

الخلاصة:

من الثابت في نطاق الملكية الشائعة ان تتزاحم سلطات أكثر من شخص على الشيء الواحد غير المنقسم. ومما لا شك فيه أن تعدد الملاك لشيء واحد من شأنه ان يجعل من مباشرة ما يخوله حق الملكية من سلطات أكثر تعقيدا مما لو انفرد بملكية الشيء شخصا واحدا، فكثيرا ما تختلف وجهات نظر الملاك في الاستغلال او الاستعمال او التصرف، مما يؤدي الى صعوبات قد تصل احيانا الى حد تعطيل الانتفاع بالمال الشائع. ومن المشاكل التي تثار في نطاق الملكية الشائعة هي مشكلة مباشرة أحد الشركاء سلطاته على المال الشائع بشكل يؤدي الى احداث تغييرا في الغرض الذي اعد له المال الشائع بحسب الاصل. الامر الذي يثير تساؤلا حول مدى حق الشريك في هذا التصرف، ومدى سريانه في حق سائر الشركاء الاخرين. وفي سبيل توضيح ذلك تم بحث هذا الموضوع في مبحثين تناول الاول أثر طبيعة الملكية الشائعة على سلطة الشريك المشتاع في تغيير الانتفاع بالمال الشائع. واهتم الثاني ببيان احكام تغيير الانتفاع بالمال الشائع.

المقدمة

إن مقدمة موضوع البحث تتطلب منا أن نستعرض محاورها، وذلك من خلال تقسيمها إلى الفقرات التالية:

اولا: جوهر فكرة البحث:

من الثابت في نطاق الملكية الشائعة ان تتزاحم سلطات أكثر من شخص على الشيء الواحد غير المنقسم. ولا شك فيه أن تعدد الملاك لشيء واحد من شأنه ان يجعل من مباشرة ما يخوله حق الملكية من سلطات أكثر تعقيدا مما لو انفرد بملكية الشيء شخصا واحدا، فكثيرا ما تختلف وجهات نظر الملاك في الاستغلال او الاستعمال او التصرف، مما يؤدي الى صعوبات قد تصل احيانا الى حد تعطيل الانتفاع بالمال الشائع، فإذا كان الرأي قد انتهى الى أن حق الشريك هو حق ملكية يرد على كل المال الشائع، الا ان هذا الوضع لم يمنع من تزامم حقوق كل شريك مع حقوق شركائه الاخرين، الامر الذي ادى الى ضرورة تقييد سلطات كل شريك لمصلحة شركائه الاخرين. فاستعمال المال المشاع من قبل أحد الشركاء يجب ان يقف عند الحد الذي لا يضر بباقي شركائه وبالشكل الذي يؤدي الى احترام حقوق غيره من الشركاء.

ومن المشاكل التي تثار في نطاق الملكية الشائعة هي مشكلة مباشرة أحد الشركاء سلطاته على المال الشائع بشكل يؤدي الى احداث تغييرا في الغرض الذي اعد له المال الشائع بحسب الاصل، كما لو قام أحد الشركاء بتحويل الارض المشاعة من ارض للزراعة الى ارض تقام عليها مصانع للاستغلال الصناعي، او الى ارض للبناء، او قام بتحويل البناء المشاع من دار سكن الى مقهى او مطعم، او قام بتحويل السيارة المشاعة من سيارة مخصصة لنقل الاشخاص الى سيارة مخصصة لنقل البضاع والاشياء. الامر الذي يثير تساؤلا حول مدى حق الشريك في هذا التصرف، ومدى سريانه في حق الشركاء الاخرين سواء كان بموافقتهم او بدون موافقتهم.

ثانيا: اهمية البحث واسباب اختياره:

تظهر اهمية بحث هذا الموضوع الذي اخترنا عنوانا له (سلطة الشريك المشتاع في تغيير الانتفاع بالمال الشائع-دراسة مقارنة)، من الناحية النظرية والعملية على حد سواء، فمن الناحية النظرية لميحظ هذا الموضوع بدراسة تفصيلية تسلط الضوء عليه وتحيط بجوانبه المختلفة، فلم يلق العناية الخاصة به في كتابات الققه بالفانون المدني، وكل ما وجدناه هو عبارة عن اشارات يدرجها الفقهاء عند بحثهم لإدارة المال الشائع وخاصة في باب الإدارة غير المعتادة. اما من الناحية العملية، فالواقع ان قيام أحد الشركاء باستعمال او استغلال المال الشائع على خلاف الغرض الذي اعد له، نالت حظها من التطبيق العملي، واية ذلك ما شهدته ساحات المحاكم في شأنها من اقصية، كالبناء على العقار الشائع، او هدم الدار المشاعة من قبل أحد الشركاء، فعلى الرغم من أن القانون المدني العراقي قد أفرد نصوصا خاصة عالج فيها حقوق الملاك على المال الشائع، إلا أن هذه النصوص أثارت خلافا محتدما حول حكم تصرف أحد الشركاء بالبناء على المال الشائع، ولاسيما أثناء قيام الشيوخ. فقد وجدنا جملة من الاشكالات كانت الدافع وراء اختيارنا للبحث في هذا الموضوع.

ثالثا: نطاق البحث ومنهجيته:

لقد جاءت دراستنا لموضوع هذا البحث على أساس المفارنة بين القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري وكذلك القانون المدني الفرنسي، وحتى يستكمل البحث نطاقه عزمنا الإشارة إلى موقف الفقه الإسلامي، بقدر ما يتعلق بموضوع البحث؛ لما يتمتع به هذا الفقه من أصالة في بحث جزئيات وتفصيل في غاية الأهمية، فضلاً عما يتمتع به من أسبقية عن الفقه المدني. كما تم الوقوف على توجهات القضاء في مواضع متعددة، فعرضنا إلى موقف القضاء الفرنسي والمصري والعراقي في كل جزئية من جزئيات البحث.

رابعا: خطة البحث:

سنعتمد في بحثنا هذا التقسيم الثنائي لمحتوياته، فنقسمه على مبحثين، يتعلق الأول بأثر طبيعة الملكية الشائعة على سلطة الشريك المشتاع في تغيير الانتفاع بالمال الشائع. ونقسمه على مطلبين نعرض في الاول منهما لطبيعة الملكية الشائعة ونبحث في الثاني مدى حق الشريك المشتاع في تغيير الانتفاع بالمال الشائع. أما المبحث الثاني فسيخصص لأحكام تغيير الانتفاع بالمال الشائع، وسيوزع على مطلبين، يتضمن الأول تغيير الانتفاع بموافقة بقية الشركاء. ويتناول الثاني تغيير الانتفاع بدون موافقة بقية الشركاء. وفي النهاية سنعرض لأهم نتائج البحث وتوصياته.

المبحث الاول

أثر طبيعة الملكية الشائعة على سلطة الشريك المشتاع في تغيير الانتفاع بالمال

الشائع

مما لا شك فيه ان سلطة الشريك المشتاع في تغيير الانتفاع بالمال الشائع ترتبط ارتباطا وثيقا بطبيعة الملكية الشائعة ذاتها، وبمدى حق كل شريك فيها سواء اقتصر هذا الحق على حصته الشائعة ام على المال الشائع كله، كما انها ترتبط من جانب اخر بسلطات كل شريك في التصرف بالمال الشائع او ادارته، فلا شك ان القيام بهذه الامور ومن بينها احداث تغيير في الغرض الذي اعد له المال الشائع يفترض ان يكون صادرا ممن له الحق بوصفه مالكا لهذا المال، وهذا التصور يحتم علينا ان نقف على طبيعة حق الشريك في الملكية الشائعة؛ لأن تحديد طبيعة هذا الحق تكون هادية لنا في دراسة مدى حق الشريك المشتاع في تغيير الانتفاع بالمال الشائع.

وفي ضوء ما تقدم سنقسم مبحثنا هذا على مطلبين نتناول في الاول طبيعة الملكية الشائعة ونبحث في الثاني مدى حق الشريك المشتاع في تغيير الانتفاع بالمال الشائع.

المطلب الاول

طبيعة الملكية الشائعة

اثار موضوع الطبيعة القانونية لحق الشريك المشتاع نقاشا حادا بين الفقهاء وخلافا محتدا بينهم رغم ان نصوص القوانين المدنية حاولت التخفيف منحدته والتضييق من اتساع نطاقه، وتوزعت اراء الفقهاء في هذا الموضوع الى اتجاهات عدة يمكن ردها الى اتجاهين اولهما، اتجاه ينكر وصف حق الشريك المشتاع بأنه حق ملكية. وثانيهما، اتجاه يعترف بالملكية لحق الشريك المشتاع.

ولأجل الوقوف على هذين الاتجاهين وبيان حدود معقوليتهما ومدى انطباقهما مع النصوص القانونية وواقع الشبوع، سنقسم مطلبنا هذعل على فرعين نبين في الأول منهما انكار وصف الملكية عن حق الشريك المشتاع، ونستعرض في الثاني الاعتراف بالملكية لحق الشريك المشتاع.

الفرع الأول

انكار وصف الملكية عن حق الشريك المشتاع

اتجهت البعض من اراء الفقهاء بالقانون المدني عند تكييفها لحق الشريك اثناء الشبوع الى انكار وصفه بأنه حق ملكية، وذاع صيت هذه الآراء في كتب الفقه على الرغم من أن النصوص التشريعية لم تكن الى جانبها، ولذلك حاول من تبنى هذه الآراء من اجل انكار وصف الملكية عن حق الشريك المشتاع الى الاستناد على اسس قانونية من اجل تدعيم هذه الافكار من دون الاكتفاء بالقول بأن حق الشريك المشتاع ليس حق ملكية. فمن ينكر وصف الملكية على حق الشريك المشتاع نجده يستند الى طبيعة الحق ذاته واصفا اياه بأنه حق شخصي من جهة او بأنه حق عيني من نوع خاص من جهة اخرى، ويبدو ان اعتبار حق الشريك بأنه حق شخصي او حق عيني من نوع خاص لإنكار حق الملكية انما يقوم على اساس من ان تحديد طبيعة حق الشريك انما يقوم على مقارنته بالحقوق الاخرى المقابلة له، وهو اتجاه لم نجد له مكانا في كتب الفقه الاسلامي، فالفقهاء المسلمين اعتبروا ان شركة الملك هي التعبير الصادق عن الملكية الشائعة، كما انهم في الوقت ذاته وضعوا احكاما لتصرف الشريك في الملك المشاع تتأى عن وصفه بأنه حق شخصي. وبذلك فإن هذا التصور في التكييف قاصرا على الفقهاء بالقانون المدني.

وبحسب ما عرضه جانب من الفقه المدني ان هذا التصور في تكييف حق الشريك المشتاع يستمد جذوره من القانون الروماني المعتمدة على اراء فقهاء والمعبرة عن الصعوبة المزدوجة الناشئة من تعدد اصحاب الحق ووحدة الشيء، فلا يستطيع أي شريك من الشركاء ان يباشر سيطرة كاملة على الشيء غير المنقسم، ولا يمكن في الوقت ذاته تصور هذه السيطرة على جزء منه فقط. ولهذا كانت بعض الحلول المقترحة تستند الى ان الشبوع لا يمكن ان يعد صورة من صور الحقوق العينية بل هو مجرد رابطة التزام؛ ذلك ان الاموال الشائعة تعد مملوكة لجميع الشركاء واعتبار مجموع الشركاء وحدة قائمة بذاتها ومستقلة عن كل شريك، فالمال الشائع مملوك لجميع الشركاء باعتبار ان هذا المجموع الذي يعبر عن ارادة المشتاعين الجماعية ذا كيان مستقل عن كيان و ارادة كل مشتاع، وهو ما يماثل ملكية الشركة رغم ان الشبوع يهدف الى تحقيق مصالح فردية للشركاء بينما تهدف الشركة في اغراضها الى تحقيق مصلحة جماعية.

ولا يمكن التسليم بهذا الاتجاه بأية حال من الاحوال، اذ انه لا يستقيم من الناحية القانونية ولا يستند الى الحقائق، فالحق الشخصي او الالتزام رابطة قانونية بين شخصين لا يمكن تصور وجودها الا بين الاشخاص، وهو بخلاف الحق العيني الذي

يتمثل بسلطة لشخص تنصب مباشرة على شيء مادي معين، فمناطق التفرقة بين الحقيين يكمن في محل الحق واطرافه.

وفي ضوء ما تقدم فالمتطلع الى حق الشريك على الشيوخ يدرك للوهلة الاولى انه ليس حقا شخصيا وذلك لسببين، الاول، اننا نريد ان نكيف حق الشريك على ما يملكه ضمن نطاق الملك الشائع وليس تكييف علاقته بالشركاء الاخرين، وبالتأكيد ان الحق الشخصي هو رابطة بين شخصين وليس رابطة بين شخص وشيء. والثاني، لو سلمنا جدلا ان حق الشريك هو حق شخصي، فان مقتضى ذلك ان الشريك لا يستطيع الوصول الى حقه في الشيوخ، بل حتى حقه في حصته الا عن طريق شركائه الاخرين، وهو مالم يقل به أحد على الاطلاق، فضلا عن ذلك فان المشرع حول الشريك بعض السلطات على حقه مباشرة دون حاجة الى تدخل الشركاء الباقين.

وامام اعتراف القانون بسلطات معينة للشريك على المال الشائع وهي سلطات لا يمكن انكار وصف الحق العيني عنها، ذهب رأي أكثر تطورا مما سبق مفاده اعتبار حق الشريك المشتاع بأنه حق عيني ولكنه من نوع خاص، فهو حق عيني لكون الشيوخ ينطوي على نوع من انواع التملك، كما انه من نوع خاص لأن الشيء الشائع لا يكون مملوكا لمجموع الشركاء ولا مملوكا لأحدهم. وبدافع عدم التعسف في رفض هذا الرأي يتجه البعض من الفقهاء بالقانون المدني الى القول بأن اللجوء الى تكييف حق من الحقوق بأنه من نوع خاص ليس مرفوضا في جميع الاحوال متى ما تبين ان خصائص هذا الحق لا تتفق مع أي حق او طائفة من الحقوق المعروفة، فعندها لا مفر من القول انه من نوع خاص.

ولو اقتربنا من مضمون هذا الاتجاه في تكييف حق الشريك على الشيوخ، فإننا نجد متعارضا في ذاته، فمن ناحية يعترف بأن الشيوخ ينطوي على صورة من صور التملك، الا انه في الوقت نفسه يقضي بأن الشيء الشائع لا يكون مملوكا لمجموع الشركاء ولا مملوكا لأحدهم، وهذا يطرح تساؤلا مفاده إذا لم يكن الشيء الشائع مملوكا لهذا ولا ذاك فمن مالك الشيء الشائع.

وبالمثل لما تقدم يذهب البعض انطلاقا من مناهضته لوصف حق الشريك المشتاع بأنه حق عيني من نوع خاص الى القول بأن الاعتراف بحق الشريك بأنه حق عيني ولو انه من نوع خاص كأى حق عيني ينحصر مضمونه في سلطات ثلاث وهي الاستعمال والاستغلال والتصرف والامر وفقا لهذا التكييف لا يخرج عن احد فرضين اما انه يجمع هذه السلطات الثلاث في يد الشريك المشتاع، وحينئذ يعد حق ملكية وهو ما يتنافى مع وصفه بأنه حق عيني من نوع خاص، واما انه حق لا يخول الشريك المشتاع أيا من هذه السلطات الا ما يعتبر اقتطاعا من سلطات الملكية ويحدود ما تعد بأنها سلطات متفرعة عن حق الملكية، وهو تساؤل يظل دون جواب او يرد عليه جواب غير معقول ولا يستقيم مع احكام القانون.

ولم نجد في النصوص القانونية المنظمة للشيوخ أي تصور يشير الى كون حق الشريك المشتاع انه حق شخصي او انه حق عيني من نوع خاص، ففي القانون الفرنسي لم تشر نصوص قانون رقم ١٢٨٦ الصادر في ٣١/كانون الاول/ديسمبر/ ١٩٧٦، الى طبيعة حق الشريك بالشيوخ ولكن الذي يتطلع لنصوص هذا القانون يقطع

بأن المشرع الفرنسي فيه لم يقر بنظرية الحق الشخصي؛ لأنها اعطت الشريك المشتاع مجموعة من السلطات المتعلقة باستعمال الشيء واستغلاله وهذا ما نصت عليه المادة (٩/٨١٥) من هذا القانون وذلك بقولها "يحق لكل مالك على الشيوع ان يستعمل الاموال الشائعة وينتفع بها، بحسب تخصيصها".

وعلى مستوى القانون المصري، فعلى الرغم من أن القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ قد اعترف بحق الاغلبية في القيام بأعمال الادارة والتصرف في خطوة منه نحو جماعية الملاك المشتاعين، الا انه في الوقت ذاته لم يشأ ان يجعل لمجموع الشركاء شخصية قانونية، وبالتالي لا يمكن اعتبار مجموع الشركاء شخصا مستقلا عن شخصيات كل من الشركاء، كما لا يمكن اعتبار حق الشريك في ظل احكام هذا القانون حقا شخصيا؛ لأن نصوصه اقرت للشريك سلطات ترد مباشرة على الشيء الشائع وبذلك تتوفر لحق الشريك مقومات الحق العيني، واكثر من ذلك فان المادة (٨٢٥) من القانون المدني المصري وردت فيها عبارة "اذا ملك اثنان او اكثر شيئا..." ولا شك في أن تفضيل هذا الاصطلاح من جانب المشرع المصري دليل على أن حق الشريك ليس حقا شخصيا.

ولم يبتعد المشرع العراقي عن سابقه المصري من ناحية اعطاء الوصف القانوني لحق الشريك المشتاع، وهو تصور نلمسه من خلال صياغته لعبارات المادة (١٠٦١) من القانون المدني العراقي، فقد استعمل المشرع فيها تعبير "إذا ملك اثنان او أكثر شيئا..." وفي هذا الاستعمال لم يدع المشرع العراقي مجالاً للشك بأنه اقر مقومات حق الملكية للشريك على الشيوع.

وجاءت الأحكام القضائية لتؤكد ما انتهينا إليه بحيث لم ترد في احكامه التي اطلعنا عليها بأن حق الشريك حق شخصي او انه حق عيني من نوع خاص، فقد جاء بقرار لمحكمة النقض الفرنسية اكدت من خلاله على حق الشريك المشتاع بالمطالبة بمنع كل عمل يقوم بها احد الشركاء متى ما كان هذا العمل يمس بحقوقه بوصفه مالكا لحصته، وهي سلطة لا يخولها القانون الا لمن يوصف بأنه مالك، وهذا يعني ان حق الشريك تتوافر فيه مقومات حق الملكية، فقد جاء في أحد احكام محكمة النقض الفرنسية قضت فيه بأنه "يحق لكل مالك على الشيوع ان يوقف الاعمال الجارية من قبل مالك اخر على الشيوع والتي لا تحترم الوجهة المخصص لها العقار او التي تنال من حقوقه المتساوية والمشاركة على الشيء الشائع".

وفي القضاء المصري انتهت محكمة النقض إلى هذا المعنى، فقد أحد القرارات الصادرة منها، قضت فيه بأنه "قد نصت المادتان ٨٢٥، ٨٢٦ من القانون المدني على أنه إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً غير مفرز حصة كل منهم فيه، كانوا شركاء على الشيوع ومتساوين في حصصهم إلا إذا قام الدليل على غير ذلك، ويعتبر كل منهم مالكا لحصته ملكاً تاماً وعلى تقدير شيوعتها في كل المال وليس تركيزها في أحد جوانبه وهذه الخاصة وحدها هي التي تباعد بين الملكية المفترزة التي لا تخالطها غير يد صاحبها وبين الملكية الشائعة التي يتزاحم عليها الشركاء فيها وأن كانت كلتاها ملكية فردية تتكامل عناصرها".

وهو تصور لم تحيد عنه بعض من احكام القضاء العراقي، ففي فرار لمحكمة التمييز الاتحادية اعطت من خلاله الوصف القانوني لحق الشريك اثناء الشيوخ باعتباره حق ملكية تام مانحا اياه جميع السلطات التي يخولها حق الملكية لصاحبه، فقد جاء فيه بأنه "كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكا تاما وله حق الانتفاع بها واستغلالها". كما اكدت بعض من احكام القضاء العراقي على حق الشريك في اجراء بعض التصرفات القانونية على حصته في المال المشاع بوصفه مالكا لهذه الحصة، وهو ما يعني ان هذا القضاء ينادى بنفسه في الاخذ بنظرية الحق الشخصي او الحق العيني من نوع خاص، التي سبقت الاشارة اليها، فقد جاء بقرار لمحكمة استئناف بغداد قضي بأنه "ذلك إن المميز عليه الأول/المدعى عليه الأول يملك العقار المذكور مناصفة مع المميز (المدعى) وعليه فإن قيامه بإبرام عقد إيجار للطابق الأول من العقار إلى المميز عليها/المدعى عليها الثانية لا يعتبر تصرفاً في ملك غيره لإمكان اعتبار عقد الإيجار موقوفاً على إجازة المالك استناداً للمادتين (١٣٥ و ١٣٦) من القانون المدني، وإنما قد ابرم عقد الإيجار باعتباره مالكاً على الشيوخ في العقار المذكور".

الفرع الثاني

الاعتراف بالملكية لحق الشريك المشتاع

بعد ان تبذدت الآراء التي طرحت لإنكار وصف الملكية عن حق الشريك المشتاع اثناء الشيوخ، اتجهت آراء اخرى نحو تكيف حق الشريك بأنه حق ملكية تؤيدها في ذلك النصوص القانونية وتدعمها احكام القضاء في العديد من تطبيقاته، فالمتطلع الى مؤلفات الفقهاء بالقانون المدني يجد ان الكثير منهم يردد عبارة الملكية التامة، او الملكية الحقيقية، او الملكية بالمعنى الدقيق، للتعبير عن حق الشريك على الشيوخ واعتبار ذلك بمثابة الرأي السائد في الفقه وبهذا بدأت معظم عباراتهم عند حديثهم عن طبيعة الملكية الشائعة، فهو حق ملكية؛ لأنه يشمل جميع عناصر حق الملكية من استعمال واستغلال وتصرف شأنه في ذلك شأن المالك في الملكية المفترزة. وهذا التصور انتهى اليه الفقهاء المسلمون الذي نظروا الى حق الشريك في الشيوخ بأنه حق ملكية او حق ملك، فالشريك يملك حصة شائعة ومعنى شيوخها انها تنتشر وتفرق في كل اجزاء المال الشائع، مهما صغرت ولما كان لكل شريك حق ملكية على حصته فان ذلك يؤدي الى تعدد الملكيات بتعدد الشركاء انفسهم، ولكن في الوقت ذاته ملكيات مختلطة بعضها ببعض بحيث تشمل جميع اجزاء هذا المال وتتركز فيها لا على وجه التمايز والانفصال، فلا يكون الملك مملوكا كله لشريك منهم على انفراد وانما يكون حق كل شريك متعلق بالشيء المشترك كله مع بقية الشركاء الاخرين.

وبالتالي فانه لدى الفقهاء المسلمين يعتبر الشريك بالنظر الى حصته الشائعة فيها مالكا وله حقوق المالك فيما يملك، فله منافعها وثمارها وما يدل على ذلك ان كتبهم الفقهية وردت فيها عبارات تدل بشكل واضح لا لبس فيه بأن الشريك له سلطات المالك على حصته، وبهذا المعنى عبرت المادة (١٢) من كتاب مرشد الحيران بقولها "إذا كانت العين مشتركة بين اثنين او أكثر فالكل واحد من الشركاء حق الانتفاع بحصته، والتصرف فيها تصرفا لا يضر بالشريك، وله استغلالها وبيعها مشاعة حيث كانت معلومة القدر بغير اذن الشريك".

وإذا كان الرأي السائد الذي انتهى إليه الفقهاء بالقانون المدني هو اعتبار حق الشريك المشتاع حق ملكية، إلا أن الأمر المختلف فيه لديهم هل أنها ملكية جماعية أم فردية أم أنها ملكية من نوع خاص، ولهذا بدأ أغلبهم يتجه عند بحثه للشيوخ إلى طرح التمييز بين الملكية الفردية والملكية الجماعية وذلك من أجل التوصل إلى فهم حقيقة تصورهم، فالملكية الفردية هي التي يكون فيها المالك شخصاً واحداً ولو كان شخصاً اعتبارياً يضم مجموعة من الأفراد تتمتع بالشخصية المعنوية، أما الملكية الجماعية فهي التي يكون فيها المالك جماعة من الناس لا يملك أي واحد منهم لا الشيء المملوك ولا حصة فيه، بل الكل يملكون مجتمعين دون أن تكون لهم شخصية معنوية. وبحسب طبيعة هذا النظام لا يحق لأحد من هذا المجموع القيام بأي عمل فردي، وإن حصل هذا العمل الفردي فإنه يكون عديم الأثر ويحل محله العمل الجماعي الصادر بإجماع الشركاء.

وامام تعدد الملاك فلا يمكن اعتبار الملكية الشائعة ملكية فردية، كما لا يمكن وصف الملكية الشائعة بأنها ملكية جماعية أو مشتركة وإن كانت تتضمن ما يشير إلى جماعية المشتاعين فيها. فضلاً عن ذلك فإن الملكية المشتركة لا تنشأ إلا بالاتفاق أي بإرادة الشركاء، بينما الملكية الشائعة تنشأ حتى من دون هذا الاتفاق كما في ملكية أموال التركة بين الورثة قبل تقسيمها، كما أن حقوق الملاك في الملكية المشتركة تنتقل إلى مجموع الشركاء ولا يكون للشريك سوى حق شخصي في استغلال الشيء للحصول على ثماره، بينما يكون للشريك على الشيوخ حقا عينياً على الشيء المملوك. وفي ضوء ذلك توصل جانب من الفقه المدني ممن نادى بهذا التمييز إلى نتيجة مفادها أن حق الشريك في الملكية الشائعة يقف وسطاً بين حق الشريك في الملكية المشتركة وبين حق المالك في الملكية المفروزة، فهو يقترب من الملكية المشتركة كون الشركاء متعددين ويقترب في الوقت ذاته من الملكية المفروزة كون حق الشريك في الملك الشائع حقا عينياً ينصب على ما يملكه من حق، وبالتالي فإن الملكية الشائعة تشترك مع الملكية المفروزة في أن كلاهما ملكية فردية؛ لأن المالك في الملكية المفروزة هو شخص واحد كما أن المالك على الشيوخ شخص واحد وإن كان يملك حصة في الشيء محلها محددًا تحديداً حصصياً أو معنوياً، وفي جميع الأحوال فالملكية إما فردية أو جماعية، والفردية إما مفروزة أو شائعة، ومن ثم تكون الملكية الشائعة ملكية حقيقية وهي أحد أنواع الملكية الفردية ولكنها ملكية من نوع خاص، وبذلك فإن حق الشريك المشتاع حق ملكية في أصله وفي مضمونه من حيث نوع السلطات المخولة له.

وإذا سلمنا بالرأي المتقدم بأن حق الشريك على الشيوخ حق ملكية وإن هذا الحق يقوم على تعدد الملاك وهو ما يميز الملكية الشائعة عن الملكية المفروزة، فإن التساؤل الذي يطرح هنا حول حق الملكية الذي يكون لكل شريك وما إذا كان هنالك حق ملكية واحد يتجزأ بتعدد أصحابه، أم أن هنالك عدة حقوق متعددة بتعدد الشركاء؟ ومرد هذا التساؤل هو كيف يمكن تصور اجتماع عدة ملكيات فردية على شيء واحد دون أن ينقسم هذا الشيء، لاسيما وإن من الفقهاء من عرف الشيوخ بأنه ينشأ من تعدد أصحاب الحق العيني الواحد، وإن حق الشريك المشتاع هو حق ملكية بالمعنى الدقيق ولكن ليس

لصاحب واحد كما في الملكية المفترزة وانما له اصحاب متعددون، فالتعدد لا يلحق محل الملكية، فالمحل واحد وهو الشيء الشائع لا يتجزأ اجزاء متعددة يختص كل شريك مشتتاج بجزء منها، وانما التعدد يلحق صاحب الملكية وحده، اذ يوجد أكثر من مالك للشيء نفسه. وعلى العكس من هذا التصور نجد منهم من يسلم بحقوق متعددة بتعدد الشركاء بحيث يكون كل حق مستقل عن الحق الاخر ويستطيع صاحبه ان يتصرف فيه دون ان يمس بذلك حقوق غيره من الشركاء.

ولم يكن من حل يؤدي الى فهم هذا التعارض وازالته الا من خلال الانتصار لرأي الدكتور منصور مصطفى منصور الذي ينتهي بالقول بأن هنالك حق واحد يثبت على الشيوخ لمجموع الشركاء، وان هذا الحق ينقسم الى حقوق جزئية وان كل حق من الحقوق الجزئية هو حق ملكية كامل، ولكن ليس مستقلا عن الحق الكلي الذي يثبت لمجموع الشركاء؛ لأنه ليس الا جزءا منه وان اللجوء الى تجزئة هذا الحق على الشيء كان نتيجة التسليم بتعدد اجتماع أكثر من حق ملكية على الشيء الواحد. وما يؤكد سلامة هذا التأصيل هو انه يتمشى مع المحل الذي يرد عليه حق كل شريك مشتتاج اثناء الشيوخ، فحق الملكية المتجزأ بتعدد اصحابه يؤدي الى القول بأن كل شريك يملك حصة، وفكرة الحصة تفيد ان شيئا ما قد تجزأ بين الشركاء، وبما ان الشيوخ يفترض عدم تجزئة الشيء تجزئة مادية فقد وصفت هذه الحصة بانها معنوية او مجردة او رمزية.

وجاءت نصوص القوانين المدنية المنظمة للملكية الشائعة صريحة في التأكيد على المعنى الذي انتهينا اليه قاطعة كل خلاف حول طبيعة حق الشريك في المال الشائع، اذ انها استعملت تعبير الملكية عند تعريفها للملكية الشائعة، كما انها لم تكنف بذلك وانما وصفت حق الشريك بأنه ملكية تامة وجمعت بين يديه سلطات الملكية من استعمال واستغلال وتصرف، وبهذا المعنى جاء نص (٩/٨١٥) من القانون المدني الفرنسي بقولها "يحق لكل مالك على الشيوخ ان يستعمل الاموال الشائعة وينتفع بها..."، وهو تصور انتهت اليه المادة (٨٢٥) من القانون المدني المصري معرفة الملكية الشائعة بقولها "اذا ملك اثنان او أكثر شيئا غير مفترزة حصة كل منهم فيه، فهم شركاء على الشيوخ...". كما وصفت المادة (١/٨٢٦) من القانون ذاته حق الشريك بأنه يملك حصته ملكا تاما وله ان يتصرف فيها وان يستولي على ثمارها وان يستعملها وذلك بقولها "كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكا تاما، وله ان يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها...".

وسار المشرع العراقي على النهج ذاته الذي انتهى اليه المشرع الفرنسي والمصري، في تبني التكليف الاخير لطبيعة حق الشريك المشتتاج من حيث تنظيمه لأحكام الشيوخ في الموضع الذي خصه لحق الملكية جاعلا منها صورة من صور الملكية، فقد جاء في المادة (١/١٠٦١) من القانون المدني العراقي بأنه "اذا ملك اثنان او أكثر شيئا، فهم شركاء فيه على الشيوخ...". وجاءت الفقرة الثانية من المادة ذاتها لتؤكد حق الملكية التامة للشريك بنصها على أنه "وكل شريك في الشيوخ يملك حصته الشائعة ملكا تاما، وله حق الانتفاع بها واستغلالها...".

وايدت الاحكام القضائية اتجاه الفقه والتشريع باعتبار ان حق الشريك المشتاع حق ملكية، وفي هذا المعنى جاء بفرار لمحكمة النقض الفرنسية قضتيه بأنه "امكانية المالك على الشيوخ ان يتصرف بنصيبه في الحقوق الواقعة على المال الشائع". فهذا الحكم يدل على أن الشريك المشتاع مالك على الشيوخ، وتبعاً لذلك يحق له ان يتصرف بحصته في المال الشائع، وهذا التصور انتهت اليه محكمة النقض المصرية، من خلال تأكيدها على ان الشريك هو المالك على الشيوخ، كما ان له حق ملكية في كل ذرة من ذرات المال الشائع، فقد جاء بحكم لها قضت فيه بأنه "ان الملكية الشائعة تقع على مال معين تعييناً ذاتياً وبها يكون هذا المال مملوكاً لأكثر من شخص واحد كل بقدر حصته فيه، فلا يقع حق كل من الشركاء إلا على حصة شائعة في هذا المال مع بقاء المال ذاته كلاً غير منقسم، وقد نصت المادتان ٨٢٥، ٨٢٦ من القانون المدني على أنه إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً غير مفرز حصة كل منهم فيه، كانوا شركاء على الشيوخ ومتساوين في حصصهم إلا إذا قام الدليل على غير ذلك، ويعتبر كل منهم مالكاً لحصته ملكاً تاماً وعلى تقدير شيوخها في كل المال وليس تركيزها في أحد جوانبه وهذه الخاصية وحدها هي التي تباعد بين الملكية المفروزة التي لا تحالطها غير يد صاحبها وبين الملكية الشائعة التي يتزاحم عليها الشركاء فيها وأن كانت كلتاها ملكية فردية تتكامل عناصرها".

ومن الأحكام التطبيقية التي جاء بها القضاء العراقي في تأكيده على الاعتراف بحق الملكية للشريك على الشيوخ، ما قضت به محكمة التمييز العراقية الاتحادية في أحد قراراتها الذي قضى بأنه "وحيث ان كل شريك في الشيوخ يملك حصته الشائعة ملكاً تاماً بنسبة حصته في كل ذرة من ذرات الشيء الشائع وله حق الانتفاع فيها واستعمالها بحيث لا يضر بشركائه الآخرين". كما اكدت في حكم اخر لها على حق الملكية التامة للشريك المشتاع على حصته الشائعة، فقد جاء فيه بأنه "كل شريك على الشيوخ يملك حصته الشائعة ملكاً تاماً وله حق الانتفاع بها واستغلالها لذا يكون ما انتهى اليه الحكم المميز من أُلزام المدعى عليه الاول بمنع معارضته للمدعي بالانتفاع بحصته بالمساحة المستغلة مستندا وحكم القانون قرر تصديقه".

المطلب الثاني

مدى حق الشريك المشتاع في تغيير الانتفاع بالمال الشائع

إذا كان الرأي قد انتهى الى أن حق الشريك هو حق ملكية يرد على كل المال الشائع وأن كان ينحصر بحصة حسابية معينة، الا ان ذلك لم يمنع من تداخل حقوق الشركاء بصورة يترتب عليها ان قيام أحدهم بعمل ما من شأنه ان يترك اثراً على سائر حقوق الشركاء الآخرين، فالشريك يملك حصته ملكاً تاماً وبالتالي يحق له بوصفه مالكا ان يستعمل المال الشائع وان ينتفع به وان يتصرف فيه في حدود حصته. ولكن لما كان الشريك لا يستأثر وحده بالمال الشائع بل يشاركه فيه اخرون، فان تبعاً لذلك سلطته تنقيد لمصلحة شركائه الآخرين. ومع هذا التصور فان تنقيده سلطته لم يكن مطلقاً بل انها متفاوتت بحسب ما يقوم به الشريك من اعمال وما يترتب عليها من اثار، فالقيد العام الذي يرد على سلطات الشريك هو ضرورة عدم الاضرار بحقوق سائر الشركاء، فكل

شريك له حق الاستئثار بحصته بشرط عدم الاضرار بحقوق شركائه الاخرين، فمتى ما كان عمله يلحق ضررا بشركائه قيدت سلطته لمصلحة شركائه الاخرين. ويعد تغيير الانتفاع من بين صور الاستعمال والاستغلال التي يسعى بعض الشركاء الى تحقيقها، ولكن تعدد الشركاء وتنوع رغباتهم واختلاف مشاربهم قد يحول من دون تحقيق ذلك، ولهذا فان تحديد سلطة الشريك في تغيير الانتفاع تعتمد على مكانة تغيير الانتفاع ومدى مشروعية القيام به، وما إذا كان بقدر الشريك القيام به بمفرده ام ان الامر يتطلب موافقة بقية الشركاء. ولأجل توضيح ذلك سنقسم مطلبنا هذا على قرعين نبين في الاول مكانة تغيير الانتفاع بالمال الشائع. ونعرض في الثاني لمشروعية تغيير الانتفاع بالمال الشائع.

الفرع الاول

مكانة تغيير الانتفاع بالمال الشائع

امام الطبيعة الخاصة للملكية الشائعة القائمة على تعدد الشركاء على شيء واحد وما يستتبع ذلك من تعدد لحقوقهم عليه وبالشكل الذي يؤدي الى تزامم هذه الحقوق وتنافسها احيانا، وتعارضها احيانا اخرى، اتجه المشرع الى وضع قواعد قانونية خاصة تنظم حالة الشيوخ، محاولا بذلك دفع التعارض القائم بسبب تزامم حقوق الشركاء على الشيء الشائع غير المنقسم.

ومما لاشك فيه ان تنظيم الانتفاع بالمال الشائع امر يختلف حكمه بحسب ما اذا تم تكييفه بأنه عمل من اعمال التصرف ام انه عمل من اعمال الادارة؟ وبعيدا عن الخوض في مسألة صور الانتفاع، فليس لهذا محل، لأننا نبحت في سلطة الشريك في تغيير الانتفاع بالمال الشائع، فاذا ما قام أحد الشركاء بإحداث تغيير في الانتفاع بالمال الشائع من خلال استعماله او استغلاله في غير الغرض المخصص له، كما لو كان سيارة لنقل الركاب فاستعملها في نقل البضائع والامتعة، او كانت ارضا زراعية فقام بإحداث بناء او منشآت عليها، او كانت دار معدة للسكن فقام باستغلالها عن طريق تأجيرها كمخزن للبضائع والامتعة، فهذا الاستغلال جاء على خلاف غرضها باعتبارها دار معدة للسكنى. وبالتالي فما هو تكييف او مكانة هذا العمل الذي قام به الشريك، هل يعد من اعمال التصرف، ام انه من اعمال الادارة؟

وبحسب التصور الذي انتهى اليه الفقه مؤيدا بالنصوص التشريعية ان مسألة الانتفاع بكافة صورته يدخل في باب اعمال الادارة التي يضطلع بها الشركاء، وهذه الاعمال تنقسم في الوقت ذاته الى اعمال ادارة معتادة واعمال ادارة غير معتادة، ومع ذلك يعتبر جانب من الفقه المدني ان تقسيمها الى ذلك امر لا يخلو من عدم الدقة، فمثل هذا الاصطلاح يصرف الذهن الى أن المقصود بالمعتادة هو ما اعتاد عليه الشركاء من اعمال، اما غير المعتادة، فيراد بها مالم يعتاده الشركاء من اعمال. ولكن الواقع وقصد المشرع ينصرف الى العكس من ذلك تماما، فالتقسيم بالمفهوم المتقدم قوامه طبيعة هذه الاعمال وليس مدلولها اللغوي، فهي بحسب طبيعتها اما ان تمس أصل الشيء بإجراء تعديل فيه او بإحداث تغيير في الغرض الذي اعد له. او ان لا تؤدي الى تغيير اساسي في الشيء او تعديل في الغرض الذي اعد له. وتبعاً لذلك يتجه جانب من الفقه الى

التعبير عنها بأعمال الإدارة العادية واعمال الإدارة غير العادية بدلا من مصطلحي معتادة وغير معتادة.

وعلى اية حال فلما كان تغيير الانتفاع من شأنه ان يحدث تعديلا اساسيا في المال الشائع من خلال تغيير الغرض الذي اعد من اجله، فانه يعد بحسب ما انتهى اليه الفقه من اعمال الإدارة غير المعتادة. ولم ترد في نصوص الفقهاء المسلمون بحسب ما يصوره البعض اصطلاح ادارة المال الشائع، فلم يرد في مؤلفاتهم التقسيم الذي انتهى اليه الفقهاء بالقانون المدني، ولكن وردت في كتبهم الفقهية قواعد عامة تحكم التصرف بمفهومه الواسع والذي يشمل اعمال الإدارة واعمال التصرف جميعا، وفي ذلك يقول علي حيدر في شرح المجلة "كون أحد الشريكين في شركة الملك اجنبيا في حصة الاخر هو في التصرف المضر، اما في التصرف غير المضر كالسكنى مثلا في الدار المشتركة وفي الاحوال التي تعد من توابع السكنى كالدخول والخروج فيعتبر كل منهما صاحب ملك مخصوص على وجه الكمال". ويستفاد من ذلك ان السكنى في الدار المشتركة المعدة للسكنى تصرف غير مضر، والمفهوم المخالف لذلك ان استعمال هذه الدار في غير غرض السكن يعتبر تصرفا مضرا بموجبه يعد الشريك أجنبي في حصة شريكه الاخر. وهذا يعني انهم يستعملون التصرف بمفهومه الواسع، وتأكيدا على ذلك يعلق علي حيدر على معنى التصرف عند بحثه لباب التصرف في الاعيان المشتركة بقوله " لا يجوز تصرف أحد الشريكين تصرفا مضرا في حصة الاخر بدون اذنه، ويستفاد من ذكر لفظ التصرف بصورة مطلقة انه كما لا يجوز له البيع والايجار والهبة والقطع والاستهلاك فليس له ان يتصرف تصرفا كأخذه للسفر والهدم".

وعلى مستوى القوانين المدنية فإننا لو تطلعنا الى النصوص التشريعية لبيان موقفها، نلاحظ انها لم تكن على نسق واحد من حيث توصيفها للعمل الذي يقوم به الشريك والذي من شأنه ان يؤدي الى احداث تغييرا في الغرض الذي اعد له المال الشائع، فالقانون الفرنسي انتهى في تكيفه لهذا العمل باعتباره من اعمال التصرف، وذلك من خلال ما نصت عليه المادة (٣/٨١٥) من القانون المدني الفرنسي بقولها "يلزم موافقة جميع الشركاء للقيام بأعمال الإدارة والتصرفات المتعلقة بالمال الشائع". وبحسب ما عرضه جانب من الفقه المصري، ان المشرع الفرنسي جعل تغيير الانتفاع بالمال الشائع من قبيل التصرفات المادية التي ترد على الشيء الشائع.

ولا يمكن ان نجد لهذا التصور مكانا في نصوص القانون المدني المصري، الذي انتهى في توصيفه لقيام أحد الشركاء بإحداث تغيير في منفعة المال الشائع باعتباره من اعمال الإدارة غير المعتادة، فقد نصت المادة (١/٨٢٩) من القانون المدني المصري على أنه " للشركاء الذين يملكون على الاقل ثلاثة ارباع المال الشائع ان يقرروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الاساسية والتعديل في الغرض الذي اعد له ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة...". وهو ما نهجه المشرع العراقي في تقنينه المدني من خلال المادة (١٠٦٥) التي نصت على أنه " للشركاء اصحاب القدر الاكبر من الحصص ان يدخلوا بإذن المحكمة في سبيل تحسين الانتفاع

بالمال الشائع من التغييرات الاساسية والتعديل في الغرض الذي اعد له المال ما يخرج عن حدود الادارة المعتادة".

وامام ما تنطوي عليه اعمال الادارة غير المعتادة من خطورة، كونها تؤدي الى المساس بالمصلحة المشتركة، كما في حالة احداث تغيير في الغرض الذي اعد له المال الشائع، فقد اتجهت القوانين المدنية الى تنظيمها بقواعد تختلف عن القواعد المنظمة لأعمال الادارة المعتادة، فالقاعدة في الشبوع ليس من حق أحد الشركاء ان يقوم باي عمل في المال الشائع يخرجها عما هو مخصص له ولو عاد ذلك بالنفع على سائر الشركاء.

وللتوصل الى ذلك وفي الاحوال التي تتحقق فيها مصلحة الشركاء، فقد اوجب المشرع الفرنسي من خلال المادة (٣/٨١٥) من تفنيته المدني، ان يجري ذلك بموافقة جميع الشركاء، ويبدو ان المشرع الفرنسي راعى في هذا الحكم المصلحة المشتركة لجميع الشركاء، فلم يشأ ان يهدر رأي أي واحد منهم بغض النظر عن مقدار حصته مهما صغرت، وهذا التوجه من المشرع الفرنسي يدل على الخطورة التي ينطوي عليها احداث تغيير في منفعة المال الشائع، وبحسب ما عرضه جانب من الفقه الفرنسي ان استعمال الشريك للشيء الشائع او استغلاله في غير الغرض المخصص له او بالمخالفة لطبيعته بدون موافقة سائر الشركاء، فان هذا الشريك يكون مسؤولاً تجاههم بالتعويض عما يترتب على فعله من ضرر بحقوقهم، كما لو ادى فعله الى تخريب او اتلاف المال الشائع، ولا يعفيه من المسؤولية الا اذا اثبت ان تغيير الانتفاع كان ضرورياً للمحافظة عليه، مستندا في ذلك على المبنى العام الذي نصت عليه المادة (٩/٨١٥) من القانون المدني الفرنسي التي نصت على انه "كل شريك على الشبوع يمكنه ان يستعمل الاموال الشائعة وان ينتفع بها طبقاً لما خصصت له وبما يتوافق مع حق الشركاء الاخرين... ويلتزم الشريك الذي يستعمل او ينتفع بالمال الشائع منفرداً بدفع تعويض مالم يوجد اتفاق مخالف".

وجاء موقف القانون المصري على العكس مما انتهى اليه سابقه القانون الفرنسي، فالمشرع المصري أطلق على الاعمال التي من شأنها ان تحدث تغييراً في منفعة المال الشائع تسمية "اعمال الادارة غير المعتادة" كما انه اتجه في تنظيمها بقواعد تقترب من القواعد المنظمة لأعمال التصرف في المال الشائع بوجه عام، فقد نصت المادة (١/٨٢٩) من القانون المدني المصري على أنه " للشركاء الذين يملكون على الاقل ثلاثة ارباع المال الشائع ان يقرروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الاساسية والتعديل في الغرض الذي اعد له ما يخرج عن حدود الادارة المعتادة، على ان يعلنوا قراراتهم الى باقي الشركاء ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع الى المحكمة خلال شهرين من وقت الاعلان".

فهذا النص اعطى الحق للشريك بإحداث تغيير في الانتفاع بالمال الشائع، ولكن بضمانات معينة تكفل تحسين الانتفاع بالشيء الشائع مع المحافظة على حقوق جميع الشركاء في الوقت ذاته، فمن ناحية لا تكفي الاغلبية العادية لإجراء هذه الاعمال الجوهرية التي تخرج عن حدود الادارة المعتادة، بل ينبغي توافر اغلبية خاصة لإجرائها تمثل ثلاثة ارباع الشيء الشائع. ومن ناحية اخرى، لا يكفي اجتماع مثل هذه

الاجلوية الخاصة لنفاذ قرارها رغم معارضة الاقلية، بل ان هذا القرار يجب ان يعلن الى الاقلية المعارضة التي تستطيع الطعن فيه امام المحكمة خلال شهرين من الاعلان، فان مضت هذه المدة دون ان يصدر من فريق الاقلية اعتراض، فان قرار الاجلوية يصبح ملزما للجميع ولها ان تنفذه فوراً.

وعلى مستوى القانون المدني العراقي، فبعد ان وصف المشرع العراقي تغيير الانتفاع بأنه من اعمال الادارة غير المعتادة، فانه اشترط لصحة القيام بها بالنظر لخطورتها على الحقوق المشتركة لسائر الشركاء، موافقة الشركاء الذين يمتلكون القدر الاكبر في الحصص، من ناحية، والحصول على اذن مسبق من المحكمة من ناحية اخرى، وهذا ما عبرت عنه المادة (١٠٦٥) من القانون المدني وذلك بقولها "للشركاء اصحاب القدر الاكبر من الحصص ان يدخلوا باذن المحكمة في سبيل تحسين الانتفاع بالمال الشائع من التغييرات الاساسية والتعديل في الغرض الذي اعد له المال ما يخرج عن حدود الادارة المعتادة". ففي الوقت الذي ساوى فيه المشرع العراقي في الاجلوية اللازمة بين اعمال الادارة المعتادة وغير المعتادة، الا اننا نجد في الوقت ذاته جعل قرار الشركاء في عند القيام بأعمال الادارة غير المعتادة مقيداً بضرورة الحصول على اذن مسبق من المحكمة، بوصفه من الضمانات التي وفرها المشرع من اجل صيانة حقوق الشركاء وهو امر فارق فيه القانون العراقي مصدره التاريخي القانون المدني المصري، فالأخير، كما مر، جعل دور المحكمة لاحقاً على قرار الاجلوية، ومن ثم فإن صلاحية المحكمة اما ان توافق على قرار الاجلوية او أن تلغيه، بينما وفقاً لدورها في القانون العراقي فحيث ان اذنها شرطاً في صحة صدور قرار الاجلوية، فلها تبعاً لذلك ان تأذن لهم بالعمل او ان لا تأذن، فاذا اذنت فليس لها ان ترجع فيه.

ولمئات الاحكام القضائية بشيء يختلف عما سبق، اذ انها وصفت بعض الاحكام التطبيقية للنصوص التشريعية الخاصة بهذا الموضوع، ففي قرار لمحكمة النفذ الفرنسية قضت فيه بأنه "ان اعادة تأهيل الملاحة لوضعها كمستتقع لاستعماله لأهداف مائية وليس لإنتاج الملح يستلزم موافقة كل المالكين على الشيوخ". وهو ما رده جانب من القضاء المصري، ففي حكم لمحكمة النفذ المصرية اتجهت فيه الى منح الشريك الحق في احداث تغييرات اساسية في الغرض الذي اعد له الشيء الشائع متى ما استوفي عمله ما وضعته النصوص القانونية من قيود، حيث قضت فيه بأنه "المالك لحصة مقدارها ثلاثة ارباع الارض الشائعة له الحق في ادخال تغييرات اساسية في الغرض الذي اعدت له هذه الارض في سبيل تحسين الانتفاع بها وفقاً لأحكام المادة ٨٢٩ ويكون البناء الذي يقيمه على نفقته لتحقيق هذا الغرض داخلاً في حدود حقه في ادارة المال الشائع". وهو ما نهجه القضاء العراقي في البعض من الاحكام الصادرة عنه، ففي قرار لمحكمة التمييز الاتحادية اكدت بموجبه على ما انتهى اليه الفقه والتشريع من ان تغيير الانتفاع بالمال الشائع يعتبر من اعمال الادارة غير المعتادة التي تستوجب موافقة بقية الشركاء لأجرائها، حيث قضت فيه بأنه "اما بالنسبة لإقامة الابنية في بستان فمن الثابت فقها وقضاء دخوله ضمن اعمال الادارة غير المعتادة التي تستوجب موافقة بقية الشركاء على تشييدها".

الفرع الثاني

مشروعية تغيير الانتفاع بالمال الشائع

إذا كان الرأي قد انتهى الى أن حق الشريك هو حق ملكية يرد على كل المال الشائع وأن كان في الوقت ذاته ينحصر بحصة حسابية معينة، إلا أن ذلك لم يمنع من تداخل هذا الحق مع ما للشركاء الآخرين من حقوق على المال نفسه، الأمر الذي أدى الى ضرورة تقييد سلطات كل شريك لمصلحة شركائه الآخرين، وذلك من خلال اعتبار ان كل شريك أجنبي عن حصص بقية الشركاء، ومعنى ذلك ان ملكية الشريك في المال الشائع تتحدد بما له من حق في حصته الشائعة الواردة على كل ذرة من ذرات هذا المال، وهذا الحكم اقره الفقهاء المسلمون وفقهاء القانون المدني على حد سواء وبنو عليه منع تصرف الشريك فيما زاد عن حصته حفاظا على حقوق الشركاء مجتمعين. فقد جاء في بعض اقوال الفقهاء المسلمون بخصوص شركة الملك "ان حكمها واحد وهو ان كل واحد من الشركاء أجنبي في نصيب صاحبه ولا يجوز له ان يتصرف فيه بغير اذنه، ولان صحة التصرف تتوقف على الملكية او الوكالة وليس للشريك في نصيب صاحبه شيء من ذلك".

فلا ينكر ان الشريك مالكا لحصته الشائعة الا انها في الوقت ذاته تتزاحم مع حصص الشركاء الآخرين، وهذا ما أدى الى الاعتراف بحق الشريك على حصته في الوقت الذي يعد فيه اجنبيا عن حصص شركائه الآخرين، وقد ترك هذا الحكم أثره في مدى مشروعية قيام الشريك بتغيير الانتفاع بالمال الشائع؟ والواقع ان الاستفهام عن مشروعية تغيير الانتفاع بالمال الشائع له ما يبرره في نطاق الملكية الشائعة، لان الاخيرة يتعدد اصحاب الحقوق فيها ، كما مر، سواء بتعدد ملكياتهم او بتجزئة حق الملكية الواحد بعدد الشركاء مع بقاء المال الشائع دون ان يلحقه التقسيم، وهذا يعني ان حق كل شريك يكون واردا على الشيء في مجموعه وان كان محددًا بقدر حصته الحسابية فيه، فاذا كان من الثابت ان الشريك يمتلك حصة شائعة، فهذه الحصة هي في الواقع موزعة في كل ذرة من ذرات المال الشائع، فلا تتركز في جانب معين بالذات منه وعلى النحو الذي يستطيع الشريك ان يمارس سلطاته عليها.

ولما كان لكل شريك باعتباره مالكا من السلطات ذاتها التي للشركاء الآخرين من استعمال واستغلال وتصرف، فمن الطبيعي ان تتزاحم هذه السلطات مع بعضها عند مباشرتها من قبل الشركاء ولم يكن من طريق امام الفقه الا القول بوجوب تقييد سلطات كل شريك بما للآخرين من سلطات مماثلة، فاستعمال المال المشاع من أحد الشركاء يجب ان يقف عند الحد الذي لا يضر بباقي شركائه وبالشكل الذي يؤدي الى احترام حقوق غيره من الشركاء، وهذا التصور نجد له صدى في المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري التي جاء فيها "ان الملكية على الشيوع كالملكية المفوزة تشتمل على عناصر ثلاثة هي الاستعمال والاستغلال والتصرف، الا أن الاستعمال والاستغلال يتقيدان بحقوق الشركاء الآخرين، فالمالك في الشيوع له ان يستعمل حقه وان يستغله بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء".

ويتضح من خلال ما تقدم انه لا يجوز للشريك عند مباشرته لسلطته في الاستعمال والاستغلال ان يقوم بعمل من شأنه ان يحدث تغييرا في الغرض الذي اعد له

الشيء الشائع، وهذا الحكم اقره الفقهاء المسلمون، فعندهم انه إذا كانت العين مشتركة بين اثنين أو أكثر وكان لكل واحد حصة معلومة، جاز له التصرف فيها بسائر التصرفات الشرعية كأن يبيع حصته مشاعة، أو منفعة أو كأن يسكنها بنفسه بدون أن يلحق بشريكه ضرراً في ذات العين أو منفعتها فإن كانت الشركة بيت جاز للشريك الانتفاع بقدر نصيبه بدون أن يعمل شيئاً يؤدي إلى وهن البيت، وهذا الموقف لدى الفقهاء المسلمين انتهت إليه، كما مر، المادة (١٢) من كتاب مرشد الحيران وذلك بقولها "إذا كانت العين مشتركة... فالكل واحد من الشركاء حق الانتفاع بحصته والتصرف فيها تصرفاً لا يضر بالشريك...".

وإذا كان فقهاء القانون المدني قد انتهوا على نحو يشبه الاجماع إلى أن حق الشريك حق ملكية فردية ويشترك مع الملكية المفروزة في كثير من الخصائص ويقترب منه من حيث المضمون، إلا أنهم لم يتوقفوا عند هذا الحد، وإنما نظروا إلى حقوق الشركاء الآخرين على المال الشائع بما يوازي نظرهم إلى حق الشريك المشتاع، مما دفعهم إلى الاعتراف لهؤلاء الشركاء بنفس ما للشريك من حقوق على هذا المال، مما جعل ملكية الشريك تتصف بالتقييد وسلطته بالتضييق، فالأصل أن الشريك المشتاع لا يستطيع الانتفاع بالمال الشائع إلا في حدود ما أعد له ودون اضرار بحقوق بقية الشركاء، فلا يستطيع بمفرده ادخال تعديلات أساسية أو تغييرات جوهرية في الغرض الذي أعد له هذا الشيء، بل إن ذلك يرتهن بإجماع الشركاء المشتاعين.

وتأسيساً على ما تقدم فقد أجاز جانب من الفقه المدني للشريك أن يعدل في الغرض الذي أعد له المال الشائع متى ما اقترن ذلك بموافقة بقية الشركاء وعدم اعتراضهم وبالعكس ذلك فإن عمل الشريك غير ملزم للشركاء الآخرين، وهذا يعني أن لإرادة الشركاء دور في مشروعية قيام أحدهم في تغيير الانتفاع بالمال الشائع، وسند ذلك مرده ما للشركاء من حقوق متساوية في الوقت ذاته، فكل منهم مالك لحصته ملكاً تاماً، وله عليها سلطات المالك ومن شأن هذا الوضع أن تتحقق المساواة بينهم في التسلط على الشيء واقتسام منفعته وإدارته. والامتثال أو التقييد بإرادة الشركاء للقول بمشروعية قيام أحد الشركاء بإحداث تغيير في المال الشائع عبرت عنه المادة (١٠٦٩) من مجلة الأحكام العدلية بقولها "مثلما يتصرف صاحب الملك المستقل في ملكه كيفما يشاء فأصحاب الملك المشترك أيضاً بالاتفاق كذلك".

وإذا كان حق الشريك في تغيير الانتفاع بالمال الشائع يستمد مشروعيته في الفقه الإسلامي والفقه المدني من إرادة الشركاء أنفسهم، إلا أن هذا الحق استمد مشروعيته في التشريعات المدنية من النصوص القانونية التي أعطت للشريك الحق في القيام ببعض الأعمال التي من شأنها أحداث تغييرات في الغرض الذي أعد له الشيء الشائع، فالمرجع الفرنسي أعطى الحق للشريك من خلال المادة (٩/٨١٥) من تقنينه المدني في أن يستعمل المال الشائع وأن ينتفع به وفقاً للغرض المعد له وبالقدر الذي لا يتعارض فيه مع حقوق الشركاء الآخرين وفي حالة عدم الاتفاق بين الشركاء على ذلك فإن مباشرة هذه الحقوق ينظم بصفة مؤقتة بواسطة رئيس المحكمة.

ومشروعية تغيير الانتفاع بالمال الشائع نجد سندها في القانون المدني المصري من خلال المادة (١/٨٢٩) منه التي اعطت للشريك الحق في احداث تغييرا في منفعة المال الشائع متى ما ترتب على هذا التغيير احداث تحسين في الانتفاع بهذا المال، وبشرط ان يكون هذا الشريك مالكا على الاقل ثلاثة ارباع المال الشائع، وان يعلن قراره الى باقي الشركاء الذين يحق لهم اجازته او الطعن فيه.

واما المشرع العراقي فبعد ان اعترف للشريك في الشبوع بحق ملكيته لحصته الشائعة ملكا تاما اجاز له الحق في استعمالها واستغلالها شريطة عدم الاضرار بشركائه، وتأكيذا على الاعتراف بذلك فقد اقر المشرع العراقي الحق للشريك متى ما كان صاحب القدر الاكبر في الحصة ان يدخل بعد استحصال اذن من المحكمة تعديلا في الغرض الذي اعد له المال الشائع متى ما كان هذا التعديل او التغيير يهدف الى تحسين الانتفاع بهذا المال.

وسلطة الشريك في تغيير الانتفاع بالمال الشائع اقربت مشروعيتها البعض من احكام القضاء مستندة في ذلك الى ما انتهت اليه النصوص القانونية والآراء الفقهية، فقد جاء بقرار لمحكمة النفض الفرنسية قضت فيه بأنه "اذا استعمل المالك المشتاع المال الشائع بطريقة تتنافى مع الغرض الذي اعد من اجله فإن لباقي الشركاء ان يمنعوه من هذا الاستعمال وذلك دون حاجة الى انتظار نتيجة القسمة النهائية، لان هذا الاستعمال يعرض مصالحهم لخسارة متتابعة وليس من شأن الاثر الكاشف للقسمة ان يزيل كافة الاضرار المترتبة عليه وذلك في العلاقة بين الشركاء". وهذا المعنى انتهت البعض من احكام القضاء المصري، فقد جاء بقرار لمحكمة النفض المصرية قضت فيه بأنه "تخول المادة ٨٢٩ من القانون المدني الشركاء الذين يملكون على الاقل ثلاثة ارباع المال الشائع ان يقرروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الاساسية والتعديل في الغرض الذي اعد له ما يخرج عن حدود الادارة المعتادة ما مفاده ان ما تجريه الاغلبية من تغيير او تعديل ينفذ في حق الاقلية".

وهذا التصور لن يغيب عن توجهات القضاء العراقي، ففي قرار لمحكمة التمييز الانحادية اعتبرت بموجبه ات تغيير الانتفاع من خلال البناء على العقار الشائع دون موافقة الشريك الاخر تجاوزا يكون من حق الشريك المطالبة برفعه، فقد جاء في حيثيات هذا القرار بأنه "ان الطرفين المتداعين هما شركاء في العقار مع شركاء اخرين وان الممييزة كانت قد شيدت حقل دواجن على القطعة وانها كانت قد استحصلت على موافقة قسما من الشركاء ولم تستحصل على موافقة المدعي على ذلك التشييد وحيث قد تأيد بأن المدعى عليها (التمييزة) لم تستحصل على موافقة الشريك المدعي لذا تعد متجاوزة ويحق للمدعي رفع التجاوز". ويبدو من خلال المفهوم المخالف للعبارات التي ساققتها محكمة التمييز في هذا القرار ان موافقة الشريك تجعل من الاعمال التي قامت بها الشريكة نافذة في حقه اعمالا لإرادته. وهذا الامر فيه تأكيد على المعنى الذي انتهينا اليه في ان مشروعية قيام أحد الشركاء في تغيير الانتفاع بالمال الشائع مردها ارادة الشريك ذاتها.

المبحث الثاني

احكام تغيير الانتفاع بالمال الشائع

من الثابت في نطاق الملكية الشائعة، ان سلطة المالك المشتاع في استعمال واستغلال المال الشائع لم تكن مطلقة بل انها سلطة مقيدة بحقوق الشركاء الاخرين، بحيث لا يمكن ان ينالهم من مباشرة كل شريك لحقه في الاستعمال والاستغلال ضررا، ومن هنا فإن الاعمال التي يستطيع كل شريك مشتاع ان يباشرها مفردا هي التي تكون في نطاق ما اعدت له العين المشتركة ويستطيع الشركاء جميعهم ان يباشروها في الوقت ذاته كل على انفراد.

ومما لاشك فيه ان قيام احد الشركاء باستعمال المال الشائع او استغلاله بشكل يخالف الغرض الذي اعد له، فإن احكام تترتب على هذا العمل الذي قام به الشريك، ومن دون شك فإن هذه الاحكام تختلف باختلاف ما اذا كان تغيير الانتفاع حصل بموافقة جميع الشركاء او حصل بدون موافقتهم او على الرغم من معارضتهم. ولأجل الوقوف على هذه الاحكام التي تتفاوت بحسب تحقق أحد الفرضين المذكورين سنقسم مبحثنا هذا على مطلبين نبن في الاول منهما تغيير الانتفاع بموافقة بقية الشركاء. ونستعرض في الثاني تغيير الانتفاع بدون موافقة بقية الشركاء.

المطلب الاول

تغيير الانتفاع بموافقة بقية الشركاء

من القواعد الثابتة في الملكية الشائعة ان صحة كل عمل يقوم به الشريك المشتاع مرهونا بموافقة بقية الشركاء، فمتى ما اقترن عمل الشريك بأجماع الشركاء فإنه لا يتضمن مساسا بحق أي شريك ما دام الشركاء جميعا قد ارتضوا هذا العمل ويعد عمل صادر ممن يملكه ولهذا يعتبر نافذا بحقهم أيا كانت نتيجة القسمة. وامام القول بنفاذ عمل الشريك في هذا المقام بغض النظر عن طبيعة العمل سواء كان عملا ماديا ام عملا قانونيا، يثار التساؤل عن الاساس الذي يمكن الاستناد عليه للتسليم بحق أحد الشركاء عند قيامه بتغيير الانتفاع بالمال الشائع، وما هي الآثار المترتبة على هذا التغيير في الفرض الذي ينال فيه موافقة بقية الشركاء. ولأجل بيان هذه الامور سنقسم مطلبنا هذا على فرعين نبن في الهمما اساس تغيير الانتفاع بالمال الشائع. ونخصص ثانيهما للآثار المترتبة على تغيير الانتفاع بالمال الشائع.

الفرع الاول

اساس تغيير الانتفاع بالمال الشائع

لما كان الشريك مالكا لحصته الشائعة، فيكون له بمقتضى حق ملكيته جميع السلطات التي يخولها هذا الحق لصاحبه من استعمال واستغلال وتصرف. ومع ذلك فإن هذا التصور لا يعني ان ما يقوم به الشريك من سلطات تكون نافذة في حق باقي شركائه، فعلى الرغم من ورود حق الشريك على كل المال الشائع طوال فترة الشروع الا أن لباقي الشركاء على هذا المال السلطات ذاتها، وهذا ما فرض ضرورة تقييد كل منهم في استعمال سلطاته بعدم المساس بسلطات الاخرين او الاضرار بهم.

ومن اجل المحافظة على حقوق جميع الشركاء فيكون لهم حق الاعتراض على أي عمل يقوم به أحدهم وذلك من اجل تقرير عدم نفاذه في حقهم ويعتبر هذا من الامور التي تقتضيها طبيعة الملكية الشائعة المتمثلة في أن كل جزء او ذرة من المال الشائع غير مخصوص بأحد الشركاء وانما تتعلق به ملكياتهم جميعا.

والى جانب ما تقدم فإذا كان لباقي الشركاء حق الاعتراض تأكيدا على عدم نفاذ الاعمال التي يقوم بها أحد الشركاء في مواجهتهم، فإنه في الوقت ذاته يملكون بإرادتهم جعله نافذا في حقهم وذلك متى ما اجازوه جميعهم وفقا لأحكام الفقه الاسلامي والقانون المدني الفرنسي، او اجازه اصحاب القدر الاكبر من الحصص كما تقتضي بذلك المادة (١٠٦٥) من القانون المدني العراقي، او من يملك في الاقل ثلاثة ارباع المال الشائع بحسب ما تقي به المادة (١/٨٢٩) من القانون المدني المصري. ومفاد ذلك انه ليس من حق الشريك القيام بأي عمل من شأنه احداث تغييرا في المال الشائع كتحويل الارض الزراعية الى بناء او تحويل السيارة من نقل الركاب الى استعمالها في نقل البضائع والامتعة، مالم يكن مستندا الى الاذن الصادر اليه من الشركاء الاخرين. وهذا التصور اراد المشرع العراقي التأكيد عليه عند تنظيمه للشروع في حق التصرف، من خلال ما نصت عليه المادة (١١٧٩) في تقنينه المدني بأنه "إذا كان حق التصرف في الاراضي الاميرية شائعا بين أكثر من شخص واحد فلا يجوز لاحد من الشركاء الذين يتصرفون في غابة او مدغل من هذه الاراضي ان يجعلها كلها او قسما منها مزرعة بدون اذن شركائه...".

وامام تأصيل نفاذ عمل الشريك في هذا المقام على اساس من الاذن الصادر اليه من شركائه الاخرين، يثار التساؤل حول مركز هذا الشريك في مواجهة شركائه الذين منحوه الاذن بإجراء العمل او بإجازته بعد اجرائه؟

والذي يتطلع الى مؤلفات الفقهاء بالفانون المدني يجدانهم يتجهون الى وصف الشريك في هذا المقام بأنه وكيل عن شركائه الاخرين، وعندهم ان الشريك يأخذ وصف الوكيل حتى في الاحوال التي يقوم فيها من اجل احداث التغيير في الانتفاع بعمل مادي، فالشريك الذي يغير في منفعة العقار الشائع عن طريق احداث منشآت او بناء عليه يعتبر وكيلاً عن شركائه الاخرين متى ما اجازوا عمله في البناء. والاعتراف للشريك الباني بوصف الوكيل على الرغم من أن ما قام به عمل مادي انتهت اليه محكمة النفض المصرية فيالعديد من احكامها، فقد جاء بفرار لها فضت فيه بأنه "الاصل في الملكية الشائعة انه إذا اقام أحد الشركاء بناء على الارض بعلم باقي الشركاء او دون اعتراض منهم اعتبر وكيلاً عنهم وعد سكوتهم اقراراً لعمله".

وإذا كان الرأي قد انتهى في هذا المقام الى عد الشريك المشتاع بأنه وكيلاً عن شركائه، الا أن القول بهذه الوكالة في تأسيس مشروعية اعمال الشريك التي تغيير في منفعة المال الشائع لا تصح لدى جانب من الفقهاء المسلمين الا إذا كانت وكالة صريحة متحققة بلفظ صريح مقارنة بمن يريد ان يتصرف في مال غير مشترك، فقد جاء في بعض اقوالهم بأنه "لا يجوز له ان يتصرف تصرفاً مضراً بالشريك بالأذن دلالة أي انه يجب أن يكون اذن صريح من الشريك للتصرف في المال المشترك تصرفاً مضراً ورضاء منه، وليس له ان يتصرف ذلك التصرف المضر بداعي وجود اذن الشريك

دلالة ورضاء منه بذلك؛ لأن التصرف في ملك الغير حرام من جهة حق الله تعالى وهو حرام ايضا من جهة حق المالك".

وهذا التصور الذي انتهى عنده الفقهاء المسلمين نجد له صدى في القانون المدني الفرنسي، وذلك من خلال المادة (٣/٨١٥) منه التي اشترطت وكالة خاصة تتعد بألفاظ صريحة ومحددة من اجل القيام بأعمال التصرف سواء كانت تصرفات قانونية كنقل ملكية المال الشائع او ترتيب حق عيني عليه او اعمال مادية مثل احداث تغيير في شكل المال الشائع او في الغرض الذي اعد من اجله، فقد جاء فيها بأنه "يلزم وكالة خاصة للقيام بكل عمل لا يدخل في نطاق الاستغلال العادي للأموال الشائعة...". وبحسب تعبير جانب من الفقه ان هذه الوكالة لا تتعد الا بألفاظ محددة وصريحة يتحدد فيها نوع العمل المطلوب على وجه الدقة وكذلك على أي من الاموال الشائعة واي جزء منها سيقع هذا العمل، كأن تكون بصيغة التوكيل بالبيع او التوكيل بالبناء او التوكيل بالرهن.

ولم يقف القانون المدني العراقي وكذلك المصري عند حد الوكالة الصريحة، فهما لا يشترطان شكلا محددا للوكالة، بل على العكس من ذلك فقد اجازا الوكالة الضمنية واعتبروها الصورة الغالبة والراجحة في هذا المقام، فمتى ما تولى أحد الشركاء ادارة المال الشائع دون اعتراض من الآخرين عد وكيلا عنهم، والى هذا المعنى انتهت المادة (٣/١٠٦٤) من القانون المدني العراقي التي تطابق المادة (٣/٨٢٨) من القانون المدني المصري بقولها "وإذا تولى أحد الشركاء الادارة دون اعتراض من الباقيين عد وكيلا عنهم". فهذا النص وأن جاء ضمن فقرات المادة المنظمة لأعمال الادارة المعتادة الا أنه ينطبق ايضا على اعمال الادارة غير المعتادة، وهذا التحليل الذي توصلنا إليه هو ما انتهى إليه جانب من الفقه المصري.

ويناهض الدكتور منصور مصطفى منصور في هذا التصور ويرى ان وصف الشريك الذي ينفرد بعمل من اعمال الادارة المعتادة بأنه وكيلا عن الباقيين بحكم المادة (٣/٨٢٨) قاصرا على اعمال الادارة المعتادة؛ بحجة ان هذه الاعمال هي وحدها التي عرض لها المشرع المصري في هذه المادة، اما اعمال الادارة غير المعتادة فموضع تنظيمها هي المادة (٨٢٩)، ولم يضع لها حكما مماثلا لما ورد في المادة (٣/٨٢٨). وبالتالي لا يصح إطلاق القول ان الشريك الذي ينفرد بعمل من اعمال الادارة دون اعتراض من الباقيين يعد وكيلا عنهم.

ولا يمكن الوقوف عند هذا التفسير الضيق للنصوص القانونية، فلا ينكر ان هذه المواد جاءت جميعها ضمن الباب الذي خصصه المشرع العراقي وكذلك المصري للملكية الشائعة، وبالتالي لا يوجد مانع من تنظيمي يحول من دون سريانها على اعمال الادارة غير المعتادة من ناحية، ومن ناحية اخرى انه في حال التحفظ على اطلاق صفة الوكيل لمن يقوم بعمل الادارة غير المعتادة، عندها نتساءل عن الوصف الذي يطلق على الشريك الذي ينفرد بعمل من اعمال الادارة غير المعتادة دون اعتراض من الشركاء الباقيين، وهذا ما لم يبينه الدكتور منصور مصطفى منصور عند عرضه لرأيه السابق.

ولا يمكن القول في ضوء ما تقدم غير ان الشريك الذي ينفرد بعمل من اعمال الادارة غير المعتادة ومن بينها احداث تغيير في منفعة المال المشاع دون اعتراض من بقية الشركاء يعد وكيلا عنهم، ولا يمكن ان يقدح من هذا التحليل ما وضعه المشرع العراقي من حكم عند صياغته للنصوص المنظمة لحالة الشيوغ، فكل ما يمكن قوله ان المشرع العراقي وقع في عيب في الصياغة بحيث جاءت المادة (٣/١٠٦٤) من القانون المدني العراقي غير موفقة في صياغتها، فكان الاجدر بالمشرع العراقي ان يفرّد نصا مستقلا يبين فيه احكام الوكالة بوجه عام يكون موضعه بعد المواد المنظمة لسلطة الاغلبية في القيام بأعمال الادارة المعتادة وغير المعتادة.

وايدت الاحكام القضائية اتجاه الفقه والتشريع باعتبار ان الشريك الذي ينفرد بعمل من اعمال الادارة غير المعتادة دون اعتراض من الباقيين يعد وكيلا عنهم، فقد جاء بفرار لمحكمة النفض المصرية، قضت فيه بأنه " من المقرر ان الاصل في الملكية الشائعة انه إذا اقام أحد الشركاء بناء على الارض الشائعة بعلم باقي الشركاء او دون اعتراض منهم اعتبر وكيلا عنهم، وعد سكوتهم اقرارا لعمله، ويكون البناء ملكا شائعا بينهم ولو لم يفوا في حينه بما عليهم من نفقاته فذلك حق شخصي للباقي يسترده مع الفائدة من وقت الانفاق وفقا لما يخضع له من احكام الوكالة".

وفي المعنى ذاته اوردت المحاكم العراقية تطبيقات عديدة لهذا المبدأ منها ان الشريك الذي يحدث منشآت على جزء من العقار الشائع عليه ان يأخذ موافقة بقية الشركاء على احدثائه وبخلافه يعد متجاوزا ويستلزم ازالته، فقد جاء بقرار لمحكم التمييز الاتحادي قضت فيه بأنه "لا يجوز لأي شريك ان ينتفع او يتصرف بحصة شريكه الاخر بدون اذن منه لأنه ليس لأي شريك من الشركاء سلطة مستقلة على الشيء الشائع بل تعود هذه السلطة الى الشركاء جميعا سواء بالانتفاع بالشيء عن طريق استعماله او التصرف فيه، لذا فمن المتفق عليه فقها بأن التصرف بالشيء الشائع لا يصح الا باتفاق جميع الشركاء، فيجوز للشريك المأذون ان يتصرف بالملك المشترك في حدود الاذن، اما اذا لم يكن الشريك مأذونا فليس له ان يجري أي نوع من انواع التصرفات". كما بينت هذه المحكمة في أحد احكامها المركز الذي يشغله الشريك عند توليه ادارة المال الشائع دون اعتراض من شركائه الاخرين وذلك بوصفه وكيلا عنهم، اذ جاء فيه "حيث ان الشريك عند توليه ادارة المال الشائع دون اعتراض من شركائه يعد وكيلا عنهم، فضلا عما أبرزه المميز عليه من وكالات صادرة عن المميزين". ويبدو من خلال هذا الحكم انها اكدت على ما انتهينا اليه وفقا لأحكام القانون العراقي من صحة انعقاد الوكالة صراحة او ضمنا.

الفرع الثاني

اثر تغيير الانتفاع بموافقة بقية الشركاء

لما كان الشريك الذي يحدث تغييرا في منفعة المال الشائع مع حصوله على موافقة شركائه الاخرين او بدون اعتراض منهم يعد وكيلا عنهم، لذلك فإن احكام عقد الوكالة هي التي تطبق في هذا المقام وعلى النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيوغ، بحيث يكون هذا الشريك اصيلا عن نفسه ووكيلا عن شركائه، والى هذا المعنى جاءت البعض من تصورات الفقهاء المسلمين، فعندهم ان حصول الاشتراك في المال بأحد اسبابه لا

يجب لـاحـد الشـركاء التـصرف فيـه الا مع اذن الباقيـن لحرمة التـصرف في مال الغير بدون اذنه، وان مجرد الاشتراك في المال لا يدل على الاذن سواء الاشتراك باختيار الشركاء ام لا. وتأكيدا على ذلك نجدهم يجيزون التصرف الذي يقوم به كل شريك متى ما كان مستندا الى الاذن الصادر من شريكه الاخر، معتبرين الشريك بحكم الوكيل الذي يتعين عليه الالتزام بتنفيذ الوكالة في ضوء القيود التي حددها الشركاء او تلك التي اذنوا له في اجرائها، اما في الاحوال التي يطلق فيها الاذن دون تقييد جاز لأي من الشركاء التصرف بالمشاع كيفما يشاء، "وفي ذلك يقول" فقد جاء في بعض اقوالهم بأنه "لو اذن كل من الشريكين لصاحبه جاز له التصرف لإطلاق الاذن وعدم وجود ما يدل على تقييده وأن اطلاق الاذن يجيز لكل منهما التصرف بالمشاع كيفما يشاء في وجوه التجارة مالم يكن الاذن مقيدا كما لو عين له جنس دون جنس او نوعا دون نوع، فيكون له التصرف في ذلك المعين ولا يجوز له التصرف فيما عداه؛ لان كل واحد منهما يتصرف في نصيب صاحبه بتوكل منه فيه فكان تصرفه حسب الوكيل في التعيين والاطلاق". وتطبيقا لذلك يجيز بعضهم تحويل الدار المشتركة كلها او بعضها الى فضاء بعد هدمها من قبل أحد الشريكين بإذن شريكه الاخر.

ولم يكن موقف الفقهاء بالقانون المدني بعيدا عن هذا التأثير من حيث كون الشريك الذي يحدث تغييرا في منفعة المال الشائع بحكم الوكيل عن بقية الشركاء الاخرين ما دام اعتراض لم يصدر منهم، فعدم الاعتراض يعد موافقة ضمنية على عمل الشريك، وهذا التصور مفاده ان الاعمال التي تشملها الوكالة تكون ملزمة لجميع الشركاء وكأنها صدرت منهم جميعا فيتحملون كافة الالتزامات المترتبة على هذه الوكالة بغض النظر عما اذا كان الوكيل قد بين صفته الى الغير بأنه وكيل عن شركائه الاخرين ام لا، ولا شك انه من بين الالتزامات التي يتحملها الموكل (شركائه) اعمالا لأحكام الوكالة الالتزام بدفع الاجر، ولا سيما في الاحوال التي تكون فيها الوكالة بأجر، وتطبيق هذا الحكم على الملكية الشائعة يثار التساؤل حول مدى حق الشريك المشتاع الذي اذن له شركائه الباقيين في ادارة المال الشائع او التصرف فيه لحسابهم في الحصول على اجره. وبتعبير اخر هل يستحق الشريك المشتاع نظير قيامه ببعض الاعمال التي غيرت في منفعة المال الشائع اجرا على ذلك؟

ولم نجد في النصوص القانونية المنظمة للشيوخ على مستوى القانون المدني المصري والعراقي أي جواب يشير الى حق الشريك الوكيل في الحصول على اجر نظير وكالته، فما نظمت هذه التقنيات عند عرضها لحالة قيام الشريك بأعمال الادارة بعلم الشركاء وبدون اعتراض منهم هو الاشارة الى تعبير واحد فقط مفاده ان هذا الشريك يعد وكिला عنهم، ويبدو ان المشرع فيهما أثر ان يترك الامر الى النصوص القانونية الواردة في باب الوكالة من دون حاجة ايراد نص خاص في هذا المجال، فالشريك في هذه الحالة يعتبر وكيل، ولهذا تسري عليه النصوص القانونية بشأن عقد الوكالة ومن بينها حقه في الحصول على اجر. وهذا الحق في الحصول على الاجر انتهت اليه البعض من احكام القضاء، ففي قرر لمحكمة التمييز الاحادية العراقية قضت فيه بأنه "وحيث أن الشريك عند توليه ادارة المال الشائع دون اعتراض من شركائه يعد

وكيلا عنهم وحيث لم يدع أحد الطرفين تحديد اجرة لتلك الوكالة فإن طلب المميز عليه الحكم بأجر المثل له سند من القانون".

وعلى العكس مما تقدم جاء موقف القانون الفرنسي، فلم يكتف المشرع الفرنسي عند تنظيمه لحق الشريك الوكيل في الحصول على اجر نظير وكالته بالنصوص القانونية الواردة في باب الوكالة، بل اورد تنظيما خاصا جاء ضمن النصوص القانونية المنظمة للشيوخ، أكد فيه على حق الشريك في الحصول على الاجر، فقد نصت المادة (١٢/٨١٥) من قانون ١٩٧٦ بأنه "...وله الحق في الحصول على اجر مقابل اعماله بالشروط التي يحددها الاتفاق، فإن لم يوجد فبواسطة القضاء". ويعلق جانب من الفقه الفرنسي على هذا النص بأنه وضع حدا للخلاف الفقهي في فرنسا قبل صدور هذا القانون حول حق الشريك الوكيل في الحصول على أجر بحيث أصبح باستطاعته ان يطالب شركائه الاخرين بأجر مقابل قيامه بأعمال الادارة والتصرف، مالم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك. والى جانب حقه في الحصول على الاجر، يكون من حق الشريك (الوكيل) ايضا استرداد ما انفقه من مصروفات ونفقات لازمة من اجل تنفيذ العمل الموكل به، فقد يقتضي تنفيذ الوكالة من الشريك ان يبذل نفقات ومصروفات، وعندها يجب على الشركاء الاخرين (الموكل) دفعها للشريك (الوكيل)، فهذه النفقات تعد من مقتضيات تنفيذ الوكالة مالم يكن الوكيل قد تبرع فيها، وهذا التصور اقرت به البعض من القوانين المدنية ومنها القانون المدني العراقي، فقد جاء في المادة (١١٧٥) منه على أنه "...إذا كان تحويل الغابة او المدغل الى مزرعة حصل بأذن الشركاء فإنهم يشتركون جميعا في نفقات هذا التحويل".

وإذا كان الرأي السائد هو اعتبار الشريك الذي يحدث تغييرا في منفعة المال الشائع بموافقة بقية الشركاء وكيلا عنهم، وأنه وفقا لأحكام الوكالة يتعين على الشركاء (الموكل) ان يدفعوا الى الشريك (الوكيل) ما بذله من نفقات ومصروفات، وبحسب القواعد العامة فإن الشريك (الوكيل) يستحقها عند اتمامه للعمل الموكل به مالم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك، الا أن الملفت للانتباه أن محكمة التمييز العراقية ذهبت في العديد من احكامها الى تعليق دفع هذه النفقات على نتيجة القسمة، فقد جاء بقرار لها قضت فيه بأنه "المنشآت والمغروسات التي يحدثها الشريك في العقار الشائع بموافقة الشركاء تبقى معلقة الى نتيجة قسمة الملك الشائع ان كان قابلا للقسمة، فإن وقعت في حصة الشريك تبقى له وأن وقعت في حصة الغير فمن حقه تملكها بقيمتها قائمة". وفي حكم اخر لها قضت فيه بأنه "ان الشريك الذي قام بإحداث المنشآت على الملك الشائع يستحق قيمتها قائمة عند ازالة الشيوخ إذا كان هذا التشييد قد حصل بموافقة الشركاء، وعند ذاك يجري تقدير قيمة المحدثات بصورة منفردة عن الارض عند اجراء التقدير والبيع لتكون المحكمة على بينة من حصة الشريك عند توزيع حصيلة البيع على الشركاء".

ويبدو من خلال اتجاه محكمة التمييز الاتحادية ان الشريك الذي يغير في منفعة المال الشائع من خلال البناء على العقار الشائع بعد ان كان ارضا وتحوله الى محلات تجارية او ابنية معدة للسكن، ليس من حقه ان يطالب بأقيام هذه المنشآت على الرغم من أن عمله قد حصل بموافقة شركائه، وانما يتعين عليه ابتداء رفع دعوى ازالة الشيوخ

وانتظار نتيجة القسمة، ففي قرار لهذه المحكمة قضت فيه بعدم جواز المطالبة بأقيام المنشآت المحدثّة من قبل احد الشركاء الا بعد ازالة شيوع العقار وانتظار نتيجة قسمة المال الشائع ان كان قابلا للقسمة.

والى جانب ما اتقدم ذكره من الالتزامات التي يتحملها الشركاء (الموكل) لابد من الاشارة الى حقوقهم في هذا المجال والتي يلتزم الشريك (الوكيل) بردها لهم او تمكينهم منها كل بحسب حصته في المال الشائع، فلا ينكر ان موافقة الشركاء على الاعمال التي قام بها احدهم بشكل ادى الى احداث تغييرا في المنفعة المقصودة من المال الشائع لا تكون الا في الاحوال التي يعود فيها هذا العمل بالفائدة او زيادة في المنافع، وهذا ما يقضي به المنطق فكل شخص يجيز ما ينفعه دون ما يضره، وهذا ما اقرت به النصوص القانونية عندما جعلت من حالة تحسين الانتفاع هي الغاية التي يسعى اليها الشركاء عند قيامهم باحداث تغييرات اساسية او تعديل في الغرض الذي اعد له المال الشائع. وهذا معناه ان حقوق الشركاء ستكون في زيادة ناتجة من احداث تغيير في منفعة المال الشائع.

وامام ما تقدم فإن المنافع من ثمار وايرادات ناتجة عن الغرض الجديد الذي أصبح عليه الشيء الشائع تكون من حق جميع الشركاء كل بحسب حصته، فلا يجوز أن يحرم منه أحد الشركاء بحجة عدم وفائه بما عليه من نفقات ناشئة بسبب اجراء التعديل، فعدم ايفائه بالتزاماته ليس من شأنه ان يكون سببا في زوال حقه في التملك والثمار، وهذا التصور الذي انتصرنا اليه نجد له صدى في البعض من احكام اقضاء المصري.

والتزام الشريك الوكيل في الملكية الشائعة برد الثمار المتولدة عن وكالته اكدته المشرع الفرنسي وذلك من خلال ما نصت عليه المادة (١٢/٨١٥) من تقنينه المدني وذلك بقولها "يلتزم الشريك المدير لاحد او لمجموعة من الاموال الشائعة برد صافي الثمار الناتجة عن ادارته..."، وبحسب ما عرضه جانب من الفقه المصري ممن اهتم بدراسة القانون الفرنسي، ان هذا الحكم جاء عاما ينطبق على كل شريك مدير (وكيل) سواء كان مصدر ادارته الاتفاق ام القضاء، وسواء كان مديرا محترفا ام متطوعا، فهو يلتزم بأن يرد كافة الثمار المتولدة من ادارة المال الشائع بعد أن يخصم منها نفقات هذه الادارة. وبالمعنى ذاته فقد الزم المشرع الفرنسي الوكيل الذي يتولى الادارة بالنيابة عن الشركاء بأن يضع تحت تصرف شركائه الاخرين (الموكل) جميع ايرادات المال الشائع الناتجة عن هذه الادارة، فقد نصت المادة (٨/٨١٥) من القانون المدني الفرنسي على أنه "على كل من يحصل مداخل او يتكبد نفقات لحساب الشروع، ان ينظم بيانا يضعه في تصرف المالكين على الشروع".

ولم يتأثر القانون المدني العراقي وكذلك القانون المدني المصري بهذا الشعور، فلا يوجد في نصوصهما التشريعية المنظمة للملكية الشائعة احكاما تنظم توزيع ثمار وايرادات المال الشائع بين الشركاء، ولاسيما في الاحوال التي يأذن فيها ببقية الشركاء لاحدهم في ادارة المال الشائع بالنيابة عنهم، ولا يمكن انكار اهمية ايراد هكذا تنظيم، فلا شك في انه سيضع حدا للخلافات المستمرة بين الشركاء حول توزيع الثمار الناتجة

عن استعمال واستغلال المال الشائع طوال فترة الشيوخ، ولذلك ندعو المشرع العراقي الى ايرادنص يكون موضعه ضمن المواد المنظمة للملكية الشائعة يعالج فيه هذا القصور التشريعي، ولا يقدر في دعوتنا للمشرع العراقي في هذا السياق ان ما جاء في باب الوكالة من احكام يمكن تطبيقها، وعندها ينعدم الاشكال، فمع وجود ذلك ندعو المشرع العراقي الى تبني هذا المقترح في باب الملكية الشائعة من اجل تفادي المشاكل التي تحصل بين الشركاء الذين غالباً ما تجمعهم روابط اجتماعية واواصر قرابة.

وايدت الاحكام القضائية اتجاه الفقه الذي يؤكد على حق الشركاء الاخرين في الحصول على جميع المنافع والثمار الناتجة من الوصف الجديد الذي أصبح عليه المال الشائع، فقد جاء بقرار لمحكمة النقض المصرية قضت فيه بأنه " الاصل في الملكية الشائعة وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة، أنه إذا أقام أحد الشركاء بناء على الأرض الشائعة يعلم باقي الشركاء أو دون اعتراض أحد منهم اعتبر وكيلاً عنهم ويكون البناء وما يغل ملكاً شائعاً بينهم جميعاً منذ إنشائه ولو لم يفوا بما عليهم من نفقات".

المطلب الثاني

تغيير الانتفاع بالمال الشائع بدون موافقة بقية الشركاء

في هذا الفرض قد ينفرد أحد الشركاء او بعضاً منهم بعمل من شأنه ان يحدث تغييراً في الغرض الذي اعد له المال الشائع على الرغم من أن هذا الشريك لا يمثل الاغلبية المطلوبة لإجراء هذا العمل في الوقت الذي لم يحصل مسبقاً على موافقة شركائه للقيام به، فعندها يثار التساؤل حول مدى حق الشريك المشتاع في ذلك؟ فعلى الرغم من كون الشريك المشتاع مالكا لحصته الشائعة ومن ثم فيكون من حقه بوصفه مالكا ان يمارس عليها جميع سلطات الملكية من استعمال واستغلال وتصرف، الا ان حقه في ذلك لم يكن مطلقاً بل انه مقيد بما للشركاء الاخرين من حقوق على الشيء الشائع ذاته، واعمالاً لهذا التصور لو ان شريكاً لا يمثل الاغلبية المطلوبة أحدث في حدود حصته في المال الشائع تغييراً في منفته، فهل يكون تصرفه هذا نافذاً في مواجهة شركائه الاخرين وذلك على اساس انه مالكا وتصرف في حدود حصته، ام ان الطبيعة الخاصة للملكية الشائعة تفرض نفسها وتحويل من دون ذلك. كما ان تحديد او بيان حكم التصرف الذي يقوم به أحد الشركاء في مواجهة شركائه الاخرين، يفرض علينا الى جانب تحديده بيان اساسه، فالقول بعدم نفاذه او سريانه في مواجهة الشركاء، قولاً لا يحسم الموضوع بل يتعين الى جانب ذلك توضيح الاساس القانوني للقول بهذا الحكم.

ومن اجل الوقوف على مصاديق ما تقدم ستقسم مطلبنا هذا على فرعين نعرض في الاول نهما لحكم تغيير الانتفاع بدون موافقة بقية الشركاء. ونبين في الثاني لأساس عدم نفاذ تصرف الشريك المشتاع.

الفرع الاول

حكم تغيير الانتفاع بدون موافقة بقية الشركاء

قد ينفرد أحد الشركاء بعمل من شأنه ان يحدث تغييرا في الغرض الذي اعد له المال الشائع على الرغم من أن هذا الشريك لا يمثل الاغلبية المطلوبة لإجراء هذا العمل، ولم يحصل مسبقا على موافقة شركائه للقيام به، فكما مر، ان عمل الشريك ينفذ في حق باقي الشركاء إذا لم يعترضوا عليه رغم علمهم به، اذ يعتبر ان هنالك وكالة ضمنية صدرت اليه من باقي الشركاء، فيكون في قيامه بهذا العمل اصيلا عن نفسه ووكيلا عن باقي شركائه.

ولكن التصور المتقدم لا يمكن القول به عند افصاح الشركاء الاخرين على رغبتهم بعدم نفاذ العمل في مواجهتهم، وهذا المعنى اكد عليه الفقهاء المسلمون، فقد جاء في بعض اقوالهم بخصوص شركة الملك ان حكمها واحد وهو أن كل واحد من الشركاء اجنبي نصيب صاحبه ولا يجوز له التصرف فيه بغير اذنه، ولان صحة التصرف تتوقف على الملكية او الوكالة وليس للشريك في نصيب صاحبه شيء من ذلك، وبمقتضى هذا الحكم لا يجوز للشريك القيام بأي عمل او تصرف مالم يقتترن برضاء شركائه الاخرين، وتطبيقا لذلك ليس للشريك المشتاع ان يحدث تغييرا في الغرض الذي اعد له المال الشائع الا اذا اقدم الشركاء جميعهم على ذلك.

وهذه المباديء لدى الفقهاء المسلمون عبرت عنها مجلة الاحكام العدلية من خلال نصوصها المتفرقة، اذ وضعت قاعدة عامة من خلال المادة (١٠٦٩) التي بينت فيها انه "كيفما يتصرف صاحب الملك المستقل في ملكه كيفما شاء فأصحاب الملك المشترك يتصرفون ايضا بالاتفاق كذلك". فليس لاحد منهم ان يتصرف فيه مستقلا بدون اذن شركائه. كما اقرت من جانب اخر في المادة (١٠٧١) على أنه "يجوز لاحد الشريكين ان يتصرف مستقلا في الملك المشترك بإذن الاخر لكن لا يجوز له ان يتصرف تصرفا مضر بالشريك". بمعنى ان تصرف أحد الشركاء بالمال الشائع تصرفا مضرا فهذا التصرف يستوجب الاذن الصريح من شركائه، فله ان يبيع او يرهن او يهدم اما إذا كان الاذن دلالة فلا يجوز له ان يتصرف تصرفا مضرا بالشركاء الاخرين وانما يجب ان يكون بما هو معروف ومعتاد.

ولخصت المادة (١٠٧٥) من المجلة الاحكام المتقدم ذكرها بقولها (ان كل من الشركاء في شركة الملك اجنبي في حصة سائر الشركاء فليس أحدهم وكيلا عن الاخر ولا يجوز له ان يتصرف في حصة شريكه بدون اذنه). وفي هذا المعنى جاء في شرح المجلة بأنه "لو كان حائطا مشتركا بين اثنين واراد أحدهما نقضه لوضع بنائه او جذوعه عليه، فللشريك الاخر منعه لأنه لا يجوز التصرف في الملك المشترك بلا اذن الشريك". فتغيير الغرض من الحائط المشترك من كونه جدارا يستتر به الجار الشريك الى كونه جدارا لحمل الاسقف والاشباب والبناء، يكون هذا التصرف لدى الفقهاء المسلمون غير نافذ في مواجهة الشريك الاخر الا إذا اقره.

ويبدو مما تقدم ان الفقهاء المسلمين لم يجيزوا تصرف الشريك بالمال الشائع دون اذن بقية الشركاء لما لهؤلاء من حقوق متزاخمة مع حق الشريك المتصرف. وهذا

يعني ان تصرف كل شريك يعتبر غير نافذ في حق سائر شركائه الاخرين، ولكن عند الاذن له بالتصرف يصبح، كما مر، في حكم الوكيل عنهم، وبالتالي يكون تصرفه نافذا في مواجهتهم متى ما تقيد بحدود الاذن الممنوح له وخروجه عن حدود الاذن يجعله ضامنا كالغاصب.

ولم تشأ القوانين المدنية الخروج عن الحكم الذي انتهى الفقهاء المسلمين وذلك من خلال عدوها عمل الشريك او تصرفه المنفرد الذي من شأنه ان يغير في الغرض الذي اعد له المال الشائع هو غير نافذ في حق سائر شركائه المشتاعين ماديا كان هذا العمل ام قانونيا، واستند الفقهاء بالقانون المدني في بيان حكم احداث تغيير في الغرض الذي اعد له المال الشائع الصادر من احد الشركاء الذي لا يملك اغلبيه الحصاص او لم يكن من قبيل اصحاب القدر الاكبر من الاسهم دون موافقة سائر شركائه الى القاعدة العامة في ادارة المال الشائع واستغلاله، التي تتطلب اتفاق الشركاء او على الاقل موافقة اغلبيتهم وفقا لأحكام القانون المدني العراقي، او ممن يملكون ثلاثة ارباع المال الشائع وفقا لأحكام القانون المدني المصري، ومن ثم لا يجوز لأي شريك بعمل فردي ان يعدل او يغير في الغرض الذي اعد له المال الشائع سواء انصب التغيير على المال الشائع كله او على جزء مفرز منه حتى وأن تساوى هذا الجزء مع مقدار حصته؛ لأن نصيبه غير محدد ماديا في المال الشائع، ومن ثم يعد تصرفه اعتداء على حقوق باقي الشركاء الذين يحق لهم الاعتراض عليه. وإذا كان من حق الشريك المشتاع استعمال واستغلال والتصرف في حصته الشائعة بوصفه مالكا لها، الا أن هذا الحق مقيد بعدم القيام بأية عمل من شأنه ان يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء وفقا لحالة الشيوخ.

وتأكيدا على ما تقدم نصت المادة (١/٨٢٦) من القانون المدني المصري على أنه "كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكا تاما وله ان يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء". وهو ما رددته المادة (١/١٠٦٢) من القانون المدني العراقي بقولها "كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكا تاما، وله حق الانتفاع بها واستغلالها بحيث لا يضر بشركائه...". فالأصل انه ليس لأي شريك ان يباشر بمفرده ما يؤدي الى المساس بحقوق غيره من الشركاء بدون اذنه.

ولم يكن هذا اليصور المتقدم ذكره بعيدا عن القانون المدني المصري، فعدم نفاذ تصرف أحد الشركاء المشتاعين في مواجهة شركائه الاخرين هو القاعدة على الزعم من أن النصوص القانونية المنظمة للشيوخ لم تتعرض صراحة لهذا الحكم. اللهم الا فيما بين أطراف التصرف لا بالنسبة الى باقي الشركاء، فقد نصت المادة (٢/٨٢٦) من القانون المدني المصري على أنه إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف، انتقل حق المتصرف اليه من وقت التصرف الى الجزء الذي آل الى المتصرف بطريق القسمة... مع ملاحظة انه بحسب ما يصوره جانب من الفقه بالقانون المدني المصري، ان حكم هذه المادة لا يقتصر فقط على التصرفات الناقلة للملكية بل انه يشمل كل تصرف يقوم به الشريك المشتاع سواء كان تصرفا ناقلا للملكية ام غير ناقل فحكم هذه المادة يشمل كل تصرف.

وعلى اية حال فهذا النص وأن كان بحسب ظاهره يحكم العلاقة بين أطراف التصرف، إلا أنه مع ذلك بحسب ما يصوره جانب من الفقه بالقانون المدني المصري ان مقتضاه يؤكد على عدم نفاذ التصرف في حق سائر الشركاء؛ لأن نص المادة (٢/٨٢٦) وقد قرر حمل التصرف بعد القسمة على الجزء الذي اوقعته في نصيب شريك اخر غير الشريك المتصرف يكون قد اظهر عدم نفاذ التصرف في حق هذا الشريك الواقع الجزء الذي حصل على منفعته تغييرا في نصيبه بعد القسمة وما ذلك الا مجرد استمرار لعدم نفاذه اصلا في حقه منذ حدوثه.

وعدم نفاذ التصرف او العمل المنفرد الذي يقوم به أحد الشركاء في مواجهة شركائه الاخرين نجد له صدى وفقا لأحكام القانون المدني العراقي، وان كانت منهجية الاخير جاءت بصورة تختلف عما انتهى اليه مصدره التاريخي القانون المدني المصري، فقد نصت المادة (٢/١٠٦٢) من القانون المدني العراقي على أنه (وإذا تصرف الشريك في جزء من المال الشائع فلا يكون للتصرف أثر الا إذا وقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب هذا الشريك).

والى هذا المعنى انتهت اراء الفقهاء بالقانون المدني العراقي، فعندهم ان كل عمل يقوم به الشريك صادرا من مالك لا ينفي عدم نفاذه في حق باقي الشركاء، لأنه رغم ورود حق الشريك المشتاع على كل المال الشائع طوال فترة الشروع الا انه لباقي الشركاء على هذا المال السلطات ذاتها مما يفرض تقييد كل منهم في استعمال سلطاته بعدم المساس بسلطات شركائه الاخرين او الاضرار بهم. وذلك من خلال اعتبار كل شريك أجنبي عن حصص بقية الشركاء ومبنى هذا التصور مفاده منع تصرف الشريك فيما فيه مساس بحقوق سائر الشركاء حفاظا على حقوق الشركاء مجتمعين.

وكيف كان فانه وفقا لنص المادة (٢/١٠٦٢) اعلاه، لو أن احد الشركاء المشتاعين احدث تغييرا في منفعة جزء من المال الشائع كما لو اقام منشآت او بناء على جزء من الارض الشائعة، فانه بمقتضى هذه المادة ان هذا العمل الذي انفرد به احد الشركاء لا يرتب اثره في مواجهة سائر الشركاء، ويعلق اثره على نتيجة القسمة، فهذه المادة على الرغم من ظاهرها خاص بحكم التصرف بين اطرافه دون باقي الشركاء، ولكن مع ذلك فان مقتضاها يشمل فضلا عن ذلك بقية الشركاء، وسندنا في ذلك ان المشرع العراقي وقد قرر تعليق ترتيب الاثر بنتيجة القسمة عند وقوع الجزء الذي تم البناء عليه او الجزء الذي حصل تغييرا في منفعته المقصودة وبصورة عامة الذي انصب عليه التصرف المنفرد في نصيب شريك اخر غير الشريك المتصرف قد اظهر انعدام اثر التصرف او العمل في حق هذا الشريك الواقع الجزء الذي تم البناء عليه في نصيبه، وما ذلك الا مجرد استمرار لانعدام التصرف اصلا في حقه منذ حصوله.

غير أن الملفت للانتباه هو صياغة الفقرة الثانية من المادة (١٠٦٢) من القانون المدني التي نصت على أنه "وإذا تصرف الشريك في جزء من المال الشائع فلا يكون للتصرف أثر إلا إذا وقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب هذا الشريك"، فلا ينكر أن تصرف الشريك بجزء مفرز من المال الشائع وبحدود حصص باقي الشركاء

هو تصرف في ملك غيره؛ لأن حق الشريك في الملكية الشائعة منتشراً في كل جزئيات المال الشائع فلا يكون له على أي جزئية منه ملكية خالصة بل يشاركه فيها بقية شركائه كل بنسبة ما يملكه في المال الشائع، وبهذا فإن تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع يعتبر في جزء منه تصرفاً وارداً على ملك الغير بقدر ما للشركاء من حقوق في هذا الجزء.

ولكن ما يثير اللبس والغموض عبارة هذا النص (...فلا يكون للتصرف أثر) فعدم ترتب الأثر لا يقتصر فقط على العقد غير النافذ، بل انه يشمل أيضاً العقد الباطل فهذا العقد حكمه عدم ترتب آثاره بسبب انعدامه، وأمام هذه التصورات يثار التساؤل هل إن المشرع العراقي جعل للتصرف في جزء من المال الشائع حكماً خاصاً خرج به عن الحكم الذي جاءت به القواعد العامة في المادة (١٣٥) من القانون المدني وذلك من خلال اعتباره ان هذا التصرف حكمه البطلان مع انه تصرف في ملك الغير بحدود ما للشركاء من حقوق في هذا الجزء؟ أم أنه لم يشأ أن يخرج عما استقر عليه من أحكام تائراً بما انتهى إليه الفقهاء المسلمون وذلك من خلال اعتبار هذا التصرف غير نافذاً؟

ونعتقد أن التفسير الأخير هو الأولى بالترجيح، واية ذلك ان الشطر الأخير من المادة (١٠٦٢) يقضي بتصحيح التصرف عند وقوعه في نصيب الشريك المتصرف بعد القسمة وهو تصحيح للعقد تم بإرادة المشرع إذ ليس لإرادة المتعاقدين دور في ذلك، ونعتقد أن العقد لو كان باطلاً فلا يمكن أن يصح بهذه الطريقة. وبالتالي فإنه بموجب الفقرة الثانية من المادة (١٠٦٢) من القانون المدني أنه إذا تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع فان تصرفه يكون معلقاً على نتيجة القسمة فان وقع الجزء الذي تصرف به الشريك في نصيبه يكون تصرفه نافذاً من تاريخ التصرف.

ولم تأت الاحكام الفضائية بشيء يحتلف عما سبق، اذ انها وضعت بعض الاحكام التطبيقية للنصوص القانونية الخاضعة بهذا الموضوع، فقد جاء فيأحد احكام محكمة النعض المصرية انه "لايجوز لأحد الشركاء اقامة بناء على الارض الشائعة دون حصوله على موافقة صريحة او ضمنية من اغلبية الشركاء، وفقا لنص المادة ٨٢٩، فاذا اقام أحد الشركاء بناء على الارض الشائعة بالمخالفة للقواعد الواردة في هذه المادة، فانه يحق لشركائه الباقين اجباره على ازالة البناء على نفقته". ورددت أحكام القضاء العراقي المبدأ نفسه فقد جاء في أحد القرارات الصادرة من محكمة التمييز الاتحادية ما يشير إلى أنه " لا يعتبر أي شريك نائباً عن الشريك الآخر في التصرف لهذا فلا يجوز لأي شريك أن ينتفع أو يتصرف بحصة شريكه الآخر بدون إذن منه لأنه ليس لأي شريك من الشركاء سلطة مستقلة على الشيء الشائع بل تعود هذه السلطة للشركاء جميعاً سواء في الانتفاع بالشيء عن طريق استعماله أو بالتصرف فيه ، لذا فإن من المنفق عليه فقها بأن التصرف بالشيء الشائع لا يصح إلا باتفاق جميع الشركاء فيجوز للشريك المأذون أن يتصرف بالملك المشترك في حدود الإذن، أما إذا لم يكن الشريك مأذوناً فليس له أن يجري أي نوع من أنواع التصرفات وحيث أن وقائع الدعوى تشير إلى أن المدعى عليهما لم يستحصلا على إذن وموافقة المدعيين والشركاء الآخرين بإحداثهما المنشآت على القطعة موضوعة الدعوى وبذلك تكون تلك المنشآت قد أحدثت تجاوزاً ويكون من حق المدعين طلب إزالتها". وجاء في حكم اخر

قضت فيه " المميز عليه تصرف بحصة المميز بدون وجه حق فمن حق المميز أن يطلب منعه من التعرض له بالتصرف في أرضه، وحيث أنه أنشأ في الأرض التي يعود جزء منها للمميز مضخة وحفر فيها بئرا بلا موافقة المميز المالك فيجب الحكم برفع المضخة وردم البئر وعليه قرر نقض الحكم المميز".

الفرع الثاني

اساس عدم نفاذ تصرف الشريك المشتاع

إذا كان الرأي السائد هو اعتبار عمل الشريك الذي يؤدي الى احداث تغيير في الغرض الذي اعد له المال الشائع، غير نافذ في مواجهة باقي الشركاء مالم يقرروه، الا ان هذا الرأي لا يحسم المشكلة حتما نهائيا، اذ يبقى التساؤل عن الاساس الذي استند عليه للقول بعدم نفاذ تصرف او عمل الشريك في مواجهة باقي شركائه؟ وفقا لأحكام القانون المدني المصري، فالواقع ان اجابة هذا الاستفهام تختلف بحسب المحل الذي انصب عليه العمل الفردي للشريك، فمما لاشك فيه ان العمل الفردي الذي يغير من منفعة المال الشائع اما ان يرد على جزء مفرز من المال الشائع، او يرد على المال الشائع كله، وبالنسبة للحالة الاولى، فانه وفقا لآراء الفقه بالقانون المدني المصري يوجد اتجاهان في شأن هذا العمل، **اولهما**، يعتبر عمل الشريك واردا على ملك الغير، وتبعاً لذلك فبناء احد الشركاء المشتاعين على جزء من الارض الشائعة وتحويل هذا الجزء بسبب البناء عليه من ارض زراعية الى سكنية، يعتبر بناء على ملك الغير، **وثانيهما**، يعتبر عمل الشريك معلقا على شرط واقف وهو وقوع الجزء الذي انصب عليه العمل في نصيب الشريك الذي قام به، أي انه معلقا على نتيجة القسمة بمعنى عدم البت في صحة عمل الشريك ومدى نفاذه الا بعد القسمة ونتيجتها، فان وقع الجزء المفرز في نصيب الشريك المتصرف فلا اشكال في ذلك، والا فانه يعد عملا صادرا من غير مالك.

وبحسب ما عرضه جانب من الفقه بالقانون المدني المصري ان الاتجاهين اعلاه كلاهما تجاهلا لطبيعة حق الشريك المشتاع والمحل الذي يرد عليه هذا الحق، فحق الشريك المشتاع، كما مر، حق ملكية بالمعنى الفني الدقيق، وهذا الحق يرد طوال فترة الشيوخ على المال الشائع كله، ومن هنا كان تعدد اصحاب الحق الواحد، وبسبب هذا التعدد كانت ضرورة التوفيق بين هؤلاء الملاك حين استعمالهم لهذا الحق، فلا يجوز لأحدهم ان ينفرد بمباشرة سلطاته كمالك لا على المال الشائع كله ولا على جزء مفرز منه.

وتأسيسا على كون الشريك مالكا اثناء فترة الشيوخ ان ما يقوم به من تصرف على جزء مفرز من المال الشائع يكون تصرفه صادرا من مالك، وبهذا المعنى يرى جانب اخر من الفقه المصري ان تصرف الشريك المشتاع تصرفا صحيحا، فلا هو قابل للإبطال بحجة انه تصرف في ملك الغير كما ذهب الاتجاه الاول، ولا هو معلق على نتيجة القسمة كما ذهب الاتجاه الثاني، كل ما في الامر انه لما كانت سلطات الشريك المشتاع في استعمال حقه مقيدة بسلطات باقي الشركاء في استعمال الحق ذاته، فان مثل هذا التصرف يعتبر غير سار في حق باقي الشركاء الا إذا اقرروه.

وعلى اساس مما يتمتع به الشريك المشتاع من حق ملكية في المال الشائع، يرى الدكتور السنهوري، ان ما يقوم به الشريك من تصرف، قبل القسمة، يعتبر تصرفا في ملك الغير ولكن بحدود حصص باقي الشركاء، فتصرفه نافذ بالنسبة لحصته كونه مالكا، وغير نافذ بالنسبة لحصص باقي الشركاء، وهذا ما قال به عند بيانه لحكم تصرف الشريك بجزء مفرز من المال الشائع عند تعرضه لهذا الموضوع في باب عقد البيع فيقول "إذا باع الشريك جزءا مفرزا من المال الشائع قبل قسمة هذا المال، فانه يكون قد باع ما يملك وما لا يملك، ما يملك حصته في الشيوع في هذا الجزء المفرز وما لا يملك حصص سائر الشركاء في هذا الجزء".

ويناهض بعض من الفقهاء بالقانون المدني المصري في القول المتقدم ويرون ان تصرف الشريك المشتاع في جزء من المال الشائع بدون موافقة شركائه الباقيين لا يعتبر تصرفا في ملك الغير، بحجة ان المشرع المصري وحيث قرر في المادة (٢/٨٢٦) من تقنينه المدني صحة تصرف الشريك المشتاع انما قصد صحة التصرف في الجزء المفرز بوصفه تصرفا في حصة شائعة. ومما لاشك فيه ان هذا التصور لم يلقى قبولا من جانب الكثير من الفقهاء في القانون المصري، فانتقدوه بحجة انه يحمل ارادة المتعاقدين فوق ما تحتمل، فهذه الارادة اتجهت فعلا الى التصرف في جزء مفرز لا في حصة شائعة.

وعلى اية حال فما تقدم من احكام يتناول العمل الفردي الذي يغير من منفعة المال الشائع عندما يرد على جزء مفرز من المال الشائع، وهذه هي الحالة الاولى، اما بالنسبة للحالة الثانية، وهي حالة العمل الفردي عندما يرد على المال الشائع كله، كما لو قام الشريك المشتاع بتحويل ليس جزء من الارض الزراعية الى سكن بل قام بالبناء عليها بالكامل وحولها بصورة كلية الى دور سكن، وهذا كله بدون موافقة شركائه الاخرين، والامر في المقام لدى البعض من الفقهاء بالقانون المدني المصري، هو ان كل تصرف يقوم به الشريك في المال الشائع بأكمله يعد تصرفا في ملك الغير، ويترتب على ذلك عندهم ان التصرف يعتبر غير ساري في مواجهة باقي الشركاء المشتاعين مالم يقره، واذا كان هذا التصور صحيحا في نتيجته باعتبار تصرف الشريك في هذا المقام لا يسري في مواجهة باقي الشركاء مالم يقره، الا انه تصورا لا يستقيم من حيث الاساس الذي استند اليه، فأصحابه يؤسسون عدم سريانه بكونه تصرفا في ملك الغير، وهو بهذا المعنى لا يستقيم مع طبيعة حق الشريك المشتاع والمحل الذي يرد عليه هذا الحق، فالقائلين به تجاهلوا تماما ان الشريك المشتاع يعد مع باقي شركائه مالكا للمال الشائع طوال فترة الشيوع، ويترتب على ذلك، كما مر، ان تصرفه في هذا المال يعتبر تصرفا صادرا من مالك، وبذلك تستحيل التسوية بين تصرفه وبين تصرف الشخص في ملك الغير، واذا كان صحيحا ان انفراده بالتصرف في المال الشائع امر يصطدم بحق باقي الشركاء، الا أن هذه الحقيقية هي التي تفسر عدم سريان تصرف الشريك الانفرادي في مواجهتهم، ولكنها عاجزة تماما عن تفسير اعتبار التصرف تصرفا من غير مالك.

وهذا التصور ردته محكمة النقص المصرية في العديد من الاحكام الصادرة عنها، اعتبرت بموجبه ان الشريك يعد مالكا مع شركائه الاخرين ولا يعدو من

الغير بالنسبة له، فقد جاء بقرار لها قضت فيه بأنه " ان الشريك إذا تمكن من البناء على جزء من العقار الشائع فإنه لا يعد بانيا في ملك غيره ومن ثم فإن المادة ٩٢٤ من القانون المدني المتعلقة بإقامة منشآت بمواد من عنده على ارض مملوكة لغيره دون رضاء صاحب الارض، ان هذه المادة لا تكون منطبقة على حالتها لتعلقها بحكم البناء في ملك الغير". فهذا الحكم يدل على عدم صحة التسوية بين تصرف الشريك المشتاع في مواجهة شركائه وبين تصرف الشخص في ملك الغير.

وامام كل مما تقدم يمكن ايجاد الاساس القانوني لعدم سريان اعمال الشريك في حق شركائه الاخرين، بما قرره النصوص التشريعية المنظمة للشيوخ، كالمادة (٨٢٩) من القانون المدني المصري، والمادة (١٠٦٥) من القانون المدني العراقي وعلى النحو السابق ذكرهما، اذ بموجب هذين النصين يكون حق تغيير او اجراء تعديل في الغرض الذي اعد له المال الشائع لأغلبية الشركاء، ولا يثبت لاحد الشركاء بمفرده ما دام انه لا يملك القدر الاكبر في الحصة او ان هذا التغيير في الغرض لم يحظ بقبول الشركاء الاخرين صراحة او ضمنا. ويترتب على ذلك عدم سريانه في حق الشركاء واعتباره غير قائم بالنسبة إليهم.

الخاتمة

اولا: النتائج:

١- اثار موضوع الطبيعة القانونية لحق الشريك المشتاع نقاشا حادا بين الفقهاء وخلافا محتدما بينهم، فمنهم ينكر وصف الملكية على حق الشريك المشتاع مستندا في ذلك على طبيعة الحق ذاته واصفا اياه بأنه حق شخصي من جهة او بأنه حق عيني من نوع خاص من جهة اخرى، الى جانب ذلك وجدنا من خلال البحث اراء اخرى اتجهت نحو تكليف حق الشريك بأنه حق ملكية تؤيدها في ذلك النصوص القانونية وتدعمها احكام القضاء في العديد من تطبيقاته، وانتهينا مع الرأي السائد باعتباره حق ملكية بالمعنى الدقيق، يتضمن جميع عناصر حق الملكية من استعمال واستغلال وتصرف شأنه في ذلك شأن المالك في الملكية المفردة.

٢- تبين من خلال البحث ان كل شريك... وبالتالي يتعين على كل شريك عند استعمال سلطاته على حصته الشائعة التقيد بعدم الاضرار بحقوق شركائه الاخرين، بغض النظر عن طبيعة المال الشائع سواء كان هذا المال يقبل الانتفاع المشترك في آن واحد كأن يكون المال الشائع طريقا فإن لسائر الشركاء حق المرور فيه، او كان لا يقبل ذلك.

٣- تبين من خلال البحث ان المشرع العراقي بعد ان اجاز للشريك المشتاع سلطة استعمال المال الشائع واستغلاله، وضع قيودا عاما واحدا يرد على هذا الاستعمال مفاده ضرورة عدم اضرار الشريك عند استعماله للمال الشائع بحقوق سائر الشركاء، ويبدو لنا هذا قيد فضفاض، وغير واضح وبالتالي فانه قد يشمل قيودا كثيرة من شأنها ان تعيق استعمال المال الشائع او استغلاله، كما

- يبدو لنا قيديا فيه ارهاق للقضاء بالبحث في كل حالة على حدة فيما إذا اصاب الشركاء ضرر ام لا من جراء استعمال او استغلال أحدهم للمال الشائع.
- ٤- تبين من خلال البحث ان المشرع العراقي اعطى من خلال المادة (٢٠٦١)، للشريك الحق في الانتفاع بحصته الشائعة واستغلالها، ولا تتفق مع المشرع العراقي في ذلك؛ لأن حق الانتفاع والاستغلال يرذ على المال الشائع ذاته وليس على الحصة الشائعة التي هي حصة رمزية او حسابية.
- ٥- لقد اكتفى المشرع العراقي من خلال المادة (١٠٦٥) من تقنينه المدني، بموافقة أصحاب القدر الأكبر من الحصص من اجل تعديل او تغيير الغرض الذي اعد له المال الشائع، وهي الاغلبية ذاتها التي اشترطها من اجل القيام بأعمال الادارة المعتادة، وبذلك فان المشرع العراقي ساوى في الاغلبية اللازمة بين اعمال الادارة المعتادة وغير المعتادة، الا اننا نجد في الوقت ذاته جعل قرار الشركاء في عند القيام بأعمال الادارة غير المعتادة مقيدا بضرورة الحصول على اذن مسبق من المحكمة، بوصفه من الضمانات التي وفرها المشرع من اجل صيانة حقوق الشركاء، وهو امر فارق فيه القانون العراقي مصدره التاريخي القانون المدني المصري، فالأخير، اشترط للقيام بأعمال الادارة المعتادة صدورها ممن يملكون ثلاثة ارباع المال الشائع، كما انه جعل دور المحكمة لاحقا على قرار الاغلبية.
- ٦- لقد اشترط المشرع المصري في الشطر الاخير من المادة (٨٢٩) التي تقابل المادة (١٠٦٥) من القانون المدني العراقي، ضرورة اعلان قرار الاغلبية الذين يملكون ثلاثة ارباع المال الشائع، لكي يكون الاقلية على علم به، مع اعطاء الاخيرة حق التظلم من قرار الاغلبية امام المحكمة المختصة خلال شهرين من وصول الاعلان اليه. اما المشرع العراقي فلم يرد فيه هذا الشرط، ولم يحدد فيه وقت لمراجعة المخالف المحكمة.
- ٧- وجدنا من خلال البحث ان الفقهاء المسلمون يشترطون في الوكالة حتى تصلح كأساس لمشروعية اعمال الشريك عند تغييره في الغرض الذي اعد له المال الشائع ان تكون وكالة صريحة متحققة بلفظ صريح، وهو ما اتبعه كذلك القانون المدني الفرنسي فقد اشترط وكالة خاصة تتعقد بألفاظ صريحة ومحددة من اجل القيام بأعمال التصرف سواء كانت تصرفات قانونية كنقل ملكية المال الشائع او ترتيب حق عيني عليه او اعمال مادية مثل احداث تغيير في شكل المال الشائع او في الغرض الذي اعد من اجله. وعلى العكس من ذلك لم يقف القانون المدني العراقي وكذلك المصري عند حد الوكالة الصريحة، فهما لا يشترطان شكلا محددًا للوكالة، بل على العكس من ذلك فقد اجازا الوكالة الضمنية واعتبروها الصورة الغالبة والراجحة في هذا المقام.
- ٨- تبين من خلال البحث ان الفقه والقضاء استقر على ان الشريك الذي يمارس السلطات على المال الشائع بموافقة شركائه الاخرين يعد وكيلا عنهم، وعندهم ان الشريك يأخذ وصف الوكيل حتى في الاحوال التي يقوم فيها من اجل احداث التغيير في الانتفاع بعمل مادي، فالشريك الذي يغير في منفعة العقار الشائع

عن طريق احداث منشآت او بناء عليه يعتبر وكيلًا عن شركائه الاخرين متى ما اجازوا عمله في البناء، على الرغم من أن ما قام به عمل مادي.

ثانياً: التوصيات:

- ١- تعديل المادة (٢/١٠٦١)، من القانون المدني العراقي ليكون نصها جارياً على النحو الآتي: (لكل شريك الحق في استعمال واستغلال المال الشائع بقدر حصته، بشرط الا يستعمله او يستغله على وجه يخالف ماهية هذا المال او الغرض الذي اعد له).
- ٢- ندعو المشرع العراقي الى تعديل المادة (١٠٦٥) من القانون المدني العراقي ليكون نصها جارياً على النحو الآتي "١- للشركاء الذين يملكون ثلاثة ارباع الحصص ان يدخلوا بإذن المحكمة في الاحوال التي تتحقق فيها مصلحة جميع الشركاء من التغييرات الاساسية والتعديل في الغرض الذي اعد له المال الشائع ما يخرج عن حدود الادارة المعتادة. ٢- يجب اعلان قرار الاغلبية الى باقي الشركاء بصورة تحريرية، ولكل شريك من الاقلية ان يطعن في قرار الاغلبية امام المحكمة المختصة خلال شهرين من وصول الاعلان اليه".
- ٣- لقد لاحظنا ان المشرع العراقي اعتبر من خلال المادة (٣/١٠٦٤) من القانون المدني الشريك الذي يتولى ادارة المال الشائع ادارة معتادة دون اعتراض من بقية الشركاء وكيلًا عنهم والملاحظ على هذا النص انه جاء عند تنظيم المشرع لآعمال الادارة المعتادة، وتبعاً لذلك ندعو المشرع العراقي ان يلغي الفقرة الثالثة من المادة (١٠٦٤) ويجعل منها نصاً مستقلاً يبين فيه احكام الوكالة بوجه عام يكون موضعه بعد المواد المنظمة لسلطة الاغلبية في القيام بأعمال الادارة المعتادة وغير المعتادة، بحيث يكون النص جارياً وفق الآتي " اذا تولى احد الشركاء أعمال الادارة المعتادة وغير المعتادة دون اعتراض من شركائه الباقين عد وكيلًا عنهم".

قائمة المصادر

اولا: كتب الفقه الاسلامي:

- ١- ابو محمد محمود بن احمد العيني، البناء في شرح الهداية، ج ١٠، دار الفكر للطباعة والنشر.
- ٢- علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٦، ط ١، دار المعرفة، بيروت، ٢٠٠٠.
- ٣- علي أصغر مرواريد، المصادر الفقهية، ج ٢٣، ط ١، بيروت، ٢٠٠١.
- ٤- علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الاحكام، مج ٣، (الشركات، الوكالة)، طبعة خاصة، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، ٢٠٠٣.
- ٥- علي الخفيف، الملكية في الشريعة الاسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، ج ٢، دار الفكر العربي، ١٩٩٦.
- ٦- محمد امين زين الدين، كلمة التقوى، ج ٤، من دون مكان وسنة طبع.
- ٧- محمد جواد الحسيني العاملي، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، ج ٢، ط ١، مؤسسة النشر الاسلامي، قم، ١٤٢٨ هـ.
- ٨- محمد قدرى باشا، مرشد الحيران الى معرفة احوال الانسان، ط ٢، المطبعة الكبرى الاميرية ببولاق مصر المحمية، ١٣٠٨ هـ.

ثانيا: الكتب القانونية:

- ١- د. اسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، ج ١، القاهرة، ١٩٦١.
- ٢- د. أنور سلطان، العقود المسماة، شرح البيع والمقايضة، ط ٢، الإسكندرية، ١٩٥٢.
- ٣- انور طلبية، الملكية الشائعة، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ٢٠٠٤.
- ٤- د. ايمن سعد عبدالمجيد، سلطات المالك على الشيوع في استعمال المال الشائع واستغلاله، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
- ٥- جمال خليل النشار، تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ١٩٩٩.
- ٦- حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي، الحقوق العينية الاصلية، من دون مكان وسنة نشر.
- ٧- د. حسن كيره، اصول القانون المدني، الحقوق العينية الاصلية، احكام حق الملكية، ج ١، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٦٥.
- ٨- د. سليمان مرقس، شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد البيع، ط ٤، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٨٠.
- ٩- د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية، ج ١، شركة الطبع والنشر الاهلية، ١٩٦٠-١٩٦١.
- ١٠- د. طلبية وهبة خطاب، نظام الملكية، حق الملكية بوجه عام، دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، ط ٢، مكتبة سيد عبدالله وهبة، ١٩٨٨.
- ١١- د. عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية، ج ٤، ج ٨، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠.

- ١٢- د.عبدالمنعم البدر اوي، شرح القانون المدني، في الحقوق العينية الأصلية، ط٢، مطابع دار الكتاب العربي، مصر، ١٩٥٦.
- ١٣- د.عبدالمنعم البدر اوي، الوجيز في عقد البيع، النسر الذهبي للطباعة، ١٩٩٨.
- ١٤- د.عبدالمنعم فرج الصدة، حق الملكية، ج١، ط٣، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ١٩٦٧.
- ١٥- د.عبدالناصر توفيق العطار، شرح أحكام حق الملكية، دار الفضيلة للطباعة، ١٩٩٧.
- ١٦- د.محمد حسين منصور، الحقوق العينية الاصلية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٣.
- ١٧- محمد طه البشير د.غني حسون طه، الحقوق العينية، ج١، ط٤، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠١٠.
- ١٨- د.محمد علي عرفة، موجز في حق الملكية واسباب كسبه، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ١٩٥٥-١٩٥٦.
- ١٩- د.محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، الكتاب الاول، ط٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٧.
- ٢٠- د.محمود عبدالرحمن محمد، استعمال وادارة المال الشائع، دراسة مقارنة في القانون الوضعي (المصري والفرنسي) والفقاه الاسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، من دون سنة نشر.
- ٢١- د.منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، مكتبة عبدالله وهبة، ١٩٦٥.
- ٢٢- د.نبيل ابراهيم سعد، المدخل الى القانون، نظرية الحق، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠.

ثالثا: البحوث العلمية:

- ١- د.حسن كيره، تصرف الشريك في جزء مفرز من الشيء الشائع، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، تصدرها كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، السنة الثانية عشرة، العددان الأول والثاني، ١٩٦٤.
- ٢- د.ضحى محمد سعيد، التصرف القانوني للشريك في المال الشائع، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، تصدرها كلية الحقوق جامعة الموصل، مج ١٢، العدد ٤٧، ٢٠١١.
- ٣- د.عباس علي محمد الحسيني، سلطة الشريك المشتاع في تأجير المال المشاع، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، تصدرها كلية القانون جامعة كربلاء، السنة السابعة، العدد الاول، ٢٠١٥.
- ٤- د. منصور مصطفى منصور، تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة وحماية كل شريك من تصرفات غيره، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، يصدرها أساتذة كلية الحقوق بجامعة عين شمس، السنة السادسة، العدد الأول، مطبعة جامعة عين شمس، ١٩٦٤.

رابعا: مصادر القرارات القضائية:

- ١- ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، القسم المدني، مطبعة العمال المركزية، من دون سنة نشر.

- ٢- سلمان بيات، القضاء المدني العراقي، ج٢، ١٩٦٢.
 - ٣- مجلة التشريع والقضاء، العدد الاول، ٢٠١٠.
 - ٤- مجلة العدالة، تصدر عن وزارة العدل في جمهورية العراق، العدد الثالث، ٢٠٠١.
 - ٥- النشرة القضائية، العدد الرابع عشر، ايلول، ٢٠١٠.
 - ٦- مجموعة أحكام محكمة النقض (الدائرة المدنية)، للسنوات:
 - السنة الثانية والعشرون، ج ١.
 - السنة التاسعة والعشرون، ج ١.
 - السنة الحادية والأربعون، ج ١.
 - السنة الرابعة والاربعون.
 - السنة الخامسة والأربعون، ج ٢.
- خامسا: المصادر المتفرقة:**
- ١- د.عباس علي محمد الحسيني، طبيعة الملكية الشائعة وأثرها على التصرف بالمال المشاع، مجموعة محاضرات أقيمت على طلبة الدكتوراه في كلية القانون جامعة كربلاء للعام الدراسي ٢٠١٢-٢٠١٣.
 - ٢- دالوز، القانون المدني الفرنسي بالعربية، الطبعة الثامنة بعد المئة بالعربية، ٢٠١٢.
 - ٣- د.منصور حاتم محسن، فكرة تصحيح العقد، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون جامعة بغداد، ٢٠٠٦.
 - ٤- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج٦، مطبعة دار الكتاب العربي، من دون سنة طبع.
- سادسا: المواقع الالكترونية:**
- ١- (www.iraqlid.iq).
 - ٢- (www.cc.gov.eg).
- سابعا: القوانين:**
- ١- القانون المدني الفرنسي لعام ١٨٠٤.
 - ٢- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.
 - ٣- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
 - ٤- قانون رقم ١٢٨٦ الصادر في ٣١/كانون الاول/ديسمبر/ ١٩٧٦ المعدل للقانون المدني الفرنسي في باب الملكية الشائعة.