المبحث الأول

تصرف الشريك في حصته الشائعة

المطلب الأول : تكييف حق الشريك

المطلب الثاني : تصرفات الشريك القانونية في حصته الشائعة

المبحث الأول

تصرف الشريك في حصته الشائعة

للشريك حق ملكية على الشئ الشائع كله وأن كان محدداً بقدر حصته وعلى ذلك فأن الشريك قد يتصرف في حصته الشائعة أو في جزء مفرز من المال الشائع أو في كل المال الشائع وعلى ذلك للشريك أن يتصرف في حصته الشائعة كلها أو بعضها سواء كان هذا التصرف معاوضة أو تبرعاً وسواء كان المتصرف إليه أجنبياً عن الشركاء أو كان واحداً منهم .(١)

ونصت المادة ١/٨٢٦ مدني مصري على أن ((كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً وله أن يتصرف فيها)) (٢)

فتصرف الشريك في حصته الشائعة هو تصرف يصدر ممن له حق على الشئ فهو يستعمل الرخصة المخولة لصاحب كل حق في أن يتصرف في حقه وللشريك المشتاع أن يتصرف في حصته الشائعة بكافة أنواع التصرفات فله أن يبيعها أو يقاض عليها أو يهبها .(٣)

ويعتبر تصرف الشريك في حصته الشائعة على أي وجه من الوجوه السابقة صحيحاً نافذاً في مواجهة جميع الشركاء دون حاجة إلى موافقتهم عليه أو إلى أعلانهم به

---

(١) د . نبيل إبراهيم سعد ، الحقوق العينية الأصلية ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بلا مكان نشر ، ٢٠١٠، ص١٣٣

(٢) القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨، الإدارة العامة لشؤون القانونية بالهيئة ، الطبعة السادسة ، الهيئة العامة لشؤون مطابع الإسكندرية ، القاهرة ، ١٩٩٦

(٣) د . رمضان أبو السعود ، الحقوق العينية الأصلية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ٢٠٠١،ص٩٣

ويرتب هذا التصرف كامل أثاره بين الطرفين فتنتقل ملكية المنقول المعين بالذات من وقت العقد بقوة القانون وإذا كانت الحصة الشائعة في عقار أو في مجموع من المال يشتمل على عقار فلا تنتقل الملكية في هذه الحالة إلا بتسجيل التصرف لكن إذا تصرف الشريك في مقدار شائع يزيد على حصته ينفذ في حق الشركاء الآخرين فيما يتعلق بالقدر الزائد ويحق لهم أن يرفعوا دعوى يثبت ملكيتهم وعدم نفاذ البيع فيما زاد على حصته الشريك البائع دون انتظار نتيجة القسمة ويترتب على هذا التصرف انتقال حق الشريك المتصرف إلى المتصرف إليه وبذلك يصبح هذا الأخير شريكاَ في حدود الحق الذي تلقاه فأن كان قد تلقى كل حق المتصرف حل محله في مركزه القائم وأن كان قد تلقى بعض ما كان للمتصرف دخل المتصرف إليه شريكا معه بقدر ما تصرف إليه ومع سائر الشركاء في المال الشائع .(١)

فإذا تصرف الشريك في حصته الشائعة كان تصرفه نافذاَ في مواجهة شركائه لأنه لا ينطوي على أي مساس بحقوقهم وإنما يجوز لباقي الشركاء استرداد الحصة المبيعة إذا كانت منقولة أو عن طريق الشفعة إذا كانت عقاراَ.(٢)

وهذا ما أعدته المادة (١٠٦٢ف٢) من القانون المدني العراقي بقولها ((كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما وله حق الانتفاع بها واستغلالها بحيث لا يضرر بشركائه)) (٣)

---

(١) د . نبيل إبراهيم سعد ، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق ، ص١٣٤

(٢) د . رمضان أبو السعود ، مصدر سابق ، ص٩٣

(٣) القانون المدني العراقي رقم ٤٠لسنة ١٩٥١، نقابة المحامين العراقية ، مكتبة النهضة ، بغداد ، ١٩٩٩.

المطلب الأول : تكييف حق الشريك

أختلف الفقهاء حول طبيعة حق الشريك المستاع ومدى أمكان أدراجه تحت نوع من الأنواع المعروفة للحق مذهب رأي إلى أن حق الشريك المشتاع هو مجرد حق شخصي لاحق عيني وذلك على أساس القول بأن الحق العيني يفترض وجود محل معين له وهو شئ محدد مفرز بينما يقع حق الشريك المشتاع على حصة غير مفرزه أو محددة تحديداً ماديا ولا يتحول حقه الشخصي إلى حق عيني إلا بالإفراز من بعد ولكن هذا الرأي يتعارض مع ما يثبته القانون لكل شريك مشتاع من سلطات مباشرة على الشئ الشائع سواء فيما يتعلق بالاستعمال أو الاستغلال أو التصرف مما ينشى رابطة عينية مباشرة بين الشريك المشتاع وبين محل محدد هو الشى الشائع وقويب من هذا الرأي ما ذهب إليه بعض الفقهاء من تكييف الشيوع بأفه ملكية مشتركة تثبت بمقتضاه الملكية لا لكل شريك من الشركاء على حده وإنما تثبت لمجموع الشركاء المشتاعين باعتبار هذا المجموع كيانا مستقلا عن كيان وإدارة كل مشتاع وبذلك لا يكون لآي شريك سلطة قانونية مباشرة تقع على الشئ الشائع .(١)

---

(١) د . حسن كيره ، الموجز في أحكام القانون المدني ، الحقوق العينية الاصلية ، منشاة المعارف الإسكندرية ، (١٩٧٥) ص١٥٧-١٥٨

فذهب البعض إلى اعتباره حقاَ عينياَ من نوع خاص غير أنواع الحقوق العينية التقليدية المعروفة لكن هذا الرأي ليس بالمستقيم في حكم المنطق أو حكم القانون ذلك أن مضمون الحقوق العينية الأصلية محصور في سلطات ثلاث هي الاستعمال والاستغلال والتصرف والقول بأن حق الشريك المشتاع حق عيني ولو من نوع خاص لا يخرجه في مضمونه عن حدود هذه السلطات .(١)

كل ما في الأمر أن حق الملكية الوارد على الشئ الشائع له أصحاب متعددون خلافاَ للملكية الوادية المفوزة حيث يثبت فيها حق الملكية لمالك واحد وبهذا التكييف أخذت التشريعات العربية الحديثة وهو كذلك ما ذهب إليه الفقه الإسلامي عامة ومجلة الإحكام الموالية خاصة .(٢)

وقد قطعت المادة ١٠٦١ الفقرة الثانية من القانون المدني العراقي حول طبيعة حق الشريك في الشيوع بقولها ((وكل شريك في الشيوع يملك حصته الشائعة ملكاَ تاماَ)) (٣)

وعلى هذا النحو فكل شريك مشتاع يعتبر مالكاَ ولئن كان يرمز إلى ملكيته بحصة معنوية أو حسابية معينة إلا أن حقه ما دام يتزاحم معه ملاك آخرون على نفس المحل بمجرد حصص رمزية لا يتصور واقعاَ أذن إلا على الشئ الشائع كله طالما حالة الشيوع قائمة لم تفضها القسمة بالإفراز جزء مادي محدد ينفرد بالتسليط عليه وهذا التكييف هو الأساس فيما سنراه من وظيفة القسمة الكاشفة أو المحددة (٤)

---

(١) د . حسن كيره ، مصدر سابق، ص ١٥٨

(٢) د . محمد طه البشير – د / غني حسون طه ، الحقوق العينية الأصلية – الحقوق العينية التبعية ، الجزء الأول ،طبعه جديدة منقحة ، مكتبة السنهوري – بغداد ، بلا سنة نشر ، ص٩٩

(٣) القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

(٤) د . حسن كيره ، المصدر السابق ، ص ١٥٩

المطلب الثاني

تصرفات الشريك القانونية في حصته الشائعة

تتمثل هذه التصرفات القانونية بكافة أنواع التصرفات في الحصة الشائعة سواء بنقل ملكية أو بتقرير حق عيني متفرع عنها أو بإنشاء حق عيني تبعي ومن حق الشريك أن يتصرف في حصته الشائعة كيفما يشاء بنقل ملكيتها أو ترتيب حق عيني عليها أو هبتها أو رهنها أو ترتيب حق عيني عليها وغير ذلك من التصرفات القانونية .(١)

وقد نصت المادة ١/١٠٣١ قانون مدني مصري ((لكل واحد من الشركاء في الملك أن يتصرف في حصته كيف يشاء دون أذن من باقي الشركاء)) (٢)

الفرع الأول

بيع الشريك للحصة الشائع

للشريك أن يتصرف في حصته الشائعة كيفما يشاء بشرط أن لا يضر بالشركاء الآخرين ، فإذا تصرف بنقل ملكية كالبيع مثلا فأنه ينقل ملكية الحصة الشائعة فور التعاقد أو من تاريخ التسجيل على حسب الأحوال إلى المتصرف إليه أو إلى المشتري وهو ما يؤدي إلى إحلال المشتري محل المتصرف أو البائع شريكاَ لباقي الشركاء فتكون له كل حقوق الشريك وسلطاته والتزاماته ويثبت له حق طلب القسمة ويجب على باقي الشركاء اختصامهم في دعواهم. (٣)

---

(١) د . علي هادي ألعبيدي ، الوجيز في شرح القانون المدني ، الحقوق العينية – دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، الإصدار الثالث ، دار الثقافة – للنشر والتوزيع ، عمان – سنة ٢٠٠٠، ص٥٩

(٢) القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

(٣) د . حسن كيره ، مصدر سابق ، ص ١٨٦.

وقد قطعة المادة ((١٠٦١ف٢)) من القانون المدني العراقي كل شك حول طبيعة حق الشريك في الشيوع بقولها ((كل شريك في الشيوع يملك حصته الشائعة ملكاً تاماً)) (١)

فإذا تصرف الشريك بحصته الشائعة في عقار بالبيع وكان المشتري أجنبيا على الشركاء وأراد هؤلاء منع دخوله بينهم فلأي منهم تملك الحصة المبيعة ولو جبراً على المشتري عن طريق الشفعة.(٢)

الفرع الثاني

أيجار الشريك للحصة الشائعة

للشريك المشتاع الحق في أن يتصرف في حصته الشائعة ومن هذه التصرفات أيجار حصته الشائعة ، وهذا ما أكدته المادة (١٠٦١ف٢) بقولها : ((كل شريك يملك حصته الشائعة ملكاً تاماً وله حق الانتفاع بها واستغلالها والتصرف فيها ٢٠٠٠) (٣)

للمالك على الشيوع أن يستعمل الشئ الذي يرد عليه حقه وأن يستغله ولكنه نظرا لأنه لا يملك هذا الشئ بمفرده وإنما يشاركه آخرون في هذه الملكية ولعدم تحديد حقه مفرزة لكل مالك فأن ممارسة الملك لسلطة في لاستعمال ولاستغلال تكون دائما مقيده بعدم الإضرار بحقوق سائر الشركاء.(٤)

---

(١) القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١

(٢) د . محمد طه البشير ، د / غني حسون طه ، مصدر سابق ، ص١٠١

(٣) القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١

(٤) د . محمد حسن قاسم ، موجز الحقوق العينية الأصلية ، الجزء الأول ، بلا طبعة ، منشورات الحقوقية ، بلا سنة نشر ، ص ١١٧

فحق الانتفاع الذي يرتبه الشريك على حصته صحيح ونافذ في حق سائر الشركاء ولو بدون موافقتهم ويصبح المنتفع هو صاحب الحق في ثمار الشئ بقدر الحصة التي يرد عليها حقه.(١)

الفرع الثالث
رهن الشريك للحصة الشائعة

للشريك المشتاع في الملكية الشائعة مجموعة من التصرفات ومن ضمن هذه التصرفات هو رهن الشريك لحصته الشائعة . بإمكان الشريك أن يرهن الحصة الشائعة كلها أو بعضها رهناً رسمياً حيازياً ولا يحول دون الرهن الحيازي أن الرهن الحيازي يقتضي حيازة الشئ المرهون حتى يكون نافذاً في حق الغير فالحصة الشائعة قابلة لان تكون محلاً للحيازة كأن يتفق الدائن المرتهن مع الشركاء على أن يعهد بالمال الشائع إلى أحد الشركاء فيجوزه بالنسبة لحصة الشريك الراهن نيابة عن الدائن المرتهن فيجوزه بصفته دائناً مرتهناً بالنسبة للحصة الشائعة المرهونة وبصفته مديراً للمال الشائع بالنسبة لباقي الحصص.(٢) ويعتبر هذا الرهن نافذاً وصحيحاً في حق باقي الشركاء بحيث يكون للدائن المرتهن إذا حل أجل الدين قبل القسمة التنفيذ على الحصة الشائعة ببعيها في المزاد واقتضاء دينه بالأولوية من ثمنها أما إذا جرت القسمة قبل هذا التنفيذ فيرد حق الدائن المرتهن على الجزء المفرز الذي يقع بالقسمة للشريك الراهن .(٣)

---

(١) د . محمد طه البشير ، د / غني حسون طه ، مصدر سابق ، ص١٠١

(٢) د . رمضان أبو السعود ، مصدر سابق ، ص٩٤

(٣) د . حسن كيره ، مصدر سابق ، ص١٨٧

المبحث الثاني

تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع

المطلب الأول :

بيع وإيجار الشريك لجزء مفرز من المال الشائع

المطلب الثاني :

رهن الشريك لجزء مفرز من المال الشائع

المبحث الثاني

تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع تصرف الشريك في حصة مفرزة يثير كثيراً من الصعوبات وذلك لان الشريك لا يملك قبل القسمة إلا حصة شائعة وذلك فأن تصرف الشريك في حصة مفرزة عد خروجاً عن الحدود المقررة قانوناً.(١)

ويتمثل الخلاف حول حكم تصرف الشريك في حصة مفرزة في اتجاهين أساسيين :- فقد قبل أولا أن تصرف الشريك في حصة مفرزة دون موافقة باقي شركائه يعد تصرفاً في ملك الغير ذلك أن المتصرف لا يملك هذا الجزء الذي تصرف فيه إلا مقدار نصيبه في الشيوع أي النصف أو الربع أو الثلث مثلاً باعتباره يملك نسبة معينة في كل ذرة من ذرات المال فإذا تصرف في مقدار معين فان تصرفه يكون من ملك في النسبة التي يملكها وما زاد عن هذه النسبة يعد تصرف في ملك الغير لأنه يعتبر من حق الشركاء الآخرين .(٢)

---

(١) د . نبيل إبراهيم سعد ، الحقوق العينية الأصلية ، مصدر سابق ، ص١٤٤

(٢) د . توفيق حسن فرج ، الحقوق العينية الأصلية ، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بلا سنة نشر ، ص١٨٩

أما الاتجاه الثاني فيذهب إلى أن تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع يكون موقوفاَ على نتيجة القسمة فإذا تمت القسمة ودفع الجزء الذي تم التصرف فيه في نصيب المتصرف استقر التصرف نهائيا وانتهى الأمر أما إذا وقع هذا الجزء في نصيب شريك أخر بذلك يتأكد صدور التصرف من غير ملك ويكون للمتصرف إليه طلب إبطاله أما قبل القسمة وبحيث لم يتضح مصير التصرف فلا يكون للمتصرف إليه طلب إبطاله كما لا يكون لباقي الشركاء رفع دعوى الاستحقاق لتأكيد حقوقهم في الجزء الذي تم التصرف فيه .(١)

لا يجوز للشريك التصرف في جزء مفرز من الشئ الشائع ولو كان ما تصرف فيه يعادل حصته في هذا الشئ وهذا ما يتفق مع القواعد العامة في الشيوع لان حق الشريك لا يتركز في الجزء الذي تصرف فيه وإنما ترد على هذا الجزء أيضا حقوق الشركاء الآخرين فيكون الشريك قد تصرف في ملك غيره بقدر ما للشركاء من حقوق في هذا الجزء. (٢)

---

(١) د . محمد حسن قاسم ، مصدر سابق ، ص١٤٠,١٣٩

(٢) د . محمد طه البشير ، د / غني حسون طه ، مصدر سابق ، ص ١١٠

المطلب الأول

بيع وإيجار الشريك لجزء مفرز من المال الشائع

الفرع الأول

بيع وإيجار الشريك لجزء مفرز من المال الشائع

قضت المادة (١٠٦٢ف٢) من القانون المدني العراقي بقولها ((وإذا تصرف الشريك في جزء من المال الشائع فلا يكون للتصرف أثر إلا إذا وقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب هذا الشريك (١)
فإذا ثبتت أن المشتري قد وقع في غلط في صفة جوهرية في الشئ المبيع فأن اعتقد أن البائع يملك المبيع ملكية مفرزة لا شائعة وقع البيع قابلا للإبطال فيجوز للمشتري طلب الإبطال قبل القسمة ولا يجبر على انتضار القسمة ونتيجتها وإذا حدثت القسمة قبل الحكم بالإبطال ووقع الجزء المتصرف فيه في نصيب الشريك المتصرف فلا يجوز طلب الإبطال إعمالا لحكم المادة (١٢٤) مدني مصري والتي تقضي بأنه ((ليس لمن وقع في غلط إن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية وكذلك أيضا إذا اقره بقية الشركاء تصرف شريكهم في حصة مفرزة أو تلقى الشريك الملكية الخالصة للجزء الذي تصرف فيه لأي سبب كان (٢)

---

(١) القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١

(٢) رمضان أبو السعود ، مصدر سابق ، ص١٠٠

أما إذا لم يقع الجزء المفرز المبيع في نصيب الشريك البائع عندئذ يبقى البيع قابل للإبطال إذا لم يكن المشتري قد أجاز البيع من قبل ويطلب المشتري الإبطال اعملاَ لإحكام الغلط وطبقاَ لما أوردته المادة ٢/٨٢٦ مدني عندما قالت ((للمتصرف إليه إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة الحق في إبطال التصرف))

إما إذا كان المشتري يعلم أن البائع المتصرف ليس إلا مالكاَ على الشيوع عندئذ لا يكون لهذا المشتري قد وقع في غلط فليس له طلب إبطال التصرف لا قبله القسمة أو بعدها حتى ولو لم يقع الجزء المتصرف فيه نصيب المتصرف وفي هذه الحالة ينتقل حق المشتري إلى قدر من الأعيان التي اختص بها البائع المتصرف بمقتضى القسمة يعادل قيمة الجزء الذي تصرف فيه (١)

وأقتصر حق المتصرف إليه في الإبطال على الإبطال بسبب عيوب الرضا وبخاصة الغلط ومنعة من طلب الإبطال على أساس صدور التصرف من غير مالك وهو الحكم الواجب تقريره بصفة مطلقة سواء في فترة قيام الشيوع أو بعد فض القسمة (٢)

كذلك بيع الشريك لجزء مفرز يصلح سبباَ صحيحاَ لتملك هذا الجزء بالتقادم الخمسي متى توافر عند المشتري حسن النية ويكون سبب اكتساب الملكية في هذه الحالة هو التقادم الخمسي لا التصرف ذاته (٣)

---

(١) د . رمضان أبو السعود ، مصدر سابق ، ص١٠٠

(٢) د . حسن كيره ، مصدر سابق ، ص١٧٩

(٣) د . نبيل إبراهيم سعد ، الحقوق العينية الأصلية ، مصدر سابق ، ص١٤٩

شأن بتسجيل القسمة فإذا يتم التسجيل في خلال هذه المدة فأن أثره يستند إلى وقت تسجيل البيع وبالتالي لا تنفذ في حق المشتري التصرفات التي صدرت من البائع في المدة مابين تسجيل البيع وتسجيل الأمر المشار إليه (١)

الفرع الثاني

أيجار الشريك لجزء مفرز من المال الشائع

نصت المادة (١٠٦٢ف٣) من القانون المدني العراقي على إيجار الشريك لحصته الشائعة بقولها ((ويجوز للشريك في الشيوع إن يؤجر حصته الشائعة لشريكه أو لغير شريكه)) (٢) إذا للشريك إن يستولي على ثمار الشئ بقدر حصته وله إن يستغله بقدر حصته ولكن سلطة الشريك في الاستعمال والاستغلال مقيدة بقدر الحصة بحقوق الشركاء الآخرين التي ترد في نفس الوقت على نفس المحل وهو العين الشائعة جميعها وهذا ما نصت عليه المادة ١/٨٢١ من القانون المدني المصري بقولها ((كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكاَ تاماَ وله أن يتصرف فيها وان يستولي على ثمارها وان يستغلها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء)) فقتضى ذلك إن الشريك المشتاع يستطيع إن ينفرد بالقيام التي تتفق مع ما أعد له الشئ الشائع ويستطيع الشركاء جميعاَ في الوقت ذاته إن يقوموا بها بحيث لا يترتب على قيام أحدهم بها منع الباقين عنها .(٣)

فإجارة الحصة الشائعة لشريك صحيحة إما أجارتها لغير الشريك مفاسده والفساد هنا مبنى على أساس عدم إمكان تسليم الحصة الشائعة مفرزة فلا يكون استيفاء المنفعة مقدوراَ لان استيفاء هذه المنفعة يكون بتسليم الشئ الشائع وهو غير مقدور وإنما يتصور تسليمه بتسليم الباقي وهذا غير معقود عليه فلا يتصور تسليمه شرعاَ (٤)

---

(١) د . رمضان أبو السعود ، مصدر سابق ، ص١٠١

(٢) القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١

(٣) د . نبيل إبراهيم سعد ، الحقوق العينية الأصلية ، مصدر سابق ، ص١١٧-١١٨

(٤) د . محمد طه البشير ، د / غني حسون طه ، مصدر سابق ، ١٠٣

فلا يجوز لأي من الشركاء أن ينفرد بالقيام بها حتى ولو كان الجزء الذي يريد الاستئثار به معدلاً لحصته الشائعة أو اقل منها وذلك لتعلق حقوق باقي الشركاء بالعين جميعهم (١)

المطلب الثاني

رهن الشريك لجزء مفرز من المال الشائع

نصت المادة (٢٩١ف١) بقولها ((إذا رهن احد الشركاء حصته الشائعة في عقار يتحول الرهن بعد القسمة إلى الحصة المفرزة التي وقعت في نصيب هذا الشريك))(٢)

فأن تصرف أو رهن الشريك على الشيوع لحصة مفرزة لا ينفذ في حق باقي الشركاء ما لم يقروه ولهم إن يتمسكوا بحقوقهم على هذا الجزء المفرز باعتباره شائعاَ بينهم جميعاَ وذلك عن طريق رفع دعوى الاستحقاق أما بالنسبة لحكم الرهن فيما بين طرفيه فأنه يجب أن نفرق فيما إذا كان الدائن المرتهن يجهل إن الدين لا يملك في العقار إلا حصة شائعة لا مفرزة فأنه يستطيع أن يطلب إبطال الرهن على أساس الغلط وقد نصت المادة ٢/٨٢٦ مدني مصري على ذلك بقولها((للمتصرف إليه اذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة الحق في إبطال التصرف)) أما إذا كان يعلم أن المدين الراهن لا يملك الا حصته الشائعة رغم رهنه حصته مفرزة فأنه لا يستطيع أن يطلب إبطال الرهن للغلط.(٣)

---

(١) د . نبيل إبراهيم سعد ، الحقوق العينية الأصلية ، مصدر سابق ، ص١١٨

(٢) القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١

(٣) د . نبيل إبراهيم سعد ، التأمينات العينية والشخصية ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بلا مكان نشر ، ٢٠١٠، ص٨١

وسواء كان هذا الرهن رسمياً أو حيازياً فأن هذا الرهن صحيحاً نافذاً في مواجهة سائر الشركاء ولذلك إذا حل أجل الدين المضمون بالرهن والشيوع لا يزال قائماً كان للدائن المرتهن أن ينفذ بحقه على الحصة المرهونة فتباع جبراً ويحل الراسي عليه المزاد محل الشريك الراهن فيصبح شريكاً في الشيوع .(١)

وإذا وقع الجزء المرهون في نصيب الشريك الراهن فأن الرهن يستقر على هذا الجزء نهائياً أما إذا لم يقع هذا الجزء المرهون في نصيب الراهن فأن ينتقل إلى ما يقع في نصيبه .(٢)

---

(١) د . نبيل إبراهيم سعد ، الحقوق العينية الأصلية ، مصدر سابق ، ص١٤٢

(٢) د . نبيل إبراهيم سعد ، التأمينات العينية والشخصية ، مصدر سابق ، ص ٨١

المبحث الثالث

تصرف الشريك في كل المال الشائع

المطلب الأول : بيع وإيجار الشريك لكل المال الشائع

المطلب الثاني : رهن الشريك لكل المال الشائع

المبحث الثالث

تصرف الشريك في كل المال الشائع

الملاحظ أن المادة ٨٢٦ مدني مصري لم تتعرض إلا لحالة تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع ولم تتعرض لحكم تصرفه في كل المال الشائع ولكل مثل هذا التصرف الأخير كالتصرف في حصة مفرزة لا يكون نافذاً في حق باقي الشركاء بالنسبة إلى حصصهم الشائعة في هذا المال ولكن ينفذ التصرف في حقهم بالنسبة إلى الحصة الشائعة التي للشريك البائع وعلى ذلك يحل المشتري محل الشريك البائع في هذه الحصة ويصبح شريكاً في الشيوع مع سائر الشركاء .(١)

ويذهب الرأي السائد في الفقه والقضاء في القانون المصري والفرنسي على السواء إلى اعتبار تصرف الشريك المشتاع في كل الشئ الشائع صحيحاً في القدر الموازي لحصته وقابلا للإبطال على أساس صدوره من غير مالك فيما يجوز ذلك إي فيما يوازي حصص باقي الشركاء بحيث يثبت لهم الحق دون تربص بحصول القسمة في طلب إبطال مثل هذا التصرف فيما يوازي حصصهم وفي رفع دعوى الاستحقاق على السواء .(٢)

---

(١) د . رمضان أبو السعود ، مصدر سابق ، ص ١٠٢

(٢) د . حسن كيره ، مصدر سابق ، ص ١٧٢-١٧٣

أن هذا التصرف يعتبر تصرفاً صادراً من مالك ولكن حقه في الملكية وفي التصرف مقيد بما لباقي الشركاء من حقوق مماثلة على ذات الشئ مقتضى كل ذلك أن هذا التصرف يكون صحيحاً نافذاً فيما بين المتقاعدين وغير نافذ في حق باقي الشركاء .(١)

وما دام التصرف صحيحاً فيما بين أطرافه على أساس اعتباره صادراً من مالك فلا يجوز للمتصرف إليه قبل القسمة طلب إبطاله إلا على أساس عيب يشوب إرادته كعيب الغلط الناشئ عن جهلة بعدم يملك الشريك المتصرف العين المتصرف فيها ملكية مفرزة خالصة له وما دام مثل هذا التصرف الفردي رغم صحته فيما بين أطرافه غير نافذ في حق باقي المشتاعين فيما يوازي حصصهم فيكون لهم قبل القسمة ودون اضطرار الى طلب إجرائها الحق في رفع دعوى الاستحقاق لتأكيد حقوقهم الشائعة في الشئ المتصرف فيه ويكون لهم كذلك بإجماعهم أو حتى بما يمثل ثلاثة أرباع الشئ الشائع .(٢)

---

(١) د . نبيل إبراهيم سعد ، الحقوق العينية الأصلية ، مصدر سابق ، ص ١٥٦-١٥٧

(٢) د . حسن كيره ، مصدر سابق ، ص ١٧٤

المطلب الأول

بيع وإيجار الشريك لكل المال الشائع

الفرع الأول

بيع الشريك لكل المال الشائع

أولا : المشتري يعتقد أن البائع يملك كل المال الشائع : وقد يتصرف احد الشركاء وحده في كل المال الشائع فيبيع احد الشريكين كل الأرض فإذا كان المشتري يعتقد أن اشترى أن البائع يملك كل الأرض ولا شريك له فيها فأنه يكون قد وقع في غلط في صفة جوهرية في الشئ المبيع ومن ثم يجوز له أن يطلب أبطال البيع للغلط وله كذلك أن يطلب إبطال البيع في الحصة الشائعة التي للشريك الأخر لان الشريك الأول باعها وهو غير مالك لها فيكون هذا هو بيع ملك الغير وإذا أجاز المشتري البيع ولم يستطيع الطلب فيه بالإبطال للغلط ولا لأنه بيع ملك الغير وإنما يستطيع أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق لان الشريك الأخر يستحق نصف المال الشائع وأيا كانت نتيجة القسمة فأن المال الشائع كله لن يخلص للشريك البائع ومع ذلك يجوز للشريك البائع أن يحصل على ملكية النصف الشائع الذي للشريك الأخر فتخلص له ملكية المال الشائع كله ومن ثم تنتقل ملكية هذه الملكية بالتسجيل إلى المشتري .(١)

ثانياَ : المشتري يعلم أن البائع شريكاَ في المال الشائع كله : أما إذا كان المتصرف إليه يعلم وقت الشراء بوجود شركاء آخرين للبائع في المال الشائع فأنه يمتنع على المشتري طلب الإبطال بسبب الغلط فإذا لم يتمكن البائع من أن يستخلص المال الشائع كله لنفسه فيمكن للمشتري طلب فسخ العقد والرجوع بالتعويض لعدم تنفيذ البائع ما التزم به .(٢)

---

(١) د . عبد الرزاق السنهودي ، الوسيط في شرح القانون المدني ، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال ، الجزء الثامن ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٧،ص٨٧٨

(٢) د . محمد حسن قاسم ، مصدر سابق ، ص ١٤٨

فإذا أستطاع البائع أن يستخلص ملكية المال الشائع كله فقد تحقق ما توقعه وهو ما توقعه المشتري معه وانتقلت ملكية المال الشائع كله إلى المشتري بالتسجيل أما إذا لم يستطيع البائع استخلاص ملكية المال الشائع كله فأنه يكون المشتري الحق في طلب فسخ البيع .

وأخيراً عن أثر تصرف الشريك في حقوق باقي الشركاء فأنهم يعتبرون من الغير في التصرف الذي يصدر من الشريك في كل المال الشائع وذلك بالنسبة إلى حصصهم الشائعة في هذا المال ولكن التصرف ينفذ في حقهم بالنسبة إلى الحصة الشائعة التي للشريك الشائع .(١)

الفرع الثاني

إيجار الشريك لكل المال الشائع

للمالك على الشيوع أن يستعمل الشئ الذي يرد عليه حقه وأن يستغله ولكنه نظراً لأنه لا يملك هذا الشئ بمفرده وإنما يشاركه آخرون في هذه الملكية ولعدم تحديد حصة مفرزة لكل مالك فأن ممارسة المالك لسلطاته في الاستعمال والاستغلال تكون دائما مقيدة بعدم الإضرار بحقوق سائر الشركاء فللمالك على الشيوع استعمال واستغلال الشئ في حدود معينة وبشرط عدم الإضرار بحقوق الشركاء الآخرين وهذا الحق مقرر لجميع الشركاء في استيفاء منافع الشئ الذي يرد عليه ملكهم وبحسب الغرض المخصص له (٢)

فإذا قام احد الشركاء باستعمال الشئ واستغلاله على نحو يتعارض مع حقوق الآخرين كان لهؤلاء أن يعترضوا على ذلك ويعد هذا الاستعمال متعارضاً مع حقوق الآخرين متى كان يخالف ماهية الشئ أو الغاية التي اعد لها أو تناقض مصلحه مجموعة الشركاء في الشيوع دون استعمالهم لحقوقهم .(٣)

---

(١) د . عبد الرزاق السنهودي ، مصدر سابق ، ص ٨٧٩

(٢) د . محمد حسن قاسم ، مصدر سابق ، ص ١١٧-١١٨

(٣) د . توفيق حسن فرج ، مصدر سابق ، ص١٩٢

المطلب الثاني

رهن الشريك لكل المال الشائع

طبقاَ لقواعد الشيوع فان على الشريك في الشيوع لا يملك أن ينفرد برهن العقار الشائع أو التصرف فيه بصفة عامة وذلك احتراماَ لما لبقية الشركاء من حقوق مماثلة على العقار وعلى ذلك فان رهن كل العقار الشائع من جانب أحد الشركاء لا يصير نافذاَ في مواجهة باقي الشركاء ويعتبر الرهن فيما بين إطرافه صحيحاَ منتجاَ لأثاره ما لم يكن الدائن المرتهن قد وقع في غلط ذلك باعتقاده إن المدين الراهن مالكاَ لكل المرهون ففي هذه الحالة يجوز أن يطلب إبطال الرهن على أساس الغلط وإما فيما عدا ذلك فأن الرهن يبقى صحيحاَ فيما بين طرفيه غير نافذ في حق باقي الشركاء .(١)

وإذا كان لا يجوز بصفة عامة للشريك أن ينفرد برهن العقار الشائع أو التصرف فيه احتراماَ لحقوق باقي الشركاء فأن الرهن الذي يقرره أحدهم لا ينفذ في مواجهتهم أثناء الشيوع بحيث يكون لهم قبل القسمة ودون اضطرار إلى طلب أجرائها الحق في رفع دعوى الاستحقاق لتأكيد حقوقهم الشائعة في الشئ المتصرف فيه أما بعد القسمة فيتوقف أثره تجاههم على نتيجة القسمة فإذا وقع كله في نصيب الشريك الراهن استقر الرهن ورتب أثاره وإذا وقع في نصيبه جزء من العقار المرهون استقر الرهن بمرتبته على هذا الجزء وما زاد عن ذلك لا يسرى في مواجهة باقي الشركاء على اعتباره انه لا يحتج عليهم بأعمال التصرف الصادر من احد الشركاء منفرداَ حال قيام الشيوع .(٢)

---

(١) د . نبيل إبراهيم سعد ، التأمينات العينية والشخصية ، مصدر سابق ، ص٨١-٨٢

(٢) د . همام محمد صادق زهران ، التأمينات العينية والشخصية – التأمينات العينية ، دار المطبوعات الجامعية ، ص ١٠٩-١١٠

وإذا وقع في نصيب الشريك الراهن عقاراً أخر غير العقار الذي رهنه انتقل الرهن بمرتبته بمقتضى الحلول العيني إلى قدر من هذا العقار يعادل قيمة العقار الذي كان مرهوناً في الأصل .
وإذا لم يقع في نصيب الشريك الراهن شئ من العقار المرهون أو غيره ووقع بدلاً منه مبلغاً من النقود في حالة قسمة التصفية كان للدائن المرتهن في حالة ما إذا كان حقه المضمون مستحق الأداء حق الأفضلية على هذا المبلغ الذي يأخذ حكم ثمن نصيب الشريك الراهن .(١)

---

(١) د . همام محمد حمودي زهران ، مرجع سابق ، ص ١١٠

الخاتمة

بعد التوفيق من الله سبحانه وتعالى وصلنا إلى نهاية هذا البحث المتواضع مستخلصين مجموعة من النتائج والتوصيات نذكرها فيما يأتي

أولا : النتائج

١- أن المشرع العراقي قد وضع مبدأ عام وهو أن الشريك يملك حصته الشائعة ملكاَ تاماَ وله أن يتصرف فيها بجميع أنواع التصرف فله أن يهبها أو يؤجرها أو يبيعها أي أن للشريك على حصته الشائعة سلطة الاستعمال والاستغلال والتصريف

٢- أن أغلبية الشركاء في الشيوع الذين يملكون على الأقل ثلاث أرباع الحصة الشائعة لهم أن يتصرفوا في الشئ الشائع كله متى استند في ذلك إلى أسباب قوية دون الحاجة إلى موافقة الأقلية منهم بل حتى في حالة اعتراضهم على التصرف

٣- لم يعرض القانون المدني العراقي لمصير حق المنفعة ولا لمصير الرهن التأميني إلا في حالة واحدة تصف عليها المادة (١/٢٩١) بقولها ((إذا رهن احد الشركاء حصته الشائعة في عقار يتحول الرهن بعد القسمة إلى الحصة المفرزة التي وقعت في نصيب هذا الشريك)) فيبقى أذن التسائل عن مصير حق المنفعة وحق الرهن فيما إذا وقع في نصيب الشريك الراهن أموال غير التي رهن حصته فيها أو لم يقع في نصيب الراهن شئ من العقار المرهون وإنما اختص بمبلغ من النقود أو لمنقول وبالتالي نقترح على المشرع أن يتدخل وليشرع قوانين تتلائم مع هذه الحالة تجنباَ للخلافات التي تؤدي إليها الحلول الفقهية المطروحة

ثانياَ : التوصيات

أن منح الأغلبية سلطة التصرف في الشئ الشائع دون بيان المشرع للأسباب القوية التي يمكن أن تستند إليها هذه الأغلبية في التصرف يكون من شأنه تمكين الأغلبية من التعسف في حق الأقلية لذا على المشرع وضع حكام دقيقة وواضحة تنظم التصرف في الشئ الشائع على نحو يحول دون تعسف أي شريك في الشيوع سواء كان يمثل الأغلبية من الشركاء أو الأقلية منهم .

الكتب القانونية

١- د . توفيق حسن فرج ، الحقوق العينية الأصلية ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بلا طبعة ، بلا سنة نشر .

٢- د . حسن كيره ، الموجز في إحكام القانون المدني ، الحقوق العينية الأصلية ، منشأة المعارف الإسكندرية ، سنة (١٩٧٥) .

٣- د. رمضان أبو السعود ، الحقوق العينية الأصلية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، سنة ٢٠٠١.

٤- د . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال ، الجزء الثامن ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ١٩٦٧ .

٥- د. علي هادي العبيدي ، الوجيز في شرح القانون المدني ، الحقوق العينية ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، الإصدار الثالث ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، سنة ٢٠٠٠.

٦- د. محمد حسن قاسم ، موجز في الحقوق العينية الأصلية ، الجزء الأول ، بلا طبعة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بلا سنة نشر .

٧- د. محمد طه البشير – د. غني حسون طه ، الحقوق العينية الأصلية ، الحقوق العينية التبعية ، الجزء الأول ، بلا طبعة ، بلا نشر .

٨- د. نبيل إبراهيم سعد ، الحقوق العينية الأصلية ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بلا مكان نشر ، سنة ٢٠١٠.

٩- د. نبيل إبراهيم سعد ، التأمينات العينية والشخصية ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بلا مكان نشر ، سنة ٢٠١٠.

١٠- د. همام محمد صادق زهران ، التأمينات العينية والشخصية ، التأمينات العينية ، بلا طبعة ، دار المطبوعات الجامعية ، بلا سنة نشر .

المواد القانونية

١- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ ، الإدارة العامة لشؤون القانونية بالهيئة ، الطبعة السادسة ، الهيئة العامة لشؤون مطابع الإسكندرية ، القاهرة ، ١٩٩٦ .

٢- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ ، نقابة المحامين العراقية ، مكتبة النهضة ، بغداد ، ١٩٩٩.