورة ومن له الثلث يأخذ قطعتين متجاورتين وتبقى القطع الاخيرة لصاحب السدس ويثبت ذلك في المحضر وتصدر المحكمة حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز<sup>3</sup>

والقسمة العينية تكون حسب المجلة والقانون المدني العراقي اما قسمة جمع او قسمة تفريق .

أ/ قسمة جمع : هي جمع الحصص الشائعة في الاعيان المشتركة في قسم منها فإذا كانت ثلاث سيارات مشتركة بين ثلاثة اشخاص وقسمت بينهم لكل واحد منهم سيارة تكون الحصص الشائعة لكل واحد منهم في الثلاث سيارات قد جمعت في واحدة منها . وتجري قسمة الجمع رضاء في الاعيان المشتركة سواء كانت متحدة الجنس او مختلفة الجنس ولا تجري قضاء الا اذا كانت الاعيان متحدة الجنس

وقد نصت على انه "اذا كان المشاع أعيانا منقولة متعددة وكانت متحدة الجنس يزال الشيوع فيها بقسمتها قسمة جمع"<sup>4</sup>

ويتضح من هذا النص ان قسمة الجمع جائزة في جنس واحد ولا تجوز في جنسين مختلفين وتصح قسمة الجمع في الاعيان المنقولة متحدة الجنس كالمثليات والقيمات ولا تصح قسمة الجمع اذا كانت الاعيان مختلفة الجنس فلا بسوغ للقاضي ان يعطي احد داراً والاخر دكاناً ويعلل هذا الاختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تمييزاً بل تقع

<sup>1</sup> محمد طه البشير \_ غني حسون طه \_ الحقوق العينية \_ مرجع سابق \_ ص 121

<sup>2</sup> القرار رقم 272/ مدينة ثلاثة / 73 المؤرخ في 1974/2/5 منشور في النشرة القضائية / العدد الاول / السنة الخامسة / ص 110

<sup>3</sup> أميرة عبد الحسين جاسم السهيلي \_ انقضاء الشيوع العقاري بالقسمة \_ رسالة تقدمت بها الى مجلس كلية الحقوق . جامعة النهرين \_ 2006 ص 85 ص 86

<sup>4</sup> نص المادة (1704) من القانون المدني العراقي رقم ( 40 ) لسنة ( 1951 )

معارضة فتعتمد التراضي دون الجبر وولاية الاجبار تثبت للقاضي دون التميز .فأذا كانت الاعيان المشتركة متحدة الجنس اي الاعيان ذات الماهية الواحدة سواء كانت من المثليات كحنطة او ذهب او فضة او من القيميات التي لا تتفاوت افرادها تفاوتاً يعتد به كالغنم والابل فأن قسمتها قسمة جمع قضاء جائزة وفيما يتعلق بكيفية اجراء قسمة جمع في هذه الاعيان فتجرى بفرز بعضها عن البعض بالعد او بالكيل او بالقياس او بالوزن او الذراع.<sup>1</sup>

ب/ قسمة التفريق : وتسمى ايضاً (قسمة الافراز او قسمة الفرد) فهي تعني تعيين الحصة الشائعة في العين المشتركة الواحدة في جزء منها .<sup>2</sup>

وقد نصت على ذلك بأنه " ترجع جهة الافراز على جهة المبادلة في القسمة فيعتبر كل متقاسم انه كان مالكا للحصة المفروزة التي الت اليه وانه لم يملك قط شيئاً من باقي الحصص"<sup>3</sup>

### الفقرة الثانية / قسمة مؤقتة (قسمة مهاية)

قسمة المهاية : هي قسمة المنافع على التعاقب والتناوب .

اولاً/ تنقسم قسمة المهاية باعتبار الرضا والجبر الى نوعين :

1- قسمة المهاية الرضائية

2- قسمة المهاية الجبرية (القضائية )

ثانياً / تنقسم المهاية باعتبار المكان والزمان الى نوعين :

1- قسمة المهاية المكانية

2- قسمة المهاية الزمانية

اولاً /

1- قسمة المهاية الرضائية : وهي ان يتفق شخصان على كيفية الانتفاع بالشيء

المشترك بينهما على طريق التعاقب او التناوب زماناً ومكاناً وهي جائزة

باتفاق الفقهاء فالاصل ان تكون المهاية رضائية تتم باتفاق جميع الشركاء<sup>4</sup>

2- قسمة المهاية الجبرية ( القضائية ) : وهي التي تتم بواسطة القاضي عندما

يمنع احد الشركاء عن اجراء المهاية رضاءاً بناءً على طلب احد الشريكين

فيها فيهيأ القاضي بينهما جبراً اما المناوبة الزمنية مدة معينة بنسبة حصة

كل منهما او المهاية المكانية بلاحتراس بمنفعة بعض المال المشترك بنسبة

الحصص<sup>5</sup>

<sup>1</sup> محمد طه البشير اغني حسون طه \_ الحقوق العينية \_ مرجع سابق \_ ص 122

<sup>2</sup> اجمعة سعدون \_ احكام ازالة الشبوع \_ مرجع سابق \_ ص 27

<sup>3</sup> نص المادة (1075) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة ( 1951 )

<sup>4</sup> محمد حلمي ابراهيم الحفناوي \_ قسمة مهاية \_ مرجع سابق \_ ص 398

<sup>5</sup> نفس المصدر اعلاه

ويلاحظ بان القانون المدني العراقي قد قصر المهايأة القضائية على المنقولات فقط م (1070) مدني خلاف للمجلة حيث ورد نص المادة (1181) يبيح المهايأة في المنقول وفي العقار على السواء ويبرر موقف المشرع العراقي برغبته في حصر المهايأة القضائية في اضيق نطاق ممكن<sup>1</sup>

## ثانيا /

1- قسمة المهايأة المكانية : وهي ان يستقل كل واحد من الشريكين او الشركاء بالانتفاع ببعض معين من المال المشترك مع بقاء العين الشركة في عين المال بحالها ولا يشترط بيان المدة لانها ليست مبادلة محضة بل معنى الافراز فيها اغلب فالدار الواحدة القابلة للقسمة والارض الواحدة يمكن بلا خلاف ان يتهايا الشريكان فيها على ان يسكن او يزرع أحدهما مقدما والاخر مؤخرها واذ كان الدار علو وسفل أمكن ان يتهايا على ان يسكن احدهما العلو والاخر السفل<sup>2</sup>

2- قسمة المهايأة الزمانية : وهي التي تتم فيها الاتفاق بين الشركاء على نوبة الانتفاع بجميع المال المشترك مدة تتناسب مع حصة كل واحد منهم . وقسمة المهايأة تتم بناء على اتفاق بين الشركاء او بحكم قضائي بناء على طلب احد الشركاء وتظل الاخيرة نافذة حتى تتم القسمة النهائية علما بان المهايأة الاتفاقية او القضائية تختلف عن المهايأة العادية التي ليست محدودة بمدة معينة وتظل باقية الى ان تنتهي القسمة النهائية ولو زادت على خمس سنوات<sup>3</sup> .

وهذا ما ينص عليه بأنه " 1- يجوز الاتفاق ما بين الشركاء على قسمة المال الشائع مهايأة فيختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته في المال الشائع ولا يصح الاتفاق على قسمة المهايأة لمدة تزيد على خمس سنين فاذا لم تشترط لها مدة حسبت مدتها سنة واحدة تتجدد اذا لم يعلن الشريك شركاءه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة اشهر انه لا يرغب التجديد .

2-ويصح ان تكون المهايأة زمانية بان يتفق الشركاء على ان يتناوبوا الانتفاع بجميع المال الشائع كل منهم لمدة تتناسب مع حصته"<sup>4</sup>

## الفرع الثاني

### موانع ازالة الشيوع

ان حق كل شريك في التخلص من الشيوع كما انو الصورة العادية للملكية هي الملكية المفرزة التي يتمتع صاحبها بسلطات المالك الثلاثة من تصرف واستعمال واستغلال ولكن هناك موانع تمنع ازالة هذا الشيوع وهذه الموانع اما ان تكون اتفاقية او قانونية .

<sup>1</sup> محمد طه البشير . غني حسون طه \_ الحقوق العينية \_ مرجع سابق \_ص107

<sup>2</sup> ابراهيم عبد الحميد ابراهيم سلامة \_ القسمة \_ الوعي الاسلامي مجلة كويتية شهرية جامعة \_ الكويت \_ الطبعة الاولى \_ الاصدار الرابع والعشرون \_ 2011 \_ص110

<sup>3</sup> لاشين محمد الغاياتي \_ الدكتور رضا متولي \_ الحقوق العينية الاصلية حق الملكية \_ مكتب الاشغال للطباعة \_ طنطا \_

1996\_ص181

<sup>4</sup> المادة (1078) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951)

فيما يتعلق بالموانع الاتفاقية وحيث ان للشركاء طلب ازالة الشيوخ في اي وقت وذلك للتخلص منه في الشيوخ العادي ولكن اذ اتفقوا على البقاء فيه مدة لا تتجاوز خمس سنوات فهذا الاتفاق صحيح ونافذ في حق الجميع ولا يجوز لاي منهم نقضة الا باتفاقهم جميعا كما لايجوز للمحكمة ان تنقضه او تقرر ازالة الشيوخ ، ويعتبر شرط عدم التصرف الذي يفرضه الشركاء على انفسهم خلال المدة المحددة من الشروط الخطرة حيث ان الحقوق المالية ومنها حق التصرف وامكانية التصرف فيها من قبل المتصرف هي التي تعطي هذه الحقوق قيمة اقتصادية ولذلك فان مقتضيات المصلحة العامة حرية تداول الاموال ولطن يجب ملاحظة عن شرط منع التصرف وان تكون مدة المنع قانونية فاذا كان اتفاقهم لا اكثر من خمس سنوات فيجب ان ينقض الى خمس سنوات اما اذا تبين انهم لم يكونوا ليتفقوا فيها فيما لو كانوا يعلمون انه لايجوز الاتفاق لاكثر من خمس سنوات وقد انصرفت نيتهم الى الاتفاق على اكثر من خمس سنوات فان العقد يعتبر باطلا ويجوز للشركاء تجدد الاتفاق بعد انتهائه شرط ان لا يزيد على خمس سنوات ويعتبر نافذ من تاريخ تجديده ولا يجوز الاتفاق على كون المدة تتجدد تلقائيا وحيث ان هذا الاتفاق مقيد بحق الملكية فلا بد من اثباته في البنية التحريرية وليس في البنية الشخصية اما الاتفاق الشفوي ففائدته في الاقرار او النكل عن اليمين ، ويجب اتفاق جميع الشركاء وليس الاغلبية فاذا اتفق بعضهم دون البعض الاخر فان هذا الاتفاق ملزم لمن اتفق ولمن لم يتفق حق طلب ازالة الشيوخ<sup>1</sup>

اما فيما يتعلق بالموانع القانونية نظم المشرع العراقي حالات معينة يمنع فيها ازالة الشيوخ استنادا الى نص قانوني وهي التي تسمى بحالات الشيوخ الاجباري

ان المبدأ العام في الشيوخ الاجباري وهو ما تنص عليه "ليس للشركاء في مال شائع ان يطلبوا ازالة شيوخه اذا تبين من الغرض الذي أعد له هذا المال انه يجب ان يكون دائما على الشيوخ"<sup>2</sup>

اذن فان ما يميز الشيوخ الاجباري عن الشيوخ العادي هو الغرض الذي أعد له الشيء الشائع فأذ كان هذا الغرض يستلزم ان يبقى الشيء على الشيوخ دائما كان الشيوخ اجباريا ويزترتب على ذلك انه لايجوز للشركاء طلب ازالة شيوخه وبذلك فان الغرض من المال الشائع في هذه الحالة يعد مانعا لإزالة شيوخه وبعبارة اخرى فان معيار التمييز بين الشيوخ الاجباري والشيوخ الاختياري هو ان القسمة ممكنة دائما في الشيوخ الاختياري اما في الشيوخ الاجباري فليس للشركاء طلب القسمة ومعرفة اذ كان الغرض الذي أعد له الشيء الشائع يقتضي بقاء هذا الشيء دائما على الشيوخ ام لا مسألة موضوعية يقدرها قاضي الموضوع .

ويقسم الفقهاء الشيوخ الاجباري الى نوعين : اصلي وتبعي ويتحقق الشيوخ الاجباري بالنسبة للأشياء التي تخصص مستقلة لخدمة او استعمال مجموعة من الافراد بصورة دائمة كمدافن الاسرة ووثائقها وصورها اما الشيوخ الاجباري التبعي فيتحقق بالنسبة

<sup>1</sup> روزان صباح نوري \_ احكام العقار الشائع بعد ازالة الشيوخ \_ مرجع سابق \_ ص 80

<sup>2</sup> نص المادة (1081) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951)

الى الاشياء الشائعة التي تخصص لخدمة العقارات او اجزاء من عقار واحد مملوكة للشركاء ملكيات مفرزة<sup>1</sup>.

وقد نظم المشرع العراقي ثلاث حالات للشيوخ الاجباري في القانون المدني وهي العلو والسفل والحائط المشترك والطريق الخاص المشترك :

اولا / الطريق الخاص المشترك :قد عرفته المجلة بأنه (الطريق الخاص هو الزقاق الذي لا ينفذ)<sup>2</sup> هو اذن بحسب مجلة الاحكام العدلية الزقاق الذي لا ينفذ الى الطريق العام من طرفين . وعليه نصت بأنه " لا يجوز قسمة الطريق الخاص المشترك ولا بيعة مستقلا "<sup>3</sup> واستنادا الى ذلك فهناك مانع لإزالة شيوخ الطريق الخاص المشترك وفقا للنص القانوني المذكور اعلاه ، والطة التي منع الشركاء منا اجلها ببيع الطريق الخاص المشترك او قسمته هي حق الناس في المرور فيه عند الازدحام<sup>4</sup>

ثانيا / الحائط المشترك : فقد عرف بأنه " الحائط الذي يكون وقت انشائه فاصلا بين بنائين يعد مشتركا حتى مفرقهما مالم يقيم الدليل على خلاف ذلك "<sup>5</sup> ومن الناحية العلمية ينشأ الحائط مشتركا اذا اقامة الجارين بين عقارهما بالاتفاق او كان أحدهما قد أقامه ثم شارك الاخر فيه ، وعلى الرغم من ان المشرع العراقي لم ينص صراحة على عدم جواز قسمة الحائط المشترك كما هو الحال بالنسبة بالطريق الخاص المشترك الا انه استناداً الى نص المادة 1081 من القانون المدني العراقي فإنه لا يمكن إزالة شيوخ الحائط المشترك لا الغرض الذي انشأ من اجله يقتضي ان يبقى هذا الحائط دائماً على الشيوخ ومن ثم لايجوز طلب قسمته<sup>6</sup>

ثالثا/ الاجزاء المشتركة في ملكية العلو والسفل : نظم المشرع العراقي احكام ملكية العلو والسفل في المواد (1082-1086) من القانون المدني العراقي . الا ان المواد المذكورة لم تنص صراحة على عدم جواز إزالة شيوخ الاجزاء المشتركة في ملكية العلو والسفل ، وفي هذه الحالة واستنادا لنص المادة 1081 من القانون المدني العراقي فإن الغرض من الاجزاء المشتركة في العلو والسفل يقتضي ان تبقى دائما على الشيوخ وعدم جواز طلب قسمتها .

## المطلب الثاني

### حق تصرف الشريك بالعقار الشائع

الحصة الشائعة ، هي قدر نصيب الشريك في جميع المال الشائع فيملك كل شريك في كل جزء من أجزاء هذا المال ، بقدر نصيبه فيه ومن جملة هذه الاجزاء يتكون المال ، فتكون ملكيته الشائعة بين الشركاء ، ويتحدد حق ملكية كل شريك وفقا لذلك وبالتالي

<sup>1</sup> محمد طه البشير . غني حسون طه \_ الحقوق العينية \_ مرجع سابق \_ ص 133

<sup>2</sup> المادة (986) من مجلة الاحكام العدلية \_ لسنة 1876

<sup>3</sup> نص المادة 1096 من القانون المدني العراقي رقم ( 40 ) لسنة (1951)

<sup>4</sup> حسن علي ذنون \_ الحقوق العينية الاصلية \_ مرجع سابق \_ ص 107

<sup>5</sup> نص المادة 1901 من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة ( 1951 )

<sup>6</sup> محمد طه البشير . غني حسون طه \_ الحقوق العينية \_ مرجع سابق \_ ص 136

إذا استعمل أحد الشركاء جزء مفرز من المال الشائع ، فإنه يكون قد استعمل جزءا لباقي الشركاء الحق في استعماله ، مما يوجب عليه ان يستعمله لمصلحته ومصلحة باقي الشركاء حتى يكون استعماله متفقا مع طبيعة المال الشائع فان اخل بذلك وانحصرت فيه وحدة تلك المصلحة وأدى ذلك الى الاضرار بالآخرين جاز لهم الرجوع عليه بالتعويض وكذلك الامر بالنسبة للاستغلال ، فان تصرف الشريك في حصته يجب ان يتصرف فيها وفقا للحق الثابت له وبالتالي يجب ان يكون التصرف واردا على حصته شائعة وحينئذ ينفذ التصرف بالنسبة لباقي الشركاء ، فان تجاوز هذا الحق وتصرف في حصته مفرزة او في حصة شائعة تجاوز حصته فان تصرفه بالنسبة للحصة المفرزة لا ينفذ بالنسبة لباقي الشركاء ولا ينفذ فيما جاوز حصته الشائعة ويكون لباقي الشركاء رفع دعوى بعدم سريان التصرف فيما جاوز حصة الشريك الشائعة وتثبت ملكيتهم اما جاوزها، فيتوفر الشيوخ في الملك عندما يكون العقار الواحد مملوكا في مجموعة لعدة اشخاص من غير ان يخصص لكل منهم جزء مادي معين وتكون الانصبة متساوية او متفاوتة وفقا للمصدر للشيوخ ودائماً يكون سببا من اسباب كسب ملكية كميراث أو عقد بيع أو وصية ولكل من المتشاعين الحق على الشيوخ في كل جزء من أجزاء العقار الشائع وبقدر حصته ، لكل شريك الحق في ملكية العقار بقدر حصته فله استعمال واستغلاله والتصرف فيه بما لا يتعارض مع حالة الشيوخ القائمة ويضر بحقوق باقي الشركاء ومن ثم يكون له التصرف في حصته على حالتها الشائعة او مفرزة محددة فان تصرف فيها شائعة كان تصرفه نافذ حق باقي الشركاء اما اذ تصرف الشريك في حصته الشائعة بما يتنافى مع حالة الشيوخ القائمة بان افرز بنفسه حصة في المال وتصرف فيها مفرزة وقام المتصرف اليه بتسجيل هذا التصرف فانه يكون صحيحا لكنه غير نافذ في حق باقي الشركاء الا اذ اقروه فان لم يصدر منهم هذا الافراز كان الافراز معلقا على نتيجة القسمة فان ترتب على القسمة اختصاص الشريك المتصرف بالعقار المتصرف فيه استقر هذا العقار للمتصرف اليه ويعتبر المالك له وحدة اما ان اختص هذا الشريك بجزء اخر من العقار فان حق المتصرف اليه ينتقل الى هذا الجزء باعتباره هو الذي كان مملوكا للمتصرف منذ قيام حالة الشيوخ دون الجزء محل التصرف بمعنى ان هذا الجزء يحل حلا عينا محل الجزء المتصرف فيه فان هناك فرق في القيمة تعين دفعة رضاء او قضاء

1

**وعليه سنقسم هذه المطلب الى فرعين**

**الفرع الاول / بقسمة المال الشائع مالم يكن مجبرا على البقاء**

**الفرع الثاني / حقوق الشركاء المتصرف في العقار الشائع بعد ازالة الشيوخ**

<sup>1</sup> انور طلبه \_ الملكية الشائعة \_ مرجع سابق \_ ص 15 ص 16

## الفرع الاول

### بقسمة المال الشائع مالم يكن مجبرا على البقاء

لعل من اهم المشاكل التي تثيرها الملكية الشائعة في الحياة العلمية مشكلة انتفاع الشركاء في المال الشائع فقل ما يكون المال الشائع للاستعمال المشترك ، لذلك يتطلب الامر للانتفاع به أن يتفق الشركاء على طريقة لإدارة المال الشائع ، ولكن قد لا يتحقق هذا الاتفاق بسبب اختلاف وجهات النظر بين الشركاء في إدارة واستغلال المال الشائع ، مما يضطر معه بعض الشركاء في الاستئثار بجزء من المال الشائع يتفق بمقداره مع حصته ويحدد بنفسه دون الرجوع الى سائر الشركاء طريقة الانتفاع بهذا الجزء من المال الشائع ، فيبني على هذا الجزء ببناء يستغله بمفرده ، فيثير بهذا التصرف حفيظة بقيت الشركاء ويدفعهم الى المطالبة بحقوقهم في إزالة هذا البناء الذي أقيم دون موافقتهم ، او المطالبة بالاشتراك مع هذا الشريك بملكية هذا البناء والاستفادة من ريعه ،<sup>1</sup> وعليه ان الملكية الشائعة كالملكية المفروزة تتضمن عناصرها الثلاثة فتجيز للمالك على الشيوع حق الاستعمال والاستغلال والتصرف في حصته الشائعة فيستطيع ان يبيع هذه الحصة وان يهبها او يرهنها وان يمارس كافة التصرفات الممنوحة للمالك الا ان ممارسة هذه الحقوق تخضع لقواعد مقيدة بحقوق الشركاء الاخرين ، والقصد من كل ذلك هو حماية المصالح المشتركة المتبادلة بين الشركاء على الشيوع ولكن اذ وقع التصرف على جزء مفرز من المال الشائع كما لو باع احد الشركاء على الشيوع جزء مفرزا او قام برهن هذا الجزء المفرز فيكون البيع والرهن صحيحا خاصة فيما لو وقعت الحصة عند القسمة في نصيب الشريك المشتاع الذي صدر منه هذا التصرف فاذا لم يقع في نصيبه كان التصرف من غير مالك واخذ حكمة لان كل شريك يعتبر مالكا ل حصته اجنيا بالنسبة لحصص الاخرين<sup>2</sup>

وان تصرف الشريك ببيع حصته الشائعة كما قلنا هو امر جائز لانه يملك حصته ملكا تاما وله ان يتصرف فيها بكافة التصرفات لكن يشترط عدم الاضرار بحقوق باقي الشركاء والقانون المدني يتفق مع فقهاء الشريعة في ذلك لكنه اعطى لباقي الشركاء حق استرداد الحصة المبيعة منعا لتسريب اسرار الشركة، اما فيما يتعلق بتصرف الشريك من ناحية هبة حصته الشائعة فهذا الامر يختلف عن بيع الحصة الشائعة حيث لايجوز للشركاء المطالبة باسترداد الحصة الموهوبة وذلك لان الهدف من الهبة حث الناس على التعاون والقول باسترداد الحصة الموهوبة يؤدي الى سد ابواب الخير .<sup>3</sup>

ويعتبر بيع احد الشركاء حصته الشائعة لشريك اخر تصرفا معادلا للقسمة فيكون له اثر كاشف اذ تضاف الحصة المبيعة الى حصة الشريك المشتري ويتقاضى الشريك البائع ثمن حصته ومن ثم يعتبر الشريك مالكا للحصة المبيعة من وقت بدء الشيوع لا

<sup>1</sup> روزان صباح نوري \_ احكام العقار الشائع بعد ازالة الشيوع \_ مرجع سابق \_ ص 82

<sup>2</sup> وليد نجيب القسوس \_ إدارة وإزالة المال الشائع . دراسة مقارنة \_ مطبعة الجامعة النموذجية \_ عمان \_ 1993 \_ ص 95

<sup>3</sup> جمال خليل النشار \_ تصرف الشريك في المال الشائع واثرة على حقوق الشركاء دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني \_ دار الجامعة الجديد للنشر \_ 2000 \_ ص 218

من وقت اما اذ وهب احد الشركاء حصته لشريك اخر فلا تعتبر الهبة معادلة للقسمة لان القسمة من المعاولات لا من التبرعات ، ويعادل القسمة الكلية القسمة الجزئية فالتصرف الصادر لشريك من سائر الشركاء يكون من شأنه ان ينهي الشيوخ بالنسبة الى هذا الشريك وحدة مع بقاء الاخرين على الشيوخ يكون تصرفا كاشفا وعلى ذلك يعتبر الشريك فيما اختص من المال مفرزا مالكا من بدء الشيوخ لا من وقت التصرف<sup>1</sup>

ومهما كان التصرف وبحق اي شخص يصدر فأنه يعتبر نافذ وصحيح في حق باقي الشركاء دون الحاجة لاي إجراء خاص كإعلان التصرف هذا الى باقي الشركاء أو طلب موافقتهم ولو ان بعض الفقهاء يرون ان الاعلان مفيدا اذ يجعل ميعاد الحق في الاخذ بالشفعة في العقار يسري على هؤلاء الشركاء.<sup>2</sup>

وهنا يثار تساؤل عن حكم تصرف الشريك في المال الشائع قبل القسمة وبعدها ، طبقا للقواعد العامة في الشيوخ فيكون الشريك قد تصرف في ملك غير بقدر ما للشركاء من حقوق وأعطى للمشتري الحق في ابطال البيع دون حاجة الى انتظار القسمة سواء كان يعلم وقت التصرف بقيام الشيوخ او كان يجهله.<sup>3</sup>

ورغم ان القانون المدني العراقي قد افرد نصوصا خاصة عالج فيها إدارة المال الشائع ، الا ان هذه النصوص أثارت في تفسيرها خلافا واسعا حول حكم تصرف أحد الشركاء بالبناء على جزء من الشيء الشائع يعادل حصته الشائعة ، وخاصة أثناء قيام حالة الشيوخ وقبل إجراء القسمة ويقتضي البحث \_ ولو بشكل موجز \_ الى القواعد التي تحكم صحة التصرفات التي تصدر من الشريك للانتفاع من المال الشائع.<sup>4</sup>

## الفرع الثاني

### حقوق الشركاء التصرف في العقار بعد ازالة الشيوخ

وقد نص على انه " 1- يجوز للشركاء ان ينتفعوا بالعين الشائعة جميعا . 2- ويجوز لكل منهم حق الانتفاع بحصته فاذا انتفع بالعين كلها في سكنى ومزارعة او ايجار او غير ذلك من وجوة الانتفاع بلا اذن شركائه وجب عليهم لهم اجر المثل على انه اذ اجر العين الشائعة باكثر من اجرة المثل وجب ان يعطي كل شريك حصته من الاجرة المسماة"<sup>5</sup>

ويتضح من ذلك ان المشرع قرر اذ استقل احد الشركاء بالانتفاع بالعين من دون اذن الشركاء كان لهم ان يرجعوا عليه بأجر مثل حصصهم الا اذ كان انتفاعه بها عن

<sup>1</sup> احمد عبد الرزاق السنهوري \_ الوسيط في شرح القانون المدني ( حق الملكية ) \_ مرجع سابق \_ ص 961

<sup>2</sup> وليد نجيب القسوس \_ إدارة وإزالة المال الشائع \_ مرجع سابق \_ ص 123

<sup>3</sup> وليد نجيب القسوس \_ إدارة وإزالة المال الشائع \_ مرجع سابق \_ ص 125

<sup>4</sup> حسن كيرة \_ الموجز في أحكام القانون المدني . الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها \_ مرجع سابق \_ ص 166 ص 167

<sup>5</sup> نص المادة (1063) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951)

طريق التأجير وكانت الاجرة المسماة تزيد على اجر المثل فان الرجوع عليه يكون على اساس الاجر المسمى لا اجر المثل<sup>1</sup>

وهذه القاعدة العامة ليست مطلقة بل أنها مقيدة بحكم المادة 1063 فبمقتضى أحكام الفقرة الاولى منها اجازت للشركاء الانتفاع بالعين الشائعة مجتمعين ولكن الفقرة الثانية منها اجازت ايضا لكل واحد من الشركاء حق الانتفاع بحصته منفردا ولكن اذ انتفع هذا الشريك بالعين كلها في سكنى أو مزرعة أو ايجار أو غير ذلك من وجوه الانتفاع وبطبيعة الحال فان أقامه المشيدات يدخل ضمن تلك الوجوه من الانتفاع لانها جاءت على الاطلاق ولم تأت على سبيل الحصر بنوع معين من وجوه الانتفاع فان كان هذا الانتفاع الذي انفرد به الشريك قد حصل بدون إذن الشركاء وجب عليه اجر المثل ولما كان القانون قد رسم الطريق في حالة استحواذ احد الشركاء بالانتفاع بالملك الشائع كلا او جزء ان يكون هذا الشريك ملزم قانونا بأجر مثل حصة باقي الشركاء فلا يبقى موجب لبحت ما اذ كان الاذن الصادر الى الشريك شفويا أم تحريراً لان الملكية الشائعة طبيعة قانونية خاصة بها تميزها عن الملكية الفردية ، اذن ان الملكية الفردية اذ حصل التجاوز عليها من قبل الغير فهنا للمالك الحق برفع التجاوز وازالة المحدثات اضافة الى استحقاقه لأجر المثل . اما في الملكية الشائعة فاذا حصل الانتفاع او الاستغلال من احد الشركاء بدون شركاءه فلا يصح للشركاء الاخرين قلع المحدثات بل يكون لهم الحق بالمطالبة باجر المثل كتعويض لهم جراء حرمانهم من الانتفاع بحصصهم من قبل الشركاء الاخرين واذا كان التعويض غير مجزي لهم فلهم حق بطلب ازالة شيوع الملك وفق القانون<sup>2</sup>

ان هذا الحكم الذي يقرره القانون المدني العراقي في الفقرة الثانية من المادة (1063) يخالف ما كانت تقررره مجلة الاحكام العدلية ، فقد فرقت المجلة في صدد استقلال احد الشركاء بالانتفاع بالشيء بينما اذ كان الشريك الاخر حاضرا وبين ما كان غائبا ، فان كان الشريك الاخر حاضرا وقت انتفاع شريكه بالعين المشتركة فليس له ان يطالب باجره حصته عن المدة الماضية ولا ان يطلب الانتفاع بالعين المشتركة بقدر ما انتفع شريكه لانه قد انتفع بها على انها ملكه ، وهذا ما يسمى بالانتفاع بتأويل ملك ، فالأعيان المشتركة تعتبر بالنسبة للانتفاع بها مملوكة بتمامها لكل واحد من الشركاء ، اما اذ كان الشريك الاخر غائبا وقت الانتفاع لا يضر بالشيء فان للشريك الحاضر الانتفاع به ، وللشريك الغائب عند حضوره الانتفاع بالشيء الشائع بقدر المدة التي انتفع بها شريكه الحاضرة ، وقد جوز الحكم الاخير استحسانا لان من شأنه المحافظة على منفعة الشريك الحاضر ومنفعة الشريك الغائب ايضا<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> حسن علي الذنون\_ الحقوق العينية الاصلية \_ مرجع سابق \_ ص 71  
<sup>2</sup> روزان صباح نوري\_ احكام العقار الشائع بعد ازالة الشيوع \_ مرجع سابق \_ ص 88  
<sup>3</sup> محمد طه البشير . غني حسون طه \_ الحقوق العينية الاصلية \_ مرجع سابق \_ ص 110

وهذا ما قضت به المجلة " لا يلزم ضمان المنفعة في مال استعمل بتأول ملك ولو كان معداً للاستغلال، مثلاً لو تصرف مدة أحد الشركاء في المال المشترك بدون إذن شريكة مستقلاً فليس للشريك الآخر أخذ أجرة حصته، لانه استعمله على انه ملكه " <sup>1</sup>

وايضاً ما نصت عليه المجلة " لا يجوز للحاضر ان يسكن في حصة الغائب في الدار المشتركة اذ كانت حصصها مفرزة عن بعضها، لكن إذا اخيف من عدم السكنى فالقاضي يؤجر هذه الحصة المفرزة ويحفظ أجرتها للغائب " <sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> المادة (597) من مجلة الاحكام العدلية لسنة (1876)  
<sup>2</sup> المادة (1083) من مجلة الاحكام العدلية لسنة ( 1876 )

## الخاتمة

وفي خاتمة دارستنا لموضوع ( إزالة الشيوع في القانون العراقي ) توصلنا الى بعض النتائج والتوصيات .

اولا : نتائج البحث / توصلت من خلال بحث موضوع ازالة الشيوع الى النتائج الاتية :

- 1- الاصل ان تكون الملكية الفردية ( مفرزة) يسيطر فيها المالك الواحد على الشيء ويستأثر به دون غيره، ولكن هناك اشكال اخرى للملكية فقد يكون الشيء الواحد مملوكاً لعدة اشخاص دون ان يتعين نصيب مادي لاي منهم وانما تحدد ملكيتهم بحصة شائعة في المال يرمز اليها بنسبة حسابية معينه وهذه هي الملكية الشائعة .
- 2- ان الملكية الشائعة هي حق ملكية كامل فهي تشمل على جميع عناصر الملكية فالمالك في الشيوع يتمتع بذات الحقوق التي يخولها حق الملكية المفرزة من سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف ، الا انه يستحيل ان يتقرر لكل المالك في الشيوع كل خصائص الملكية الفردية لانه حق كل شريك مقيد بحقوق الشركاء الاخرين ولا يستطيع احدهم ان يستقل بالتصرف في الشيء المشاع بدون موافقة الشركاء الاخرين وهذا يؤدي الى تعارض مصالحهم ويكون من شأنه تعطيل الحافز الشخصي الذي هو اساس التقدم الاقتصادي فيتعطل النفع ويتعرض المال الشائع الى الاهمال وعدم استغلاله على الوجه الانفع مما يؤدي بالنتيجة الى تضرر الاقتصاد الوطني.
- 3- يعتبر الشريك في الشيوع يملك حصته الشائعة ملكا تاما وهو ما اخذ به القانون المدني العراقي وفق نص المادة (1061) .
- 4- تختلف الملكية الشائعة عن الملكية الجماعية حيث ان الملكية الشائعة يكون كل شريك في الشيوع مالكا لكل سلطات كل ذرة من اجزاء الشيء الشائع وذلك بقدر حصته في المال فله سلطه الاستعمال والتصرف في كل جزء من الاجزاء وللآخرين مثله تماما في حدود حصصهم وأنصبتهم ، اما الملكية الجماعية فالمالك جماعة من الناس لا يملك اي احد منهم مفردة لا الشيء المملوك ولا اي حصة فيه بل الكل يملكون مجتمعين الشيء المملوك دون ان تكون لهم شخصية معنوية.
- 5- مصادر او اسباب الكسب للشيوع هي ذاتها اسباب كسب الملكية ومن اهم هذه الاسباب لنشوء الملكية الشائعة في الواقع العملي هو ما ينشأ عن طريق الميراث .
- 6- ان من اهم الحالات التي ينقضي فيها الشيوع هي القسمة والتي بمقتضاها يختص كل شريك بجزء مفرز من المال الشائع يتناسب مع حصته الشائعة والتي تعرف بالقسمة النهائية اضافة الى ان هناك حالات اخرى يتحقق فيها انقضاء الشيوع كاتحاد المالك او هلاك المال الشائع او نزع ملكيته للمنفعة العامة او ايلولة المال الشائع الى احد الشركاء عن طريق الميراث .

7- القسمة النهائية اما ان تكون رضائية تحدث نتيجة اتفاق الشركاء على قسمة المال الشائع ويأخذ كل شريك جزء منه يساوي حصته ولا يهم ان يكون اقل او اكثر من هذه الحصة مادام الامر قد تم بموافقة جميع الشركاء ، والقسمة اما ان تكون رضائية عقد كسائر العقود يسري عليها ما يسري على سائر العقود من حيث توافر الاركان الاساسية للعقد من تراضي وخلو الارادة من عيوب واهلية المتعاقدين ووجود محل العقد ومشروعيته ووجود سبب مشروع ، اما ان تكون القسمة قضائية اذ لم يتيسر الوصول الى اتفاق صريح او ضمني على القسمة حيث يكون لكل شريك الحق في الالتجاء الى القضاء لطلب الحكم بالقسمة ، والقسمة القضائية اما ان تكون عينية اذ كان المال الشائع قابلاً للقسمة بين الشركاء واما ان تكون قسمة تصفيه في حال عدم قابلية المال الشائع للقسمة بين الشركاء نظرا لتعدد الشركاء وعدم امكانية قسمته بينهم فيصار الى بيعه في المزاد العلني وتقسيم ثمنه كلا بحسب حصته .

8- في بعض الاحيان قد تتعذر القسمة النهائية او تدعو مصلحة الشركاء الى اجراء قسمة مؤقتة (المهايأة) التي هي اتفاق مؤقت يراد به تنظيم الانتفاع بالمال الشائع فهي قسمة منفعة لا قسمة ملك ويتجه الشركاء الى طلب المهايأة عند عدم اتفاقهم على كيفية ادارة المال الشائع مع رغبتهم في البقاء على الشيوع في المال الشائع .

9- القسمة المؤقتة ( المهايأة ) اما ان تكون مهايأة مكانية وهي التي تقوم على اتفاق الشركاء على اختصاص كل منهم بمنافع جزء محدد من المال الشائع يوازي حصته فيه واما ان تكون مهايأة زمانية والتي بمقتضاها يختص كل منهم بمنافع الشيء مدة تتناسب مع حصته فيه.

10- يعد نص المادة (43/ ثامنا) من قانون رعاية القاصرين معدلاً لحكم المادة (1071/اولا) من القانون المدني العراقي فيما يخص القاصر ، ليصبح الحال جواز اجراء القسمة الرضائية للمال الشائع من قبل الولي او الوصي او القيم حتى لو كان احد الشركاء محجوراً صغيراً كان ام مجنوناً او معتوها او سفياً او ذا غفلة متى قررت المحكمة انه ناقص الاهلية او فاقدها ولكن بشرط موافقة مديرية رعاية القاصرين المختصة والتحقق من مصلحة القاصر في هذا القسمة .

11- هناك بعض الحالات التي لايجوز للشريك بناء عليها طلب القسمة ومنها الاتفاق بين جميع الشركاء على الاستمرار في الشيوع وهذا يعد مانعاً اتفاقياً من موانع ازالة الشيوع ولكنه مانع مؤقت لا تتجاوز مدته في جميع الاحوال خمس سنوات ، وايضا هناك موانع قانونية للبقاء في الشيوع بحكم القانون .

12- ان مشرعي القوانين في كافة التقنيات المدنية لا ينظرون الى حالة شيوع الملكية بنظرة التشجيع او الترحيب والسبب في ذلك هو ان حالة الشيوع هذه تقف عقبة في سبيل استغلال الشيء الشائع استغلالاً اقتصادياً على الوجه الاكمل وكذلك لما يثيره الشيوع من مشاكل ناتجة عن تزاخم حقوق الشركاء في الشيء ذاته .

## ثانيا : التوصيات / هناك بعض التوصيات نرجو من المشرع الاخذ بها لأهميتها في التشريع والتي هي :

1- نوصي بأعاده تسلسل المواد (1070 \_ 1081) من القانون المدني العراقي والفصل بين المواد المتعلقة بأزاله الشيوع والمواد المتعلقة بالمهاياة وتخصيص عنوان مستقل لأحكام كل منهما .

2- نصت المادة (1081) من القانون المدني العراقي على انه " ليس للشركاء في المال الشائع ان يطلبوا ازالة شيوعه " وهي صياغة تفتقر الى الدقة ، ذلك ان ازالة الشيوع يندرج ضمنها العديد من الحالات التي ينقضي بها الشيوع سواء اكان بالقسمة ام بغيرها ، وعليه نوصي بتعديل نص المادة 1081 بحيث تصبح بالشكل الاتي : ( ان يطلبوا قسمته ) وبهذا نحدد انقضاء الشيوع وفق اغراض المادة 1081 من القانون المدني العراقي بالقسمة دون غيرها من طرق انقضاء الشيوع .

3- نوصي بتعديل الفقرة (2) من المادة (1072) مدني عراقي المتعلقة بقابلية المال للقسمة على اساس استمرار منافع المال التي تنص على انه " يعتبر المشاع قابلا للقسمة اذا امكنت قسمته من غير ان تفوت على احد الشركاء المنفعة المقصودة منه قبل القسمة " فلقد وجدنا ان استمرار النص بهذا الشكل سيؤدي الى تقييد الشركاء والحد من قدراتهم على اجراء القسمة وذلك لوجود المانع القانوني الا وهو نص الفقرة ، لذا لغرض منح الشركاء المرونة الكافية ولزيادة قدراتهم في اجراء القسمة نوصي بإضافة العبارة الاتية فيصبح النص كالآتي : " ويعتبر المشاع قابلا للقسمة اذا امكنت قسمته من غير ان تفوت على احد الشركاء المنفعة المقصودة منه قبل القسمة او الا تحدث القسمة نقصا كبيرا في قيمة العين المراد قسمتها " وبهذا نكون قد منحنا الشركاء قدرا كبيرا من الحرية يستطيعون فيه اجراء القسمة اما على اساس استمرار منافع المال فان تعذر ذلك فيصار الى معيار عدم نقصان قيمة المال نقصانا كبيرا بعد اجراء القسمة .

4- نوصي إصدار العديد من التشريعات التي تخفف من اجراءات ورسوم انقضاء الشيوع في المحاكم بما يشجع الشركاء المتشاعين على ازالة شيوعهم وبالتالي نحدد من مدة البقاء على الشيوع ، وذلك لكي يحقق ازالة الشيوع الغرض المقصود منه في انتفاع جميع الشركاء بحصصهم لان استمرار الشركاء على الشيوع ولمدة طويلة سيؤدي الى تفتت الحصص وذلك في حال وفاة البعض منهم مما سيزيد من اعداد الشركاء المتشاعين في المال وبالتالي لن يحقق انقضاء الشيوع المنفعة المقصودة منه .

5- نوصي بزيادة الوعي القانوني بين الناس في ما يتعلق بكيفية ازالة شيوع العقارات المملوكة على الشيوع للتوصل الى ابسط الحلول القانونية في هذه الازالة سواء كانت بالقسمة القضائية او القسمة الرضائية للتقليل من النزاعات والخلافات بين المالكين

## قائمة المراجع /

القران الكريم

أولا : الكتب القانونية :

- 1- محمد طه البشير ، غني حسون طه ، الحقوق العينية ، الجزء الاول ، دار العاتك لصناعة الكتاب القاهرة
- 2- علي جبار صكيل ، الملكية الشائعة واحكام ازالة الشيوخ ، ط1، دار الرضوان والتوزيع عمان ، 2016
- 3- محمد كامل مرسى بك ، الملكية والحقوق العينية ، المطبعة الرحمانية ، 1923
- 4- عبد المجيد الزروقي ، الاموال ( الحقوق العينية الاصلية )، ج1، ط3، 2022،
- 5- رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري ، الوجيز في الملكية والحقوق العينية الاصلية ، الرياض ، 2009
- 6- محمد عبد الرحمن الضويني ، احكام القسمة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2013
- 7- عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني العراقي (حق الملكية ) ، ج8 ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، 1972
- 8- حسن كيرة ، الموجز في احكام القانون المدني ، منشأة المعارف، الاسكندري ، 1998
- 9- ادريس الفاخوري ، الحقوق العينية ، مطبعة المعارف الجديد ، الرباط ، 2013.
- 10- أنور طلبة ، الملكية الشائعة ، المكتب الجامعي الحديث الأزاريطه ، الاسكندرية ، 2004
- 11- مأمون الكزبري ، الحقوق العينية ، شركة الهلال العربية للطباعة والنشر ، الرباط ، ط3، 1987
- 12- شاكر ناصر حيدر ، شرح القانون المدني الجديد الحقوق العينية العقارية ، ج1، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1952
- 13- حسن علي ذنون ، الحقوق العينية الاصلية ، شركة الرابطة للطبع والنشر ، بغداد ، 1954
- 14- محمد حسين منصور ، الحقوق العينية الاصلية ، دار الجامعة الجديدة ، 2007 ،
- 15- محمد شكري سرور ، موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني الكويتي ، ط2 ، 1998
- 16- مصطفى مجيد ، شرح قانون التسجيل العقاري ، ج3 ، ط1، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1979
- 17- جمعة سعدون الربيعي ، أحكام ازالة الشيوخ ، بغداد ، 1989،
- 18- محمد حسن منصور ، الحقوق العينية الاصلية والكفالة في القانون اليمني ، ج1، طبعة التونى ، الاسكندرية

- 19- ابراهيم عبد الحميد إبراهيم سلامة ، القسمة ، الوعب الاسلامي ، الكويت ط1، 2011
- 20- لاشين محمد الغياتي ،رضا متولى ، الحقوق العينية الاصلية ( حق الملكية ) ، مكتب الاشغال للطباعة ، طنطا ، 1996
- 21- وليد نجيب القسوس ، إدارة وازالة المال الشائع ، مطبعة الجامعة النموذجية ، عمان ، 1993
- 22- جمال خليل النشار ، تصرف الشريك في المال الشائع ، 2000

### ثانياً: الرسائل والبحوث

- 1- محمد محمد أحمد سويلم ، أيجار المال الشائع في القانون المدني والفقه الاسلامي ، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون ، العدد الخامس والعشرون ، المجلد الاول ، 2010
- 2- محمد احمد عيسى الجبوري ، قسمة المال الشائع ، بحث مقدم الى مجلس هبة القانون جامعة بابل ، 2005
- 3- روزان صباح نوري ، احكام العقار الشائع بعد ازالة الشيوع ، بحث منشور في مجلة الشرق الاوسط للدراسات القانونية والفقهية ، المجلد الثاني ، العدد الثالث ، 2022
- 4- محمد حلمي ابراهيم الحفناوي ، قسمة المهايأة ، بحث منشور في مجلة كلية الدراسات الاسلامية والعربية للبنات بكفر الشيخ ، العدد الرابع ، المجلد الرابع ، 2020
- 5- قاسم تركي عواد جنابي ، قسمة العقار المملوك على الشيوع ، بحث منشور في مجلة كلية الرشيد الجامعة ، العدد الثالث عشر ، 2016
- 6- أميرة عبد الحسن جاسم السهيلي ، انقضاء الشيوع العقاري بالقسمة ، بحث مقدم الى مجلس كلية الحقوق جامعة النهرين ، 2006

### ثالثاً : التشريعات /

- 1- قانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951)
- 2- قانون رعاية القاصرين رقم (87) لسنة (1980)
- 3- مجلة الاحكام العدلية لسنة 1876

### رابعا : القرارات القضائية /

- 1- قرار محكمة استئناف الكرخ المرقم 256 لسنة 2008
- 2- قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم 39٥٠ لسنة 2018
- 3- قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم 272 لسنة 1974