

رهن الملكية الشائعة تأمينياً دراسة مقارنة

د. سفانة سمير حميد

الجامعة العراقية / كلية القانون والعلوم السياسية

المخلص:

إن الشريك في المال الشائع يستطيع أن يتصرف في حصته الشائعة بكافة أنواع التصرفات كما للشركاء ذلك، إذ له أن يبيع وأن يرهن وأن يهب وغيرها من التصرفات إلا أن هذه التصرفات التي يجريها الشريك محكومة بعدم الاضرار بباقي الشركاء أو التعدي على حقوقهم لذلك تبدو أهمية الدراسة من خلال توضيح الحدود التي يستطيع أن يباشر الشريك فيها لسلطاته وخصوصاً سلطة التصرف بالرهن التأميني وكذلك تسليط الضوء على تصرف الشركاء مجتمعين وأثره بالنسبة للغير.

Abstract

The Partner in ownership in common can do any act with regard to his share and the same is true of other partners that they share him the same property. In other words, he can sell, mortgage, donate and other acts provided that he does not harm other partners or violates their rights. Therefore, the importance of the current study is to mark the limits where the partner can make use of his authority especially the authority of mortgage insurance and to shed lights on the partners acts altogether and their impact on the others

مُقَدِّمَةٌ

إن الملكية المفترزة والتي تثبت لشخص واحد على شيء تظهر من خلالها جميع خصائص الملكية وهذه هي الصورة العادية للملكية إلا أنها ليست الوحيدة، إذ ثمة صورة أخرى للملكية قد تثبت لأكثر من شخص على نفس الشيء وتتزامن سلطاتهم عليه فنكون أمام الملكية الشائعة. إن الملكية بصورة عامة لها دور أساسي في بناء اقتصاد الدول، وإن التنظيم القانوني المتطور لها يساهم بشكل أساسي في بناء وتطور المجتمع فضلاً عن ذلك إن للملكية وظيفة اجتماعية فيجب على المالك أن يراعي في مزاولته حق الملكية مصلحة من حوله من الأفراد أو على الأقل أن لا يسخر حق الملكية ضد الصالح العام.

لا شك أن الملكية الفردية تعد حافزاً للأفراد للقيام بالعمل والانتاج مما يؤدي إلى ازدهار الاقتصاد الوطني كما وتعد مظهراً للحرية الفردية وضماناً لاستقرار الأمن والسلام في المجتمع إلا أنه وإلى جانب الملكية الفردية، لا ننكر وجود الملكية الشائعة التي لها أيضاً دور أساسي في خدمة الاقتصاد الوطني وازدهاره⁽¹⁾. فهي تكون لأكثر من شخص على شيء فيكون لكل منهم الحق في حصة تتناسب إلى الشيء في مجموعه كالنصف أو الربع، وبإمكان الشريك أن يباشر على حصته جميع خصائص الملكية ومن هذه الخصائص حقه في التصرف في حصته الشائعة بالرهن على سبيل المثال، إلا أن هذا التصرف قد يثير جملة من الإشكالات لذا سنحاول أن نسلط الضوء على رهن الملكية الشائعة تأمينياً.

أهمية الدراسة:

تبرز أهمية الدراسة من خلال أن الشريك في المال الشائع يستطيع أن يتصرف في حصته الشائعة بكافة أنواع التصرفات كما للشركاء ذلك، إذ له أن يبيع

وأن يرهن وأن يهب وغيرها من التصرفات إلا أن هذه التصرفات التي يجريها الشريك محكومة بعدم الاضرار بباقي الشركاء أو التعدي على حقوقهم لذلك تبدو أهمية الدراسة من خلال توضيح الحدود التي يستطيع أن يباشر الشريك فيها لسلطاته وخصوصاً سلطة التصرف بالرهن التأميني وكذلك تسليط الضوء على تصرف الشركاء مجتمعين واثره بالنسبة للغير.

مشكلة الدراسة:

تكمن مشكلة الدراسة في بيان الأحكام المتعلقة برهن الشريك لحصته الشائعة وكذلك للمال الشائع ولجزء مفرز من حصته الشائعة وأثر ذلك بالنسبة للغير فضلاً عن بيان الأحكام المتعلقة بتصرف الشركاء مجتمعين بالحصصة الشائعة، وهل كان المشرع العراقي موفقاً في إيجاد الأحكام لكل جزئية من هذه الجزئيات سالفه الذكر أم إنه أغفل بعضاً منها وما تأثير ذلك على الواقع العملي ومحاولة مقارنة كل ذلك بالقوانين المدنية الأخرى من النتائج والمقترحات يمكن أن تساعد في سد النقص التشريعي لبعض الجزئيات في القانون المدني العراقي الخاصة برهن الملكية الشائعة.

خطة البحث:

تشمل الدراسة على مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة، فقد تناولت في المبحث الأول مفهوم الملكية الشائعة وقسمته إلى مطلبين، أما المطلب الأول فقد خصصته للتعريف اللغوي والاصطلاحي والفقهي للملكية الشائعة، والمطلب الثاني لبيان طبيعة حق الشريك المشتاع على المال الشائع.

أما المبحث الثاني فقد عقدته لتناول الشيوخ العادي وقسمته إلى ثلاثة مطالب، تناولت في المطلب الأول الرهن الصادر من أحد الشركاء وفي المطلب الثاني الرهن الصادر من أغلبية الشركاء، أما المطلب الثالث فقد خصصته للرهن الصادر من جميع الشركاء للعقار الشائع.

وفي المبحث الثالث درست الشيوخ الاجباري بوصفه من صور الشيوخ قسمته إلى مطلبين، أما المطلب الاول رهن ملكية العلو والسفل وفي المطلب الثاني خصصته لرهن الطبقات والشقق.

وأخيراً توصلت في الخاتمة إلى جملة من النتائج والمقترحات المتعلقة بموضوع الدراسة.

المبحث الأول: مفهوم الملكية الشائعة

المطلب الأول: تعريف الملكية الشائعة.

المطلب الثاني: طبيعة حق الشريك المشتاع على المال الشائع.

المبحث الثاني: الشيوخ العادي:

المطلب الأول: الرهن الصادر من أحد الشركاء.

الفرع الاول: رهن الشريك حصته الشائعة.

الفرع الثاني: رهن الشريك جزء مقرر من المال الشائع.

الفرع الثالث: رهن الشريك للعقار الشائع.

المطلب الثاني: الرهن الصادر من أغلبية الشركاء.

المطلب الثالث: الرهن الصادر من جميع الشركاء للعقار الشائع.

المبحث الثالث: الشيوخ الاجباري.

المطلب الأول: رهن ملكية العلو والسفل.

المطلب الثاني: رهن الطبقات والشقق.

المبحث الأول

مفهوم الملكية الشائعة

إن الملكية المفترزة وإن كانت هي الصورة العادية للملكية إلا أنها ليست الصورة الوحيدة لها إذ ثمة ملكية يمكن أن تثبت لأكثر من شخص على نفس الشيء وتتزامن سلطاتهم على هذا الشيء ما وفي هذه الحالة نكون أمام صورة أخرى للملكية وهي الملكية الشائعة، لذا سنحاول في هذا المبحث تسليط الضوء على تعريف الملكية الشائعة وذلك في المطلب الأول، ثم الانتقال إلى دراسة الطبيعة القانونية لحق الشريك المشتاع على المال الشائع وذلك في المطلب الثاني.

المطلب الأول

تعريف الملكية الشائعة

نتناول في هذا المطلب بيان مدلول مصطلح الملكية الشائعة من الناحية اللغوية والفقهية والقانونية.

فالملك في الاصطلاح اللغوي ينصرف إلى ملك الشيء فهو يملكه إذا احتواه وكان قادراً على الاختصاص به^(١)، أما الملكية فهي عن الملك أو التمليك، يقال بيدي عقد ملكية^(٢) وملك الشيء ملكاً حازه وانفرد بالتصرف فيه فهو مالك، أما الشيوخ يعني مصدر شاع (فعل) يشيع، شع شيوخاً ويقال نصيب فلان في جميع هذه الدار كذلك عرف على أنه شاع العقار كان مشاعاً أي مشترك الملكية غير مقسم^(٤).

وجاء في تاج العروس أن معنى شيع أي شاع الخبر في الناس يشيع شيعاً بالفتح وشيوخاً ومشاعاً بالفتح وشيوخاً كديمومة.

أما في الاصطلاح الفقهي فنجد أن بعضهم قد عرف الشيوخ بصورة عامة بأنه (تعدد أصحاب الحق العيني فهو لا يقتصر على الملكية بل يصح أن يتحقق بالنسبة للحقوق العينية الأخرى كما لو أوصى شخص بحق انتقاع لعدة أشخاص إذ يكون حق

الانتفاع حينئذ مالا شائعاً بين الموصى لهم جميعاً، أما الحق الشخصي فإنه لا يكون مالا شائعاً وإن تعدد أصحابه بل ينقسم بينهم ما لم يكن غير قابل للانقسام^(٥).

كذلك عرفت الملكية الشائعة بأنها عبارة عن أن يمتلك شخصان أو أكثر شيئاً دون أن يتعين ملك كل واحد منهم^(٦) وعُرفت أيضاً بأنها الملكية المختلطة لإثنين أو أكثر في شيء مشترك لا تتعين حصة أحدهم في جزء معين منه فهم شركاء على الشيوع وإن هذه الملكية المشتركة أو المختلطة بين عدد من الملاك دون تحديد لنصيب كل واحد منهم تسمى هنا الشائعة أو المشاعة أو على الشيوع أي أنها غير مفرزة وإنما مملوكة للجميع على الشيوع^(٧).

وعرفها البعض الآخر بأنها صورة من صور الملكية يكون فيها الشيء مملوكاً لأكثر من شخص دون أن يتعين لكل منهم نصيب مادي محدد وإنما يكون لكل منهم حصة شائعة فيه يرمز لها بنسبة حسابية كالنصف والثالث والربع^(٨).

ولما كانت التعريفات الفقهية السابقة متفقة من حيث المعنى في تعريف الملكية الشائعة، نستطيع أن نعرف الملكية الشائعة بأنها الحالة التي يتعدد بها الملاك من غير أن يكون لأي منهم جزء مفرز ومحدد.

أما في التشريعات المدنية فنجد أن القانون المدني العراقي قد نص وتحديدًا في المادة (١٠٦١/١) على أن الملكية الشائعة هي "إذا ملك إثنان أو أكثر شيئاً فهم شركاء فيه على الشيوع وتحسب الحصص متساوية إذا لم يقم الدليل على غير ذلك"^(٩).

وفي القانون المدني المصري نجد أن المادة (٨٢٥) قد عرفت بأنها "إذا ملك إثنان أو أكثر أشياء غير مفرزة حصة كل منهم فهم شركاء على الشيوع وتحسب الحصص متساوية إذا لم يقم دليل على غير ذلك"^(١٠).

أما القانون المدني الأردني فنجد أنه وتحديدًا في المادة (١٠٣٠) نص على أنه "مع مراعاة أحكام الحصص الأثرية لكل وارث، إذا تملك اثنان أو أكثر شيئاً بسبب من

أسباب التملك دون أن تفرز حصة كل منهم فيه فهم شركاء على الشيوع وتحسب حصص كل منهم متساوية إذا لم يقر الدليل على غير ذلك^(١١).

وقد انتقد بعض الفقه اتجاه المشرع الأردني في قصر الشيوع على الملكية في حين أن الشيوع يمكن أن يتحقق في الحقوق العينية الأخرى كحق الانتفاع وحق الارتفاق وحق التصرف^(١٢).

وقد ورد في القانون الانكليزي بأن الملكية الشائعة (Common Ownership) هي أن يكون الشيء مملوكاً لعدة أشخاص في وقت واحد^(١٣).

يفهم من خلال النصوص آفة الذكر أن ما يميز الملكية الشائعة عن الملكية المفترزة تعدد الملاك إذ يتقرر حق الملكية لأشخاص متعددين على خلاف الملكية الفردية التي تثبت لمالك واحد، كذلك أن في الملكية الشائعة يكون محل الحق محددًا تحديداً معنوياً لأن كل شريك يملك حصة شائعة في العين كلها يرمز لها بنسبة حسابية كالنصف أو الثلث ويظل محل الحق غامضاً إلى أن تتم القسمة، اما في الملكية المفترزة فأن محل الحق محدد تحديداً مادياً.

كذلك من حيث المنفعة نجد أن في الملكية الشائعة أن حقوق الملاك يراحم بعضها بعضاً وبهذا لا يجوز لأي مالك أن يستهلك الشيء أو يتصرف فيه أو أن يستعمله إلا بقيود خاصة وفي حدود ما تسمح به حصته، اما في الملكية المفترزة فأن المالك يستأثر بمنافع العين كلها فله أن يتصرف فيها وأن يستعملها وأن يشغلها كما يشاء^(١٤).

المطلب الثاني

طبيعة حق الشريك المشتاع على المال الشائع

لا شك أن الملكية الشائعة تمتاز بالتعقيد من حيث مظهرها وجوهرها، فمن حيث المظهر نجد اشتراك عدة اشخاص في ملكية شيء واحد مع تحقيق المساواة فيما

بينهم من خلال الاستفادة بخصائص الملكية على هذا الشيء، كذلك من حيث الجوهر نجد الاشتراك في ملكية الشيء يتحدد بحصة لكل منهم في هذا الشيء ونتيجة لهذا التعقيد لابد من معرفة طبيعة هذا الحق والوقوف على التكيف الصحيح كي نحدد سلطات صاحب الحق في التصرف اثناء قيام الشيوخ.

اختلف الفقهاء في تحديد طبيعة حق الشريك في الشيوخ إذ نجد أن هناك رأي ذهب إلى اعتبار حق الشريك المشتاع هو مجرد حق شخصي لا حق عيني قبل بقية الشركاء يخول له الحصول على نسبة معينة من مزايا الشيء (كالثالث، الربع) واقتضاء تعيين نطاق مادي في الشيء الشائع يقابل النسبة التي تكون له في منافعه عن طريق القسمة حتى إذا ما قسم الشيء الشائع أصبح هناك محل مادي محدد يقابل النسبة المحددة للشريك وتحول حقه بذلك إلى حق ملكية بالمعنى الدقيق، ثم لاحظ أصحاب هذا الاتجاه أن الاقتصار على القول بأن حق الشريك المشتاع حق شخصي يؤدي إلى اعتبار الشيء الشائع كأن لا مالك له اثناء قيام الشيوخ وهي نتيجة غير مقبولة في الناحية المنطقية^(١٥).

فظهر رأي آخر ذهب بالقول أن الملكية في حالة الشيوخ تكون لمجموع الشركاء المشتاعين باعتبار هذا المجموع يمثل وحدة قائمة بذاتها عن الشركاء ومن ثم يكون لكل شريك مجرد حق شخصي قبل هذه الوحدة^(١٦) ويكون للوحدة المتمثلة في مجموع الشركاء المشتاعين ملكية الشيء إلا أن هذا الرأي تعرض للانتقاد إذ لا يستجيب للواقع فنجد أن للشريك المشتاع سلطات ترد مباشرة على الشيء الشائع لا يمكن معها اعتبار حقه مجرد حق شخصي قبل بقية الشركاء أو قبل الوحدة المتمثلة فيهم هذا من ناحية ومن ناحية أخرى لا يمكن التسليم بأن الملكية تثبت للوحدة المتمثلة في مجموع المشتاعين إذ الحقوق لا تثبت إلا للأشخاص ومن ثم أن هذه الوحدة لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية حتى وإن اضى القانون عليها ذلك فضلاً عن أن تمتع

الوحدة بالشخصية المعنوية يعني أن تملك هذه الوحدة الشيء ملكية مفرزة على نحو ينتفي معه وضع الشيوع القائم على تعدد الملاك^(١٧).

وذهب رأي آخر إلى أن حق الشريك المشتاع هو حق عيني من نوع خاص إذ أن الشيوع يمثل صورة من صور التملك لا يكون فيها الشيء الشائع مملوكاً لمجموع الشركاء ولا لكل من الشركاء، وهذا الرأي لا يمكن الركون إليه لأن اعتبار الشيوع صورة من صور التملك يعني إما اعتبار الشيء مملوكاً لمجموع الشركاء أو اعتباره مملوكاً لكل من الشركاء فإذا لم يكن لا هذا ولا ذاك فمن يكون إذن هو مالك الشيء الشائع؟

لذا استقر الفقه بعد هذا الخلاف الطويل على أن حق الشريك المشتاع هو حق ملكية بالمعنى الصحيح^(١٨) وأن كل ما في الأمر أن اصحاب حق الملكية متعددون في حالة الملكية الشائعة بخلاف الملكية المفرزة التي نكون فيها امام صاحب واحد وان هذا التعدد لا يلحق محل الملكية إذ أن محل الملكية واحد يتمثل في الشيء الشائع لا يتجزأ يختص كل شريك مشتاع فيها بجزء، بل أن التعدد يلحق صاحب الملكية وحده حيث يتواجد أكثر من مالك لنفس الشيء^(١٩).

وبالرجوع لنص القانون المدني العراقي نجد أن حق الشريك على المال الشائع هو حق ملكية بالمعنى الصحيح إذ يشتمل على جميع عناصر حق الملكية من استعمال واستغلال والتصرف، كذلك أن الشيء وهو محل هذه الملكية لا يتجزأ أي أن الملكية تنقسم إلى ملكيات متعددة بقدر عدد الشركاء بينما لا يكون هناك تقسيم مادي للشيء، أي أن يرد حق كل شريك على الشيء في مجموعه وإن كان محددًا بقدر حصته وكون أن الشريك المشتاع لا يستطيع أن يستأثر بجميع مزايا المال الشائع ليس من شأنه أن ينفي عن حقه وصف الملكية لأن الشركاء الآخرين الذين يشاركونه في الحصول على

هذه المزاياء ملاك مثله، كل ما هنالك أن الشريك المشتاع ليس له أن يمارس سلطات المالك إلا بطريقة لا يترتب عليها المساس بحقوق الشركاء الآخرين^(٢٠).

نخلص مما تقدم أن حق الشريك على الشيوع على المال الشائع هو حق ملكية يخوله الحصول على جميع سلطات المالك في الاستعمال والاستغلال والتصرف فيستطيع الشريك من حيث المبدأ أن يرهن والرهن الذي يصدر منه يعد رهن صادر من مالك، إلا أنه مقيد بعدم الاضرار بالشركاء الآخرين.

المبحث الثاني

الشيوع العادي

نتناول في هذا المبحث احكام رهن الملكية الشائعة في الصورة العادية للشيوع من خلال تفصيل احكام الرهن الصادر من احد الشركاء وذلك في المطلب الاول ثم الانتقال في المطلب الثاني للرهن الصادر من أغلبية الشركاء، وفي المطلب الثالث الرهن الصادر من جميع الشركاء للعقار الشائع.

المطلب الأول

الرهن الصادر من أحد الشركاء

يمكن أن ينفرد أحد الشركاء بالرهن فيرهن حصته الشائعة أو يرهن جزءاً مفرزاً من العقار الشائع، وقد يرهن المال الشائع جميعه، لذا سنحاول أن نبين حكم الرهن في كل حالة من الحالات آنفة الذكر وذلك ضمن ثلاثة أفرع:

الفرع الأول: الرهن الصادر من الشريك في حصته الشائعة:

يجوز للشريك أن يرتب حقاً عينياً تبعياً على حصته الشائعة، إذ أن التشريعات المدنية عموماً اشترطت أن يكون الراهن مالاً للعقار المرهون سواء كانت الملكية مفرزة أم شائعة، لذا بإمكان الشريك الراهن أن يرهن سواء كان رهناً تأمينياً أم حيازياً وما ذلك إلا تأكيد لما نص عليه المشرع في القانون المدني إذ نجد أن المادة

(١/١٢٩١) قد نصت على انه (اذا رهن احد الشركاء حصته الشائعة في عقار يتحول الرهن بعد القسمة إلى الحصة المفترزة التي وقعت في نصيب هذا الشريك)، كذلك المادة (١/١٠٣١) إذ جاء فيها (لكل واحد من الشركاء في الملك أن يتصرف في حصته كيف شاء دون إذن من باقي شركائه بشرط ألا يلحق ضرراً بحقوق سائر الشركاء).

لذا لا نجد ثمة مشكلة يمكن أن تثور إذا ما تم انشاء رهن تأميني على هذه الحصة الشائعة توثيقاً لدين ما على هذا الشريك وحل أجل الوفاء بهذا الدين قبل أن تتم قسمة المال الشائع إذ أن للدائن المرتهن ان ينفذ على هذه الحصة الشائعة المرهونة في حال كونه من غير الشركاء شريكاً على الشيوع مع باقي الشركاء.

لكن المشكلة يمكن أن تثور إذا تمت قسمة هذا العقار قبل حلول أجل الوفاء بالدين المضمون بالرهن ونتج عن تلك القسمة أن لا يقع لا العقار المرهون ولا جزء منه من نصيب الراهن وانما وقع من نصيبه عقار آخر كان هو أيضاً شائعاً ودخل في القسمة فوقع في نصيب الشريك الراهن.

لم نجد اجابة واضحة من قبل المشرع العراقي حول حكم هذه الحالة إذ جاء خالياً من أي نص تشريعي فضلاً عن أن القول بانتقال الرهن من الحصة الشائعة المرهونة إلى عقار آخر الذي آل بالقسمة إلى الراهن أمر لا ينسجم مع القواعد والمبادئ العامة التي تقضي بأن تصرفات الشريك في الشيوع يتوقف مصيرها على نتيجة القسمة ذلك لأن القانون المدني يرجح جهة الافراز على جهة المبادلة في القسمة أي أن كل شريك يعد بعد القسمة أنه كان مالكاً لما وقع في نصيبه من وقت بدء الشيوع وأنه لم يملك قط شيئاً مما وقع في نصيب غيره، وفي ذلك تقضي المادة (١٠٧٥) على أنه "ترجح جهة الافراز على جهة المبادلة في القسمة فيعتبر كل متقاسم

أنه كان دائماً مالكاً للحصة المفروزة التي آلت إليه وأنه لم يملك قط شيئاً من باقي الحصص" (٢١).

كذلك نجد أن الفقرة الثانية من المادة (١٠٦٢) من القانون المدني العراقي تشترط لصحة تصرف الشريك في جزء من المال الشائع مفزراً كان أم حصة شائعة أن يقع ها الجزء عند القسمة في نصيب هذا الشريك وإلا كان التصرف عديم الأثر وعلى ذلك يفقد الدائن المرتهن حقه في الرهن.

أما في القانون المدني المصري فنجد أن المادة (٢/١٠٣٩) قد جاءت بمعالجة واضحة إذ نصت على أنه "وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزءاً مفزراً من هذا العقار ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعياناً غير التي رهنها انتقل الرهن بمرتبته إلى قدر من هذه الأعيان تعادل قيمة العقار الذي كان مرهوناً في الأصل ويعين هذا القدر بأمر على عريضه...". من خلال هذا النص الصريح نجد أن المشرع قد خرج عن القواعد العامة والتي يؤدي تطبيقها إلى انقضاء الرهن في هذه الحالة إذ عد بعض الفقه أن الراهن يكون قد رهن ملك الغير ذلك أن الشريك الذي اختص بالعقار المرهون يعتبر مالكاً منذ بدء الشيوخ استناداً لما للقسمة من أثر كاشف كما ونصت المادة (٨٤٣) من القانون المدني المصري "يعتبر المتقاسم مالكاً للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوخ وأنه لم يملك غيرها شيء في بقيمة الحصص".

وهذا ما يؤدي إلى الحاق الضرر بالدائنين المرتهين، لذا اورد المشرع المصري مثل هذا الاستثناء وجاء في تبرير ذلك على فكرة الحلول العيني كأساس لتحول الرهن بعد القسمة إلى الحصة المفروزة.

إن حق الرهن ليس شائعاً أو لا يتعدد اصحابه ولكن الحق الشائع هنا هو حق الملكية وهو محل الرهن، أما بالنسبة لحق الملكية فأثر القسمة هو أن يستبدل كل من

الشركاء بحصته الشائعة ملكية مفرزة اما بالنسبة للرهن فالقسمة لا ترد عليه لأنه ليس شائعاً بل ترد على محله وهو حق الملكية^(٢٢).

وهنا يمكن أن يقال أن انتقال الرهن من الحصة الشائعة إلى الجزء المفرز هو أثر القسمة التي غيرت محله^(٢٣).

أما في القانون المدني الفرنسي فنجد أن للشريك في العقار الشائع أن برهن حصته الشائعة أو جزءاً مفرزاً منه على أن يتوقف حكم الرهن في جميع الأحوال على نتيجة القسمة أو على انتهاء حالة الشبوع بأي تصرف آخر^(٢٤).

بقي أن نذكر حالة أخرى قبل أن نغادر حكم تصرف الشريك المشتاع لحصته الشائعة حالة ما إذا وقع العقار كله في نصيب الراهن فما مصير الرهن في هذه الحالة. ذهب الفقه والقضاء في فرنسا إلى اعتبار الرهن مقصوراً على الحصة الشائعة التي كانت للراهن في العقار إذ أنه لم يرهن سوى هذه الحصة فضلاً إلى أنه لا يوجد ما يمنع من ورود الرهن على حصة شائعة في العقار^(٢٥).

كذلك ذهب الرأي الراجح في الفقه إلى القول أن الرهن لا يشمل إلا الحصة الشائعة التي رهنها الشريك المشتاع ولا يمتد إلى باقي العقار فالراهن لم يرقم برهن غير هذه الحصة^(٢٦).

أما إذا وقع في نصيب الشريك الراهن منقول فإن الرأي الراجح أن الدائن المرتهن يفقد حق رهنه على العقار المرهون لأنه وقع في نصيب شريك لم يرهنه وكذلك لا ينتقل رهنه التأميني إلى المنقول الذي وقع في نصيب الشريك الراهن لأن المنقول لا يصح أن يكون محلاً للرهن التأميني ومن ثم يفقد الدائن المرتهن حقه في الرهن نتيجة القسمة^(٢٧).

الفرع الثاني: رهن الشريك جزء مفرز من المال الشائع

نبحث هنا الصورة الثانية للرهن الصادر من أحد الشركاء فهو الرهن الصادر من الشريك على جزء مفرز من المال الشائع ونحاول أن تعطي إجابة حول مدى جواز انشاء مثل هكذا رهن أولاً وما مصير هذا الرهن بعد أن تتم القسمة.

ابتداءً لا بد أن نذكر أن المشرع العراقي لم يعالج بنص خاص رهن الشريك لجزء مفرز من المال الشائع إلا أنه ذكر وتحديداً في المادة (٢/١٠٦٢) إذا تصرف الشريك في جزء من المال الشائع فأن هذا التصرف لا يكون له أثر إلا إذا وقع هذا الجزء بعد إجراء القسمة في نصيب هذا الشريك^(٢٨)، أما الدائن المرتهن فإنه ثم فرضية يمكن أن تطرح هي إذا كان لا يعلم أن الجزء الذي ارتهنه هو شائع بين الراهن له وسائر شركائه يستطيع أن ينقض عقد الرهن للغلط وإذا كان يعلم شيوع الجزء المفرز فإنه لا يستطيع نقض الرهن للغلط ويكون الرهن فيما بين الشريك الراهن والدائن المرتهن صحيحاً على اعتبار أن الدائن المرتهن قد رضي بانتظار نتيجة القسمة^(٢٩).

ان هذا الفرض الذي تقدم القول به هو فرض نظري بحت لا يمكن وقوعه من الناحية العملية إذ ان نظام التسجيل العقاري عندنا يقوم بتسجيل الحقوق العينية العقارية من خلال تسجيل المعاملات العقارية وتؤكد الموقف الخاص من سند الملكية وصحة الوثائق والمستندات وموافقة بقية الشركاء على التصرف بجزء مفرز من العقار الشائع.

أما في مصر نجد المشرع المصري في المادة (١٠٣٩) عالج حكم التصرف في الجزء المفرز بعد القسمة ولم يعالج الفترة السابقة على القسمة إذ نصت على أنه (١- يبقى نافذاً الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع أياً كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته) كما وقد اختلف الفقه حول حكم التصرف في جزء مفرز بشكل عام إذ ذهب رأي إلى القول أن حق الدائن المرتهن يرد على الجزء المفرز بمقتضى أثر الحلول العيني أي حلول الجزء المفرز محل الحصة الشائعة وليس بمقتضى أثر القسمة ذاتها وذلك على اعتبار أن القسمة

تتقرر على الملكية محل الرهن وليس على الرهن ذاته فالقسمة لا يتعدى أثرها استبدال ملكية مفرزة بحصة شائعة، أما انتقال الرهن فهو بمقتضى بالحلول العيني^(٣٠).
أما غالبية شراح القانون فيذهبون إلى أن حق الدائن المرتهن يرد على الجزء المفرز بمقتضى الأثر الطبيعي للقسمة طالما أن الراهن قد اختص بجزء مفرز في ذات العقار المرهون فالرهن يتركز في الجزء المفرز الذي اختص به الراهن وهذا لا يعتبر حلولا عينياً^(٣١).

أما قبل القسمة فيجب أن نفرق فيما إذا كان الدائن المرتهن يعلم أو يجهل بأن المدين الراهن يرهن حصته المفرزة في العقار الشائع - فإذا كان يجهل أن المدين الراهن لا يملك في العقار إلا حصته الشائعة لا مفرزة فإنه يستطيع أن يطالب بإبطال الرهن على أساس الغلط، أما إذا كان يعلم أن المدين الراهن لا يملك إلا حصته الشائعة رغم رهنه حصته مفرزة فإنه لا يستطيع أن يطلب إبطال الرهن للغلط^(٣٢).

الفرع الثالث: رهن الشريك للعقار الشائع:

إن هذا الفرض في ظل قانون التسجيل العقاري هو فرض نظري ذلك أن نظام التسجيل عندنا يخضع لإجراءات معقدة ودقيقة فضلاً عن أن المشرع في القانون المدني وتحديداً في المادة (١/١٠٦٢) قد نص على أنه (١- كل واحد من الشركاء اجنبي في حصة الاخر، وليس له أن يتصرف فيها تصرفاً مضرراً بأي وجه كان من غير رضاه) حتى إذا ما ادركنا أن نفترض فرضيه وقوع هكذا أمر فإن العقد يكون موقوف على اجازة بقية الشركاء في العقار فإن اجازوه نفذ العقد وان لم يجيزوه بطل العقد بالنسبة لحصصهم أما بالنسبة لحصة الشريك الراهن فإن الدائن المرتهن يستطيع أن يطلب نقض العقد للغلط إذا كان يعتقد أن الشريك الراهن يملك كل العقار الشائع ملكية مفرزة خالصة.

كما ذهب بعض الفقهاء القول أن الرهن الصادر من أحد الشركاء في العقار الشائع كله أو في مقدار شائع يزيد على حصته في هذا العقار يعتبر أنه صادر من غير مالك بالنسبة إلى ما زاد على حصته، ومن ثم يحق للدائن المرتهن أن يطلب الإبطال حتى دون حاجة إلى انتظار نتيجة القسمة^(٣٣).

في حين يذهب البعض الآخر من الفقهاء إلى القول ان الرهن يقع صحيحاً بين طرفية لأنه يصدر من مالك يرد حقه على الشيء الشائع كله فلا يجوز للدائن المرتهن أن يطلب إبطاله إلا على أساس الغلط^(٣٤).

المطلب الثاني

الرهن الصادر من أغلبية الشركاء

أجاز القانون المدني العراقي تحديداً في المادتين (١٠٦٤، ١٠٦٥) لأغلبية الشركاء سلطة القيام بأعمال الإدارة، إلا أنه لم يشأ اعطاء الأغلبية سلطة التصرف في الشيء الشائع بمعنى لا يجوز للأغلبية أن تتصرف في المال الشائع كما لا يجوز للمحكمة أن تأذن لها بذلك^(٣٥).

في حين نجد أن المشرع المصري وتحديداً في المادة (٨٣٢) أجاز لأغلبية الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة ارباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه بشروط معينة وتحت رقابة القضاء إذ نصت هذه المادة على أنه (للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة ارباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذ استندوا في ذلك إلى أسباب قوية على أن يعلوا خلال شهرين من وقت الاعلان وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء أن تقدر تبعاً للظروف ما إذا كان التصرف واجباً).

فمن خلال هذا النص يتضح لنا من مجمل التصرف البيع او المقايضة كذلك الرهن من باب أولى لأن من يملك الأكثر يملك الأقل كما يجب أن توجد اسباب قوية

تبرر هذا التصرف كما لو احتاج الشركاء لإصلاح المال أو إدخال التحسينات عليه التي من شأنها أن تزيد من دخله أو تجعل استغلاله ممكناً^(٣٦).

وإذا كان رأي الأغلبية يذهب إلى رهن المال الشائع في حالة ورود مثل هكذا حالات يتعين عليهم ان يعلنوا قرارهم إلى باقي الشركاء ويكون هذا القرار ملزماً للأقلية وبذلك تتوب الأغلبية نيابة قانونية عن الأقلية، بيد أن للأغلبية حق التظلم إلى المحكمة المختصة خلال شهرين من وقت الاعلان وفي حالة مرور المدة دون أن يتقدم أحد للطعن في هذا القرار فإنه يعد سارياً في حق الجميع، أما إذا رفعت الأقلية الدعوى خلال الميعاد المذكور وطعنت في قرار الأغلبية فأن سلطة المحكمة تختلف بحسب ما تطلبه هذه الأقلية^(٣٧).

فإذا طلبت الأقلية إلغاء القرار ولم تطلب القسمة فإن جل عمل المحكمة يكون تقدير ما إذا كان الرهن يستند إلى أسباب قوية تبرره، فإذا أقرت رأي الأغلبية فإن الرهن الصادر منها يكون صحيحاً وناظراً في حق الأقلية، أما إذا الغت قرار الأغلبية فإن تساؤلاً يمكن أن يثار هنا هو ما مصير الرهن الذي يكون قد صدر من الاغلبية قبل اعتراض الأقلية؟.

يمكن القول أن الرهن يكون صحيحاً في حق الشركاء الذين أبرموه ولكنه يكون غير نافذ في حق الأقلية التي اعترضت عليه فقط ذلك لأن إلغاء القرار هنا لحماية الأقلية التي اعترضت عليه فلا يجوز لغيرهم ان يفيدوا منه^(٣٨).

نلخص مما تقدم ان رهن كامل العقار بناء على قرار من الأغلبية صحيحاً وناظراً في حق الأقلية سواء لعدم معارضة الأقلية لهذا القرار أو لرفض المحكمة لاعتراض الأقلية وإقرارها لقرار الأغلبية.

المطلب الثالث

الرهن الصادر من جميع الشركاء

تتجلى هذه الصورة من الرهن بأن يصدر من جميع الشركاء في عقار ما إنشاء رهن تأميني على هذا العقار، وقد جاء المشرع العراقي بنص صريح حول حكم هذا الرهن إذ نصت المادة (١٢٩١) من القانون المدني العراقي على أنه (٢٠٠- ويبقى نافذاً الرهن الصادر من جميع ملاك العقار الشائع او المتصرفين فيه اياً كانت النتيجة التي تترتب فيما بعد على قسمة العقار أو على بيعه لعدم امكان قسمته) (٣٩) كذلك نجد أن المشرع المصري قد أبقى الرهن قائماً على العقار المرهون مهما كان مصير العقار إذ نصت المادة (١/١٠٣٩) على أنه (يبقى نافذاً الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع اياً كانت النتيجة التي تترتب على قسمته العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته).

كذلك نجد أن المشرع الفرنسي اضاف فقره إلى نص المادة (٢١٢٥) من القانون المدني الفرنسي نصت على أن الرهن الذي يقرره جميع الشركاء يبقى أثره القانوني مهما كانت نتيجة البيع بالمزاد أو القسمة الحاصلة بعد ذلك.

وبهذا فإن العقار المرهون ينتقل كله حتى لو لم تكن قسمته عيناً، فإذا وقع البيع لأحد الشركاء الثلاثة على سبيل المثال فإن العقار ينتقل إليه كله، فإنه من باب أولى إذا بيع العقار لأجنبي، فإذا رهن الثلاثة الشركاء العقار كله، ثم باعوه إلى أجنبي فينتقل العقار مرهوناً إلى المشتري^(٤٠)، في حين نجد أن ثمة جانباً من الفقه إلى انتقاد ما ذهب إليه أصحاب هذا القانون من ذكر رهن صريح لذلك ولأن الرهن يبقى نافذاً إذا قالوا أن من مقتضيات تطبيق القواعد العامة يؤدي إلى اعتبار أن الرهن الصادر من جميع الشركاء على الشيوع يبقى قائماً على العقار بعد القسمة، كذلك انتقدوا ما ذهب إليه بعض الفقه من اعتبار أن الرهن يبقى صحيحاً فقط في حدود حصة الشريك الذي

آل إليه العقار بأن اعتبارات الشركاء جميعاً رهنوا ملك الغير بوقوع العقار نصيب أحدهم هو أمر مخالف الواقع حيث أن رهن العقار الشائع من جميع الشركاء هو تصرف قانوني صحيح وذلك لأنه صدر ممن كان له ولاية التصرف فيه وقت انشائه ولا يحق للمتقاسم الذي وقع العقار في نصيبه أن يتذمر^(٤١).

كما وثار خلاف أيضاً في الفقه المصري رغم وجود نص صريح هو نص المادة (١٠٣٩) على مدى انطباق هذا النص على الرهن الحيازي فهل يعد هذا النص استثناء على القواعد العامة ومن ثم لا يقاس عليه ولا يتوسع فيه مظهر في ذلك اتجاهان اتجاه أيد الأخذ بحكم هذه المادة وانطباقه على الرهن الحيازي واتجاه آخر ذلك إلى عدم جواز ذلك لأنه يعد استثناء والاستثناء لا يجوز التوسع فيه^(٤٢).

المبحث الثالث

الرهن التأميني في الشيوخ الاجباري

إن الشيوخ لا يكون دائماً بصورته العادية التي سبق أن بحثناها، إذ قد يتخذ صوراً أخرى هي وليدة تطور مجتمع ما فزيادة عدد السكان وأرتفاع مستوى المعيشة وتحسن الأراضي دفع الأشخاص إلى البحث عن حلول أخرى يمكن أن تساهم في حل مشكلات السكن وكان نتيجة ذلك ظهور البناء العامودي الذي يؤدي إلى اشتراك مجموعة من الأشخاص في عقار معين بحيث يكون لكل منهم ملكية مفرزة فيما يملك ضمن شقه خاصة به ويكون له كذلك ملكية مشتركة مع باقي الملاك ضمن نفس العقار.

إن هذه الصورة من صور الشيوخ يطلق عليها الشيوخ الاجباري وهي تتخذ بدورها صور متعددة ففي القانون المدني العراقي نجد أن المشرع نص على ملكية العلو والسفل وهي صورة من صور الشيوخ الاجباري ونص قانون التسجيل العقاري العراقي النافذ على نوع آخر هو ملكية الطبقات والشقق.

إن أسباب نشوء هذه الصور من صور الشيوخ الاجباري متعددة منها على سبيل المثال ان يوصي الأب مثلاً أو يهب لكل من أبنائه طبقة من طبقات منزل يملكه أو أن يقوم صاحب عقار ما ببيع طابق منه لشخص آخر مما يؤدي إلى وجود ملاك متعددين أو انشاء ابنية مكونة من شقق وطوابق بقصد بيعها طبقة أو شقة وغيرها من الحالات.

إن هذا التنوع في الشيوخ الاجباري يقتضي منا بحث حالات الرهن التأميني التي يمكن أن ترد على هذا النوع من الشيوخ وذلك ضمن مطلبين أما المطلب الأول نخصه لرهن العلو والسفل وفي المطلب الثاني رهن الطبقة أو الشقة.

المطلب الأول

رهن ملكية العلو والسفل

أخذ القانون المدني العراقي بملكية العلو والسفل متأثراً بالفقه الاسلامي في ذلك يقوم هذا النظام على اساس ان لكل مالك يملك طابقاً علواً أو سفلاً ملكية خالصة أرضاً وسقفاً وجدراناً وأبواب ونوافذ، فمالك العلو أو السفل يملكه بجميع أجزائه حتى الأجزاء المعدة للاستعمال المشترك وللمالك أن يستعمله بنفسه أو يستغله بتأجيريه وله أن يتصرف فيه بيعاً أو الهبة أو الرهن أو الوصية دون أن يتوقف ذلك على إذن أو اجازة من الملاك الآخرين وله ان يجري في ملكه ما شاء من تعديل او تحسين ويتحمل وحده النفقات إذ أن حق كل مالك هو حق الملكية التامة المفروزة ولكن يتعلق بها حق الغير ذلك أن الوضع الخاص يرتبط ما بين العلو والسفل فيجعل احدهما يتأثر بما يجري في الآخر فيقتضي فرض قيود والتزامات على ملكية صاحب العلو والسفل لصالح الآخر.

ان حقوق صاحب العلو والسفل تعد من حقوق الملكية التامة المفروزة فمن يملك السفل يملك أرضه وسقفه وجميع أجزائه وله الحق في العلو الذي يستتره من الشمس

ويحميه من المطر، كذلك لصاحب العلو حق القرار على السفلى والاستقرار عليه وله حق الارتفاع والعلو والبناء بما يتحملة السفلى^(٤٣).

وفضلاً عن وجود الملكية المفترزة ضمن البناء الواحد يوجد الشيوع الاجباري في اجزاء مشتركة وعرف الشيوع الاجباري بأنه الشيوع المؤبد الذي أشارت إليه المادة (١٠٨١) من القانون المدني العراقي، والشيوع لا يكون إجبارياً مؤبداً إلا بناءً على الغرض الذي أعد له المال الشائع والشيوع الاجباري، أما أن يكون بصفة أصلية أو تبعية ويختلف الشيوع الاجباري عن الشيوع العادي من حيث الغرض الذي أعد له الشيء الشائع فإذا كان الغرض دائماً كان الشيوع إجبارياً والشيوع الاجباري الاصيلي يتحقق بالنسبة للأشياء التي تخصص وتكون مستقلة لخدمة أو استعمال جماعة من الافراد بصورة دائمة كمدافن الاسرة ووثائقها.

أما الشيوع الاجباري التبعية يقوم إذا كان المال المشاع عبارة عن أموال غير منقولة مخصصة لاستعمال أموال أخرى غير منقولة مملوكة لملاك مختلفين ومن امثلتها الطريق المشترك والحائط المشترك وللمقارنة بين الشيوع العادي والشيوع الاجباري نقول:

١. القسمة في الشيوع العادي ممكنة دائماً، أما في الشيوع الاجباري فليس للشركاء طلب القسمة.

٢. حصة الشريك في الشيوع العادي يجوز للشريك التصرف فيها والتنازل عنها وتقرير الحقوق العينية عليها، أما الشيوع الاجباري فلا يجوز التصرف فيه أو تقرير حق من الحقوق العينية عليها أو حجزها.

٣. حقوق الشركاء في الشيوع الاجباري أوسع من حقوق الشركاء في الشيوع العادي، فقد جعل القانون حق لكل شريك في الشيوع الاجباري الحق في

استعمال الشيء الشائع على نحو لا يتعارض مع الغرض الذي أعد له ولا يضر بالشركاء^(٤٤).

بعد ما تم عرضه ننقل لنبين حكم رهن صاحب العلو أو السفل للأجزاء المشتركة المعدة للاستعمال المشترك.

ابتداءً نقول أن المشرع العراقي قد جاء بمثال واحد للأجزاء المشتركة بين صاحب العلو والسفل دون الإشارة للأجزاء الأخرى التي يمكن أن تكون مشتركة أيضاً بين الملاك، فنجد أن المادة (١٠٨٣) نصت على أنه "إذا كان باب السفل والعلو واحداً فلكل من صاحبيها استعماله مشتركاً فلا يسوغ لأحدهما أن يمنع الآخر من الانتفاع به دخولاً وخروجاً".

ورغم أن المشرع قد اختصر بالإشارة إلى الباب المشترك دون الأجزاء الأخرى إلا أنه يمكن قياس الأجزاء الأخرى من البناء المعدة للاستعمال المشترك على الباب المشترك.

إن حقوق والتزامات الملاك في هذه الأجزاء المشتركة تحكمها القواعد العامة المقررة في الشيوخ الاجباري الدائم ومن ثم فليس لأحد الملاك أن يتصرف مستقلاً في الأجزاء المشتركة أي نوع من أنواع التصرفات كالبيع أو الهبة أو الرهن ذلك لوجود العلاقة الشقية ما بين الملكية المفزة في العلو أو السفل وما بين هذه الأجزاء، إلا أن للملاك أن يتصرفوا في الملكية المفزة شتى أنواع التصرفات بصورة مستقلة وينصرف أثر تلك التصرفات للأجزاء المشتركة، بمعنى إذا قام صاحب العلو على سبيل المثال برهن ملكيته المفزة في العلو فإن الرهن يمتد ليشمل نصيبه من الأجزاء المشتركة^(٤٥).

المطلب الثاني

رهن ملكية الطبقات والشقق

نظم قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ نظام ملكية الطوابق والشقق فتناول في المواد (٢٩٠، ٢٩٧) احكام هذا النظام، فيتكون البناء أو الدار بمقتضى هذا النظام من ملكية مفرزة هي ملكية الطبقات أو الشقق وملكية شائعة شيوعاً اجبارياً في الأجزاء المشتركة.

فالملكية المفرزة تشتمل على الطبقات والشقق المختلفة التي يحتويها الدار أو البناء والتي يملكها على وجه الاستقلال ملاك متعددون كما نصت على ذلك المادة (٢/٢٩٢) من قانون التسجيل العقاري بقولها "ملكيات مستقلة للطوابق أو الشقق باسم جميع الشركاء عند الافراز او باسم المتقاسمين عند القسمة".

وكذلك تشتمل الطبقة أو الشقة ما تحويه مما هو معد لاستعمال المالك الخاص فتشمل ما يوجد داخلها من حواجز فاصلة بين الحجرات وانايبب الماء واسلاك الكهرباء والأدوات الصحية وابواب الشقق وشرقاتها ونوافذها^(٤٦).

كذلك تحتوي ملكية الطبقات على ملكية شائعة شيوعاً اجبارياً في الارض التي أقيم عليها البناء وفي اجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك كما نصت على ذلك المادة (٢٩٢) من قانون التسجيل العقاري بنصها "تكون الملكية العقارية في العمارة والاجزاء والمرافق المعدة للاستعمال العام في العمارة".

فتشمل الاجزاء المشتركة ارض البناء واجزاءها المعدة للاستعمال المشترك كالأسس والجدران والاسطح والممرات والدهاليز والسلم والمصاعد وانايبب النور والمياه والحديقة المشتركة واجهزة التدفئة والتبريد وكل ما كان معداً للاستعمال المشترك إلا أنه توجد إلى جانب الاجزاء المشتركة بين جميع الشركاء أجزاء مشتركة

بين بعض الملاك فقط كالحواجز الفاصلة بين شقتين تكون ملكيتها مشتركة بين أصحاب هاتين الشقتين^(٤٧).

وبعد هذا العرض الموجز لملكية الطبقات والشقق نصل لبيان حكم رهن الطبقة أو الشقة، فلا خلاف في أن المالك يملك الطبقة أو الشقة ملكية خالصة تامة ومن ثم فإن له أن يتصرف فيها تصرف الملاك من بيع أو رهن أو إيجاز أو غيرها من أنواع التصرفات الأخرى.

أما عن حكم رهن الأجزاء المشتركة، فنقول أن في ذلك تفصيل ذلك ان حق الشريك في هذه الأجزاء هو حق الشيوع الاجباري الدائم الذي لا يقبل القسمة وإن حصة كل مالك في هذه الأجزاء تكون بنسبة قيمة الجزء المفرز الذي يملكه وليس له أن يتصرف في هذه الحصة تصرفاً مستقلاً عن التصرف في الجزء المفرز الذي يملكه ومن ثم فإنه لا يستطيع أن يرهن تلك الاجزاء بصورة مستقلة عن الجزء المفرز وإنما إذا رهن ملكيته المفرزة في الشقة فإن الرهن يمتد إلى مقدار ما يملك من الجزء الشائع^(٤٨).

كما نصت على ذلك المادة (٢٩٢) من قانون التسجيل العقاري إذ جاء فيها (تكون الملكية العقارية في العمارة عند تسجيل افرانها أو قسمتها على نوعين: ١- ملكية شائعة بين المالكين في ارض العمارة والاجزاء والمرافق المعدة للاستعمال العام في العمارة.)، كذلك نجد أن المشرع المصري قد ذهب بنفس الاتجاه إذ نصت المادة (٢/٨٥٦) على انه "وهذه الاجزاء المشتركة من الدار لا تقبل القسمة، ويكون نصيب كل مالك فيها بنسبة قيمة الجزء الذي له في الدار وليس لمالك أن يتصرف في نصيبه هذا مستقلاً عن الجزء الذي يملكه".

كما ذهب الشراح في فرنسا إلى أن لمالك الشقة في العقار المقسم حق عيني عقاري على شقته، لذلك فهو يستطيع أن يحصل على قرض بضمان هذه الشقة وأن

هذا الرهن يرد على الاجزاء الخاصة وهي المملوكة ملكية خالصة لكل مالك وعلى حصته في الاجزاء المشتركة وهي المملوكة ملكية شائعة بين جميع الملاك وذلك لتبعية ملكية الاجزاء المشتركة للأجزاء الخاصة^(٤٩).

كذلك نجد أن القضاء في فرنسا ذهب في أحكامه إلى القول بأن حق ملاك العقار المقسم إلى شقق على الأجزاء المشتركة يعتبر حق ملكية شائعة من نوع خاص فهو يتعلق بمشاع دائم واجباري ويكون موضوعه أشياء عقارية يجب أن تبقى في حالة شيوع لأنها من الملحقات اللازمة أما الضرورية للملكية الخاصة لكل منهم^(٥٠).

كما نصت مادة (٦) من قانون (١٠ يوليو ١٩٦٥) على أن: "الأجزاء المشتركة لا يمكن أن تكون محلاً للقسمة أو البيع الجبري لعدم إمكان القسمة". إلا أن بعض الشراح الفرنسيون ذهب إلى القول بأن تصوير ملكيات الطبقات على انها ملكية أجزاء مفرزة يتبعها أجزاء شائعة تصوير ناقص إذ أن هذا من شأنه أن يقدم اتصال أجزاء البناء المفرزة بعضها ببعض ككل لا يتجزأ في بناء واحد، لذلك يذهبون إلى أن ملاك الطبقات يملكون البناء كله شائعاً على أن يكون لكل منهم منفرداً حق استعمال الطبقة أو الشقة التي تخصه ثم يستعمل مع غيره من الملاك سائر الاجزاء الشائعة، ويرى الاستاذ (Hebraud) أن الملكية الخاصة والحصة في الملكية المشتركة يكونان حقاً مركباً ولكنه موحد^(٥١).

ويستندون لرفض الثنائية أو الازدواج على ما يأتي:

١. عدم وجود المقومات المادية للأجزاء الخاصة إذ أن حق الملكية يفترض وجود محل مادي يرد عليه ولا يكون محل الملكية الخاصة هنا سوى مجال المجرى للمكعب الهوائي وبذلك لا يكون لحق الملكية محل مادي.

٢. أنه من المستحيل اعتبار الأجزاء المشتركة من ملحقات الأجزاء الخاصة حيث

لا يمكن اعتبار الأرض مثلاً وهي أساس المبنى من ملحقات الشقة.

وعلى ذلك فكل أجزاء العقار تكون لازمة لإثبات ووحدة المبنى فلا يوجد إذن شيء رئيسي وشيء تابع^(٥٢).

الخاتمة

توصلنا في خاتمة بحثنا الموسوم (رهن الملكية الشائعة تأمينياً - دراسة مقارنة) إلى جملة من النتائج والمقترحات هي:

أولاً:

١. إن الملكية الشائعة يتعدد بها الملاك للشيء الواحد من غير أن يخصص لكل منهم جزء مادي معين وانما تكون له حصة شائعة في المال كله يرمز اليها بنسبة حسابية كالنصف والربع.
٢. لا يمثل الشيوع الحالة المثالية التي يمكن الركون اليها إذ غالباً ما يكون مثاراً للنزاعات بسبب التداخل في السلطات ما بين الشركاء أنفسهم مما يؤدي إلى شل كثير من نشاط المال الشائع ويكون مدعاة لإهماله وعدم اعماره.
٣. تتعدد مصادر الشيوع فقد يكون مصدره العقد كما إذا اشترى شخصان مالاً على الشيوع وقد يكون الوصية وقد يكون الاستلاء إلا أن أكثر المصادر شيوعاً هو الميراث.
٤. يملك كل شريك حصته الشائعة ملكاً تاماً وله حق الانتفاع بها واستغلالها والتصرف بها، إلا أن كل ذلك مقيد بعدم الاضرار بحقوق سائر الشركاء.
٥. من حق الشريك أن يتصرف في حصته الشائعة ومن بين تلك التصرفات الرهن وهو ما يخص بحثنا هذا - خاصة الرهن التأميني فيجوز له أن يرهنها لشريكه أو لغيره ولا يمنع ذلك من ازالة الشيوع على المال الشائع ولكن يتحول بدرجته إلى الحصة المفترزة التي آلت إلى الشريك كما نصت على ذلك المادة (١/١٢٩١) مدني عراقي.

٦. ثمة اختلاف فيما يتعلق ببعض احكام رهن الملكية الشائعة تأمينياً بين القانون المدني المصري والقانون المدني العراقي فنجد على سبيل المثال ان المشرع

المصري قد ابقى الرهن نافذاً إذا ورد على جزء مفرز من العين الشائعة حتى وان وقعت في نصيب الشريك الراهن عين اخرى، في حين لم يأخذ المشرع العراقي بذلك الحكم إذ جعل ذلك التصرف لا يكون له أثر إذا وقع في نصيب الغير الجزء المفرز المرهون.

٧. يعد كل شريك اجنبي في حصة الاخر بمعنى ليس له ان يتصرف فيها اي تصرف مضر بأي وجهة كان من غير رضاه.

٨. لم يعط المشرع العراقي لأغلبية الشركاء سلطة التصرف في الشيء الشائع في حين نجد أن المشرع المصري أجاز لأغلبية الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة ارباع المال الشائع سلطة التصرف فيه على ان يكون ذلك تحت رقابة القضاء.

٩. ان الشبوع قد يتخذ صوراً أخرى فيوجد إلى جانب الشبوع العادي الشبوع الاجباري والذي بدوره يتخذ صوراً متعددة يقال له الشبوع الاجباري وهو شبوع دائم لا يجوز طلب القسمة فيه فهو يختلف عن الشبوع العادي او المؤقت ومن امثلته الطريق الخاص المشترك والحائط الفاصل والحواجز المشتركة.

١٠. ليس لأحد الشركاء ان يتصرف مستقلاً في الاجزاء المشتركة باي نوع من انواع التصرفات والتي منها الرهن.

ثانياً: المقترحات:

١. نتمنى على مشرعنا العراقي معالجة واضحة وصريحة لحكم الرهن الصادر من احد الشركاء لحصته الشائعة ولم يقع بعد القسمة العقار المرهون ولا جزء منه وانما وقع في نصيبه عقار اخر على غرار ما اورده المشرع المصري في المادة (٢/١٠٣٩).

٢. ندعو المشرع العراقي إلى الاتيان بحكم واضح وصريح لحكم رهن الشريك لجزء مفرز من المال الشائع ولم يقع في نصيبه بعد القسمة.

هوامش البحث ومصادره

- (١) ينظر: خالد سلطي نواف السنجلوي، تصرف الشريك في الملكية الشائعة - دراسة فقهية قانونية، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، الاردن، ٢٠١٣، ص ٢.
- (٢) ينظر: الفيروز أبادي، قاموس المحيط، الجزء الثاني، (فصل - الميم - باب الكاف)، مؤسسة الحلبي، القاهرة، ص ٣٢٠.
- (٣) المعجم الوسيط، الجزى الثاني، دار عمران، القاهرة، ١٩٨٥، ص ٩٢١ وما بعدها.
- (٤) محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الفكر، بيروت، ص ١٩١.
- (٥) عبد المنعم فرج الصدة، الملكية في قوانين البلاد العربية، دار الفكر العربي، ص ٥.
- (٦) د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي - الحقوق العينية الأصلية، شركة الرابطة للطبع والنشر، بغداد، ١٩٥٤، ص ٦٤.
- (٧) د. رضا محمد عيسى، نظام الملكية والأموال، محاضرات ملقاة في كلية الدراسات التطبيقية وخدمة المجتمع، الرياض، ص ٢٩.
- (٨) د. علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني - الحقوق العينية، الطبعة الحادية عشر، دار الثقافة، ٢٠١٤، الاردن، ص ٥٥.
- (٩) كما عرفت مجلة الاحكام العدلية شركة الملك في المادة (١٠٦٠) بأنها (هي أن يكون الشيء مشتركاً بين اثنين فأكثر مختصاً بهما بسبب من أسباب الملك كالشراء وقبول وصية والتوارث) كذلك نصت المادة (١٣٨) من المجلة على أن (المشاع ما يحتوي على حصص شائعة).
- (١٠) القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ النافذ، المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢١٠، مصر، ص ٢٢٩.
- (١١) القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦، مطبعة التوفيق، عمان - الاردن، ٢٠١٤، ص ١٨٨.
- (١٢) ينظر: د. علي هادي العبيدي، مصدر سابق، هامش ص ٥٥.
- (13) ownership of the same thing at the same time and in the same way by a number of persons
F.H Lawson and Bernard Rudden, the kaw if property, oxford, 2nd edition, p82.
- (١٤) ينظر: د. علي حسن الذنون، مصدر سابق، ص ٦٤ كذلك ينظر: محمد طه البشير، د. غين حسون طه، الحقوق العينية، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٨٠، ص ٣٨٩.
- (١٥) ينظر: مصطفى الجمال، نظام الملكية، دار الكتاب الحديث، ص ٧٣-٧٥.

- (١٦) ينظر: د. عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام حق الملكية، دار الفكر العربي، ص ٩٥-٩٦.
- (١٧) ينظر: منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، مكتبة عبد الله وهيب، مصر، ص ١٣٠ وكذلك د. محمد مصطفى الجمال، مصدر سابق، ص ٧٤-٧٥.
- (١٨) ينظر: حسن كيرة الحقوق العينية الأصلية، منشأة المعارف، الاسكندرية، الطبعة الرابعة، ١٩٩٥، ص ١٥٩.
- (١٩) حسن كيرة، الحقوق العينية الاصلية، منشأة المعارف، الاسكندرية، الطبعة الرابعة، ص ١٥٩.
- (٢٠) د. سمير كامل، شرط الملكية في الرهن العقاري، ج ٤، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة، ١٩٧٨، ص ٣٧١.
- (٢١) ينظر: محمد طه البشير د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ٣٩١، كذلك محمد طه البشير، مذكرات في التأمينات العينية، مطبعة القدسي، بغداد، ١٩٥٤، ص ٥٠.
- (٢٢) ينظر: د. سليمان مرفس، التأمينات العينية في القانون المدني الجديد، مجلس الأمة، بدون سنة طبع، ص ٨٠.
- (٢٣) ينظر: منصور مصطفى منصور، مصدر سابق، هامش ص ٥٣، ٥٤، كذلك د. رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٥، ص ٢٧٢.
- (٢٤) ينظر: د. سمير كامل، مصدر سابق، ص ٣٨٥.
- (٢٥) ينظر: سمير كامل، مصدر سابق، ص ٣٨٦.
- (٢٦) ينظر: د. نبيل ابراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، منشورات الحلبي، الطبعة الأولى، ٢٠١٠، ص ٢٢٦.
- (٢٧) ينظر: محمد طه البشير، د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ٣٩٣، في حين هناك رأي يرى أن الرهن ينتقل إلى المنقول ويصبح رهن حيازة، ينظر: منصور مصطفى منصور، التأمينات العينية، مصر، ص ٥٥.
- (٢٨) إذ جاء فيها (٢٠٠ - إذا تصرف الشريك في جزء من المال الشائع، فلا يكون للتصرف أثر إلا إذا وقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب هذا الشريك). وكذلك نجد أن المشرع الأردني قد سلك نفس الاتجاه في المادة (٢/١٠٣١).
- (٢٩) ينظر: محمد طه البشير د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ٣٩٣.
- (٣٠) د. سمير كامل، مصدر سابق، ص ٤٠٨.
- (٣١) ينظر: عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية، ص ١٧٦.
- (٣٢) ينظر: المادة (٢/٨٢٦) مدني مصري كذلك د. نبيل سعد، مصدر سابق، ص ٨١.

- (٣٣) ينظر: محمد جمال الدين زكي، التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الثالثة، ١٩٧٥، ص ٤٨، كذلك سمير كامل، مصدر سابق، ص ٤٣٢.
- (٣٤) ينظر: عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج ١٠، دار النهضة، مصر، ص ٣٣٤، كذلك د. نبيل ابراهيم، مصدر سابق، ص ٨٢.
- (٣٥) ينظر: شاكر ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - الحقوق العينية الأصلية، ج ١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٥٩، ص ٤٠٠ كذلك ينظر: عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النهضة، مصر، ص ٣٢٧.
- (٣٦) ينظر: سمير كامل، مصدر سابق، ص ٤٣٤.
- (٣٧) لمزيد من التفصيل ينظر: د. سمير كامل، مصدر سابق، ص ٤٣٤.
- (٣٨) المصدر نفسه: ص ٤٣٥.
- (٣٩) في حين نجد أن المشرع الأردني لم يعالج بنص صريح حكم هذه الحالة مما يقتضي الرجوع للقواعد العامة في هذا الصدد.
- (٤٠) ينظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ١٠، مصدر سابق، ص ٣٢٥.
- (٤١) ينظر: حسن كبيرة، مصدر سابق، ص ١٧٠.
- (٤٢) لمزيد من التفصيل ينظر: عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص ٣٣٦؛ كذلك د. رمضان ابو سعود، مصدر سابق، ص ٢٦٨ وما بعدها.
- (٤٣) موقع حقوق والتزامات الملاك على المال الشائع المفرز في القانون، موقع القانونيين العرب، ٢٠١٧، www.law-arab.com
- (٤٤) ينظر: لمزيد من التفصيل lawsadk.forumaranja.com ، كذلك ينظر: محمد طه البشير د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ١٣٣، كذلك شاكر ناصر حيدر، مصدر سابق، ص ٤٨٩.
- (٤٥) ينظر: محمد طه البشير، د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ١٤٥ وما بعدها.
- (٤٦) ينظر: محمد طه البشير، د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ١٥٢.
- (٤٧) وهذا هو الفرق بين نظام الطوابق والشقق ونظام العلو والسفل إذ يملك المالك في نظام الأخير ملكية خالصة ارضاً وسقفاً وجدراناً أما في نظام الطوابق والشقق فينظر إلى هيكل البناء ضمن الاشياء المملوكة ملكية مشتركة. ينظر: المصدر السابق، ص ١٥٢.
- (٤٨) كذلك نجد أن المشرع الاردني قد ذهب في نفس الاتجاه إذ نصت المادة (١٠٦٧) من القانون المدني الأردني على أنه "الأجزاء المشتركة من المبنى والمنصوص عليها في المادة السابقة لا

تقبل القسمة ويكون نصيب كل مالك فيها بنسبة نصيبه في الدار وليس لأي مالك أن يتصرف في نصيبه مستقلاً عن الجزء الذي يملكه".

(٤٩) سمير كامل، مصدر سابق، ص ٤.

(٥٠) محكمة البين في (١١ مايو ١٩٥١) نقلاً عن المصدر نفسه، ص ٤٦٥.

(٥١) المصدر نفسه، ص ٤٦٦.

(٥٢) د. سمير كامل، مصدر سابق، ص ٤٦٧.

المصادر والمراجع

أولاً: كتب اللغة:

١. المعجم الوسيط، الجزء الثاني، دار عمران، القاهرة، ١٩٨٥.
٢. الفيروز أبادي، قاموس المحيط، الجزء الثاني، (فصل - الميم - باب الكاف)، مؤسسة الحلبي، القاهرة، ص ٣٢٠.
٣. محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الفكر، بيروت.

ثانياً: الكتب القانونية:

١. حسن كبيرة الحقوق العينية الأصلية، منشأة المعارف، الاسكندرية، الطبعة الرابعة، ١٩٩٥.
٢. د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي - الحقوق العينية الأصلية، شركة الرابطة للطبع والنشر، بغداد، ١٩٥٤.
٣. خالد سلطي نواف السنجلاوي، تصرف الشريك في الملكية الشائعة - دراسة فقهية قانونية، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، الاردن، ٢٠١٣.
٤. د. رضا محمد عيسى، نظام الملكية والأموال، محاضرات لمقاة في كلية الدراسات التطبيقية وخدمة المجتمع، الرياض.
٥. د. سليمان مرقس، التأمينات العينية في القانون المدني الجديد، مجلس الأمة، بدون سنة طبع.
٦. د. سمير كامل، شرط الملكية في الرهن العقاري، ج ٤، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة، ١٩٧٨.
٧. شاكرا ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - الحقوق العينية الأصلية، ج ١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٥٩.
٨. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النهضة، مصر.
٩. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ١٠٢، دار النهضة، مصر.
١٠. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية، دار النهضة العربية، بيروت.
١١. عبد المنعم فرج الصدة، الملكية في قوانين البلاد العربية، دار الفكر العربي.
١٢. د. عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام حق الملكية، دار الفكر العربي، لبنان.

١٣. د. علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني - الحقوق العينية، الطبعة الحادية عشر، دار الثقافة، ٢٠١٤، الأردن.
١٤. محمد جمال الدين زكي، التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الثالثة، ١٩٧٥.
١٥. مصطفى الجمال، نظام الملكية، دار الكتاب الحديث.
١٦. منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، مكتبة عبد الله وهيب، مصر.
١٧. د. نبيل ابراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، منشورات الحلبي، الطبعة الأولى، ٢٠١٠.

ثانياً: المواقع الإلكترونية:

- ١- موقع حقوق والتزامات الملاك على المال الشائع المفرد في القانون، موقع القانونيين العرب، ٢٠١٧، www.law-arab.com
- ٢- موقع lawsadk.forumaranja.com

رابعاً: القوانين:

١. القانون المدني العراقي النافذ.
٢. القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ النافذ، المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢١٠، مصر.
٣. القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦، مطبعة التوفيق، عمان - الاردن، ٢٠١٤.
٤. قانون التسجيل العقاري النافذ.

خامساً: المصادر الاجنبية:

1. F.H Lawson and Bernard Rudden, the law of property, oxford, 2nd edition.

