



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

كلية جنات العراق للعلوم الانسانية

P-ISSN: 2791-2396

E-ISSN:3005-933X

مجلة المدارات العلمية للعلوم الانسانية والاجتماعية

مجلة علمية محكمة نصف سنوية تصدر عن
كلية جنات العراق للعلوم الانسانية



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

كلية جنات العراق للعلوم الانسانية

P-ISSN:2791-2396

E-ISSN:3005-399X

مجلة المدارات العلمية للعلوم الانسانية والاجتماعية

مجلة علمية محكمة نصف سنوية تصدر عن كلية جنات
العراق للعلوم الانسانية

المجلد 1 ، العدد 2 ، 2023

رقم الإيداع لدى دار الكتب والوثائق الوطنية بغداد 2569 لسنة 2022

يتم استقبال الاستفسارات والبحوث عن طريق البريد الالكتروني

almadarat@jic.edu.iq

هيئة تحرير مجلة المدارات العلمية للعلوم الانسانية والاجتماعية

ت	الاسم	اللقب العلمي	التخصص العلمي	مكان العمل	الدولة	الصفة
1	د. محمد خالد برع	استاذ	قانون دولي	كلية جنات العراق للعلوم الإنسانية	العراق	رئيس هيئة التحرير
2	د. فيصل غازي فيصل	استاذ مساعد	اقتصاد	كلية جنات العراق للعلوم الإنسانية	العراق	مدير التحرير
3	د. راشد احمد جراري	استاذ	لغة عربية	جامعة القاهرة- كلية دار العلوم	مصر	عضوا
4	د. عائشة احمد سالم	استاذ	فقه مقارن معاصر	جامعة الزاوية- كلية الآداب	ليبيا	عضوا
5	د. عادل حرب بشير اللصاصمة	استاذ	شريعة ودراسات اسلامية	جامعة البلقاء التطبيقية	الاردن	عضوا
6	د. فاطمة حباش	استاذ	تاريخ حديث	جامعة ابن خلدون- الجزائر	الجزائر	عضوا
7	د. نعمان عطاالله محمود	استاذ	قانون دولي	جامعة عجمان- كلية القانون	الامارات	عضوا
8	د. يوسف ايتخدجو	استاذ	جغرافيا	وزارة التربية الوطنية	المغرب	عضوا
9	د. خالد عواد حمادي	استاذ مساعد	قانون دولي	كلية المعارف الجامعة	العراق	عضوا
10	د. عادل محمد الطيب عربي	استاذ مساعد	فلسفة	جامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا	السودان	عضوا
11	د. غازي فيصل صالح	استاذ مساعد	تاريخ اسلامي	وزارة التربية- المديرية العامة لتربية الانبار	العراق	عضوا
12	د. فيفيان حنا الشويري	استاذ مساعد	فنون وآثار	الجامعة اللبنانية	لبنان	عضوا
13	د. مثنى محمد فيحان	استاذ مساعد	اعلام	وزارة التعليم العالي والبحث العلمي/ دائرة العلاقات والاعلام	العراق	عضوا
14	د. مروان كاظم محمد	استاذ مساعد	لغة انكليزية	جامعة الانبار- كلية التربية للعلوم الإنسانية	العراق	عضوا
15	د. مهند خميس عبد	استاذ مساعد	اقتصاد	جامعة الفلوجة- كلية الادارة والاقتصاد	العراق	عضوا

تعليمات النشر في مجلة المدارات العلمية للعلوم الانسانية والاجتماعية

- 1- تخضع البحوث المقدمة للنشر في المجلة للتقييم حسب الاصول العلمية المتبعة من قبل اثنين من المختصين في موضوع البحث ومن ذوي الكفاءة، وقد يستشار بثالث عند الضرورة مع حجب أسماء المقيمين عند ارسال الملاحظات للباحثين.
- 2- أن لا يكون البحث قد نشر أو سينشر في أية مجلة علمية أخرى ولم يمض على انجازه اكثر من أربع سنوات.
- 3- يلتزم الباحث بإجراء جميع التعديلات التي يراها المقيمون ضرورية ويرفض البحث اذا اتفق المقيمون على رفضه، أو رفض من احدهما وتعديلات جوهرية من الاخر، أو تعديلات جوهرية من كلا المقيمين.
- 4- يلتزم الباحث عند النشر في هذه المجلة بملء استمارة التعهد الخاص يبين فيها ملكيته الفكرية للبحث وعدم نشره سابقا في اي مجلة علمية او مؤتمر علمي.
- 5- تخضع البحوث المقدمة للنشر لتحديد نسبة الاستلال (الانتحال) Plagiarism باستعمال برنامج Turnitin.
- 6- يعرض البحث قبل النشر للتدقيق من قبل مقيم لغوي (اللغة العربية واللغة الانكليزية) ويجب على الباحث الالتزام بهذه التعديلات.
- 7- تلتزم المجلة بسياسة نشر تعكس التزامها بأخلاقيات البحث العلمي وبنود لجنة أخلاقيات النشر .Committee of Publication Ethics
- 8- تحتفظ هيئة التحرير بحقها بإجراء التعديلات الشكلية واللغوية اللازمة.
- 9- تحتفظ هيئة التحرير بحقها في عدم نشر أي بحث دون ابداء الاسباب وتعتبر قراراتها نهائية.
- 10- ان البحث يعبر عن رأي الباحث، وأن هيئة التحرير غير مسؤولة عما ورد فيه.
- 11- تقبل البحوث باللغتين العربية والانكليزية.

دليل المؤلف Author Guidelines

ادناه الشروط والمتطلبات الواجب مراعاتها من قبل الباحث للنشر في هذه المجلة:

- 1- يشترط في البحث المقدم للنشر أن لا يكون قد نشر أو أرسل لجهة أخرى للنشر .
- 2- يطبع البحث على ورق A4 وبمسافات مفردة بين الاسطر (1.15).
- 3- حجم الخط (16) للعناوين الرئيسة و (14) للعناوين الفرعية للبحوث باللغتين العربية والإنكليزية.
- 4- يكون نوع الخط (Simplified Arabic) للبحوث العربية، اما البحوث في اللغة الإنكليزية فيكون نوع الخط (Times New Roman).
- 5- ترك هامش في حدود 2 سم من الاعلى والاسفل وهامش بحدود 1.25 سم من الجانبين الايمن والايسر .
- 6- كتابة العنوان أعلى الجدول والمصدر يكون في أسفل الجدول.
- 7- كتابة عنوان الشكل والمصدر أسفل الشكل وفي منتصف الصفحة.
- 8- يذكر الباحث اسمه الثلاثي، الشهادة، المرتبة العلمية، جهة الانتساب، البريد الالكتروني الرسمي، رقم الموبايل، وباللغتين العربية والانكليزية.
- 9- يجب ان يتضمن المستخلص موجز واضح عن البحث مكون من 250- 300 كلمة.
- 10- المستخلص الانكليزي يجب أن يكون وافيا ومعبرا عن البحث بصورة دقيقة وليس بالضرورة ان يكون ترجمة حرفية للمستخلص العربي.
- 11- وضع الهوامش في نهاية البحث مع مراعاة التسلسل ترقيمها في متن البحث من البداية الى النهاية، ويكون ترتيب الهوامش في نهاية البحث كما بالأمثلة الاتية:
(أ) كتاب.

اسم المؤلف أو المؤلفون، عنوان الكتاب، الطبعة، دار النشر، السنة، رقم الصفحة.

(ب) بحث منشور في مجلة.

اسم الباحث أو الباحثون، عنوان البحث، اسم المجلة، المجلد، العدد، السنة، رقم الصفحة.
ت) الرسائل والاطاريح الجامعية.

اسم الباحث، عنوان الرسالة او الاطروحة، العنوان (الكلية والجامعة)، السنة، رقم الصفحة.
ث) بحث منشور في وقائع مؤتمر او ندوة علمية.

اسم الباحث أو الباحثون، عنوان البحث، اسم المؤتمر او الندوة العلمية، مكان الانعقاد، السنة،
رقم الصفحة.

دليل المقيم Reviewer Guidelines

أدناه الشروط والمتطلبات الواجب مراعاتها من قبل المقيم للبحوث المرسلة للنشر في هذه المجلة:

- 1- ملء استمارة التحكيم المرسلة رفقة البحث المطلوب تقييمه بشكل دقيق وعدم ترك أي فقرة بدون اجابة.
- 2- التأكد من تطابق وتوافق عنوان البحث باللغتين العربية والانكليزية وفي حالة عدم تطابقهما اقتراح العنوان البديل.
- 3- يبين المقيم هل ان الجداول والاشكال التخطيطية الموجودة في البحث وافية ومعبرة.
- 4- يبين المقيم هل ان الباحث اتبع الاسلوب الاحصائي الصحيح.
- 5- يوضح المقيم هل ان مناقشة النتائج كانت كافية ومنطقية.
- 6- على المقيم تحديد مدى استخدام الباحث للمراجع العلمية الرصينة وحدائتها.
- 7- أن يؤشر المقيم بشكل واضح على واحد من ثلاث اختيارات وهي:
أ- البحث صالح للنشر بدون تعديلات.
ب- البحث صالح للنشر بعد اجراء التعديلات.
ت- البحث غير صالح للنشر.

- 8- يجب أن يوضح المقيم بورقة منفصلة ما هي التعديلات الأساسية التي يقترحها لغرض قبول البحث.
- 9- للمقيم حق طلب إعادة البحث اليه بعد اجراء التعديلات المطلوبة للتأكد من التزام الباحث بها.
- 10- على المقيم تسجيل اسمه ودرجته العلمية وعنوانه وتاريخ اجراء التقييم مع التوقيع على استمارة التقييم المرسلة له رفقه البحث المرسل له للتقييم.

رسوم النشر Publishing fees

يتحمل الباحث رسوم النشر والبالغة (125,000) مائة وخمس وعشرون ألف دينار عراقي للباحثين داخل العراق، وفي حال تجاوز البحث الحد المقرر لعدد الصفحات (25 صفحة) يتم استيفاء مبلغ (5,000) خمسة آلاف دينار عراقي عن كل صفحة إضافية. ويدفع الباحث من خارج العراق (100) دولار امريكي للنشر في المجلة.

فهرست البحوث المنشورة

ت	عنوان البحث	اسم الباحث	الصفحة
1	الوظيفة الاقتصادية لمادة الجنسية – دراسة مقارنة	أ.م. د. محمد صبحي خلف أ.م. د. رعد مقداد محمود الحمداني أ.م. د. رنا صادق شهاب الدليمي	28-1
2	التحولات الدستورية في القضاء العراقي- دراسة مقارنة العادي –الاداري - الدستوري	م. د. وديع دخيل ابراهيم	61-29
3	إجراءات الطعن في الاحكام الجزائية الصادرة بحق القضاة- دراسة مقارنة	م. د. خالد محمد عجاج	86-62
4	مدى فعالية الضمانات الجزائية للمتهم في مواجهة السلطة القضائية	م.م. م. خلدون احمد محمد م.م. م. وجدان حاتم عبدالله	110-87
5	أثر قانون العفو العام رقم (27) لسنة 2016م في المسائل المدنية والمالية	م. د. شامل سامي عواد عبد الحمدي	131-111
6	فاعلية القواعد الدولية والداخلية في تولي المرأة للوظائف القيادية	م. عبير علي عبد العزيز	155-132
7	سياسة المشرع الجزائري في معاقبة الام لقتل طفلها حديث العهد بالولادة اتقاء للعار	أ. د. معاذ جاسم محمد	183-156
8	التعاطي مع النزاع الأرمني الأذربيجاني حول إقليم ناغورنو كاراباخ بضوء القانون الدولي	م. د. ماجد حسين علي حمادي	220-184
9	الاتفاق الضمني للشركاء على إدارة المال الشائع (المهياة المكانية المفترضة نموذجاً) ((دراسة تحليلية في نصوص القانون المدني وقانون المرافعات العراقي))	م. د. برهان مزهر محمد م. د. وضاح غسان عبدالقادر محمد	240-221
10	موقف الولايات المتحدة الامريكية من الحرب الإسرائيلية على غزة في أكتوبر 2023	م. د. خالد فرهود جديم	268-241
11	البراغماتية ودلالات نظرية العمق الإستراتيجي في السياسة الخارجية التركية تجاه الازمات الإقليمية بعد العام 2011: الازمة السورية والأوكرانية إنموذجاً	أ. م. د. فلاح مبارك بردان	286-269
12	حاشية الكرمانى محمد بن يوسف (ت786) على تفسير البيضاوي (ت685) جزء عم انموذجاً	م.م. م. شيماء داود حميد أ. د. طه إبراهيم شبيب	319-287
13	الاجتهاد المقاصدي المفهوم والتطور	م. د. رائد فتيخان عطاالله الزبيدي	336-320
14	أثر القيمة الاقتصادية المضافة في الكفاءة المصرفية: دراسة تطبيقية على عينة من المصارف العراقية الخاصة للمدة 2013- 2020	الباحث: فؤاد عبد نايل أ. د. إبراهيم فضل المولى البشير	358-337
15	دور معايير IAS الدولية في جذب الاستثمارات الاجنبية في العراق	الباحث: علي عبدالكريم حماد أ.م. د. عباس محمد عياش	387-359

الاتفاق الضمني للشركاء على إدارة المال الشائع (المهياة المكانية المفترضة نموذجاً)
(دراسة تحليلية في نصوص القانون المدني وقانون المرافعات العراقي))

م. د. برهان مزهر محمد¹

م. د. وضاح غسان عبد القادر محمد²

وكيل وزير العدل للشؤون الإدارية والمالية/ وزارة العدل¹

الجامعة التكنولوجية/ قسم الشؤون القانونية²

Burhanmzahir@gmail.com¹

ahmed_iraq19712000@yahoo.com²

تاريخ استلام البحث 2023/10/5

تاريخ قبول النشر 2023/11/21

تاريخ النشر 2023/12/31

المستخلص:

أدى ارتفاع أسعار الأراضي والعقارات في العراق الى استحداث مشكلة تمثلت بشراء أراضي أو تقسيم دور مبنية من الأساس الى أمتار معدودة وصلت الى خمسين متر للعقار كواقع حال دون فرزها كونها تقل عن مساحة 200 م² في مركز المحافظة أو 250 م² في مركز القضاء أو 300 م² في مركز الناحية استناداً لقرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (850) لسنة 1979 المعدل بالقرار رقم (940) لسنة 1987.

تجلت هذه المشكلة في مسألة إثارة نزاعات حول إدارة المال الشائع أو إزالته وقسمة المنافع وغيرها مما تشهد لها ساحات المحاكم، مشاكل أدت إلى غبن حقوق أصحابها بسبب تقيد بعض القضاة بالشكلية، تقييداً يعزى سببه الى الرغبة في التطبيق الحرفي للنصوص من جهة، والقلق من نقض القرار من قبل المحكمة الأعلى -الاستئناف بصفتها التمييزية فيما يخص بحثنا- من جهة أخرى.

ما قصدنا من هذا البحث إلا حلاً للمشاكل التي عانى منها مالكي العقارات المفروزة بصورة غير رسمية فيما يخص تحقيق نصاب الأغلبية لغرض تخلية المأجور من مستأجره، للخروج من خلال هذا البحث بنتائج يعود نفعها للمجتمع العراقي وللمكتبة القانونية العراقية، داعين بأن يكون هناك اتجاه قضائي جديد يعيد الحق إلى نصابه إن لم يستجب المشرع العراقي إلى دعوتنا في تعديل ما اعترى النصوص من قصور، والله من وراء القصد.

الكلمات مفتاحية: القانون المدني، قانون المرافعات، مهياة، شيوع، مهياة مكانية، مهياة زمانية، المهياة المكانية المفترضة.

The Implied Agreement of the Partners to Manage Common Property (Assumed Spatial Partition Provisional as a Model)
((An Analytical Study in Civil & Civil Procedures Iraqis' Laws))

Burhan Mezher Mohammed¹

Ministry of Justice¹

Wadhah Ghassan abdulkader²

University of Technology²

Abstract:

High Prices of land in Iraq led to a big problem represented by division of Houses into a few Meters, reaching fifty meters, breaching the Revolutionary Command Council's Resolution No. (850) of 1979, amended by Resolution No. (940) of 1987.

This problem was evident in the issue of raising disputes over the management of common money or its removal, the division of benefits, and other things witnessed in the courtyards, problems that led to the loss of the rights of their owners due to some judges' adherence to formality, a restriction whose reason is attributed to the desire to literally apply the texts on the one hand, and the concern about overturning the decision. By the Supreme Court of Appeal - in its discriminatory capacity with regard to our research - on the other hand.

Our goal in this research is simply to find a solution to the problems faced by owners of informally classified properties with the aim of achieving a majority quorum for the purpose of evicting the landlord from his tenant. The results of this research will be useful to the Iraqi society and the Iraqi Law Library and call for a new legal direction that restores the law. Justice will be restored if the Iraqi legislator does not respond to our call to amend the deficiency in the texts.

Keywords: civil law, civil procedure law, adaptation, prevalence, spatial adaptation, temporal adaptation, and supposed spatial adaptation.

المقدمة:

لم يكن بوسع المشرع العراقي أن يتوقع عند تشريعه القانون المدني عام 1951 أن تفسر نصوصه تفسيراً يخلق أوضاعاً شاذة يُن تحت وطئتها المضرور، فالمأمل في النصوص المنظمة الشيوخ والمهابة المكانية، يجد فجوة كبيرة بين تطبيقها من قبل المحاكم وتفسيرها من قبل الفقه.

ولقد تمثلت الأوضاع الشاذة التي أفرزها التطبيق العملي فيما يخص الشيوخ باصطدام القاعدة العامة التي تؤكد على أن كل مالك لحصته الشائعة الحق في الانتفاع منها أو استغلالها أو التصرف فيها شرط عدم الإضرار بالغير، وبين حق الشريك الذي يملك 100 متر أو اقل إن قام بتأجير حصته الشائعة أن ينهي عقد الإيجار لانتهاء مدته أو لأسباب أخرى نص عليها القانون المدني ويتقاضي برد دعواه من قبل القضاء بسبب عدم تحقق النصاب القانوني الذي نصت عليه المادة 1064 من القانون المدني والتي تتمثل بضرورة توافر الأغلبية التي تعتبر شرطاً من شروط قبول الدعوى في قانون المرافعات وهو شرط الخصومة، فالقاضي في أحسن الأحوال قد يمهل المدعي (المؤجر) جلسة لغرض تحقيق نسبة (1+50) فإن لم تتحقق يقوم برد الدعوى، هذا الوضع الشاذ جعل ممن يقوم ببيع عقاره وهو لا يمثل إلا أقلية في وضع أفضل من وضع المؤجر له، رغم أن البيع هو أخطر من الإيجار.

نحاول في هذا البحث الوقوف على هذا الوضع الشاذ إن قام الشريك في المال الشائع بتأجير حصته الشائعة الى الغير فيما لو أراد إنهاء عقد الإيجار خصوصاً وإن واقع حال العقارات في معظم العراق عموماً وفي بغداد خصوصاً قد فرض نفسه بأن يتم تقسيم الأراضي السكنية إلى عدة عقارات لعدة مشترين ويتم تشييد عقارات على تلك الأراضي ويتم تسجيل هذه العقارات باسمهم جميعاً على شكل أسهم بمقدار حصة كل شريك، كون سند العقار لا يمكن إن يتم إصداره باسم أي احد منهم ما دام غير قابل للفرز بموجب القانون. محاولين في هذا البحث أن نضع حلاً إلى هذه المشكلة، والله من وراء القصد.

أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث في تسليط الضوء على مصطلح نود استحدثته في هذا البحث والذي قد يختصر الكثير، والذي يتمثل بـ (المهاياة المكانية المفترضة) والذي من خلال عرضه كفكرة قانونية تنسجم مع واقع الحال سوف يؤدي الى حل مشكلتين في ذات الوقت، فهو من جانب يحل مشكلة الخصومة التي اشترطها قانون المرافعات العراقي رقم (83) لسنة 1969، إضافة الى حل مشكلة الأغلبية الواجب توافرها لإدارة المال الشائع المنصوص عليها في القانون المدني العراقي.

مشكلة البحث:

تمثلت مشكلة البحث في اشتراط الاتفاق الصريح من قبل الشركاء لغرض التسليم بوجود مهاياة مكانية من قبل جانب من القضاء العراقي وبالتالي رد الدعوى إن تم إقامتها من قبل من لم يشكلون نسبة (50 + 1) من الشركاء، هذا الرد يعني الوقوع في وضع شاذ مفاده: إن تم إبرام عقد إيجار من قبل الأقلية ولنفترض إن العقار هو عبارة عن 300 متر مربع ومفرز بصورة غير رسمية الى ثلاثة دور وقام أحد المشتاعين الثلاثة بتأجيريه، وانتهى عقد الإيجار بانتهاء مدته أو لأي سبب قانوني آخر وأراد إقامة دعوى تخلية ضد المستأجر فهنا سوف تكون دعواه حرية بالرد من جهتين: جهة الخصومة وفقا لقانون المرافعات وجهة الأغلبية وفقا للقانون المدني، وهذا يعني أيضا إن المستأجر سوف يكون في وضع شاذ فلا هو كالمغاصب كونه قد استأجر بصورة قانونية محمية بموجب القانون لحين صدور حكم بالتخلية، ولا هو كالمستأجر كون عقد الإيجار قد انتهى ما بينه وبين المؤجر مما يضطر الأخير إضافة الى معاناته من طول إجراءات التقاضي إلى أن يقبل بل يرضخ إلى إرادة المستأجر مكرها لأن نصوص القانون لا تسعفه كون الشركاء معه أما أن توجد خصومة بينهم مما يمنعهم من تشكيل الأغلبية أو انه يجهل التواصل معهم لإقناعهم على تحقيق الأغلبية معه لغرض طرد المستأجر من العقار.

هذا الوضع الشاذ شمل قيام احد المشتاعين المفرز عقاره بصورة غير رسمية ببيع عقاره الى اجنبي، فهنا يقوم بإجراء معاملة بيع في دائرة التسجيل العقاري ومن ثم نقل الملكية الى المشتري الجديد

دون أدنى قلق أو مشكلة أو حتى اشتراط اخطار باقي الشركاء بذلك، في حين إن البيع هو اخطر من الإيجار كونه عمل من اعمال التصرف.

ومما يزيد المشكلة تعقيدا استمرار المطالبة بتشكيل الأغلبية حتى في المطالبة بأجر المثل مما يعني إن اجر المثل سوف يقسم لكل شريك بنسبة سهامه مما يعني افراز مشكلة أخرى تتمثل بغبن المؤجر في قيمة الأجرة، وسوف نوضح هذه النقطة بالتفصيل لاحقا.

منهج البحث:

سوف نتبع في هذا البحث المنهج التحليلي والتطبيقي من خلال تحليل نصوص القانون المدني وقانون المرافعات والقوانين الأخرى المتصلة بالبحث، إضافة إلى تسليط الضوء على التطبيقات القضائية لموضوع البحث لغرض الوصول إلى أفضل النتائج.

خطة البحث:

لغرض الإحاطة بجميع جزئيات البحث فقد آثرنا تقسيم البحث إلى مبحثين، نوضح في المبحث الأول منه الأغلبية التي اوجبها القانون المدني والتي يجب توافرها لإدارة المال الشائع، لكي يتحقق شرط الصفة أو الخصومة كشرط من شروط قبول الدعوى، لذا فسوف يكون المبحث الأول موسوما بعنوان: توافر سلطة الأغلبية لإدارة المال الشائع كشرط من شروط قبول الدعوى، والذي سوف نقسمه الى مطلبين: سوف يكون المطلب الأول منه موسوما بعنوان: شروط قبول الدعوى وفقا لقانون المرافعات العراقي، أما المطلب الثاني فسوف يكون بعنوان: الأغلبية الواجب توافرها لإدارة المال الشائع وفقا للقانون المدني العراقي. أما المبحث الثاني فسوف يكون موسوما بعنوان: المهاية المكانية المفترضة كوسيلة لحل مشكلة ادارة المال الشائع، والذي سوف نقسمه الى مطلبين: المطلب الأول سيكون موسوما بعنوان: تحديد المقصود بالمهاية المكانية المفترضة، اما المطلب الثاني فسوف يكون بعنوان: المهاية المكانية المفترضة وأثرها لتجاوز الأوضاع الشاذة في الواقع العملي، وكما يلي:

المبحث الأول- توافر سلطة الأغلبية لإدارة المال الشائع كشرط من شروط قبول الدعوى

المطلب الأول- شروط قبول الدعوى وفقا لقانون المرافعات العراقي

المطلب الثاني- الأغلبية الواجب توافرها لإدارة المال الشائع وفقا للقانون المدني العراقي

المبحث الثاني - المهاية المكانية المفترضة كوسيلة لحل مشكلة إدارة المال الشائع

المطلب الأول - تحديد المقصود بالمهاية المكانية المفترضة وبيان أساسها القانوني المطلب الثاني - الشروط

الواجب توافرها في المهاية المكانية المفترضة

الفرع الأول - تحديد المقصود بالمهاية المكانية المفترضة

الفرع الثاني - الأساس القانوني للمهاية المكانية المفترضة

المبحث الأول - توافر سلطة الأغلبية لإدارة المال الشائع كشرط من شروط قبول الدعوى

لكي يستطيع المدعي إقامة دعواه أمام القضاء فيجب أن تتوافر في دعواه شروط ذكرتها المواد (3-6) من قانون المرافعات العراقي الحالي رقم (83) لسنة 1969 المعدل والتي تتمثل بالأهلية والمصلحة والخصومة⁽¹⁾، ووفقا لبعض التفسيرات المتبعة من القضاء فإن الخصومة لا تكتمل إلا بتوافر أغلبية الشركاء لكي تكون لهم المكنة القانونية لإدارة المال الشائع وإلا فيعد من أداره منهم دون اذن الباقين قد تصرف في حصة شركاءه دون إذن⁽²⁾، إذ يجب أن يتفق جميع الشركاء أو على الأقل غالبيتهم على إدارة المال الشائع⁽³⁾ إن تعذر الإجماع على إدارته⁽⁴⁾.

فالشيوخ تحكمه قاعدتان أساسيتان⁽⁵⁾، تتمثل القاعدة الأولى بما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 1061 من القانون المدني العراقي بأن كل شريك يملك حصته ملكا تاما⁽⁶⁾، أما الثانية فقد أشارت إليها الفقرة الأولى من المادة 1062 وهي إن: كل واحد من الشركاء أجنبي في حصة الآخر⁽⁷⁾.

واعتمادا على ما قدمنا سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين، نتناول في المطلب الأول منهما بيان شروط قبول الدعوى بشكل عام وفقا لقانون المرافعات العراقي، أما المطلب الثاني فسوف نبين فيه الأغلبية الواجب توافرها لإدارة المال الشائع وفقا للقانون المدني العراقي وكما يلي:

المطلب الأول - شروط قبول الدعوى وفقا لقانون المرافعات العراقي:

بين قانون المرافعات العراقي شروط قبول الدعوى بشكل عام في المواد (3-6) منه إذ بينت المادة 3 منه شرط الأهلية، فإن لم يكن الشخص متمتعاً بالأهلية القانونية بأن يكون بالغا سن الرشد فهذا يجب

ان تقام ممن يمثله قانونا⁽⁸⁾، أما المادة 4 و5 فقد بينتا الشرط الثاني وهو الخصومة⁽⁹⁾، أما الشرط الثالث فقد نصت عليه المادة 6 من القانون وهو المصلحة⁽¹⁰⁾.

وبقدر تعلق الأمر بالخصومة فنقول إن الخصومة إن لم تكن متوجهة من قبل المدعي كونه مدعيا أو كون المدعى عليه هو خصمه الحقيقي فهنا يتوجب على المحكمة رد الدعوى شكلا لعدم توجه الخصومة وذلك استنادا للمادة 80 من قانون المرافعات⁽¹¹⁾. فالدفع بعدم توجه الخصومة هو دفع من الدفع الشكلي التي تتعلق بالنظام العام⁽¹²⁾ والتي يمكن اثارها في أي حال تكون عليه الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة التمييز⁽¹³⁾.

ونجد أن قضائنا قد سار على هذا النهج تفسيرا لنصوص القانون، فمن يشكل الأقلية يعتبر إيجاره صحيحا موقفا على إجازة الباقيين وبالتالي يصبح من يمثل الأغلبية خصما للمستأجر في دعوى التخلية⁽¹⁴⁾.

المطلب الثاني - الأغلبية الواجب توافرها لإدارة المال الشائع وموقف القضاء منها

إن الأغلبية الواجب توافرها لإدارة المال الشائع تتمثل بأكثرية عدد الحصص⁽¹⁵⁾، والأغلبية المقصودة هنا هي الأغلبية المطلقة أي المالكة لأكثر من نصف المال الشائع، فإذا تحققت ولو في واحد فقط من الشركاء على الشروع كان له القيام بأعمال الإدارة المعتادة⁽¹⁶⁾، وليس للأقلية أن تعترض على ذلك إلا اللهم لو كان اعتراضهم هو على أعمال الإدارة غير المعتادة كون إن الأغلبية لم يستحصلوا موافقة المحكمة في إدارة المال الشائع إدارة غير معتادة والتي تخرج عن اطار البحث.

إن إدارة المال الشائع إدارة معتادة من قبل الأغلبية أما أن تتم من قبلهم أنفسهم مباشرة أو أن يتولى عنهم الإدارة أحد الشركاء أو من غيرهم⁽¹⁷⁾، وبالتالي فإن لم تتوافر أكثرية الحصص لإدارة المال الشائع فإن تصرف الأقلية يكون موقفا على إجازة باقي الشركاء⁽¹⁸⁾ فإن اجازوه نفذ وإلا فإن تصرفهم -أي الأقلية- يعتبر تصرف فضولي وتنطبق عليه احكامه، ولا ينفذ تصرفه في حق باقي الشركاء⁽¹⁹⁾، فقد نصت المادة 1064 من القانون المدني على أنه:

1. تكون ادارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين، ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك.

2. وما يستقر عليه رأي اصحاب القدر الاكبر من الحصص في اعمال الادارة المعتادة، يكون ملزما للجميع حتى الاقلية التي خالفت هذا الرأي فان لم تكن ثمة اقلية فالمحكمة بناء على طلب احد الشركاء ان تتخذ من الاجراءات ما تقتضيه الضرورة، ولها ان تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع، وللأغلبية ايضا ان تختار مديرا وان تحدد مدى سلطته في الادارة.

3. وإذا تولى أحد الشركاء الادارة دون اعتراض من الباقين، عد وكيلا عنهم. ولو كان لنا رأي فيما يخص نص المادة 1064 فقرة (2) فإن نص هذه الفقرة تتكلم عن إدارة المال الشائع كله وليس إدارة الحصة الشائعة. وسوف نسلط الضوء أكثر على هذه الجزئية لاحقا.

وفيما يخص موقف القضاء من شرط تحقق الأغلبية لإدارة المال الشائع نجد ان موقفه قد تأرجح ما بين ضرورة توافر الأغلبية لكي يستطيع الشريك إدارة حصته الشائعة وبين اعتبار ان من يدير ماله الشائع في حدود حصته يعد قد تصرف في ملكه تصرفا صحيحا، ففي بعض الأحكام أكد القضاء على أنه: (... واذ انه ملك اثنان او أكثر شيئا فهم شركاء فيه على الشيوع وكل شريك في الشيوع يملك حصته الشائعة ملكا تاما وكل واحد من الشركاء أجنبي في حصة الآخر ويجوز لكل منهم حق الانتفاع بحقه فاذا انتفع بأكثر من حقه بلا اذن شركائه وجب عليهم اجر المثل...)(20). في حين نجد في أحكام أخرى أن القضاء قد أكد على أن الشريك حتى لو قام بتأجير حصته الشائعة التي يملكها على الشيوع فيشترط في ذلك موافقة اغلبية الشركاء ، حيث جاء في الحكم الصادر عن الهيئة الاستئنافية لمحكمة التمييز الاتحادية بالعدد 1175/س هـ/2017 الصادر بتاريخ 2017/2/20 حيث ذهبت المحكمة الموقرة الى القول: (وحيث ان عقد الايجار هو من اعمال الادارة المعتادة التي اوجب القانون ابرامه من قبل اصحاب القدر الاكبر من الحصص ويكون ملزما للجميع حتى الاقلية (م/1064/2 مدني) وحيث ان عقد الايجار الذي يبرمه الشريك الذي لا يملك اكثرية السهام لا يسري بحق بقية الشركاء لذا فان استغلال المدعى عليه لجزء من القطعة المذكورة يكون دون سند قانوني ، عليه قرر تصديق الحكم المميز ورد الطعن التمييزي وتحميل المميز رسم التمييز ، وصدر القرار بالاتفاق في 23/جمادى الاولى/1438هـ الموافق 2017/2/20(21).

المبحث الثاني- المهاية المكانية المفترضة كوسيلة لحل مشكلة ادارة المال الشائع

لغرض حل المشكلة التي نعاني منها في ساحات المحاكم والتي تجعل المؤجر مغلول اليد إن لم يكن يشكل الأغلبية وأراد أن يقيم دعوى تخلية ضد مستأجر عقاره المقام على الأرض التي يملكها مع المشتاعين الآخرين فقد أثرنا تقسيم هذا المبحث الى مطلبين، نخصص المطلب الأول منهما لتحديد المقصود بالمهاية المكانية المفترضة، أما المطلب الثاني فنوضح فيما اذا كان للمهاية المكانية المفترضة أثر لتجاوز الأوضاع الشاذة في الواقع العملي، وكما يلي:

المطلب الأول- تحديد المقصود بالمهاية المكانية المفترضة وبيان أساسها القانوني:

تحديد المقصود بالمهاية المكانية المفترضة وبيان أساسها القانوني سوف نقسم هذا المطلب الى فرعين، نوضح في الفرع الأول منهما المقصود بالمهاية المكانية المفترضة، أما الفرع الثاني فسوف نوضح فيه الأساس القانوني للمهاية المكانية المفترضة، وكما يلي:

الفرع الأول- تحديد المقصود بالمهاية المكانية المفترضة:

قبل الانتقال الى تحديد المقصود بالمهاية المكانية المفترضة، سوف نوضح تعريف المهاية لغة واصطلاحاً في نقطتين ثم ننقل الى بيان المهاية المكانية المفترضة وكما يلي:

أولاً: تعريف المهاية لغة:

مفاعلة من الهيئة، وهي الحالة الظاهرة المتهية للشيء، يقال: هاء فلان يهأ هئية: صار حسن الهيئة، ولأمر تأهب له، وهأياه في الأمر وعليه: في الأمر وعليه: وافقه، وهياً فلان الأمر تهيئة وتهياً: أصلحه ويسره، والشيء: أعده وكيفه لتحقيق غرض خاص، وتهأيا القوم على الأمر: توافقوا وتمالئوا، والتهأيو: تفاعل منها، وهو أن يتواضعوا على أمر فيتراضوا به. وحقيقته أن كلا منهما يرضى بحالة واحدة ويختارها، أو أن الشريك الثاني ينتفع بالعين على الهيئة التي ينتفع بها الشريك الأول⁽²²⁾.

وسميت المهاية أيضاً بالمهانة بالنون، لأن كل واحد من الشركاء هنا صاحبه بما أراد، وأيضاً سميت بالمهابة بالباء لأن كل واحد من الشركاء وهب لصاحبه الاستمتاع بحقه، وهياً الأمر تهيئة أصلحه ومنه

الهيئة وهي صورة الشيء وشكله وحالته، وذوي الهيئات الحسنة أي الذين يلزمون حالة وسمة واحد، لا تختلف حالاتهم بالتنقل من هيئة إلى هيئة. وتهايؤوا على كذا: تمالكوا والمهاياة، الأمر المتهاياً عليه. والمهاياة: أمر يتهاياً القوم فيتراضون به⁽²³⁾.

وقيل ايضا في تعريفها بأنها: مأخوذة من الفعل هيا يهوء ويهيء، والهيئة الحالة الظاهرة، وتهايات للشيء اخذت له أهفته وتفرغت له، وتهاياً القوم جعلوا لكل واحد هيئة معلومة والمراد بها النوبة⁽²⁴⁾.

ثانيا: تعريف المهاياة اصطلاحا:

عرفت المهاياة اصطلاحا أنها: مقايضة انتفاع بانتفاع، وعرفت أيضا أنها قسمة مؤقتة لا تنتهي الشيوخ، وإنما تقتصر على تنظيم الانتفاع بالشيء الشائع بحيث يحصل كل شريك على قدر من منافعه يتناسب مع حصته، وهي إما مكانية أو زمانية⁽²⁵⁾. وقيل ايضا بأنها: (قسمة المنافع على التعاقب والتناوب) وتعرف أيضا بأنها: (قسمة انتفاع تتم عن طريق اتفاق مؤقت يراد به تنظيم الانتفاع بالمال الشائع).⁽²⁶⁾

ثالثا: المقصود بالمهاياة الكمانية:

إن المهاياة الكمانية سواء كانت صريحة بالاتفاق الشفوي أم ضمنية من خلال عدم الاتفاق فإنها لا تسعف الشريك في حال قيامه بإيجار حصته الشائعة دون الإضرار بباقي الشركاء.

فوفقا لنص المادة 1078 فقرة (1) من القانون المدني العراقي فإنه: (يجوز الاتفاق ما بين الشركاء على قسمة المال الشائع مهاياة، فيختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته في المال الشائع، ولا يصح الاتفاق على قسمة المهاياة لمدة تزيد على خمس سنين، فاذا لم تشترط لها مدة حسبت مدتها سنة واحدة تتجدد اذا لم يعلن الشريك شركاءه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر انه لا يرغب في التجديد).

فمن خلال هذا النص يتبين لنا إن المهاياة الكمانية على نوعين، مهاياة مكانية صريحة ومهاياة مكانية ضمنية، وتتمثل المهاياة الكمانية الصريحة باتفاق الشركاء الصريح على البقاء في الشيوخ لمدة يتم الاتفاق فيما بينهم عليها شرط عدم تجاوزها خمس سنوات.

أما المهايأة المكانية الضمنية فتتمثل بعدم الاتفاق الصريح فيما بين الشركاء بل يرتب القانون اثرًا على عدم الاعتراض على البقاء في الشروع وبالتالي اعتبر القانون المهايأة تتعدّد لسنة قابلة للتجديد لسنة ثم سنة دون حد أقصى، فإن أراد أحد الشركاء إنهاء الشروع فإن عليه إخطار الباقيين قبل 3 أشهر من تاريخ انتهاء السنة.

وحقيقة الأمر فإن المهايأة المكانية الضمنية تصطدم مع الواقع العملي من حيث بدء احتساب مدة السنة فمتى يتم احتسابها؟ هل يتم احتسابها من بداية الشروع أم من وقت دخول آخر شريك في الشروع؟

لذا نجد إن القضاء يعتد فقط بالمهايأة المكانية الصريحة المكتوبة لغرض عدم دعوة باقي الشركاء للاستيضاح منهم، أما إذا كانت شفوية أو ضمنية فالواقع العملي يجعل القاضي يدعو باقي الشركاء لسؤالهم عن مدى موافقتهم على تصرف المشتاعين الذين يملكون الأقلية من عدمها، أو أن يطلب من صاحب الحصة التي تقل عن 51% تشكيل أغلبية من خلال إقناع بعضهم ليشكلوا هذه النسبة. وتجدر الملاحظة إلى أن الواقع العملي في اعتداد القضاء بالمهايأة الصريحة يكون من خلال إبراز عقد المهايأة من قبل المؤجر -الشريك الشائع الذي يملك الأقلية- ليتلافى رد دعواه من قبل المحكمة في حال تعذره إحضار من يشكلون معه أغلبية في الدعوى من الشركاء شخصًا ثالثًا أو إقامة الدعوى ابتداء كونهم مدعين معه.

ورجوعًا إلى تعريف المهايأة المكانية المفترضة نقول إنه يمكن تعريفها بأنها: (ارتضاء الشركاء في المال الشائع على الدوام على اختصاص كل منهم في جزء من العقار يعادل حصته الشائعة متى ما كان هذا الجزء عبارة عن عقار مثبت في سند دائرة التسجيل العقاري بأنه مفرز بصورة غير رسمية، ولكل إنهاءها بمقدار حصته انتقاليًا إلى شريك آخر أو إلى أجنبي).

فالمهايأة هنا لا هي مهايأة صريحة لعدم وجود اتفاق صريح عليها، ولا هي مهايأة ضمنية كون إن عدم الاتفاق الصريح يجعل المهايأة تتعدّد لمدة سنة قابلة للتجديد مع إمكانية إنهاء الشروع قبل 3 أشهر من انتهاء السنة في حين إن الشركاء في المهايأة المكانية الافتراضية ينوون بقائهم على الدوام في حالة الشروع، بقاء يحوله إلى شروع إجباري ارتضاء كل شريك منهم.

الفرع الثاني - الأساس القانوني للمهاية المكانية المفترضة:

رغم إن المشرع العراقي لم يصرح بوجود هذا النوع من أنواع المهاية إلا أن القواعد العامة تقضي بها ويتمثل أساسها القانوني بما يلي:

1. نص الفقرة (2) من المادة 1064 من القانون المدني والتي أوضحت بأن الأغلبية الواجب توافرها لإدارة المال الشائع إدارة معتادة هي في إدارة المال كله. وقد أكد الفقه ذلك الأساس⁽²⁷⁾.
2. نص المادة 1081 من القانون المدني العراقي والتي قد اجازت هذا النوع من أنواع المهاية تحت تسمية الشيوخ الإجباري حيث نصت على أنه: (ليس للشركاء في مال شائع أن يطلبوا إزالة شيوخه إذا تبين إن الغرض الذي اعد له هذا المال انه يجب أن يكون دائما على الشيوخ).
- فليس من المنطق والعدل أن من يشتري عقار ضمن عدة عقارات يسمح بأن يهدد ملكه احد المالكين الآخرين الذين يملكون سهاما فيه وفي ذات سند العقار لأن شرائهم أو حتى قسمتهم للعقار المفرض بصورة غير رسمية يعني ارتضاءهم بالبقاء في الشيوخ دائما.
3. نص الفقرة (2) من المادة 1061 من القانون المدني العراقي والتي نصت على أنه: (وكل شريك يملك حصته الشائعة ملكا تاما وله حق الانتفاع بها واستغلالها بحيث لا يضر بشركائه).
4. نص الفقرة (3) من المادة 1061 من القانون المدني العراقي والتي نصت على أنه: (ويجوز للشريك أن يؤجر حصته لشريكه أو لغير شريكه).
5. نص الفقرة (2) من المادة 1063 والتي نصت على أنه: (ويجوز لكل منهم -أي الشركاء- حق الانتفاع بحصته. فإذا انتفع بالعين كلها في سكنى ومزارعة أو إيجار أو غير ذلك من وجوه الانتفاع بلا إذن شركائه وجب عليهم اجر المثل...). فالمفهوم المخالف لهذا النص يقضي بجواز الانتفاع بالعقار من قبل الشريك ضمن حدود سهامه ولو دون إذن شركائه مادام لم يضر بهم.
6. المادة 731 من القانون المدني العراقي والتي نصت على أنه: (يجوز إيجار الحصة الشائعة للشريك أو غيره).

أما موقف القضاء العراقي في افتراض المهاية فلقد وجدنا حكما قضائيا صادر عن محكمة التمييز العراقية عام 1973 والذي ذهب الى القول: (ان اقامة كل من الشريكين دعوى اجر المثل عن الدارين المفرضتين بصورة غير

رسمية التي يشغلها الشريكان دليل على عدم وجود مهياة بينهما⁽²⁸⁾. ويستدل من هذا الحكم أن واقع حال استغلال كل من الشريكين الدارين المفروزة بصورة غير رسمية يفرض وجود مهياة مفترضة بينهما.

المطلب الثاني - الشروط الواجب توافرها في المهياة المكانية المفترضة

لكي نتجاوز الوضع الشاذ بالنسبة للمستأجر الذي انتهى عقد إجاره دون رغبة المؤجر في تجديده وبالتالي تمكين مالك الحصة التي لا تقل عن 1+50 من إدارة المال الشائع فالحل الأمثل هو اللجوء الى حماية الوضع الظاهر من خلال الاعتراف بالمهياة المكانية المفترضة، والتي يشترط للأخذ بها من قبل القضاء توافر شروط تحقق توازن ما بين مصلحة المؤجر ومصلحة شركائه لكي لا يقوم بأي تصرف دون موافقتهم، وعدم تضرره فيما لو أراد التأجير وتعسف من يحقق الأغلبية في استعمال حقه بالرفض وذلك من خلال الشروط التالية:

1. أن يكون العقار مشيد مع عقار أو أكثر مسجلة في السند العقاري بأنها عقارات مفروزة بصورة غير رسمية:

وبالتالي فلا يكون للشريك الشائع الحق فيما عداها، أي لا يستطيع الشريك في المال الشائع ذلك إذا كان المال الشائع غير مقسم لعقارات، ولا حق له أيضا إن شيد عقاره على الأرض المشاعة بعد ذلك ولو كان ذلك ضمن حدود سهامه، بل له في هذه الحالة أي ان كان العقار غير مقسم او كان قد شيد عقار على الأرض الشائعة - اللجوء الى شريك أو أكثر لتشكل الأغلبية.

2. أن تكون أسماء مالكي الحصص التي تشكل الأغلبية موجودة في سند التسجيل العقاري أو انتقلت لهم بعد ذلك بوصفها عقارات مفروزة بصورة غير رسمية يختص كل منهم بجزء منها: فتحقق هذه الحالة تعني إن الشركاء قد ارتضوا بواقع الحال حيث ان اغلبهم -وهو ما يهمنا- أرادوا أن يكونوا في حالة شيوع إجباري.

3. أن يكون مالك الحصة التي تشمل الأقلية قد أجراها في حدود حصته (سهامه) أو بأقل منها: وإلا فما زاد عن هذه الحدود يستلزم تشكيل الأغلبية لأن ما يزيد عن حدود حصته يعتبر تصرفه فيه موقوفا على إجازة باقي الشركاء.

4. بما أن القانون سواء المدني أم قانون إيجار العقار اشترطا لإقامة دعوى التخلية من قبل المؤجر أن يسبقه إنذار المستأجر عن طريق الكاتب العدل فنشترط عند توجيه الإنذار أن يذكر في الإنذار أنه يطلب التخلية بحدود سهامه فقط.

5. أن لا تتجاوز مدة الإيجار ثلاث سنوات قابلة للتجديد لثلاث سنوات أخرى إن لم يعترض باقي الشركاء عليها، وذلك استنادا للمادة 1/105 من القانون المدني العراقي كونها من أعمال الإدارة⁽²⁹⁾.

الخاتمة:

لامس بحثنا الواقع العملي في المحاكم، واقعا قد اضر كثير من المؤجرين بسبب تطبيق نصوص القانون تطبيقا بعيدا عن الواقع الذي فرض نفسه في السنوات الأخيرة من تقسيم العقارات التي كانت تصل الى 600 متر أو تزيد لعقارات تصل الى 50 متر مشيدة على ذات الأرض. هذا الواقع أصبح يفرض نفسه بقوة ما بين ضرورة الاعتراف بالمهاياة المكانية المفترضة التي تعالج هذه المشكلة، فلا نصوص القانون تمنع ذلك ولا حتى هناك خوف من مظلمة لباقي الشركاء إن تم اعتداد المحاكم بالشروط التي اشترطناها، والغريب في الأمر إن من يريد بيع عقاره المفرز بصورة غير رسمية يستطيع فتح بيان واتمام عملية البيع في دائرة التسجيل العقاري دون ان يتم مطالبته بإجماع الشركاء على البيع في حين ان البيع هو تصرف في ملكية الرقبة كلها وهو اخطر من الإيجار.

فما أردنا من بحثنا هذا إلا محاولة حل مشكلة يجهلها كثير من المؤجرين لمثل هذه العقارات كونهم ليسوا مختصين بالقانون فيؤجرون منازلهم وبعد انتهاء مدة العقد ينتهز بعض المستأجرين هذا الواقع ويمتنع عن تسليم العقار إلى المؤجر.

الاستنتاجات:

تبيين لنا من خلال هذا البحث الاستنتاجات التالية:

1. إن قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (850) لسنة 1979 المعدل بقرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (940) لسنة 1987 قد منع فرز قطع الأراضي إن كانت تقل عن 200م² في مركز المدن وبالتالي لا يمكن إلا أن نكون ضمن حالة شيوع إن شيد على تلك الأرض عقارات لعدة أشخاص.

2. لا يمكن -وفقا لاتجاه محكمة التمييز الاتحادية الموقرة- للمالك على الشيوع إن قام بتأجير عقاره إلا أن يشكل أغلبية (1+50) لغرض طرد المستأجر المتعنت والممتنع عن تخلية العين المؤجرة بعد انتهاء عقد الإيجار إن كانت حصته تقل عن النسبة المذكورة أعلاه.

3. إن قيام الأشخاص بشراء عقارات مفرزة بصورة غير رسمية يعد دليلا على أنهم ارتضوا الشيوع بحالته التي هي عليها.

4. إن المهايأة المكانية لم يعترف بها القضاء ما لم تكن مكتوبة، فالادعاء بها لا يقنع المحكمة، وبالتالي سوف تستدعي أغلبية الشركاء أما شخصا ثالثا في الدعوى أو ترد الدعوى ابتداء لعدم توجه الخصومة.

التوصيات:

خرجنا من بحثنا هذا بالتوصيات التالية والتي نأمل من المشرع والقضاء ان يستجيب لها، وهي:

1. دعوة المشرع العراقي الى تعديل نص الفقرة (2) من المادة 1062 من القانون المدني العراقي ليكون

وفقا للتعديل التالي: (وإذا تصرف الشريك في جزء من المال الشائع برهن أو تصرف ناقل للملكية

فلا يكون للتصرف أثر إلا إذا وقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب هذا الشريك).

إذ إن النص الأصلي الذي خلا من الإضافة لعبارة (برهن أو تصرف ناقل للملكية) سوف يجعل أي

تصرف قانوني يجريه الشريك -ومن ضمنها الإيجار- غير نافذ ما لم يقع هذا الجزء عند القسمة

في نصيبه وبالتالي سوف لن يستطيع الشريك بموجب هذه الفقرة ايجار حصته الشائعة لأن تصرفه

يناقض هذا النص، فحصة كل شريك محددة بالأسهم وليست محددة تحديدا مكانيا، هذا من جانب،

ومن جانب آخر فإنها تتناقض مع الفقرة (2) من المادة 1061 من القانون المدني والتي نصت

على أنه: (وكل شريك في الشيوع يملك حصته الشائعة ملكا تاما وله حق الانتفاع بها واستغلالها

بحيث لا يضر بشركائه، والتصرف فيها بالبيع والرهن وغير ذلك من أنواع التصرفات ولو بغير

إذنهم).

2. دعوة الى القضاء بأن يوازن بين نص الفقرة (3) من المادة 1061 والتي اجازت لكل شريك أن

يؤجر حصته للشريك أو لغيره، ونص الفقرة (2) من المادة 1063 والتي اجازت لكل شريك الانتفاع

بحصته الشائعة والتي من صورها الايجار ولو دون اذن شركائه. فالقيد الوحيد على قيام احد الشركاء بتأجير حصته هو بعدم الإضرار بباقي الشركاء.

3. إن المادة 1064 بفقراتها الثلاث لم تمنع الشريك في أن يؤجر حصته الشائعة، فموقف القضاء فيما يخص ضرورة توافر الأغلبية تخص المال الشائع كله والتي جعلتها الفقرة (1) من هذه المادة من حق الشركاء جميعهم، وهذا يبدو واضحاً بشكل ادق حينما اشترطت الفقرة (2) من المادة ذاتها توافر الأغلبية لإدارة المال الشائع كله فيما يخص ادارته ادارة معتادة والتي يدخل الإيجار من ضمنها. وبالتالي نوصي قضاءنا الموقر بأن لا يشترط توافر الأغلبية بالنسبة للعقارات المؤجرة من قبل اي شريك الذي يملكه فرزا إن كان الفرز هو بصورة غير رسمية.

الهوامش:

- (1) لتفاصيل أكثر، ينظر: الأستاذ الدكتور عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، الناشر مكتبة السنهوري بغداد، الطبعة الأولى، 2016، صفحة 228 وما بعدها.
- (2) لتفاصيل أكثر، ينظر: الدكتور محمد طه البشير والدكتور غني حسون علي، الحقوق العينية، الحقوق العينية الأصلية-الحقوق العينية التبعية 1-2، دار السنهوري للنشر، بيروت، 2016، صفحة 104.
- (3) للتمييز بين أعمال الإدارة وأعمال التصرف راجع: الدكتور محمد السعيد رشدي، أعمال التصرف وأعمال الإدارة في القانون الخاص، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية، 2010-2011، صفحة 160 وما بعدها.
- (4) الدكتور محمد طه البشير والدكتور غني حسون علي، مرجع سابق، صفحة 104.
- (5) الدكتور درع حماد عبد، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية والحقوق المنقردة عنها، دار السنهوري، بيروت، 2018، صفحة 118-119.
- (6) حيث نصت على أنه: (2). وكل شريك في الشيوخ يملك حصته الشائعة ملكاً تاماً، وله حق الانتفاع بها واستغلالها بحيث لا يضر بشركائه، والتصرف فيها بالبيع والرهن وغير ذلك من أنواع التصرف ولو بغير اذنتهم).
- (7) الدكتور محمد طه البشير والدكتور غني حسون علي، مرجع سابق، صفحة 104.
- (8) ينظر في ذلك الحكم الصادر عن هيئة الأحوال الشخصية لمحكمة التمييز الاتحادية بالعدد 1541/ح-ش/2017 بتاريخ 2017/2/28 حيث نقضت حكم محكمة الأحوال الشخصية (لأن الدعوى أقيمت ابتداءً على المدعى عليه

- (المحجور) بموجب حجة الحجر والقيومة المرقمة 14 في 21/9/2010 الصادرة من محكمة الاحوال الشخصية في بني سعد الأمر الذي يجعلها مقامة على شخص فاقدا للأهلية التي تؤهله أن يكون خصما وفقا لما اشترطته المادة (3) من قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 المعدل...).
- (9) ينظر في ذلك: عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969، الجزء الأول، الناشر العاتك لصناعة الكتب، الطبعة الثانية، القاهرة، 2009، صفحة 53-58.
- (10) وبقدر تعلق الأمر بالبحث نقول إن المادة 3 من قانون المرافعات قد نصت على ما يأتي: (يشترط ان يكون كل من طرفي الدعوى متمتعاً بالأهلية اللازمة لاستعمال الحقوق التي تتعلق بها الدعوى والا وجب ان ينوب عنه من يقوم مقامه قانونا في استعمال هذه الحقوق...). أما المادة 4 فقد نصت على أنه: (يشترط ان يكون المدعى عليه خصما يترتب على اقراره حكم بتقدير صدور اقرار منه وان يكون محكوما او ملزما بشيء على تقدير ثبوت الدعوى...). أما المادة 6 منه فقد نصت على المصلحة إذ نصت على أنه: (يشترط في الدعوى ان يكون المدعى به مصلحة معلومة وحالة وممكنة ومحققة ومع ذلك فالمصلحة المحتملة تكفي....).
- (11) والتي نصت على أنه: ((إذا كانت الخصومة غير متوجهة تحكم المحكمة ولومن تلقاء نفسها برد الدعوى دون الدخول في أساسها. 2. للخصم أن يبدى هذا الدفع في أية حالة تكون عليها الدعوى.)).
- (12) الدكتور آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، دون تاريخ، صفحة 237.
- (13) والتي نصت على أنه: (لا يجوز إحداث دفع جديد ولا إيراد أدلة جديدة في محكمة التمييز باستثناء الدفع بالخصومة والاختصاص وسبق الحكم في الدعوى). وينظر أيضا الحكم الصادر من محكمة التمييز، رقم القرار 828/828/حقوقية رابعة/1970 صدر بتاريخ 9/7/1970 نقلا عن القاضي جاسم جزاء جافر، الجامع لأهم المبادئ القانونية لقضاء محكمة تمييز العراق لأكثر من خمسة عقود، قسم المرافعات المدنية، الجزء الثاني، مكتبة يادكار، الطبعة الثانية، 2018، صفحة 281.
- (14) ينظر الحكم الصادر من محكمة التمييز، رقم القرار 1201/مدنية رابعة/1972 بتاريخ 30/10/1972 نقلا عن القاضي جاسم جزاء جافر، مرجع سابق، صفحة 313.
- (15) وفي ذلك ذهبت الهيئة الموسعة المدنية في محكمة التمييز الاتحادية في الحكم الصادر منها بالعدد 1175/س هـ/ 2017 والصادر بتاريخ 20/2/2017، إذ ذهبت الى القول: (وحيث ان عقد الايجار هو من اعمال الادارة المعتادة التي اوجب القانون ابرامه من قبل اصحاب القدر الاكبر من الحصص ويكون ملزما للجميع حتى الاقلية (م2/1064 مدني) وحيث انعقد الايجار الذي يبرمه الشريك الذي لا يملك اكثرية السهام لا يسري بحق بقية الشركاء لذا فان استغلال المدعى عليه لجزء من القطعة المذكورة يكون دون سند قانوني...).
- هذا القرار منشور على الموقع الالكتروني لقاعدة التشريعات العراقية وعلى الرابط التالي:

- (16) الدكتور محمد علي عمران، الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني المصري أسباب كسبها وصورها، دون ناشر، العام الدراسي 2009-2010، صفحة 342.
- (17) الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، حق الملكية، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي، 2004، صفحة 728 وما بعدها.
- (18) الدكتور محمد علي عمران، مرجع سابق، صفحة 354.
- (19) الدكتور عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، صفحة 728.
- (20) حكم صادر عن محكمة استئناف الرصافة الاتحادية/ الهيئة الاستئنافية الثانية المرقم 1102/س/2015 بتاريخ 2015/9/17. هذا الحكم منقول من موقع قاعدة التشريعات العراقية الإلكتروني على الرابط التالي:
<https://iraqlid.e-sjc-services.iq/VerdictsTextResults.aspx>
- (21) هذا الحكم منقول من موقع قاعدة التشريعات العراقية الإلكتروني على الرابط التالي:
<https://iraqlid.e-sjc-services.iq/VerdictsTextResults.aspx>
- (22) تاج العروس من جواهر القاموس للزبيدي، مادة هبأ (520/1-521) الناشر دار الهداية. نقلا عن د. محمد حلمي ابراهيم الحفناوي، قسمة المهايأة، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بكفر الشيخ، العدد الرابع، الإصدار الثاني، المجلد الرابع، 2020، صفحة 389.
- (23) معجم لسان العرب، للعلامة جمال الدين محمد بن مكرم الملقب "بابن منظور" الأفريقي المصري، المجلد الأول، الطبعة الأولى، دار جادر، بيروت، بدون تاريخ، صفحة 911.
- (24) نقلا عن د. ندى سالم حمدون ملا علو، مفهوم المهايأة وتكييفها، بحث منشور في مجلة الراافدين للحقوق، المجلد (11) العدد (42)، السنة (2009)، صفحة 3.
- (25) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، مرجع سابق، صفحة 739.
- (26) نقلا عن د. ندى سالم حمدون ملا علو، مرجع سابق، صفحة 3.
- (27) السنهوري، مرجع سابق، صفحة 745 وما بعدها. وينظر أيضا الأستاذ الدكتور محمد علي عمران، الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني المصري، دون ناشر، مصر، العام الجامعي 2009-2010، صفحة 340-342.
- (28) رقم القرار - ١١٢ - هيئة عامة أولى - 19٧٢ تاريخ القرار - ٣١ - ٣ - ٧٣ النشرة القضائية - العدد الاول - السنة الرابعة - ص ٩٤ - ٩٥ مذكور لدى القاضي جاسم جزاء جافر هورامي، الجامع لأهم مبادئ قضاء محكمة تمييز العراق لأكثر من ستة عقود، قسم القانون المدني، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، مكتبة يادكار لبيع ونشر الكتب القانونية، 2018، صفحة 291.
- (29) والتي نصت على أنه: (... ويعتبر من عقود الإدارة بوجه خاص الإيجار إن لن تزد مدته على ثلاث سنوات...).

قائمة المصادر:

أولاً: كتب اللغة:

1. معجم لسان العرب، للعلامة جمال الدين محمد بن مكرم الملقب "بابن منظور" الأفريقي المصري، المجلد الأول، الطبعة الأولى، دار جادر، بيروت، بدون تاريخ.

ثانياً: كتب القانون:

1. الدكتور آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، دون تاريخ.
2. القاضي جاسم جزاء جافر، الجامع لأهم المبادئ القانونية لقضاء محكمة تمييز العراق لأكثر من خمسة عقود، قسم المرافعات المدنية، الجزء الثاني، مكتبة يادكار، الطبعة الثانية، 2018.
3. القاضي جاسم جزاء جافر هورامي، الجامع لأهم مبادئ قضاء محكمة تمييز العراق لأكثر من ستة عقود، قسم القانون المدني، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، مكتبة يادكار لبيع ونشر الكتب القانونية، 2018.
4. الدكتور درع حماد عبد، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية والحقوق المتفرعة عنها، دار السنهوري، بيروت، 2018.
5. الأستاذ الدكتور عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، الناشر مكتبة السنهوري بغداد، الطبعة الأولى 2016.
6. عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969، الجزء الأول، الناشر العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، الطبعة الثانية، 2009.
7. الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، حق الملكية، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي، 2004.
8. الدكتور محمد السعيد رشدي، أعمال التصرف وأعمال الإدارة في القانون الخاص، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية، 2010-2011.
9. الدكتور محمد حلمي إبراهيم الحفناوي، قسمة المهايأة، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بكفر الشيخ، العدد الرابع، الإصدار الثاني، المجلد الرابع، 2020.

10. الدكتور محمد علي عمران، الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني المصري أسباب كسبها وصورها، دون ناشر، العام الدراسي 2009-2010.

11. الدكتور محمد طه البشير والدكتور غني حسون علي، الحقوق العينية، الحقوق العينية الأصلية- الحقوق العينية التبعية 1-2، دار السنهوري للنشر، بيروت، 2016.

ثالثا: المجالات:

1- ندى سالم حمدون ملا علو، مفهوم المهابة وتكييفها، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (11) العدد (42)، السنة (2009).

رابعا: القوانين:

1) القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 (المعدل).

2) قانون بيع وإيجار العقار رقم (87) لسنة 1979 (المعدل).

3) قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 (المعدل).

4) قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (850) لسنة 1979.

5) قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (940) لسنة 1987.