



كلية القانون
College of Law

Tikrit University Journal for Rights

Journal Homepage : <http://tujr.tu.edu.iq/index.php/t>

Legal provisions regulating the division of the joint property

a comparative study

Assistant Professor .Dr. Thamer Jassim Mohammed

College of Law, Al-Isra University, Baghdad, Iraq

dr.thamerjasem@esraa.edu.iq

Article info.

Article history:

- Received 24 July 2024
- Accepted 27 August 2024
- Available online 1 September 2024

Keywords:

- Legal provisions
- Division of the joint property

Abstract: Discovering the importance of research by shedding light on the topic of disputes that arise among famous celebrities is crucial due to the uniqueness of this type of ownership. Each partner holds a complete share and their proportional share in a specific portion of this common money among contributors while it is foreign to the shares of other contributors with ordinary money. Therefore, a method of allocation was found as one of justice and the most successful set of methods, which includes achieving justice and equality among partners, whereby the benefit in money is shared while retaining joint ownership between them in a specific manner commensurate with each partner's share. If the subject is addressed through a study of the clear organization project for allocation and the definition of the concept of allocation and its types, as well as signing for the concept of its fallen diversity, knowing the effects resulting from

it.

© 2023 TUJR, College of Law, Tikrit University

الاحكام القانونية المنظمة لقسمة المهايأة دراسة مقارنة

أ.م.د. ثامر جاسم محمد

كلية القانون ، جامعة الاسراء ، بغداد، العراق

dr.thamerjasem@esraa.edu.iq

معلومات البحث :

تواريخ البحث:

- الاستلام : ٢٤ / تموز / ٢٠٢٤

- القبول : ٢٧ / آب / ٢٠٢٤

- النشر المباشر : ١ / ايلول / ٢٠٢٤

الكلمات المفتاحية :

- الاحكام القانونية

- قسمة المهايأة

الخلاصة: تتضح اهمية البحث من خلال تسليط الضوء على موضوع المنازعات التي تنشور

بين الشركاء في الملكية الشائعة وذلك لخصوصية هذا النوع من الملكية لان كل شريك يملك

حصة تامة وهذه الحصة تتعلق بجزء معين من هذا المال الشائع بين الشركاء وبنفس الوقت هو

بمثابة اجنبي عن حصص الشركاء الاخرين مما يولد صعوبة لانتفاع الشركاء بالمال الشائع .

لذلك وجدت طريقة المهايأة كواحدة من اعدل وانجح مجموعة من الطرق التي تضمن تحقيق

العدالة والمساواة بين الشركاء وبموجبها يقتسم الشركاء المنفعة في المال مع بقاء ملكية الرقبة

مشاعة بينهم لمدة محددة تتناسب مع حصة كل شريك منهم, لذى سيتم تناول البحث من خلال

دراسة موضوع التنظيم القانوني للمهايأة والتطرق لمفهوم المهايأة وانواعها وكذلك التطرق لمفهوم

التكيف القانوني لها ومعرفة الآثار المترتبة عليها

© ٢٠٢٣ , كلية القانون، جامعة تكريت

المقدمة : الملكية أما أن تكون ملكية مفرزة أو ملكية شائعة ، والملكية الشائعة أما أن تكون

شائعة شيوخاً عادياً أو شيوخاً إجبارياً ، ولما كانت الملكية الشائعة مملوكة من قبل أكثر من

شخص واحد فأنها كثيراً ما تثير المشاكل بشأن الانتفاع بها من حيث استعمالها واستغلالها ،

لذلك فالملكية الشائعة هي ليست الصورة المثلى للملكية ، بسبب تلك المشاكل التي تثيرها،

نتيجة لذلك يلجأ الشركاء للبحث عن أفضل الوسائل للانتفاع دون إثارة تلك المشاكل أو التقليل

منها فيعمدوا الى اللجوء للمهايأة ، فيتفقوا على طريقة معينة للانتفاع بهذا المال الشائع والتي

تتم إما من خلال انتفاع كل شريك بجزء من المال الشائع مدة معينة وهذا ما يسمى بالمهايأة

المكانية أو من خلال انتفاع كل شريك بالمال الشائع كله مدة معينة وهذا ما يسمى بالمهايأة

الزمانية

اهمية البحث

هناك كثير من المنازعات التي قد تحصل بين الشركاء بخصوص موضوع الملكية الشائعة

على اعتبار ان كل شريك يملك حصته ملكاً تاماً وهذه الحصة تتعلق بكل جزئية من المال

الشائع وهو بنفس الوقت يعتبر اجنبي عن حصص الشركاء الاخرين. لذلك وجدت طريقة قسمة

المهياة كطريقة عادلة تسمح للجميع بالانتفاع بالمال الشائع مع بقاء ملكية الرقبة مشاعة بينهم لمدد معينة تتناسب وحصتهم
اشكالية البحث

سنسلط الضوء ومن خلال هذا البحث على بعض المشاكل المتعلقة بمدى اشتراط موافقة جميع الشركاء لتحقيق المهياة وهل هي عقد فأن كانت كذلك فهل هو عقد ملزم للجانبين ؟ وما هي الآثار التي يترتبها ؟ وكذلك هل المهياة في القانون العراقي ممكن أن تكون سبب من أسباب إنهاء الشيوخ ؟ ولماذا ؟ وكذلك مدى التزام الأطراف باتباع شكلية معينة في المهياة إن وردت على عقار ؟

منهجية البحث

سننتبع في طرح هذا الموضوع أسلوب الدراسة المقارنة ما بين القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري بسبب وجود بعض المسائل الخلافية فيما بين هذين القانونيين معتمداً في طرح موقف المشرع والفقه العراقي على الاستعانة بموقف القضاء العراقي والمتمثل بمحكمة التمييز ونظراً لعدم وجود دراسات فقهية أو قانونية حول الآثار المترتبة على عقد المهياة وإنما يكتفون بالإحالة إلى أحكام عقد الإيجار بتكييف قواعد هذا العقد من حيث الآثار المترتبة عليه على آثار المهياة وهذا ما سنتبعه في أسلوب بحثنا هذا فضلاً عن الاستعانة ببعض قرارات محكمة التمييز العراقية بشأن ذلك ، بما لا يتعارض وطبيعة المهياة.

سوف نتناول موضوع التنظيم القانوني للمهياة في مبحثين مسبقين بمقدمة وفي المبحث الاول

مفهوم المهياة وفي المبحث الثاني نتناول التكيف القانوني للمهياة.

المبحث الاول

مفهوم المهايأة

المهايأة هي قسمة انتفاع للمال الشائع يتم الاتفاق عليها مؤقتاً , كذلك عرفت بأنها قسمة المنافع على التعاقب والتناوب ^(١) . وهناك من قال انها مقايضة انتفاع بانتفاع ^(٢) . وعرفت بأنها قسمة المنافع وهي جمع على التعاقب وتكون في الأعيان المشتركة التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها وتكون على نوعين بالزمان والمكان ^(٣) .

لبيان المهايأة ومفهومها لابد من تعريفها أولاً من الناحيتين اللغوية والاصطلاحية في المطلب الاول. ثم نتناول انواع المهايأة في مطلب ثاني

المطلب الاول

تعريف المهايأة لغتاً واصطلاحاً

المهايأة لغة: هناك من يسميها المهانة بالنون لان كل واحد من الشركاء قام بتهنئة صاحبه بما اراد , وكذلك سميت بالمهابة بمعنى الشريك يهب شريكه الاستمتاع بحقه. ^(٤)

كذلك هناك تعريف لغوياً ينص على انها مأخوذة من الفعل هيا , يقال هاء يهاء يهيء , والهيئة الحالة الظاهرة وتهيات للشيء اخذت له أهبته وتفرغت له , وتهياً القوم جعلوا لكل واحد هيئة معلومة والمراد به النوبة ^(٥) . وكذلك الهيئة الحال التي يكون عليها الشيء محسومة كانت أو معقولة كقوله تعالى

(١) - علي بن محمد الجرجاني / التعريفات , ط١ , دار المعرفة بيروت لبنان , ٢٠٠٧, ص٢١٢ .

(٢) - عبدالرزاق احمد السنهوري / الوسيط الجزء الثامن , حق الملكية , تنقيح المستشار احمد المراعي , منشأة المعارف الاسكندرية ٢٠٠٤ , ص٧٣٩

(٣) - أبو المعالي برهان الدين بنا أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مارة البخاري الحنفي المتوفى (٦١٦هـ) تحقيق عبد الكريم سامي الجندي ط دار الكتب العلمية بيروت , لبنان , ، الطبعة الأولى ١٤٣٤ هـ ٢٠١٤ م

(٤) - معجم لسان العرب , للعلامة جمال الدين محمد بن مكرم الملقب ابن منظور الافريقي المصري , المجلد الاول , ط١ دار جادر , بيروت ص١٨٧

(٥) - أحمد بن محمد بن علي الفيومي / المصباح المنير , دار الحديث القاهرة ٢٠٠٢, ص٣٨٣

(وإذا تخلق من الطين كهيئة الطير)^(١). يقال هاية في الامر وعليه وافقه و تهياً للامر من تأهب له واعد نفسه لمزاولته^(٢).

اما اصطلاحاً : لم يعرف التشريع العراقي والمصري المهايأة ولم يورد المشرع لها تعريفا في كلا التشريعين , وقد عرفتها مجلة الاحكام العدلية العراقية في م(١١٧٤) بأنها عبارة عن قسمة منافع لذلك نجد بعض من الفقهاء العراقيين اقتبسوا هذا التعريف من المجلة وعرفوها بانها قسمة منافع الشيء لا اعيانه^(٣).

عرفها الفقهاء بعدة تعريفات منها :

عرفت كذلك باعتبار انها قسمة لا تنهي الشيوع انما تكون بمثابة قسمة مؤقتة مهمتها تنظيم الانتفاع بالشيء الشائع .وعرفت ايضاً المهايأة هي أن تكون العين في يد أحدهما مدة ثم في يد الآخر مثل هذه المدة^(٤). عرفتتها التشريعات الاخرى , ففي القانون المدني العراقي يجوز الاتفاق بين الشركاء على قسمة المال الشائع مهايأة فيختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته في المال الشائع ولا يصح الاتفاق على قسمة المهايأة لمدة تزيد عن خمس سنين فإذا لم تشترط مدة حسبت مدتها سنة واحدة تتجدد إذا لم يعلن الشريك شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاث أشهر انه لا يرغب في التجديد^(٥).

في الفقه المصري نجد لها تعريفات اخرى حيث قال البعض بانها اتفاق على الشيوع ويكون هذا الاتفاق مؤقت بين الشركاء الغرض منه تنظيم الانتفاع بالمال الشائع في فترة حياة الشيوع^(٦). كذلك من

(١) - الآية (١١٠) سورة المائدة.

(٢) - المعجم الوسيط , مجمع اللغة العربية (١٠٠٢/٢)

(٣) - صلاح الدين الناهي / محاضرات في القانون المدني , حق الملكية في ذاته , معهد الدراسات العربية العالي, ١٩٦١ ص ٢٠٠.

(٤) - المذهب في فقه الامام الشافعي , للشيرازي (٤٠٩ / ٣)

(٥) - المادة ١٠٧٨ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١

(٦) - محمد ربيع انور/ التنظيم القانوني لعقد قسمة المهايأة دراسة في ضوء نص المادة ٨٤٨ من القانون المدني المصري مع القياس على احكام عقد الايجار بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية المصرية , العدد الثاني , ج ٢ , السنة التاسعة والخمسون تموز ٢٠١٧. ص ١١٢٤.

عرفها بأنها القسمة التي تقع على منفعة العين وليس على العين نفسها او هي اتفاق على مقايضة منفعة بمنفعة^(١).

في القانون المدني السوري في المهايأة ، يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته في المال الشائع ، متنازلاً لشركائه في مقابل ذلك المال عن الانتفاع بباقي الأجزاء ولا يصح هذا الاتفاق لمدة تزيد على خمس سنوات إذا لم تشترط لها مدة أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد^(٢).

في القانون المدني الأردني المهايأة هي قسمة المنافع وقد تكون زمانية أو مكانية ففي الأول يتناوب الشركاء الانتفاع بجميع المال المشترك مدة تتناسب مع حصة كل منهم وفي الثانية ينتفع كل منهم بجزء معين من العين المشتركة^(٣) .

تكون قسمة المهايأة بأن يتفقوا الشركاء على أن تناوبوا الانتفاع بجميع المال المشترك ، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته^(٤).

يمكن التوصل الى أن المهايأة لها تعريف عام ويقصد به قسمة المنافع . وتعريف خاص ويقصد به طريقة تنظيم المنافع بين الشركاء وحسب طبيعة المال^(٥).

إذا المهايأة هي قسمة المنافع بين الشركاء كل منهم بمقدار حصته مع بقاء حق الرقبة ملكاً شائعاً في ما بينهم . من خلال التعريفات المتقدمة تبين أن المهايأة هي قسمة المنفعة بحيث تختلف عن القسمة النهائية التي هي تعرف بقسمة الأعيان. من خلال التعريفات اعلاه نجد ان هناك خصائص تتميز بها المهايأة وهي:

١- انها بمثابة عقد ملزم للجانبين, كونها تتم باتفاق بين الشركاء المتهايين وترتب حقوق والتزامات^(١).

(١) - جميل الشراوي/ الحقوق العينية الاصلية , دار النهضة العربية , القاهرة, ص ١١٧.

(٢) - المادة ٨٠٠ من القانون المدني السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩.

(٣) - المادة ١٠٥٤ من القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦.

(٤) - المادة ٨٤٧ من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

(٥) - ندى سالم حمدون / مفهوم المهايأة وتكييفها, بحث منشور في مجلة الراافدين للحقوق , المجلد ١١ العدد ٤٢ السنة ٢٠٠٩ , ص ٤.

- ٢- تعتبر من العقود الرضائية التي لا تتطلب شكلية معينة.
- ٣- هي قسمة لا تنهي الشيوع كونها كما في عقد الايجار .
- ٤- لا يمكن ان تصور ورود المهايأة الا على اشياء غير قابلة للاستهلاك لان المنتفع المتهايء ملزم برد المال الشائع بعد انتهاء المهايأة^(٢).
- ٥- يمكن القول انها من عقود المعاوضة كون ان المتهايء المنتفع سوف ينتفع بالمال سواء في المهايأة الزمانية او المكانية لمدة تتناسب مع حصته مع تعهده بتمكين المقابل من الانتفاع ايضا.

٦- يعتبر من اعمال الادارة كون المشرع حدد ان لا تزيد المدة على (٥ سنوات) .

المطلب الثاني

أنواع المهايأة

حسب طريقة الانتفاع بها تكون على نوعين هما: المكانية (التي تخول الشركاء الاختصاص بجزء من المال يعادل حصة كل شريك منهم) والزمانية (تخول الشريك الاختصاص بالمال الشائع كاملا لمدة محددة) ولكن هناك من اضاف نوعا ثالثا وهو المهايأة القضائية التي تتم بقرار قضائي وتشمل المنقولات فقط .

فالمهايأة من حيث الاثر نوعان سوف ن فصلهما لاحقا وهما:

- **المهايأة المكانية:** المقصود بها اتفاق الشركاء على الاستفادة من جزء معين يساوي حصته في المال الشائع^(٣). اذا في المهايأة المكانية يحق للشريك ان يختص بجزء مفرز من المال الشائع أي ما يعادل حصته في المال الشائع . مقابل انتفاع الشريك الثاني بجزء مفرز ايضا من المال نفسه. اذا هنا لابد من وجود الرضا والاجماع في ذلك النوع من المهايأة .

(١) - ينظر بذلك قرار محكمة تميز العراق المرقم ٢٥/ع م / ١٩٧٤ بتاريخ ٢ اب ١٩٧٤ .

(٢) - عبدالرزاق السنهوري الوسيط ج٨ ، مصدر سابق ، ص ٧٤٠

(٣) - جعفر جواد الفضلي / ايجار العقار الشائع في القانون المدني بحث منشور في مجلة العدالة ، وزارة العدل ٢٠٠١

- **المهياة الزمانية:** في حال تعذر على الشركاء ان يستعملوا المال الشائع استعمال مشترك

ولا يوجد لهم نية لانتهاء الشيوخ هنا يكون لهم الحق في تنظيم الانتفاع بالمال الشائع فيما بينهم ,

حيث يحق لكل شريك الانتفاع بالشيء الشائع لمدة تتناسب وحصته وهذا ما اكده القانون المدني

العراقي ^(١) وكذلك القانون المدني المصري ^(٢)

وكذلك تعد المهياة نوعاً من أنواع المال الشائع ، وان المهياة تقوم على أساس تقسيم منفعة

المال الشائع لا قسمته , وفي الأصل أن المهياة عقد إلا أنها في بعض الحالات الخاصة يكون

مصدرها القضاء في حال امتناع الشركاء عن الاتفاق عليها فمن حيث الرضا والجبر تكون

المهياة

١ - مهياة اتفاقية (رضائية) : وهذا النوع يعتبر الاصل في المهياة اي انها تتم رضاءا باتفاق ودي

بين الشركاء على تنظيم الانتفاع بالمال الشائع , وفي الاساس ان القاعدة التي تقوم عليها الملكية

الشائعة ، أن الشريك يملك حصته ملكاً تاماً وبنفس الوقت يعد أجنبياً عن حصص الشركاء الآخرين ^(٣)،

فالانتفاع بين الشركاء يجب أن يتم برضاهم ولأن المهياة هي احد الطرق للانتفاع بالمال الشائع فهي

تستوجب وضع الشريك يده على حصص الشركاء الآخرين ، وهذا يجب أن يتم بموافقتهم ورضاهم

٢ - مهياة قضائية: وهذا النوع يعتبر استثناءً من الاصل العام القائم على الرضا في الاتفاق بالمهياة

أي انه هنا من الممكن ان تكون المهياة قضائية في هذه الحالة تكون على شكل تدبير يتم اتخاذه من

المحكمة بعد ان يتقدم احد الشركاء بطلب في معرض قسمة المال الشائع قضائيا بهدف الانتفاع بالمال

الشائع ، وبالنسبة لموقف القانون العراقي من المهياة القضائية ، نلاحظ ان المشرع اجاز أن تكون

المهياة قضائية حسب نص المادة (١٠٨٠) " إذا لم يتفق الشركاء على المهياة في المنقول ولم يطلب

أحدهم إزالة الشيوخ ، فللشريك الذي يطلب المهياة مراجعة محكمة الصلح لإجرائها ومن خلال نص

المادة نلاحظ أن المشرع أجازها بشروط :

أ- ضرورة ان يكون المال الشائع مال منقول.

ب- عدم وجود طلب من أحد الشركاء لقسمة المال الشائع .

نلاحظ ان المشرع قد ضيق نطاق المهياة القضائية وحصرها في المنقول فقط، لأنه قد لاحظ

أن بعض المنقولات المشتركة قد تكون ذات قيمة ادبية أو معنوية بحيث يحجم الشركاء عن

(١) - تنظر المادة ١٠٧٨ / ف٢ من القانون المدني.

(٢) - تنظر المادة ٨٤٧ من القانون المدني المصري.

(٣) - تنظر المادتان (١٠٦١ / ف١ والمادة ١٠٦٢ / ف٢) من القانون المدني العراقي.

قسمتها قسمة نهائية ثم هم بعد هذا لا يستطيعون الاتفاق على طريقة الانتفاع بها ولهذا جعل لهم المشرع سبيلاً الى الخروج من هذا المأزق وذلك عن طريق المهايأة القضائية الجبرية^(١). بالنظر للقانون المصري نلاحظ ان المشرع قد نظم المهايأة على سبيل الاستثناء عندما اشار الى انه من حق الشركاء واثاء اجراء القسمة النهائية ان يتم بينهم الاتفاق على تقسيم المال الشائع بينهم وتبقى المهايأة نافذة حتى الانتهاء من اجراء القسمة وعندما يفشل الشركاء بالاتفاق على تنظيم المهايأة يجوز للقاضي ان يأمر بها بعد طلب احد الشركاء والاستعانة بخبير^(٢). يشترط حتى يتم أعمال أحكام قسمة المهايأة في المال الشائع أن تتوافر فيه الشروط :

أ- أن يكون المال الشائع معيناً تعييناً نافياً للجهالة بحيث يسهل بهذا التعيين تمييزه عن غيره مما يتشابه به .

ب- أن يبقى المال الشائع موجوداً حتى تمام قسمته قسمة مهايأة ، فإذا كان المال الشائع قد هلك او زال قبل تمام القسمة او قبل البدء فيها ، فلا يمكن إجراء القسمة على معدوم

ت- أن يكون المال محل قسمة المهايأة مما يجوز التعامل به شرعاً وقانوناً ، فإذا كان المال محل القسمة لا يجوز التعامل فيه فلا تصح قسمته قسمة مهايأة ولا يجوز الاحتجاج به في مواجهة الغير .

بعد أن بينا قسمة المهايأة على الإجمال والشروط الواجب توفرها لامكان القيام بها، سوف نتطرق الى انواعها كل نوع على التفصيل الآتي:

أولاً : المهايأة المكانية / المهايأة المكانية هي اتفاق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته الشائعة مقابل اختصاص الآخر بحصته المفردة كمن يتفق مع شريكة على الانتفاع بارض مشتركة بينهما على أن يسكن أحدهما في جانب والثاني في الجانب الآخر، أو كمن يمتلك دار من طابقين واتفقوا على أن يسكن أحدهما في الطابق الاعلى والثاني في الطابق الأسفل^(٣). أو دار تتألف من طابق واحد يسكن كل منهم في جزء من الدار، اما في حال كان المال الشائع أكثر من عقار دارين او دار ومحل تجاري ، فهنا يتم الاتفاق بينهم على

(١) - حسن علي الذنون / الحقوق العينية الاصلية (شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة بغداد ١٩٥٤ ص ٨٩.

(٢) - تنظر المادة ٨٤٩ من القانون المدني المصري

(٣) - حسن علي الذنون : الحقوق العينية الاصلية , مصدر سابق , ص ٨٧.

أن يسكن احدهم في الدار والآخر ينتفع من المحل التجاري، فهذه المهايأة تكون مهايأة مكانية وأطلق عليها الفقهاء المسلمون بقسمة الأعيان أو قسمة منافع الأعيان^(١).

تحديد مدة القسمة:

المهايأة المكانية في القانون العراقي، قد حددها القانون بمدة معينة يجوز الاتفاق على قسمة المهايأة المكانية خلالها وهي خمس سنوات لا يصح للشركاء الاتفاق على مدة تزيد عليها وإذا زادت مدة الخمس سنوات فإن المهايأة لا تبطل تبقى صحيحة في حدود الخمس سنوات ، وإذا لم تحدد للمهايأة مدة حسبت مدتها سنة واحدة تتجدد سنة أخرى إذا لم يعلن الشريك شركائه الآخرين قبل انتهاء السنة بثلاث أشهر على الأقل انه لا يرغب في تجديدها^(٢). وإذا كان لا يصح الاتفاق على المهايأة المكانية لمدة تزيد عن خمس سنوات ، فإنه يجوز الاتفاق على المهايأة من جديد سواء بعد انقضاء تلك المدة أو قبل ذلك^(٣).

المهايأة المكانية في القانون المصري.

في قسمة المهايأة يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته في المال الشائع ، متنازلاً لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء ولا يصح هذا الاتفاق لمدة تزيد عن خمس سنين فإذا لم تشترط لها مدة أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد كانت مدتها سنة واحدة تتجدد إذا لم يعلن الشريك الى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لا يرغب في التجديد^(٤).

المهايأة المكانية في القانون الاردني:

في قسمة المهايأة يتفق الشركاء على مدة المهايأة ، وإذا لم يتفقوا في المحكمة أن تعين المدة التي تراها مناسبة حسب طبيعة النزاع والمال المشترك . وتجري القرعة لتعيين البدء في المهايأة زماناً وتعيين المحل في المهايأة مكاناً^(٥). وبالنظر الى هذا النص نجد ان المشرع الأردني قد ترك تحديد مدة قسمة

(١) - محمد عليش/ منح الجليل شرح على مختصر العلامة خليل ، دار الفكر للطباعة والنشر ، ج ٧ ص ٢٥١.

(٢) - المادة ١٠٧٨ / ف ١ من القانون المدني العراقي.

(٣) - محمد طه البشير ، د.غني حسون طه / الحقوق العينية الاصلية - الحقوق العينية التبعية ، طبعة جديدة منقحة ، دار السنهوري . ص ١٠٦ .

(٤) - المادة ٨٤٦ / ف ١ من القانون المدني المصري

(٥) - المادة ١٠٥٥ / ٢ من القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦

المهاية الى اتفاق الطرفين أو المحكمة في حالة عدم الاتفاق دون وضع قيود عليهم في ذلك عكس القانون المصري والعراقي الذي أوجب الا تزيد مدة المهاية في المرة الواحدة على ٥ سنوات.

المهاية المكانية في القانون المدني السوري:

في المنقول وفي العقارات التي لم يجري تحديدها إذا دامت هذه القسمة خمس عشر سنة انقلبت الى قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك وإذا حاز الشريك على الشيوع جزءاً مفرزاً من المال الشائع مدة خمس عشر سنة افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند الى قسمة مهاية^(١).

ذكر فقهاء المسلمين انه لا حاجة الى بيان المدة في صحة المهاية المكانية ، لأن المهاية قسمة المنفعة المشتركة ، وفي قسمة العين لا حاجة الى بيان المدة ، ولأن الحاجة في بيان المدة في الاجارة لمعرفة مقدار ما يستحق من المنفعة من تلك العين على وجه به تنقطع المنازعة، وكل واحد منها هنا يستوفي المنفعة باعتبار أنه ملكه، والمنازعة تنقطع ببيان منزل لكل منهما وقال الحنفية أن التهاؤ في هذا الوجه إفراز لجميع الأنصاء لا مبادلة ، لأنه لو كان مبادلة لما صح . وقيل هو افراز من وجه ، عارية من وجه . وقيل هو إفراز من وجه ، مبادلة من وجه كقسمة الأعيان^(٢).

والأوجه أنها إفراز من كل وجه في المهاية في المكان ، ولهذا لا يشترط فيها التأقيت، وجاز لكل منهم أن يستغل ما أصابه بالمهاية على الظاهر ، شرط ذلك في العقد وإذا لم يشترط، لحدوث المنافع على ملكه.

إذا يتضح ان كل من المشرع العراقي والمصري والسوري قد وضعوا حد اقصى للمهاية المكانية وهو مدة خمس سنوات لا يجوز تجاوزها ، ولكن بالمقابل يمكن تمديد تلك المدة وتجديدها في حال رغب الشركاء بذلك ، وفي حال لم يتم التحديد فيكون المدة المتعارف عليها سنة قابلة للتجديد.

ثانياً: المهاية الزمانية:

(١) - المادة ٨٠٠ / ٢ القانون المدني السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩.

(٢) - المبسوط للسرخسي ٢٠٠/١٧١ ، المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه ابي حنيفة ٧/٣٨٠ لابي المعالي برهان الدين بن مارك البخاري الحنفي المتوفي ٦١٦ ت: عبدالكريم سامي الجندي ، الناشر دار الكتب العلمية بيروت لبنان ط١ ٢٠٠٤ .

قد يتفق الشركاء فيما بينهم بان يتناوبوا لغرض الانتفاع بالعين المشتركة كلهم , كل منهم لمدة تتناسب مع مقدار حصته فيها , وفي حال تساوي الحصص يتساوى الانتفاع^(١).

قد يتفق الشركاء في المال الشائع على المهايأة كان يسكن أحدهم في الدار سنة والآخر السنة التي تليها أو على أن يزرع أحدهم الأرض سنة والآخر السنة التي تليها أو كان ينتفع أحدهم من المحل التجاري سنة والآخر السنة التي تليها فهذا معناه أنهم اتفقوا على المهايأة الزمانية وتقع المهايأة الزمانية على الأغلب في المال المنقول المملوك على الشيوع إذا يصعب قسمته مكانياً لصعوبة تجزئته، فالسيارة المملوكة على الشيوع لا تصلح للقسمة المكانية بينما تصلح لقسمة المهايأة الزمانية فيها، حتى يتمكن كل منهم بالانتفاع بالسيارة لمدة زمنية متفق عليها بينهم تساوي وتكافؤ حصته فيها^(٢).

أطلق عليها الفقهاء المسلمون (مقاسمة زمان) وفي هذا النوع من المهايأة يتفق الشركاء على المناوبة بالانتفاع في المال الشائع كل بمقدار حصته حسب ما ورد في القانون المدني العراقي (م٢/١٠٧٨) فإذا تساوت الحصص تساوت مدة الانتفاع مثلاً لو كان المال مملوكاً على الشيوع لشريكين مناصفة واتفقوا على أن ينتفع كل واحد منهم لمدة سنة ، فالزمن هنا المقياس لنوبة الانتفاع بالمال الشائع وفي الغالب حصول المهايأة الزمانية في المنقولات المملوكة على الشيوع، عندما يتعذر انتفاع جميع الشركاء بها في وقت واحد فيتفقون على تناوب الانتفاع بها حسب حصصهم فيها ، مثل السيارة المملوكة على الشيوع يتفق الشركاء على أن يركبها كل شريك مدة معينة بحسب الحصة المملوكة له ، ولم ينظم القانون مدة المهايأة الزمانية كما نظم مدة المهايأة المكانية^(٣).

الاتفاق على مدة المهايأة الزمانية

قد يطرح سؤال واقعي انه في القانون المدني العراقي والقانون المصري والسوري لم يتم تحديد مدة زمنية قصوى للمهايأة الزمانية كما هو حاصل في المهايأة المكانية؟ وبصراحة اننا لم نجد هناك ما يبرر موقف القوانين العراقي والمصري والسوري في وضع مدة قصوى للمهايأة المكانية، وترك تحديد مدة المهايأة الزمانية، لم نجد ما يبرره و نرى ان يترك تحديد المدة لرغبة الشركاء دون وضع حدود قصوى

(١) - حسن علي ذنون / مصدر سابق , ص٧٨.

(٢) - علي هادي العبيد / الوجيز في شرح القانون المدني الحقوق العينية , ط٧ عمان . دار الثقافة للنشر والتوزيع ص١٩١.

(٣) - حسن علي ذنون / مصدر سابق , ص٨٦.

لهذه المدة أي أن ينطبق الحكم الوارد في المهايأة الزمانية على المهايأة المكانية كذلك مهايأة غير متناسبة مع حصته خاصة إذا كانت الحصص غير متساوية؟ ويثار تساؤل في هذا المجال ايضاً! هل يجوز أن يكون الاتفاق على المدة التي ينتفع بها الشريك في الاصل ان يكون الانتفاع لمدة تتناسب مع حصة الشريك، فمن يملك ثلاثة أرباع الحصص مثلاً ينتفع بالمال الشائع مهايأة أكثر من المدة التي سينتفع بها من يملك ربع الحصص ، إلا انه ليس هناك ما يمنع من اتفاق الشركاء على مدة انتفاع اكثر او اقل مما يملكون من حصص مادامت المهايأة رضائية لان نص المادة (٢/١٠٧٨) من القانون المدني العراقي لم يرد فيها ما يشير الى وجوب ان تكون مدة انتفاع الشريك بشكل يتناسب مع حصته^(١).

اما في القانون المدني الأردني في المادة (١٠٥٥) بفقرتها الأولى نصت على انه " يجب تعيين المدة في المهايأة زماناً ولا يلزم في المهايأة مكاناً"^(٢). في المهايأة الزمانية فإن كان المال الشائع غير جائز قسمته الى أجزاء مفرزة فتجوز معه قسمة المهايأة الزمانية وذلك لأن الأساس الذي تقوم عليه قسمة المهايأة الزمانية ليس تقسيم المال الى حصص ولكن الى مدة زمنية فينتفع الشريك بكل المال لمدة زمنية حسب نسبة ملكيته في المال الشائع.

(١) - علي هادي العبيد / الوجيز في شرح القانون المدني , مصدر سابق, ص ١٩١.

(٢) - المادة ١٠٥٥ / ١ من القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦.

المبحث الثاني

التكييف القانوني للمهاياة

من المتعارف عليه ان المهاياة كانت ضرورة لابد منها عندما يتعذر الانتفاع بالمال الشائع من قبل الشركاء ، لذلك وبعد أن يتم الاتفاق بين الشركاء على الانتفاع بالمال الشائع من خلال المهاياة ، سواء أكانت مكانية أم زمانية ، فأن تلك المهاياة ستبدأ بترتيب آثارها. ولما كانت المهاياة عقد وهي عقد ملزم للجانبين ونقصد هنا بالمهاياة الرضائية، لذلك فهي ترتب حقوق والتزامات بذمة أطرافها، وهذه الحقوق والتزامات هي مجموعة الآثار التي ترتبها المهاياة.

لذلك سنتناول هذه الآثار في مطلبين، لبيان التزامات الشركاء المتهائين ، حيث نتناول في المطلب الأول التزامهم بالتسليم والصيانة وضمن التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية . والمطلب الثاني سنتناول فيه التكييف القانوني للمهاياة باعتبارها عقد ايجار وباعتبارها قسمة نهائية.

المطلب الأول

الآثار المترتبة على المهاياة في عقد المهاياة

سواء كانت المهاياة مكانية او زمانية فان تلك المهاياة سوف تنتج اثارها بعد الاتفاق بين الشركاء على الانتفاع بالمال الشائع. ولعل سلمنا بان المهاياة عقد ملزم للطرفين فهنا سوف تترتب حقوق والتزامات تسمى بالآثار، وهذا ما سوف نتكلم عنه:

أولاً : الالتزام بالتسليم

عندما يتفق الشركاء المتهائين فيما بينهم فان اول التزام يلتزمون به هو تسليم المال الشائع كله فيما لو كانت المهاياة زمانية ، وحصة الشريك المنتفع في المهاياة المكانية ، لاننا سبق وقلنا بأن عقد المهاياة من العقود التي ترد على المنفعة ، ولكي يكون بمقدور الشريك المتهائ من الحصول على تلك المنفعة يجب ان يسلم المال له وهذا الالتزام بالتسليم يقع على عاتق الشركاء الآخرين بلا شك. اما فيما يخص احكام التسليم ، فلا يوجد لها نص قانوني يقوم بتوضيحها لا في القانون المدني العراقي ولا القانون المدني المصري، وإنما ورد في كل من القانونين السابقين مادة تشير إلى خضوع عقد المهاياة من حيث الأحكام والآثار لعقد الإيجار^(١).

واذا ما عدنا إلى أحكام عقد الإيجار فاننا نلاحظ ان التسليم يتم وفقاً لطبيعة ذلك المال الشائع فيكون التسليم اذا كان عقارا يتم بتخلية المأجور ووضعه تحت تصرف الشريك المنتفع بحيث يتمكن من

(١) - المادة ١٠٧٩ من القانون المدني العراقي

حيازته والانتفاع به دون عائق مع سماح الشركاء لذلك الشريك بالانتفاع بهذا المال الشائع كلاً أو جزءاً دون معارضة حسب عقد المهايأة^(١).

وإذا كان المال منقولاً فيتم التسليم بالمناولة اليدوية أو بمجرد تسليم المفاتيح للشريك المتهايي وفي جميع الأحوال لا يعد التسليم تاماً إلا بإزالة الموانع التي تحول بين الشريك المتهايي وبين الانتفاع بحصته الشائعة أو بالمال الشائع كله في المهايأة الزمانية سواء كان المانع المادي ناشئ من فعل بقية الشركاء أو من فعل الغير^(٢).

أما الحالة التي يجب أن يتم التسليم فيها فهي الحالة التي كان عليها المال الشائع وقت الاتفاق على المهايأة فأن تغيرت بفعل الشركاء أو بفعل الغير تغييراً يخل بالمنفعة المقصودة فالشريك المتهايي مخير إن شاء قبل المهايأة وأستمر فيها وإن شاء طلب الفسخ مع الاحتفاظ بحقه بطلب إزالة الشيوخ ، وإلى ذلك أشارت المادة (٧٤٢) من القانون المدني العراقي. من ذلك نلاحظ أن المشرع العراقي لم يلزم الشركاء المتهايين من تسليم المال الشائع بحالة يصلح معها لتحقيق ما اعد له من منفعة وإنما يقتصر على التزامهم بتسليمه بحالته وقت التعاقد^(٣) . عكس ما ذهب إليه القانون المدني المصري الذي نص إلى ضرورة تسليم المال الشائع في المهايأة بحالة يصلح معها للاستعمال ويتم تحديد الصلاحية وفقاً لاتفاق المتعاقدين أو طبيعة المال الشائع ، ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك ، فهذه القواعد ليست من النظام العام وبالتالي يجوز الاتفاق على ما يخالفها^(٤).

ولا توجد قواعد أمرة بصدد مكان و زمان التسليم وإنما يخضع لأراده الأطراف, إذ يحق لهم تحديد الزمان والمكان الملزمين للتسليم وهذا الحكم سواء في القانون المدني العراقي والمصري^(٥).

ثانياً : الالتزام بالصيانة.

المقصود بالالتزام بالصيانة حيث يدخل هذا الالتزام في نطاق التزامهم بتمكين الشريك من الانتفاع بالمال الشائع أثناء فترة انتفاعه لذلك فهذا الالتزام يقع على عاتق الشركاء المتهايين ، لكن ماذا نقصد بالصيانة ، وما هي أحكامها؟

(١) - صاحب عبيد الفتلاوي/ عقد الايجار ، جامعة بغداد ، كلية القانون ، ص٢٥٨.

(٢) - جعفر الفضلي/ العقود المسماة ، عقد الايجار ، مديرية دار الكتب ، الموصل ١٩٨٩ ، ص٢٤٢.

(٣) - جعفر الفضلي / مصدر سابق ، ص٢٤٠

(٤) - محمد مطر / عقد الايجار ، الدار الجامعية بيروت ، ص١٤٧

(٥) - صاحب عبيد الفتلاوي/ مصدر سابق ، ص٢٦٨

من خلال الرجوع إلى الأحكام التي تناولت التزام المؤجر بصيانة المأجور والتي أشار إليها القانون المدني العراقي^(١) و القانون المدني المصري^(٢)، وبدلالة المواد (١٠٧٩) (٨٢٨) من القانونيين السابقين يتضح لنا أهم الأحكام التي تترتب على التزام الشركاء بالصيانة

يجب على الشركاء إصلاح وترميم كل ما يحدث من خلل في المال الشائع والذي ينتج الاخلال والضرر في المال، اما عن الإصلاحات والترميمات التي يلتزم الشركاء بأجرائها الشركاء فهي الترميمات الضرورية للانتفاع بالمال الشائع سواء أكانت لازمة لحفظه من الهلاك أم لا. فمثلا إصلاح حائط آيل للسقوط هو ترميم ضروري لابد منه ، وكذلك إصلاح الأعمدة التي تحمل الأسقف او سمكرة وإصلاح الباخرة المملوكة على الشيوع ان كانت هذه الترميمات ضرورية ولازمة للانتفاع بهذا المال الشائع.

أما الترميمات الطفيفة فإنها تقع على عاتق الشريك المنتفع مادام العرف يقضي بذلك^(٣) ، وهذه الترميمات تكون عادة إما نتيجة لإهمال أو نتيجة الاستعمال العادي مثل إصلاح الحفريات والأقفال وزجاج النوافذ^(٤).

وقد أشارت محكمة تمييز العراق إلى أن المال الشائع المنتفع به مهاية إذا احتاج إلى عمارة ضرورة لصيانته فليس للشريك المنتفع منع الشركاء المتهائنين من إجرائها ووفق المادة (٧٥٢/١) من القانون المدني العراقي^(٥).

هذا ونلاحظ أن القانون المدني المصري قد أشار في م (٥٦٨) ما مضمونه أنه يجوز للشريك المنتفع في حالة الترميمات المستعجلة والبسيطة أن يقوم بأجرائها بنفسه دون حاجة إلى إذن القاضي ولا يوجد نص صريح في القانون المدني العراقي يشير إلى ذلك لكن لا ضير من الأخذ به سيما وأنه يعد تطبيقاً من تطبيقات التنفيذ العيني الذي أشارت إليه المادة (٢٥٠) في فقرتها الثانية من القانون المدني العراقي، ويجب التمييز بين الحاجة إلى الصيانة الضرورية وبين الهلاك الجزئي حيث أن الأخير لا يجيز للشريك المتهائي المنتفع أن يجبر بقية الشركاء على القيام به إذا كان ذلك الهلاك الجزئي لا يؤدي

(١) - تراجع المواد ٧٥٠ و ٧٥١ و ٧٥٢ من القانون المدني العراقي

(٢) - تراجع ٥٦٧ و ٥٧٠ من القانون المدني المصري.

(٣) - لاحظ نص المادة ٧٦٣ / ٢ من القانون المدني العراقي

(٤) - جعفر الفضلي / مصدر سابق ، ص ٢٤٦

(٥) - قرار رقم ٢٤٩٦ / م ثمانية / ١٩٧٥ بتاريخ ١٩٧٧/٥/٣١ منشور في مجموعة الاحكام العدلية ، ع ٢، س ٨،

إلى زوال المنفعة المقصودة وأن كان يؤدي إلى إنقاصها ، فهذا يكون من حق الشريك المنتفع فقط المطالبة بإنقاص الأجرة^(١).

وانقاص الأجرة في عقد المهادية يكون من خلال زيادة مدة انتفاع الشريك المتهايي وتقليل مدة انتفاع الشركاء الآخرين لأنه وكما سنذكر فيما بعد أن الشريك المتهايي المنتفع لا يلتزم بدفع الأجرة نقداً وإنما يكون بالتنازل عن نصيبه لبقية شركاءه في فترات انتفاعهم مقابل تنازلهم عن أنصبتهم لهذا الشريك في فترة انتفاعه. وإذا كان الهالك الجزئي يؤدي إلى جعل المال الشائع في حالة لا يصلح معها للانتفاع به وفق الغرض المعد له ، أو نقص هذا الانتفاع نقصاً كبيراً ولم يكن لبقية الشركاء يد في شيء من ذلك جاز له أي للشريك المنتفع إذا لم يقيم الشركاء المتهايين في ميعاد مناسب بإعادة المال الشائع إلى حالته التي كان عليها ، أن يطالب أما بإنقاص الأجرة أو فسخ المهادية مع حقه في طلب إنهاء الشروع^(٢).

نلاحظ في هذه الحالة أن الشريك المنتفع قد أعطي الخيار بين الفسخ أو إنقاص الأجرة ولكن لم يعطى الحق في إجبار الشركاء المتهايين على إجراء هذه الترميمات.

لكن البعض ينتقدون هذا الحكم ويقولون أنه يتعارض وما ذهب إليه المادة (٧٥٠) من القانون المدني العراقي إلا أن هذا التعارض يزول كما يقول البعض، والمشرع العراقي يميز بين الهالك الجزئي الجسم وهو أن يصبح المال الشائع غير قابل للانتفاع به أو نقص ذلك الانتفاع نقصاً كبيراً ، المادة (٧٥١) ف (٢) وبين الهالك الجزئي غير الجسم وهو أن يحدث خلل في المال الشائع يؤدي إلى أخلال المنفعة المقصودة المادة (٧٥٠/١) ، ففي الحالة الثانية دون الأولى يحق للشريك إجبار الشركاء على إجراء الترميم ولا يجوز للشريك المنتفع أن يطالب بإنقاص الأجرة كما في الحالة الأولى^(٣).

أما موقف المشرع المصري فقد أشار إلى تلك الحالات سائلة الذكر في المواد (٥٦٧) ، ٥٦٨/١ ، ٥٦٩ / ف ٢) وهي مطابقة لما ذكره المشرع العراقي إلا أنه خالفه من حيث إعطاء الحق في الحالتين للشريك المنتفع بالمطالبة بإنقاص الأجرة خلاف المشرع العراقي الذي أعطى هذا الحق فقط

(١) - توفيق حسن فرج / عقد الايجار . الدار الجامعية بيروت ١٩٨٤ ص ٤٩٧

(٢) - المادة ٧٥١ من القانون المدني العراقي

(٣) - سعدون العامري/ العقود المسماة ج ١، ط ٣ ، مطبعة العاني ، بغداد ١٩٧٤ ص ٢٤٥

في حالة زوال المنفعة المقصودة أو نقصانها نقصاً كبيراً المادة (٧٥١) ف ٢. أما في حالة الهلاك الكلي للمال الشائع فإنه يؤدي الى انفساخ العقد من تلقاء نفسه وهذا تطبيق للقواعد العامة^(١).

أما بالنسبة للترميمات والإصلاحات الضرورية اللازمة لحفظ المال الشائع من الهلاك فإن المشرع قيد إرادة الشريك المنتفع فلا يستطيع أن يمنع بقية الشركاء من إجراءها إلا بشرطين ١ - أن تكون الأعمال التي يريد الشركاء القيام بها تدخل ضمن الإصلاحات اللازمة للمال الشائع ، إما إذا كانت تحسينات فلا يجوز لهم أن يقوموا بأجراءها ٢- أن تكون هذه الإصلاحات مستعجلة أي لا يمكن الانتظار عليها أو تأجيلها إلى وقت انتهاء مدة المهاية^(٢).

إذا لم يقر الشركاء بإجراء أعمال الصيانة والترميم اللازمين للحفظ جاز للشريك المنتفع المطالبة بالفسخ و إنقاص الأجرة حسب الأحوال ، مع الاحتفاظ بحقه بطلب إنهاء الشروع ، ونود أن نبين هنا بأن حق الشريك المنتفع بإنهاء الشروع يكون في الأحوال التي تؤدي إخلال الشركاء بالتزاماتها الى تخلف المنفعة المقصودة من ذلك العقد، فعندئذ يكون أمام الشريك المتهايي أما أن يطلب إنهاء المهاية من خلال الفسخ والانتفاع بالمال الشائع مع بقية الشركاء طبقاً للمادة (١٠٦٣) من القانون المدني العراقي أو أن يطلب إنهاء المهاية وإنهاء الشروع أيضاً من خلال القسمة سواء كانت قسمة رضائية أو قسمة قضائية وسواء أكانت الأخيرة قسمة عينية أم تصفية.

ثالثاً : الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية.

من المتعارف عليه ان التعرض سواء كان تعرضاً مادياً أم قانونياً فان الشركاء المتهايين يقع عليهم ضمان عدم التعرض الصادر من قبلهم ، وذلك بسبب التزامهم بضمان انتفاع الشريك المنتفع أثناء فترة انتفاعه. ومن المتعارف عليه ايضا ان الملتزم بالضمان يلتزم بالامتناع عن التعرض. اضافة لذلك فهم ملزمون بضمان التعرض القانوني الصادر من الغير، أما التعرض المادي فلا التزام عليهم بضمانه ، ولكن من واجبهم دفع التعرض ايضاً باعتبارهم ملاك ومن مصلحتهم حماية ملكهم، وقد أشار المشرع العراقي إلى هذه الأحكام^(٣) وبإدالة المادة (١٠٧٩) من القانون ذاته^(٤).

(١) - المواد ٧٥١ / ف ١ مدني عراقي ، والمادة ٥٦٩ / ف ١ القانون المدني المصري .

(٢) - توفيق حسن فرج/ مصدر سابق ، ص ٥٣٥ - ٥٣٦

(٣) - تراجع المواد ٧٥٣ و ٧٥٤ و ٧٥٥ من القانون المدني العراقي الخاصة بالايجار

(٤) - اشار المشرع المصري الى هذه الاحكام في المادة ٥٧١ من القانون المدني وهي مطابقة لما اورده المشرع العراقي

ففيما يتعلق بالتعرض الصادر من الشركاء المتهايين سواء أكان مادياً أم قانونياً فلا يجوز لهم أن يتعرضوا للشريك المنتفع أثناء مدة انتفاعه ولا أن يحدثوا بالمال الشائع تغييراً يخل من المنفعة ، ولا يقتصر ضمان الشركاء عليهم فقط بل يشمل الأعمال الصادرة المقصودة منه من أتباعهم وكذلك كل تعرض مبني على سبب قانوني صادر من الغير^(١).

يجب أن يكون هذا التعرض غير مستند إلى حق قانوني ، إما إذا كان كذلك فيحق لهم أن يقوموا بهذا التعرض إذا كان وفقاً لحق ثابت لهم بالقانون ، كما لو طالبوا الشريك برفع يده عن المال الشائع لانتهاء مدة المهاية، فلا يحق له أن يدفع اتجاههم بعدم التعرض^(٢).

أما التعرض الصادر من الغير فلا يلزم الشركاء المتهايين إلا بضمان التعرض القانوني المادة (٧٥٣/ف ٢) مدني عراقي ، ولأجل إلزام الشركاء بضمان هذا التعرض لابد من توافر الشروط الآتية:

- ١ - يجب وقوع التعرض فعليا ولا يعتد بالتهديد به من قبل الغير
- ٢ - يجب ان يكون هناك ادعاء للغير بحق يتعارض مع ما للشريك المتهايي من حقوق بموجب عقد المهاية
- ٣ - وقوع التعرض أثناء فترة انتفاع هذا الشريك المتهايي المنتفع فإذا توافرت الشروط أعلاه في التعرض القانوني التزم الشركاء بإجرائه من خلال التنفيذ العيني ابتداء بان يجعلوا الغير يكف عن تعرضه فأن عجز التنفيذ العيني في ذلك فهنا التزم الشركاء بالتنفيذ بمقابل من خلال إنقاص الأجرة أو فسخ المهاية مع التعويض في الحالتين إذا كان له مقتضى^(٣).
- هناك قرار صادر من محكمة التمييز أشار فيه إلى أن الاتفاق على المهاية يلغى في حال استحققت مساحة من الجزء الذي أصاب أحد الشركاء ، لغرض النفع العام ، ولبقية الشركاء أمكانية الاتفاق على المهاية مجدداً^(٤)

أما بالنسبة للالتزام بضمان العيوب الخفية ، فقد يكون المال الشائع فيه عيباً خفياً ظهر بيد أحد الشركاء أثناء فترة انتفاعه وأخفاه وعندما جاءت فترة انتفاع شريكه الآخر سلمه المال فما هو الحكم في

(١) - صاحب الفتاوي مصدر سابق ص ٢٧٢

(٢) - محمد مطر مصدر سابق ، ص ٢٠٦

(٣) - جعفر الفضلي ، عقد الايجار مصدر سابق ص ٢٥٣

(٤) - قرار رقم ٢٢٠ ، م ثانية / ١٩٨٢ ، منشور في مجموعة الاحكام العدلية الصادرة عن وزارة العدل ٢٤ س ١٣ ، ١٩٨٢ ص ٤٣ .

هذه الحالة ؟ من خلال الشائع دون أن يوضح الشريك وجود هذا العيب ، الرجوع إلى أحكام المادة (٧٥٦) ، مدني عراقي نلاحظ أنه ليس كل عيب يلتزم الشركاء بضمانه بل لابد من توافر شروط معينة بالعيب الذي يوجب الضمان وهي:

أ- أن يكون العيب مؤثراً : أي أن يكون من شأنه أن يحول دون الانتفاع بذلك المال الشائع أو ينقص منه انتقاصاً كبيراً بحيث لو كان الشريك يعلم به لما طالب بأجراء المهايأة ولما وافق عليها ، كما لو كان الجزء الواقع في حصته لا تدخل اليه أشعة الشمس وكثير الرطوبة وغير صالح للسكن ولا يلزم الشركاء بضمان العيوب التي جرى العرف على التسامح بها كما لو ظهر أن حصته من الأرض التي وقعت في نصيبه بسبب المهايأة المكانية غير صالحة لإنبات نوع معين من المحاصيل (١)

ب- أن يكون العيب خفياً : وهو الذي لا يستطيع الشريك المنتفع من كشفه بالفحص المعتاد ، وهنا يجب أن يقوم بأجراء الفحص الذي يجديه الشخص المعتاد حتى لو تطلب الأمر الاستعانة بخبير ، كما لو كان المال الشائع سيارة أو آلة ميكانيكية أو بناية معينة فهنا يجب أن يستعين بخبير إذا كان لا يعلم بهذه الأمور ، أما العيب الظاهر فلا يلتزم الشركاء بضمانه إلا إذا صدر منهم غش أو خطأ جسيم ، كما لو أكدوا له خلو حصته من هذه العيوب ولم يقيم بواجب الفحص بسبب هذا التأكيد (٢)

أما المشرع المصري فأشار إلى هذه الأحكام في المادة (٥٧٦) وهي موافقة لأحكام المشرع العراقي ، أما الجزاء المترتب على الإخلال بهذا الالتزام فهو الخيار للشريك المنتفع بين الفسخ وإنهاء الشيوع وإنقاص الأجرة ، دون الإخلال بحقه بالتنفيذ العيني الذي أشار إليه المشرع المصري صراحة في المادة (٥٧٧) من القانون المدني ولا يوجد مانع من الأخذ به بالتشريع العراقي لأنه لا يعدوا كونه تطبيق من تطبيقات القواعد العامة (٣)

(١) - صاحب الفتاوي مصدر سابق، ص ٢٨٠

(٢) - توفيق حسن فرج / مصدر سابق، ص ٦٨٧ وما بعدها.

(٣) - جعفر الفضلي / عقد الايجار ، مصدر سابق، ص ٢٦٢

المطلب الثاني

تكييف المهاية

ذكرنا سابقاً أن المهاية وجدت لضرورة تتعلق بتعذر الانتفاع بالمال الشائع من قبل جميع الشركاء مجتمعين في اغلب الأحيان ، لذلك نرى ان هناك خلاف فقهي حول تكييف المهاية فمنهم من كیفها بأنها ايجار ، ومنهم من كیفها بأنها اعارة .

وستناول في هذا المطلب تكييف المهاية عقد ايجار، وتكييف المهاية بأنها قسمة نهائية وكالاتي:

أولاً: تكييف المهاية عقد ايجار:

الايجار هو تملك المنافع مقابل عوض ، او هو تملك منفعة معلومة ومحددة مقابل عوض معلوم ومحدد لمدة معلومة ايضا، وبموجبه يقع التزام على عاتق المؤجر أن يسمح للمستأجر من الانتفاع بالمأجور^(١).

علما انه في عقد الايجار هذا سوف تترتب التزامات على الطرفين ، فنرى ان المؤجر على عاتقه التزام أن يسلم المأجور للمستأجر بالحالة التي كان عليها وقت انعقاد العقد . ونرى هناك التزام بصيانة المأجور وبالمقابل يلتزم المستأجر بدفع الايجار بحفظ المأجور ورده الى المؤجر عند انتهاء عقد الايجار^(٢).

واغلب فقهاء القانون المدني اعدوا المهاية ايجاراً ، يعد كل شريك في المهاية مؤجراً للشريك الآخر ومستأجراً منه^(٣) فهي منفعة مقابل منفعة ينتفع الشريك بجزء مفرز فيحصل على نصيب باقي الشركاء في منفعة هذا الجزء في مقابل حصول الشركاء على نصيبه هو في منفعة الأجزاء المفرزة الأخرى في المهاية المكانية ، أما في المهاية الزمانية يتناوب الشركاء الانتفاع بالمال الشائع كله فيحصل الشريك في نوبته على نصيب باقي الشركاء في منفعة المال الشائع في مقابل حصول شركائه ، كل في نوبته على نصيبه هو في منفعة هذا المال ، فالمهاية اذا بنوعها مقايضة انتفاع بانتفاع ، ومقايضة الانتفاع بالانتفاع تكون ايجاراً اذ ليس من الضروري أن تكون الأجرة في الايجار كما في الثمن بالبيع نقداً^(٤).

(١) نص المادة ٧٢٢ من القانون المدني العراقي

(٢) - نصوص المواد ٧٤٢ - ٧٧٤ من القانون المدني العراقي

(٣) - علي حسن ذنون / مصدر سابق ، ص ٨٨

(٤) - عبدالرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني ، المجلد ٢، ج ٨ ، لجنة الترجمة والنشر ، القاهرة ١٩٦٣ ،

كذلك نصت أغلب القوانين المقارنة على تطبيق احكام عقد الايجار على المهاية فنص القانون المدني العراقي في المادة (١٠٧٩) تخضع المهاية من حيث أهلية المتهايين وحقوقهم والتزاماتهم لأحكام عقد الايجار مادامت هذه الاحكام لا تتعارض وطبيعة المهاية ، والحكم نفسه نجده في القانون المدني المصري والسوري^(١).

فمثلا في القانون المدني المصري وعلى الرغم من ان المشرع المصري في نص المادة ٨٤٨ قرر اخضاع عقد قسمة المهاية الى احكام عقد الايجار من خلال النص على جواز الاحتجاج بها على الغير واهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم الا انه اختلف بهذا الشأن الى فريقين: الأول يرجح قسمة المهاية بانها عقد ايجار لأنها تتمثل بقايضة انتفاع بانتفاع. بينما الفريق الثاني رفض تلك النظرية بحجة ان عقد الايجار يبرم بين مالك وهو المؤجر وبين غير مالك وهو المستأجر ، بينما الاتفاق على قسمة المهاية يبرم بين مالكين للشيء محل الانتفاع اضافة الى اختلاف طبيعة القسمة في المهاية وعقد الايجار فالأخير يكون مصدره الاتفاق بينما المهاية قد تكون قضائية^(٢).

هناك أوجه اتفاق بين المهاية والايجار هي التي دعت أصحاب هذا الرأي للقول بأن المهاية ماهي في حقيقتها الا ايجار نذكرها في مايلي:

١ - ان كل من المهاية والايجار يكونان بمقابل: فالمؤجر يملك منفعة المأجور للمستأجر مقابل أجرة متفق عليها ، وحتى في الحالات التي يتعذر فيها تحدي الأجرة من حيث تعيين مقدارها وكيفية تقديرها فأن المؤجر يستحق أجر المثل^(٣) وكذلك الشريك في المهاية لا ينتفع بدون مقابل وانما انتفاعه يكون بمقابل انتفاع الشريك الآخر بجزء مفرز أو بكل المال الشائع حسب نوع المهاية المكانية او الزمانية

٢ - ان كل من عقدي المهاية والايجار من العقود المستمرة: ذلك ان التزامات المؤجر تبقى قائمة ومستمرة بتمكين المستأجر من الانتفاع بالمأجور مابقي العقد قائما بينهما^(٤) وفي المهاية يلتزم الشريك بتمكين الشريك المتهايي بالانتفاع بالمال الشائع مادامت المهاية قائمة

٣ - ان كل من الايجار والمهاية يردان على المنافع : لأن الايجار هو تملك المنفعة بعوض فبموجب عقد الايجار ينقل المؤجر ملكية منفعته المأجور الى المستأجر مع احتفاضه بملكية رقبته^(٥) كذلك

(١) - نصوص المواد ٨٤٨ من القانون المدني المصري والمادة ٨٠٢ من القانون المدني السوري.

(٢) - د. محمد ربيع انور / التنظيم القانوني لعقد قسمة المهاية ، مصدر سابق ، ص ١١٣١

(٣) - المادة ٧٣٨ من القانون المدني العراقي

(٤) - توفيق حسن فرج / عقد الايجار ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت ١٩٨٤، ص ١٣

(٥) - جعفر الفضلي / الوجيز في العقود المسماة ط ٢، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، ٢٠٠٥ ص ٢٥٢

المهالبة فأن الشريك المتهاىئ يملك منفعة المال الشائع كله في المهالبة الزمانية ويمتلك منفعة جزء مفرز من المال الشائع في المهالبة المكانية

من حيث صفة طرفي عقد الايجار والمهالبة :

أن المؤجر في عقد الايجار ممكن ان يكون المالك أو المنتفع أو المستأجر أو صاحب حق الاستعمال والسكنى أو مرتهن رهناً حيازياً ، وممكن ان يكون مالكاً على الشيوع ، والمستأجر هو الطرف الثاني في العلاقة العقدية ونلاحظ أن من يملك حق التأجير اما ان يكون مالكاً للرقبة وبالتالي وبالتالي يملك منفعة فيملك تملكها للغير أو ان يكون مالكاً للمنفعة دون الرقبة أو صاحب حق عيني أصلي أو تبعية^(١) أما طرفي عقد المهالبة فيجب أن يكونان الشركاء على الشيوع ولا يحق لأي من السابق ذكرهم أن يكون طرفاً في المهالبة لأن المشرع العراقي حصر أحد الشركاء او المرتهن رهناً حيازياً أو المنتفع بها أن يبرم عقد مهالبة مع الشريك.

من حيث سبب ملكية المنفعة

بموجب عقد الايجار يملك المؤجر منفعة المأجور للمستأجر ، لأن المؤجر يعد مالكاً أصلاً للرقبة ، وبدون هذا العقد لا يستطيع المستأجر الانتفاع بالمأجور فقبل العقد يعد المستأجر اجنبياً عن المأجور اما في المهالبة فيعد الشريك المتهاىئ مالكاً أصلاً للمنفعة لأنه يملك الرقبة وهي حصته في العين الشائعة ، الا ان ملكية الرقبة يشاركه فيها شركاء آخرون إذن ما يستحقه من منفعة ليس مصدره عقد المهالبة وانما هو منفعة ملكه في الاجارة يستحق منفعة العين بالعقد وهنا ما يستوفيه كل واحد منها يجعل في الحكم كأنه منفعة ملكه^(٢). فإذا كان هذا الشريك أصلاً مالكاً لمنفعة المال الشائع فلا حاجة لتكييف المهالبة ايجاراً لتبرر انتقال المنفعة اليه ، صحيح انه يملك حصته في المال الشائع وليس كل المال كما في الملكية المفردة ، ألا ان حصته هذه مهما بلغت تتعلق بكل جزئية من المال الشائع ، اذا الشريك يملك الرقبة ومن يملك الرقبة يملك المنفعة لكن الخصوصية المال الشائع وعدم إمكان الانتفاع به من قبل الشركاء فهم يقتسمون هذه المنفعة عن طريق المهالبة .

من حيث الاهلية المطلوبة في الشريك المتهاىئ:

(١) - جعفر الفضلي / مصدر سابق ، ص ٢٥٩

(٢) - شمس الدين السرخسي/ المبسوط ، ج ٢ دار المعرفة ، بيروت ص ١٧٠

اخضعها القانون كما قدمناه لقواعد قانون الايجار وبناء على ذلك التكيف يجب أن تكون أهلية الشريك المتهاىء أهلية كل من المؤجر والمستأجر وهي أهلية الإدارة وليس التصرف ولما كان كل شريك من الشركاء في الشبوع ، في التكيف الذي قدمناه يعتبر مؤجراً لمنفعة حصته مستأجر لمنفعة حصص الباقي من الشركاء ، فيجب أن تكون أهلية الشريك في المهائة بنوعها أهلية كل من المؤجر والمستأجر ، وهي هنا أهلية الإدارة دون أهلية التصرف حتى في الاستئجار اذ هو يعتبر في المهائة من اعمال الإدارة^(١)

الايجار من الباطن:

يجوز للمستأجر أن يؤجر للغير حقه الشخصي بصفته مستأجراً فيصبح بذلك طرفاً في عقدي ايجار يكون في الأول منهما مستأجراً وفي الثاني مؤجراً وتعد الاجارة الثانية اجارة من الباطن ، ويسمى المستأجر الذي يقوم بذلك المستأجر الأصلي ، والمستأجر الجديد الذي يتلقى الحق في الايجار من المستأجر الأصلي بالمستأجر من الباطن أو المستأجر الثاني مع ملاحظة ان عقد الايجار الأصلي يبقى قائماً الى جانب الايجار من الباطن^(٢).

الا انه اذا ورد شرط لا يجيز الايجار من الباطن الا بعد الحصول على موافقة المؤجر فأن مثل هذا الشرط يجب مراعاته وبالوقت نفسه يجب أن لا يتمتع المؤجر من أعطاء هذه الموافقة الا لسبب مشروع.

هناك سؤال يثور في هذا الصدد :-

اذا هذا الحق يثبت للمستأجر في عقد الايجار هل يثبت للشريك المتهاىء ؟ أي هل يجوز للشريك المتهاىء ان يؤجر نوبته في الانتفاع في المهائة الزمانية جزئه المقرر في المهائة المكانية للغير؟ واذا امكن ذلك هل تطبق أحكام الايجار من الباطن؟

ان الهدف من المهائة أن ينتفع الشريك بالمال الشائع او بجزء مفرز مقابل انتفاع شريكه لمدة أخرى أو بجزء آخر، والانتفاع قد يكون بأن يستعمل الشريك المال الشائع بنفسه ، وله كذلك أن يستغل المال الشائع بأن يؤجره للغير ويحصل على الأجرة، ولا نستطيع ان نطلق على مهائة الاستغلال ايجار

(١) - جعفر الفضلي / مصدر سابق ، ص ٢٥٩

(٢) - عبدالرزاق السنهوري / الوسيط في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ،

من الباطن ولا نستطيع تطبيق أحكامه عليها لأن الشريك ليس بمركز المستأجر الأصلي وإنما هو يتمتع بما اقتبسه من منفعة شريكه الآخر وهذا الانتفاع قد يكون بنفسه وقد يكون عن طريق الغير، وكذلك العقد المبرم بين الشريك المتهايي و المستأجر هو عقد ايجار مستقل عن عقد المهاية ولا يمكن أن يوصف بأنه عقد ايجار من الباطن ، فالشريك حر في كيفية التصرف في نوبته.

ثانيا / تكييف المهاية عقد اعارة .

عرفت الاعارة بالقانون المدني العراقي بأنها عقد بموجبه يسلم شخص لآخر شيئا غير قابل للاستهلاك يستعمله بلا عوض على ان يرده بعد الاستعمال^(١). علما ان الاعارة لا تتم الا بالقبض , ومن الالتزامات في مثل هذا النوع من العقود يلتزم المعير بترك المستعير بان ينتفع بالشيء المعار اثناء فترة الاعارة ويكون هذا الانتفاع بلا مقابل تعويض, وهناك نقاط تشابه بين المهاية والاعارة منها:

١- كلاهما عقود ترد على المنفعة.

٢- في كلا العقدين يملك الشريك المتهايي والمستعير المنفعة , فالشريك يملك منفعة المال الشائع كله اذا كانت المهاية زمانية او يملك منفعة جزء مفرز اذا كانت المهاية مكانية , وايضا في الاعارة يملك المستعير منفعة الشيء المعار.

٣- كلاهما يردان على الاموال غير القابلة للاستهلاك لان الغاية من المهاية والاعارة هي استعمال الشيء والانتفاع به.

لكن هناك من خالف فكرة التشابه بين عقدي الاعارة والمهاية بسبب وجود فوارق واختلافات لاسباب عديده منها: ان الاعارة عقد عيني لا يتم عقده الا بالقبض كما انها تعتبر من عقود التبرع لان المستعير ينتفع بالشيء المعار دون عوض بينما المهاية عقد رضائي^(٢) , و ان المستعير لا يملك رقبة الشيء المعار لانه لو كان كذلك فهو ليس بحاجة لابرار عقد اعارة. وكذلك الاعارة تتم بدون مقابل اما المهاية فان الشريك لا ينتفع بكل المال الشائع او بجزء مفرز منه الا مقابل انتفاع الشريك الاخر وبالتالي فان العقد في الاعارة غير لازم فيحقق للمعير انهاؤها باي وقت بينما المهاية هو غير حر بالتصرف بدون الرجوع للشريك.

(١) - تنظر المادة ٨٤٧ في القانون المدني العراقي

(٢) - عبدالرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني المجلد ٢ , ج ٦ , لجنة الترجمة والنشر , القاهرة ١٩٦٣ ,

ثالثاً : تكيف المهاية قسمة نهائية.

لم ينص القانون المدني العراقي على القسمة بنص القانون وذلك بتحول المهاية المكانية الى قسمة نهائية ونجد ان القانون المدني العراقي قد تعرض الى قسمة المهاية في المواد من (١٠٧٨) ولغاية (١٠٨٠) منه من دون التطرق الى ما يعرف بالقسمة بنص القانون ، الا اننا نجد ان المادة (١٠٨٠) منه قد نصت على انه : (اذا لم يتفق الشركاء على المهاية في المنقول، ولم يطلب احدهم ازالة الشيوع ، للشريك الذي يطلب المهاية مراجعة محكمة الصلح لاجرائها) فيظهر من ذلك أن المشرع العراقي قد قلص من نطاق المهاية القضائية اذ جعلها قاصرة على المنقول فقط دون العقار وذلك لان المشرع العراقي لما كان لا ينظر الى حالة الاستمرار في الشيوع في العقار نظرة ترحيب واطمئنان أراد ان يدفع بالشركاء في العقار الى انهاء شيوعهم رضاء بينهم وبشكل نهائي دون الاستمرار على حالة المهاية^(١).

في القانون المدني المصري قسمة المهاية المكانية تحولها الى قسمة نهائية شريطة استمرار حيازة الشريك للجزء المفروز خمس عشرة سنة وعدم اتفاق الشركاء مقدماً على خلاف ذلك اذ نصت المادة (٨٤٦) من القانون المدني في فقرتها الثانية على أن حتى تتحول قسمة المهاية المكانية إلى قسمة نهائية أن تدوم حيازة الشريك للجزء المفروز من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة ، وأن لا يكون الشركاء قد اتفقوا مقدماً على خلاف ذلك اذ نصت المادة (٨٤٦) من القانون المدني في فقرتها الثانية على أن "إذا دامت قسمة المهاية خمس عشرة سنة انقلبت قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك وأنه إذا حاز الشريك على الشيوع جزءاً مفزراً من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهاية ، مفاده أن المشرع أقام قرينة ان حيازة الشريك المشتاع لجزء مفروز من المال الشائع مدة خمس عشر سنة أنما تستند إلى قسمة مهاية ويكفي في خصوص هذه القرينة ان يقام الدليل على حيازة الجزء المفروز واستمرار هذه الحيازة المدة المذكورة ليفترض أن هناك قسمة مهاية والتي اذا دامت خمس عشر سنة انقلبت الى قسمة نهائية مالم يتفق الشركاء مقدماً على غير ذلك اعمالاً للشق الأول من النص سالف الذكر^(٢).

(١) - شاكراً ناصر حيدر / الوجيز في الحقوق العينية الاصلية في حق الملكية ج١، بغداد ، مطبعة العاني ١٩٦٩.

ص ٥٧٣.

(٢) - مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ص ١٣٩.

اما الاتجاه الثاني من التشريعات فلقد اخذت بالقسمة القانونية ومنها المادة ٨٤٦ بفقرتها الثانية من القانون المدني المصري فقد نصت على انه : (.. واذا دامت هذه القسمة خمس عشرة سنة انقلبت قسمة نهائية مالم يتفق الشركاء على غير ذلك فيتبين ان القانون المدني المصري قد اخذ بالقسمة القانونية باعتبارها نوعاً مستحدثاً من القسمة النهائية حيث لم نجد ما يقابله في القانون المدني المصري السابق (١٤) ولقد جاء في المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري النافذ أن استحداث هذا النوع الجديد من القسمة له ما يبرره وذلك لأن استمرار قسمة المهايأة المكانية لمدة خمس عشرة سنة دون أن يرغب احد الشركاء في انائها تمثل خير دليل على رغبة الشركاء في تحويلها الى قسمة نهائية وذلك لان كل شريك قد أطمأن لحصته المفردة هذه النتيجة فما عليهم الا ان يتفقوا اثناء المهايأة وانتفع بها وعليه اذا لم يرد الشركاء الوصول الى ابتداء على عدم تحول تلك القسمة الى قسمة نهائية^(١).

الا اننا نميل الى الاتجاه الذي كان قد انتهجه القانون المدني العراقي والاردني في عدم اخذهما بانقلاب المهايأة المكانية الى قسمة نهائية ، ذلك لان بعض المجتمعات كالمجتمع العراقي وما تسوده من قيم اجتماعية واعتبارات ادبية تلقي بظلالها على عملية توزيع الحصص في قسمة المهايأة المكانية حيث يجري التسامح من قبل بعض الشركاء للبعض الآخر أو الشريك بينهم استناداً الى تلك الاعتبارات الادبية مما قد يؤدي الى الحاق الغبن في حصص البعض من الشركاء وبالتالي عدم تحقق العدالة في القسمة ككل حيث ان تلك الحصص قد وزعت وفرضت على الشركاء ليس استناداً الى حكم القضاء أو رضا الشركاء فيها وانما قد تكون نتيجة لضغط الاعراف الاجتماعية السائدة في بعض المجتمعات وتسامح بعضهم تجاه البعض الآخر ومثال ذلك ان يمنح الشركاء الحصة الكبيرة من حصص الارض الى الاخ الاكبر دون الآخرين فاذا انقلبت تلك المهايأة المكانية الى قسمة نهائية سيضار بذلك باقي الشركاء وحدث ما لا يحمد عقباه من الندم واللولم^(٢).

ومن جانب آخر فانه في حال وجود وارث لمالك مشتاع فانه لا يعلم بان يد مورثه قائمة على اساس قسمة مهايأة وانما ستصير قسمة نهائية وخصوصاً اذا كانت تلك القسمة ليست في صالحه^(٣).

(١) - صلاح الدين الناهي/ الحقوق العينية الاصلية ، ج ١، بغداد شركة الطبع والنشر الاهلية ١٩٦١ ، ص ١٢١

(٢) - حامد مصطفى / شرح القانون المدني العراقي الملكية واسبابها ، ج ١ القاهرة ، شركة التجارة والطباعة المحدودة ١٩٥٣ ، ص ١٣٤.

(٣) - صلاح الدين الناهي / الحقوق العينية الاصلية ، ج ١ بغداد شركة الطبع والنشر الاهلية ١٩٦١ ص ١٢١ .

وانقسمت التشريعات الوضعية الى اتجاهين بشأن الالخذ او عدم الالخذ بالقسمة القانونية لذا فلا توجد فيها تطبيقات قضائية بالنسبة لقضاء الدول التي لم تأخذ بهذا الاتجاه كالقضاء العراقي او الاردني .. ويبدو ان شراح القانون المدني العراقي غير مقتنعين بذلك ، ويوردون أن التسامح قد يجري في المهاية بما لا يتسامح فيه في القسمة النهائية، وأن هذه القسمة تفرض على الشركاء دون رضاهم، وان الشركاء لو أرادوا جعل المهاية قسمة نهائية لصرحوا باتفاقهم على ذلك وسجلوا هذا الاتفاق ووافقهم في تصويب عدم أخذ المقتن العراقي والأردني وبقية التشريعات بحكم القانون المصري في امر لا يصح بناؤه على محض افتراض.

الخاتمة :

بعد الانتهاء من موضوع التنظيم القانوني للمهاياة توصلنا الى عدد من النتائج والتوصيات.

أولاً: النتائج:

- ١-المهاياة هي تفاهم واتفاق بين شريكين او عدد من الشركاء الغاية منه تنظيم الانتفاع بالمال الشائع وهي قد تكون مرتكزة على الزمان او المكان.
- ٢-ان المهاياة تنشأ اما بارادة الشركاء (رضائية) او عن طريق القضاء (قضائية)
- ٣-المهاياة في القانون العراقي ليست سببا لانهاء الشيوع عكس القانون المصري الذي اجاز انقلاق المهاياة المكانية الى قسمة نهائية مما يؤدي الى انهاء الشيوع.
- ٤-ان عقد المهاياة في القانون العراقي محدد بمدة خمس سنوات وبذلك يعتبر من العقود محددة المدة.
- ٥-يشترط في محل عقد المهاياة ان يكون معين او قابل للتعين و موجود او ممكن الوجود ومشروعاً
- ٦-ان عقد المهاياة عقد ملزم للجانبين وهو عقد رضائي يرد على المنفعة بدون الحاجة لشكليات

ثانياً: التوصيات:

- ١-نقترح تعديل المادة ١٠٧٨ من القانون المدني العراقي الذي يحصر المهاياة بين الشركاء فقط , انما يجب ان يجيزها المشرع لتشمل الاتفاق بين الشريك والمستاجر او المنتفع
- ٢-نقترح على المشرع العراقي ان ينظم موضوع المهاياة ضمن حالات الانتفاع بالمال الشائع وليس ضمن انهاء الشيوع
- ٣- الغاء النص على مدة الخمسة سنوات الواردة في المادة ١٠٧٨ وترك تحديدها لارادة الشركاء .
- ٤-نقترح ان ياخذ المشرع بالمهاياة القضائية التي تسبق اجراءات القسمة النهائية .

المصادر :

اولا / الكتب القانونية :

- ١- أبو المعالي برهان الدين بنا أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مارة البخاري الحنفي المتوفى (٦١٦هـ) تحقيق عبد الكريم سامي الجندي ط دار الكتب العلمية بيروت ، لبنان ، ، الطبعة الأولى ١٤٣٤ هـ ٢٠١٤ م
- ٢- أحمد بن محمد بن علي الفيومي / المصباح المنير، دار الحديث القاهرة ٢٠٠٢،
- ٣- المبسوط للسرخسي ١٧١/٢٠٠ ، المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه ابي حنيفة ٣٨٠/٧ لابي المعالي برهان الدين بن مارك البخاري الحنفي المتوفى ٦١٦ ت: عبدالكريم سامي الجندي ، الناشر دار الكتب العلمية بيروت لبنان ط ١ ٢٠٠٤
- ٤- توفيق حسن فرج / عقد الايجار ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت ١٩٨٤،
- ٥- جعفر الفضلي / الوجيز في العقود المسماة ط٢، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، ٢٠٠٥
- ٦- جعفر الفضلي/ العقود المسماة ، عقد الايجار ، مديرية دار الكتب ، الموصل ١٩٨٩ ،
- ٧- حامد مصطفى / شرح القانون المدني العراقي الملكية واسبابها ، ج ١ القاهرة ، شركة التجارة والطباعة المحدودة ١٩٥٣
- ٨- حسن علي الذنون / الحقوق العينية الاصلية (شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة بغداد ١٩٥٤
- ٩- جعفر جواد الفضلي / ايجار العقار الشائع في القانون المدني بحث منشور في مجلة العدالة ، وزارة العدل ٢٠٠١
- ١٠- جميل الشرقاوي/ الحقوق العينية الاصلية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،
- ١١- عبدالرزاق احمد السنهوري / الوسيط الجزء الثامن ، حق الملكية ، تنقيح المستشار احمد المراعي ، منشأة المعارف الاسكندرية ٢٠٠٤
- ١٢- عبدالرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني المجلد ٢ ، ج ٦ ، لجنة الترجمة والنشر ، القاهرة ١٩٦٣ ، ص ١٥١
- ١٣- شاكرا ناصر حيدر / الوجيز في الحقوق العينية الاصلية في حق الملكية ج ١، بغداد ، مطبعة العاني ١٩٦٩.
- ١٤- شمس الدين السرخسي/ المبسوط ، ج٢ دار المعرفة ، بيروت
- ١٥- صاحب عبيد الفتلاوي/ عقد الايجار ، جامعة بغداد ، كلية القانون ، ٢٥٨.
- ١٦- صلاح الدين الناهي / الحقوق العينية الاصلية ، ج ١ بغداد شركة الطبع والنشر الاهلية ١٩٦١

- ١٧- صلاح الدين الناهي / محاضرات في القانون المدني ، حق الملكية في ذاته ، معهد الدراسات العربية العالي، ١٩٦١ ،
- ١٨- عبدالرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني ، المجلد ٢، ج ٨ ، لجنة الترجمة والنشر ، القاهرة ١٩٦٣
- ١٩- علي بن محمد الجرجاني / التعريفات ، ط ١، دار المعرفة بيروت لبنان، ٢٠٠٧.
- ٢٠- علي هادي العبيد / الوجيز في شرح القانون المدني الحقوق العينية ، ط ٧ عمان . دار الثقافة للنشر والتوزيع
- ٢١- محمد طه البشير ، د.غني حسون طه / الحقوق العينية الاصلية - الحقوق العينية التبعية ، طبعة جديدة منقحة ، دار السنهوري .
- ٢٢- محمد عليش/ منح الجليل شرح على مختصر العلامة خليل ، دار الفكر للطباعة والنشر ، ج ٧
- ٢٣- محمد مطر / عقد الايجار، الدار الجامعية بيروت ،
- ٢٤- معجم لسان العرب ، للعلامة جمال الدين محمد بن مكرم الملقب ابن منظور الافريقي المصري ، المجلد الاول ، ط ١ دار جادر ، بيروت

ثانيا / البحوث:

- ١- محمد ربيع انور/ التنظيم القانوني لعقد قسمة المهايأة دراسة في ضوء نص المادة ٨٤٨ من القانون المدني المصري مع القياس على احكام عقد الايجار بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية المصرية ، العدد الثاني ، ج ٢ ، السنة التاسعة والخمسون تموز ٢٠١٧¹
-
- ٢- ندى سالم حمدون / مفهوم المهايأة وتكييفها، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، المجلد ١١ العدد ٤٢ السنة ٢٠٠٩.

ثالثا / القوانين:

- ١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.
- ٢- القانون المدني السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩ وتعديلاته.
- ٣- القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦.
- ٤- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

Sources:

First / Legal books:

- 1- Abu Al-Ma'ali Burhan Al-Din Bana Ahmad bin Abdul Aziz bin Omar bin Mara Al-Bukhari Al-Hanafi, died (616 AH), edited by Abdul Karim Sami Al-Jundi, published by Dar Al-Kutub Al-Ilmiyyah, Beirut, Lebanon, first edition 1434 AH 2004 AD
- 2- Ahmad bin Muhammad bin Ali Al-Fayoumi / Al-Misbah Al-Munir, Dar Al-Hadith, Cairo 2002,
- 3- Al-Mabsut by Al-Sarakhsi 171/200, Al-Muhit Al-Burhani in Al-Fiqh Al-Na'mai, Fiqh Abu Hanifa 380/7 by Abu Al-Ma'ali Burhan Al-Din bin Mark Al-Bukhari Al-Hanafi, died 616, edited by Abdul Karim Sami Al-Jundi, publisher Dar Al-Kutub Al-Ilmiyyah, Beirut, Lebanon, 1st edition 2004
- 4- Tawfiq Hassan Faraj / Lease Contract, Dar Al-Jami'ah for Printing and Publishing, Beirut 1984,
- 5- Jaafar Al-Fadhli / Al-Wajeez in Named Contracts, 2nd edition, Ministry of Higher Education and Scientific Research, 2005
- 6- Jaafar Al-Fadhli / Named Contracts, Lease Contract, Directorate of Dar Al-Kutub, Mosul 1989,
- 7- Hamid Mustafa / Explanation of the Iraqi Civil Law, Ownership and its Causes, Part 1, Cairo, Trade and Printing Company Limited 1953
- 8- Hassan Ali Al-Dhanoon / Original Real Rights (Al-Rabita Printing and Publishing Company Limited, Baghdad 1954
- 9- Jaafar Jawad Al-Fadhli / Renting Common Real Estate in Civil Law, a research published in Al-Adala Magazine, Ministry of Justice 2001
- 10- Jamil Al-Sharqawi / Original Real Rights, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo
- 11- Abdul Razzaq Ahmed Al-Sanhouri / Al-Wasit Part Eight, Ownership Right, Revised by Counselor Ahmed Al-Marai, Al-Maaref Establishment, Alexandria 2004
- 12- Abdul Razzaq Al-Sanhouri / Al-Wasit in Explanation of Civil Law, Volume 2, Part 6, Translation and Publishing Committee, Cairo 1963, p. 151
- 13- Shaker Nasser Haider / Al-Wajeez in the original property rights in the right of ownership, Part 1, Baghdad, Al-Ani Press, 1969.

14- Shams Al-Din Al-Sarakhsi / Al-Mabsoot, Part 2, Dar Al-Ma'rifa, Beirut

15- Saheb Obeid Al-Fatlawi / The Lease Contract, University of Baghdad, College of Law, 258.

16- Salah Al-Din Al-Nahi / The original property rights, Part 1, Baghdad, Al-Ahlia Printing and Publishing Company, 1961

17- Salah Al-Din Al-Nahi / Lectures in Civil Law, The Right of Ownership in Itself, Higher Institute of Arab Studies, 1961

18- Abdul Razzaq Al-Sanhouri / The Intermediate in Explaining Civil Law, Volume 2, Part 8, Translation and Publishing Committee, Cairo 1963

19- Ali bin Muhammad Al-Jurjani / Definitions, 1st ed., Dar Al-Ma'rifa, Beirut, Lebanon, 2007.

20- Ali Hadi Al-Ubaid / A Brief Explanation of Civil Law Real Rights, 7th Edition, Amman. Dar Al-Thaqafa for Publishing and Distribution

21- Muhammad Taha Al-Bashir, Dr. Ghani Hassoun Taha / Original Real Rights - Accessory Real Rights, New Revised Edition, Dar Al-Sanhouri.

22- Muhammad Aliish / Manh Al-Jalil, an explanation of the summary of the scholar Khalil, Dar Al-Fikr for Printing and Publishing, Vol. 7

23- Muhammad Matar / Lease Contract, Dar Al-Jamiah, Beirut,

24- Lisan Al-Arab Dictionary, by the scholar Jamal Al-Din Muhammad bin Makram, nicknamed Ibn Manzur Al-Afriqi Al-Masry, Volume 1, 1st edition, Dar Jader, Beirut

Second / Research:

1- Muhammad Rabi Anwar / Legal organization of the contract of division of the property, a study in light of the text of Article 848 of the Egyptian Civil Code with analogy to the provisions of the lease contract, a research published in the Egyptian Journal of Legal and Economic Sciences, Issue 2, Vol. 2, Year 59, July 2017 -

2- Nada Salem Hamdoun / The concept of the property and its adaptation, a research published in Al-Rafidain Journal of Law, Volume 11, Issue 42, Year 2009.

Third / Laws:

1- The Iraqi Civil Code No. 40 of 1951, as amended.

2- Syrian Civil Law No. 84 of 1949 and its amendments.

3- Jordanian Civil Law No. 43 of 1976.

4- Egyptian Civil Law No. 131 of 1948.