



جامعة المستقبل
AL MUSTAQBAL UNIVERSITY

جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة المستقبل – كلية القانون

تصرف المالك في العقار المملوك وجه الشيوع

بحث تقدم به الطالب
صادق ماجد علي
الى مجلس كلية القانون في جامعة المستقبل وهو جزء من
متطلبات نيل درجة البكالوريوس في القانون

إشراف
م.م. منى محمد كاظم

2025م

1446هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

((بَرَفَعِ اللَّهُ الْكَافِرِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَالْكَافِرِينَ

أَوْثَرُوا الْعِلْمَ فَارْتَدَّاتِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ

خَبِيرٌ))

صدق الله العلي العظيم

• سورة المجادلة / الآية : اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ

الإهداء

إلى ...

- من رعاني أبي

- من سكنت حدقة العين

أمي

- من منهم واليهم حياتي.....

إخواني وأخواتي

شكر وتقدير

أتقدم بكل آيات الشكر والعرفان لأساتذة جامعة المستقبل
أساتذتنا الأجلاء شكرا و عرفانا لما قدموا من جهد خلال
سنوات الدراسة و اخص بالذكر.

م.م. منى محمد كاظم
مع تمنياتي له بالموفقية وتسديد خطاه .

المحتويات

رقم الصفحة	اسم الموضوع	ت
أ	الآية	1
ب	الإهداء	2
د	الشكر والتقدير	3
هـ	المحتويات	4
1	المقدمة	5
2	المبحث الاول مفهوم تصرف المالك في العقار المملوك	6
15	المبحث الثاني اثار تصرف المالك في العقار المملوك	7
24	الخاتمة	8
26	المصادر	9

المقدمة

الملكية أما أن تكون ملكية مفرزة أو ملكية شائعة ، والملكية الشائعة أما أن تكون شائعة شيوعاً عادياً أو شيوعاً إجبارياً ، ولما كانت الملكية الشائعة مملوكة من قبل أكثر من شخص واحد فأنها كثيراً ما تثير المشاكل بشأن الالتصرف بها من حيث استعمالها واستغلالها ، لذلك فالملكية الشائعة هي ليست الصورة المثلى للملكية ، بسبب تلك المشاكل التي تثيرها ..

اولا : اهمية البحث

نتيجة لذلك يلجأ الشركاء للبحث عن أفضل الوسائل للالتصرف دون إثارة تلك المشاكل أو النقل منها فيعمدوا الى اللجوء للمهاياة ، فيتفقوا على طريقة معينة للالتصرف بهذا المال الشائع والتي تتم إما من خلال التصرف كل شريك بجزء من المال الشائع مدة معينة وهذا ما يسمى بالمهاياة المكانية أو من خلال التصرف كل شريك بالمال الشائع كله مدة معينة وهذا ما يسمى بالمهاياة الزمانية .

ثانيا: مشكلة البحث

نظراً لعدم وجود دراسات فقهية أو قانونية حول الآثار المترتبة على عقد المهاياة وإنما يكتفون بالإحالة إلى أحكام عقد الإيجار بتكييف قواعد هذا العقد من حيث الآثار المترتبة عليه على آثار المهاياة وهذا ما سنتبعه في أسلوب بحثنا هذا فضلاً عن الاستعانة ببعض قرارات محكمة التمييز العراقية بشأن ذلك ، بما لا يتعارض وطبيعة المهاياة .

ثالثا: منهج البحث

وسنتبع 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 والفقهاء العراقي على الاستعانة بموقف القضاء العراقي والمتمثل بمحكمة التمييز ..

المبحث الاول

مفهوم اثر تصرف المالك في العقار المملوك

إن التملك كان و لا يزال هاجس كل إنسان منذ الأزل بكل الطرق سواء المشروعة منها كالشراء أو الهبة أو غير المشروعة عن طريق الحرب و العنف، و الملكية في بادئ الأمر كانت مشاعة بحيث أن كل الأشياء مباحة للجميع، و تنال بمجرد وضع اليد و لم يكن من المسموح أن يقال هذه أرضي و لا حق للأخرين فيها، ومن هذا المنطلق جاء المبحث الاول بمطلبين:

المطلب الاول

تعريف اثر تصرف المالك في العقار المملوك

العقار: الضئعة، كالعُقْرَى، بالضم، ورملة قُرب الدَّهْناءِ، وأرض لبني ضبّة، وأرض لباهلة، وقلعة باليمن بديار بني قُشير، والصنغ الأحمر، والنخل، ومتاع البيت، ونضده الذي لا يُبتدّل إلا في الأعياد ونحوها، وقد يُضمّ، والبيس، وبالضم: الخمر لمعاقرتها، أي: لملازمتها الدنّ، أو لعقرها شاربها عن المشي، وضرب من الثياب أحمر. وككتان: ما يتداوى به من النبات أو أصولها، والشجر، كالعقير، كسكيت، وبالضم: عشب. (1) وعقاراء والعقاراء والعقور والعواقر: مواضع. (2)

وكزبير: د بهجر على البحر ونخل لبني ذهل باليمامة، ونخل لبني عامر بها. وكمسكن: واد باليمن، منه أحمد بن جعفر شيخ مسلم. ومعفر البارقي، كمحدث: شاعر. وسموا: عقاراً وعقران، بالضم. (3) ونجد من هذا التعريف ان كلمة عقار المقصودة بمجال الخدمات العقارية - هي كلمة تطلق بمواضع كثيرة تشمل الأراضي والمزارع والقلاع والمساكن كما يشمل متاع البيت الذي لا يتبدل الى بالاعیاد.

العقار هو كل شئ ثابت في مكانه ولا يمكن نقله دون تلف، أي الأراضي والمباني والأشجار التي تتصل بالأرض اتصال قرار. وتنقسم إلى نوعين: العقار بطبيعته والعقار بالتخصيص.

(1) ابن منظور ، لسان العرب ، دار التراث العربي ، بيروت ، 1998 ، ج2، ص194.

(2) الفيروز ابادي ، القاموس المحيط ، دار الحرية ، بغداد، 1995 ، ج2، ص184.

(3) ابن فارس ، معجم مقاييس اللغة ، دار التراث العربي ، بيروت ، 1995 ، ج1، ص323.

مقابلة بين نصوص التقنين المدني الفرنسي ونصوص التقنين المدني المصري : رأينا أن الفقرة الثانية من المادة 82 مدني تقول : " ومع ذلك يعتبر عقارا بالتخصيص المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه ، رسدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله " . فالعقار بالتخصيص هو إذن منقول بطبيعته ، رسده مالكة لخدمة أو استغلال عقار بطبيعته هو أيضاً مملوك له ، كما إذا خصص صاحب الأرض الزراعية مواشي أو آلات زراعية يستعين بها على زراعة أرضه ، وكما إذا وضع صاحب الفندق في فندقه الأثاث اللازم لتهيئة الفندق للاستغلال . ففي هذه الأحوال وأمثالها يأتي صاحب العقار بمنقولات يملكها ويضعها في العقار رسداً على خدمته أو استغلاله ، فترتبط المنقولات بالعقار ارتباطاً لا انفكاك منه حتى ليصبح العقار والمنقولات جميعاً وحدة اقتصادية لا تتجزأ ، ومن ثم يضيفي العقار وهو الأصل على المنقولات وهي التبع صفة العقار ، بحكم هذا التخصيص ، فيعتبر القانون هذه المنقولات بطبيعتها عقارا بالتخصيص عن طريق الافتراض القانوني .(1)

وقد أفاض التقنين المدني الفرنسي ، وهو المصدر الذي أخذ عنه التقنين المدني المصري فكرة العقار بالتخصيص ، في النصوص وفي التطبيقات المتعلقة بهذا النوع من العقار . فوضعت المادة 524 مدني فرنسي في فقرتها الأولى المبدأ العام في العقار بالتخصيص ، إذ تقول : " الأشياء التي وضعها مالك العقار في عقاره ، لخدمة هذا العقار واستغلاله ، تكون عقارا بالتخصيص " . ثم تأتي الفقرتان الثانية والثالثة عقب ذلك بتطبيقات متعددة للعقار بالتخصيص ، فتقولان : " وعلى ذلك تكون عقارات بالتخصيص ، إذا وضعها المالك لخدمة العقار واستغلاله : الحيوانات (المواشي) (2) المخصصة للزراعة - آلات الحرث - البذور المعطاة للمستأجرين أو المزارعين - حمام الأبراج - أرانب الأوكار - خلايا النحل - أسماك البرك - المعاصر والمراجل والأنابيب والخوابي والدنان (أوان

(1) د. سعيد عبد الكريم ، شرح القانون المدني العراقي - نظام الملكية - ط1 - دار الحرية للطباعة - بغداد - 1973 - ص24

(2) أنظر كذلك د. محمد طه البشير - د. غني حسون طه - الوجيز في شرح القانون المدني - (ب.م) - 1982 - ص42.

لتنظيف الخمر) (1) - الآلات الضرورية لاستغلال معامل الحديد ومعامل الورق والمعامل الأخرى - التبن والسماذ . وتكون أيضاً عقارات بالتخصيص المنقولات التي يربطها الملاك

بالعقار على سبيل الدوام " (ويسبق هذا النص ، في التقنين المدني الفرنسي ، نص خاص بالمواشي التي يسلمها المالك المستأجر أو المزارع ، فتقول المادة 522 مدني فرنسي : " الحيوانات (المواشي) التي يسلمها مالك الأرض للمستأجر أو المزارع لأعمال الزراعة ، سواء قومت أو لم تقوم ، تعتبر عقاراً ما بقيت مرتبطة بالأرض بموجب الاتفاق . أما تلك التي يعطيها إيجاراً لغير المستأجر أو المزارع فتكون منقولة . ثم تبين المادة 525 مدني فرنسي ما هو المقصود بالمنقولات التي يربطها المالك بالعقار على سبيل الدوام ، الوارد ذكرها في آخر المادة السابقة ، فنقول : " يعتبر المالك أنه ربط منقولات بعقاره على سبيل الدوام إذا كانت هذه المنقولات قد ألصقت بالعقار بالجبس أو بالجير أو بالإسمنت ، أو كانت لا يمكن فصلها دون أن تتكسر وتتلف ، أو دون أن يتكسر أو يتلف الجزء من العقار الذي ألصقت بالمنقولات به . وتعتبر مرايا المسكن قد ربطت به على سبيل الدوام إذا كان الخشب الذي ألصقت به المرايا تتحد مع خشب الحائط ، وكذلك يكون حكم ألواح التصوير وسائر ما تزين به المساكن . أما بالنسبة إلى التماثيل ، فإنها تكون عقاراً إذا هي وضعت في مخابئ حفرت في الحائط خصيصاً لوضعها فيها ، حتى لو أمكن نقلها دون أن تتكسر أو تتلف " .(2)

ولم يخض التقنين المدني المصري السابق في التطبيقات الكثيرة التي أوردها التقنين المدني الفرنسي ، بل اقتصر على ذكر آلات الزراعة و الماشية وآلات المعامل ومهماتهما ، كما اقتصر على ذكر أثر واحد للعقار بالتخصيص هو عدم جواز الحجز عليه منفرداً عن العقار الأصلي . فنصت المادة 4 / 18 من هذا التقنين على ما يأتي : " إلا أن آلات الزراعة والماشية اللازمة لها متى كانت ملكاً

(1) د. سعيد عبد الكريم ، مصدر سابق، ص45

(2) د. محمد زيد الايبباني ، الاحكام الشرعية لحقوق العقارات ، ج1 ، مكتبة النهضة ، بيروت ، لبنان ، دون سنة طبع ..، ص31

لصاحب الأرض ، وكذلك آلات المعامل ومهماتهما إذا كانت ملكاً لمالك تلك المعامل، تعتبر أموالاً ثابتة ، بمعنى أنه لا يسوغ الحجز عليها منفردة عن العقار المتعلقة به " .

أما التقنين المدني المصري الجديد فلم يورد أي تطبيق من تطبيقات العقار بالتخصيص اكتفاء بذكر شروطه ، كما أنه لم يحصر آثار العقار بالتخصيص في عدم جواز الحجز عليه منفرداً عن العقار الأصلي كما فعل التقنين المدني السابق ، بل سكت عن ذكر أي أثر حتى يترتب على العقار بالتخصيص جميع آثاره . فنصت المادة 82 / 2 من هذا التقنين ، كما رأينا ، على ما يأتي : " ومع ذلك يعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه ، رسداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله " (1)

1. أن يكون العقار والمنقول مملوكين لشخص واحد
 2. أن يتم وضع المنقولات رسداً لخدمة العقار بإرادة المالك وليس رغماً عن إرادته (مثال: إذا استعار مستأجر مزرعة سيارة من مالك المزرعة ورصدها لخدمة العقار فإن السيارة في هذه الحالة لا تعد عقاراً بالتخصيص لأن الرصد هنا لم يكن بإرادة المالك).
 3. أن يوضع المنقول لخدمة العقار وليس لخدمة صاحب العقار بصفة أساسية. (مثال: إذا اشترى مالك مزرعة سيارة لاستخدامه الشخصي وليس رسداً لخدمة العقار، فلا تعد السيارة عقاراً بالتخصيص).
 4. أن يتم الرصد على سبيل الاستقرار. يترتب على هذا أن من يرصد منقولاً لخدمة عقار بصفة مؤقتة (أي لمدة زمنية محددة) فإن المنقول في هذه الحالة لا يعد عقاراً بالتخصيص. (2)
- شرطان تتبين من نص المادة 2/82 مدني سالفه الذكر ان هنالك شرطين يجب توفرهما حتى يكون المنقول

(1) د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه ، شرح القانون المدني ، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر ، جامعة الموصل ، 1982 ، ص 97 وما بعدها .

(2) المصدر نفسه، ص 98

بطبيعته عقارا بالتخصيص (1) اتحاد المالك ، اي ان يكون مالك العقار بالتخصيص نفس مالك العقار الاصيلي (2) التخصيص ، اي ان يكون العقار بالتخصيص قد ارتبط بالعقار الاصيلي لخدمته او استغلاله(1)

الشرط الاول - اتحاد المالك : يتضح من صدر الفقرة الثانية من المادة 82 مدني ونصها كما رايناه (ومع ذلك يعتبر عقار بالتخصيص المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه ..) ان مالك العقار بالتخصيص هو نفس مالك العقار الاصيلي والمفروض ان هنالك منقولا بطبيعته الحق بعقار بطبيعته هذه الحقائق الثلاث - المنقول بطبيعته والعقار بطبيعته وواقعة اللاحاق - مفروضه فهي ليست بشروط بل هي واقع المساله فاذا تحقق هذا الواقع فمتى يعتبر المنقول الملحق بالعقار الاصيلي عقارا بالتخصيص ؟ قلنا ان الشرط الاول هو ان يكون الشخص واحد هو المالك لكل من العقار الاصيلي والمنقول الملحق وعلى ذلك لا يكون عقارا بالتخصيص المنقول الذي يضعه المستاجر او الدائن المرتهن رهن حيازه او صاحب حق الانتفاع رسدا لخدمة العقار المؤجر او المرهون او المملوكه رقبته لشخص اخر لان المنقول الملحق يملكه شخص غير الشخص الذي يملك العقار الاصيلي كذلك لا يكون عقارا بالتخصيص المنقول الذي يضعه مالك العقار في عقاره اذا كان هذا المنقول غير مملوك له كأن كان مرهونا عنده او معار له او مسلما اياه على سبيل الايجار(2)

ويعل بعض الفقهاء شرط اتحاد المالك بالاعتبار الاتي : ان اصفاء صفة العقار بالتخصيص على المنقول الملحق بالعقار الاصيلي انما هو لمصلحة العقار الاصيلي والمالك وحده هو الذي يمثل هذه المصلحة وفي هذا التعليل غموض دعى هولاء الفقهاء توضيحه على النحو الاتي : لو ان مالك المنقول وضعه في خدمة عقار لا يملكه لوجب القول بان صاحب المنقول لا يقصد الحاقه بالعقار لانه لا بد منتزع منقوله بعد انتهاء مدة انتفاعه بالعقار ولا يجوز افتراض تبرعه بالمنقول لان التبرع لا يفترض فلا بد اذن ان يكون مالك المنقول الملحق هو نفس مالك العقار الاصيلي حتى يستساغ ان يفترض انه قصد عدم انتزاع المنقول وابقائه رسدا على خدمة العقار ويقرب من هذا التعليل تعليل يقول به فقهاء اخرون مؤداه ان فكرة العقار بالتخصيص لا يمكن ان تثار اذا كان مالك المنقول شخصا اخر غير مالك العقار اذ لا يمكن في هذه الحالة ان يقال ان مالك المنقول اراد الحاقه بعقار لا يملكه وانما تثار الفكرة اذا كان مالك المنقول هو نفس مالك العقار اذا يمكن في هذه الحالة التسائل عما اذا كان هذا المالك قد اراد اوم لم يرد الحاق منقوله بعقاره فتكون وحدة المالك على مقتضى هذا التعليل داخله في واقع المساله وليست شرطا بالمعنى الصحيح فيكون واقع المساله هو ان شخصا واحد يملك كل من العقار والمنقول وعندئذ يصح التسائل متى يصبح المنقول عقارا

(1) خضر، خميس، شرح القانون المدني، دار الفكر العربي، القاهرة، بلاسنة طبع0ص 133، 135.

(2) المصدر نفسه، ص136.

بالتخصيص فلا يكون اذا هنالك الا شرط واحد هو رصد المنقول لخدمة العقار او استغلاله حتى يصبح المنقول عقارا بالتخصيص ، ومتى تقرر وجوب اتحاد المالك فان الحق في الحاق المنقول بالعقار يكون لهذا المالك او لنائبه ومن ثم يجوز لوكيل المالك استعمال هذا الحق كما يجوز ذلك للولي على المالك او الوصي او القيم فيصح لاحد من هؤلاء ان يرصد لخدمة عقار الاصيل او المحجور منقولا يملكه هذا الاخير فيصبح المنقول عقارا بالتخصيص اذ ان هذا العمل يعتبر داخلا في اعمال الاداره ويمكن اعتبار المستاجر نائبا عن المالك اذ هو وضع منقولا مملوكا له في خدمة العقار الذي استاجره وكان مشترطا في عقد الايجار ان يترك المستاجر هذا المنقول لصاحب العقار عند نهاية الايجار ففي هذه الحالة يكون مالك العقار هو ايضا مالك المنقول بموجب عقد الايجار ويكون المستاجر عند وضعه المنقول في خدمة العقار نائبا عن مالك العقار في ذلك فيصبح المنقول عقارا بالتخصيص(1)

المطلب الثاني

شروط تصرف المالك

يجوز لمالك العقار في الشروع ان يلحق المنقول بالعقار ويصبح المنقول عقارا بالتخصيص تحت شرط فاسخ فاذا تمت القسمة ووقع العقار في نصيب هذا المالك لم يتحقق الشرط الفاسخ وبقي المنقول عقارا بالتخصيص على وجه بات اما اذا وقع العقار في نصيب مالك اخر فان اللاحق يفسخ بتحقق الشرط الفاسخ وينفصل المنقول عن العقار لياخذه صاحبه ويمكن تطبيق هذا الحكم على كل مالك تحت شرط فاسخ للعقار او المنقول فاذا وضع مالك العقار تحت شرط فاسخ منقولا لخدمة العقار (2)

اصبح هذا المنقول عقارا بالتخصيص تحت شرط فاسخ فاذا لم يتحقق الشرط صار اللاحق باتا واذا تحقق انفسخ اللاحق وانفصل المنقول عن العقار لياخذه صاحبه كذلك اذا وضع مالك العقار منقولا يملكه تحت شرط فاسخ لخدمة العقار اصبح المنقول عقارا

(1) السنهوري - الوسيط - الجزء التاسع أسباب كسب الملكية - المجلد الثاني في الحيازة المكسبة للملكية و دعاوى الحيازة و حق الانتفاع و

حق الارتفاق - الطبعة الثانية 1993 - ص 1626 و 1627

(2) المصدر نفسه، ص 1629

بالتخصيص تحت شرط فاسخ فاذا لم يتحقق الشرط صار اللاحق باتا واذا تحقق انفسخ اللاحق وانفصل المنقول عن العقار وعاد الى من له الحق فيه

وقد يضع شخص غير المالك يده على عقار باعتبار انه المالك بحسن نيه او بسوء نيه فيجوز له بالرغم من انه حائز غير مالك ان يرصد منقولا يملكه على خدمة هذا العقار ويصبح المنقول عقارا بالتخصيص ولكن هذا اللاحق وان كان ينفذ في حق الغير لا يحتج به المالك الحقيقي للعقار ومن ثم اذا استرد هذا الاخير عقاره فانه يسترده وحده منفصلا عن المنقول الذي رصده لخدمته وياخذ الحائز صاحب المنقول منقوله

وقد يتوافر شرط اتحاد المالك فيصبح المنقول عقارا بالتخصيص ولكن يقع بعد ذلك ان يبيع المالك العقار او المنقول فيختل شرط اتحاد المالك ومن ثم ينتهي الحاق المنقول بالعقار وينفصل عنه لياخذه من له الحق فيه

الشرط الثاني - التخصيص : ورد في المذكرة الايضاحيه للمشروع التمهيدي للتقنين المدني ماياتي (وقد توسع المشروع فيها ((العقارات بالتخصيص)) فلم يقصرها كما فعل التقنين الحالي ((السابق)) على الالات اللازمه اي الضرورية للزراعه والمصانع .. ، بل نص عليها في صيغه عامه تجعلها تشمل كل منقول يضعه مالكة في عقار مملوك له ويخصه لخدمة العقار كالتماثيل التي توضع على قواعد مثبته واما لاستغلاله كالالات الزراعيه والصناعيه ومفروشات الفنادق والرفوف والخزائن والمقاعد المخصصه لاستغلال المحال التجاريه الخ .. ولايشترط ان يكون المنقول لازما اي ضروريا لخدمة العقار او استغلاله بل يكفي تخصيصه لهذه الخدمه او الاستغلال ولو لم تكن هناك ضروره تقتضي ذلك ، اما اذا وضع المنقول لخدمة شخص مالكة لا لخدمة العقار فان ذلك لايجعله عقارا بالتخصيص ولايشترط ان يكون التخصيص بصفة دائمه بل يكفي الا يكون عارضا ومتى انقطع التخصيص زالت عن المنقول صفة التخصيص) ويستخلص من ذلك امور ثلاث (1) يجب ان يكون المنقول (العقار بالتخصيص) مخصصا لخدمة العقار لا لخدمة شخص المالك (2) ولايشترط

(1) السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء السادس - المجلد الأول - الإيجار - الطبعة الثانية 1988 - ص 29

(2) المصدر نفسه، ص30

ان يكون التخصيص بصفة دائمه بل يكفي الا يكون عارضا (3) ولا يشترط ان يكون التخصيص ضروريا لخدمة العقار بل يكفي التخصيص لخدمة العقار او استغلاله ولو لم تكن هناك ضروره تقتضي ذلك المنقول المخصص لخدمة العقار انما يعتبر عقارا بالتخصيص لان العقار الذي خصص المنقول لخدمته هو الذي يضافى عليه صفة العقار فلا بد اذن من ان يكون المنقول قد خصص لخدمة العقار حتى تنتقل صفة العقار الى المنقول اما اذا كان المنقول قد خصص لا لخدمة العقار بل خصص لخدمة شخص مالك العقار فانه ينعلم التلازم مابين المنقول والعقار ولا يعود ثمة محل لاضفاء صفة العقار على المنقول فلو ان صاحب الفندق قد اعد لنفسه غرفه خاصه في الفندق لاستراحته عند الحاجه واثت هذه الغرفه باثاث خاص به بحيث لو انتقلت ملكية الفندق الى غيره لكان من الطبيعي ان ينتزع هذا الاثاث الذي اعد له نفسه فان الاثاث يكون في هذه الحاله قد خصص لخدمة صاحب الفندق شخصيا لا لخدمة الفندق ومن ثم يبقى منقولا على طبيعته ولا يصبح عقارا بالتخصيص اما مفروشات الفندق واثاثاته فهذه قد خصصت لاستغلال الفندق ذاته ومن ثم تصبح عقارا بالتخصيص وكذلك لو اعد صاحب الفندق او صاحب المصنع او صاحب المزرعه سياره لاستعماله الشخصي فان هذه السياره تبقى منقولا لانها لم تخصص لاستغلال العقار بل خصصت لخدمة صاحب العقار شخصيا اما اذا الحق بالفندق او المصنع او المزرعه سياره لنقل نزلاء الفندق او منتجات المصنع او محصولات المزرعه فان السياره تكون في هذه الحاله قد خصصت لاستغلال العقار ومن ثم تصبح عقارا بالتخصيص (1)

(1) د. سعيد مبارك ود. صاحب عبيد الفتلاوي ود. طه الملاحويش - الموجز في شرح القانون المدني - ص 126-128 .

1- ولا يشترط ان يكون التخصيص بصفه دائمه اما في التقنين المدني الفرنسي فقد راينا من نصوصه التي اوردها ان هناك عقارا بالتخصيص يضعه المالك لخدمة العقار الاصلي ولاستغلاله (م1/524و2 مدني فرنسي) وهذا لايشترط فيه ان يكون تخصيصه بصفه دائمه لان النص لم يشترط ذلك وهناك عقار بالتخصيص وضعه المالك لتزوين العقار الاصلي ويشترط النص صراحه ان يكون تخصيصه بصفه دائمه وقد يكون لهذا التخصيص الدائم علامه ماديه هي ان يكون العقار بالتخصيص ملصقا بالعقار الاصلي بالجبس او الاسمنت , (1) وذلك كالمرايا والواح التصوير والتماثيل(م3/524 و 525مدني فرنسي) ولكن التقنين المدني لم يحذ حذو التقنين المدني الفرنسي في هذا التمييز بين التخصيص للخدمه والاستغلال والتخصيص على سبيل الدوام وهو تمييز ينتقده بعض الفقهاء الفرنسيين(2). وكل ما يطلبه التقنين المدني المصري هو تخصيص المنقول لخدمة العقار او استغلاله (م2/82 مدني) ويسوي ان يكون التخصيص لاستغلال العقار استغلالا زراعيا او صناعيا او تجاريا او مدنيا او ان يكون لخدمة العقار او استعماله او حتى ان يكون لتزوين العقار فان التزوين يدخل في عموم (خدمه) العقار وسنرى تفصيل ذلك فيما يلي واذا كان التخصيص لتزوين العقار فلا يشترط التقنين المصري كما اشترط التقنين الفرنسي ان يكون التخصيص على سبيل الدوام ومن باب اولى لايشترط الدوام اذا كان التخصيص للخدمه او للاستغلال . (3)

واذا كان لايشترط ان يكون التخصيص على سبيل الدوام فانه لايجوز مع ذلك ان يكون تخصيصا عارضا لمدة مؤقتة قصيره بل يجب ان يكون على سبيل الثبات او الاستقرار

(1) سلطان، أنور، شرح القانون المدني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، ط1، عمان 1987، ص 174.

(2) المصدر نفسه، ص175

(3) د. سعيد مبارك ود. صاحب عبيد الفتلاوي ود. طه الملاحوش - الموجز في شرح القانون المدني - ص126 - 128

فان هذا وحده هو الذي يبرر اضافة صفة العقار على المنقول ولا يمنع من ان يكون التخصيص ثابتا مستقرا ان ينقطع انقطاعا عارضا مؤقتا فقد تنقل المواشي من الارض الزراعيه نقلا عارضا لعلاجها مثلا و بالرغم من هذا النقل العارض تبقى المواشي مخصصة لاستغلال الارض على سبيل الثبات والاستقرار فيبقى عقارا بالتخصيص حتى في المده التي انتقلت فيها .

2- ولا يشترط ان يكون التخصيص ضروريا بل يكفي التخصيص لخدمة العقار او استغلاله ولو لم تكن هناك ضروره تقتضى من ذلك . وهذا (1)

بخلاف القانون المدني الفرنسي فانه الراي السائد فيه ان يكون التخصيص ضروريا اما التقنين المدني الفرنسي فالمذكره الايضاحيه للمشروع التمهيدي صريحه في انه لا يشترط ان يكون التخصيص ضروريا اذ تقول كما راينا (ولا يشترط ان يكون المنقول لازما اي ضروريا لخدمة العقار او استغلاله بل يكفي تخصيصه لهذه الخدمه او الاستغلال ولو لم تكن هناك ضروره تقتضى ذلك) ولا تكفي ارادة المالك وحدها ليكون المنقول عقارا بالتخصيص بل يجب ان يقوم الى جانب الاراده جانب الواقع . ومعنى ذلك ان المالك لا يستطيع بارادته وحدها ان يلحق منقولا بعقار فيجعله بهذه الاراده عقارا بالتخصيص بل يجب فوق ذلك ان يخصص هذا المنقول تخصيصا فعليا لخدمة العقار او استغلاله وقد بينت المذكره الايضاحيه فيما راينا انواع الخدمه والاستغلال وقالت في هذا الصدد (وقد توسع المشروع فيها ((العقارات بالتخصيص)) فلم يقصرها كما فعل التقنين الحالي ((السابق)) على الالات اللازمه اي الضروريه للزراعته والمصانع (م/4/18) (2) بل نص عليها في صيغه عامه تجعلها تشمل كل منقول يضعه مالكة في عقار مملوك له ويخصص اما لخدمة العقار كالتماثيل التي توضع على

(1) سلطان، أنور، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، ط1، عمان 1987، ص 174.

(2) نخلة، موريس، الكامل في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة، ج5، منشورات الحلبي الحقوقية، 2000، ص 118.

قواعد مثبتة واما لاستغلاله كالات الزراعيه والصناعيه ومفروشات الفنادق والرفوف والخزائن والمقاعد المخصصة للاستغلال المحال التجاريه الخ ..) ويتضح من ذلك ان التخصيص يهدف الى احد اغراض اربعة

- (1) الاستغلال الزراعي
- (2) الاستغلال الصناعي
- (3) الاستغلال التجاري
- (4) خدمة العقار وتزيينه (ويدخل في ذلك الاستغلال المدني).(1)

(1) سلطان، أنور، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، ط1، عمان 1987، ص187.

المبحث الثاني اثر تصرف المالك في العقار المملوك

قضت المادة ثانياً من قرار مجلس قيادة الثورة السابق المرقم 120 لسنة 2002⁽¹⁾ على أن (تفرض ضريبة مقطوعة بنسب تصاعديّة من قيمة العقار أو حق التصرف فيه المقدر وفق أحكام قانون تقدير قيمة العقار ومنافعه المرقم ب(85) لسنة 1978 أو البديل أيهما أكثر ، على مالك العقار أو صاحب حق التصرف فيه ، عند التصرف الملكية أو حق التصرف بأية وسيلة من وسائل التصرف الملكية أو كسب حق التصرف* أو تصرف ه ، كالبيع والمقايضة والمصالحة والتنازل والهبة وإزالة الشبوع وتصفية الوقف أو المساطحة ويعامل المستأجر معاملة المالك عند إيجاره العقار الذي دخل في تصرفه بعقد المساطحة وتحسب وفق ما يأتي ... الخ) .

المطلب الاول

اساس تصرف المالك في العقار

أن المشرع الضريبي العراقي قد أخضع للضريبة الدخول المتحققة من التصرف ملكية العقار والدخول المتحققة من التصرف حق التصرف⁽²⁾ ، كما لم يشترط الاحتراف في تجارة الأموال غير المنقولة ، هذا يعني أنه قد أخذ بالمفهوم الواسع للدخل ، أي بنظرية الإثراء . وكذلك لم يتقيد بوسيلة دون سواها من وسائل التصرف الملكية وهذا المعنى المستفاد من عبارة (بأي وسيلة كانت) الواردة في النص ، فضلاً عن أن الوسائل التي وردت في النص كانت على سبيل المثال لا الحصر ، وذلك لأن حرف (الكاف) يفيد التشبيه وهو المعنى المستفاد من عبارة (كالبيع... الخ) . كما أن الضريبة على التصرف ملكية العقار أو حق التصرف هي ضريبة عينية مقطوعة مفروضة على القيمة العمومية للعقار وليس على الأرباح المتحققة عن بيع العقار كما ذهب إليه الفقرة (4) من المادة (2) الملغاة ، لذا فهي ليست مشمولة بالتنازلات والسماحات المنصوص عليها في قانون ضريبة الدخل العراقي النافذ⁽³⁾ وهذا بدوره يتعارض مع خصائص قانون ضريبة الدخل الذي يمتاز بشخصيته الضريبية التي تمتاز بها الضرائب المباشرة هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى يتعارض مع نص الفقرة (2) من المادة (1) من القانون ذاته الذي ينص على أن تفرض الضريبة على الدخل الصافي لا الدخل الإجمالي . كما إن

(1) نشر هذا القرار بجريدة الوقائع العراقية بالعدد المرقم (3938) في 2002/7/8 والذي الغى الفقرة (4) من المادة (2) من قانون ضريبة الدخل العراقي المرقم 113 لسنة 1982 المعدل والتي كانت تنص على إخضاع (الأرباح الناجمة عن نقل ملكية العقار أو نقل حق التصرف فيه ولو لمرة واحدة بأي وسيلة من وسائل نقل الملكية أو كسب حق التصرف أو نقله كالبيع والمقايضة والتنازل والهبة وإزالة الشبوع وتصفية الوقف والمساطحة ، ويعامل المستأجر معاملة المالك عند إيجاره العقار الذي دخل في تصرفه بعقد المساطحة وتقدر قيمة العقار وفق القواعد الآتية... الخ) .

(3) المادتان (8،12) من قانون ضريبة الدخل العراقي النافذ .

المشرع الضريبي العراقي لم يقتصر على نوع معين من العقارات بل شمل جميع أنواع العقارات بصرف النظر عن جنسها واستخدامها ومساحتها فسواء أكان العقار مملوكاً ملكاً صرفاً أم موقوفاً وسواء أعد للتجارة كالمحلات التجارية والمكاتب التجارية أم للزراعة كالأراضي الزراعية والبساتين أم للصناعة كالمعامل والمصانع والمنشآت الصناعية الأخرى أم لأغراض سكنية كالدور والشقق ومهما كانت مساحتها وبغض النظر عن كون مالکها مقيماً في العراق أم غير مقيم وسواء أكان عراقياً أم عربياً أم أجنبياً وذلك لعمومية النص . هذا وتجري عملية تقدير الضريبة من خلال الموازنة بين البدل المعلن عنه في عملية التصرف ملكية العقار أو حق التصرف فيه وبين القيمة المقدرة لذلك العقار طبقاً لقانون تقدير قيمة العقار ومنافعه رقم (85) لسنة 1978 فتأخذ السلطة المالية بالقيمة الأكثر منهما على أن تطرح منها مبلغ الإعفاء وقيمتها (20) مليون دينار عن كل عقار وتخضع الباقي للأسعار القانونية التصاعديّة ولم يتحدد الإعفاء بمرة واحدة وإنما يستفيد المكلف منه مهما تعددت حالات البيع .

1- البيع :- يعتبر عقداً من عقود المعاوضات الملزمة للجانبين ويعرف بأنه مبادلة مال بمال وينطوي تحت ذلك الصرف (النقد بالنقد) والمقايضة (العين بالعين) والبيع المطلق (العين بالنقد) وهو المقصود ، وبيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة (دائرة التسجيل العقاري) واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون⁽¹⁾ ، والسؤال الذي يطرح نفسه هو ما الحكم⁽²⁾ لو أن العقد قد أبرم خارج دائرة التسجيل العقاري ؟ ثم بعد ذلك يراجع ذوي العلاقة لتسجيلها وفقاً للقانون فهل يؤخذ بتاريخ إبرامها أساساً لتحديد السنة التقديرية التي يجري فيها التقدير ، وإذا ما أخذ بها ما الحكم بالنسبة الى التقادم المنصوص عليه في القانون ، وهل يعول على البدل المبين تجاهها ؟

للإجابة عن هذا التساؤل يمكن القول أن لا عبرة بالبيع الجاري خارج دائرة التسجيل العقاري فيما يتعلق بقانون ضريبة الدخل لكون القانون المدني يرتب عليه أثراً لا داعي لذكره لعدم الخروج عن الموضوع ، وعليه يمكن اتباع جميع القواعد المقررة من تاريخ التسجيل في دائرة التسجيل العقاري .

وعند الرجوع الى الفقرة (4) من المادة (2) الملغاة يتبين انها كانت تنص على إخضاع (الأرباح الناجمة... الخ) لضريبة الدخل أي كانت تشترط لأجل فرض الضريبة حصول الربح من عملية البيع أو الإفراغ ، أما بصدور القرار (120) لسنة 2002 فقد أصبحت عملية البيع تخضع للضريبة على التداول ، أي الضريبة على التصرف ملكية العقار أو حق التصرف فيه ، فلم يشترط المشرع الضريبي العراقي تحقق الربح في البيع فالضريبة بعد صدور القرار المذكور آنفاً تفرض على كل عملية بيع بشكل مستقل حتى لو كان نصيب مثل هذه العملية الخسارة ما دامت القيمة المقدرة للعقار أو البدل أيهما أكثر تزيد

(1) د. سعيد عبد الكريم مبارك وآخرون (الموجز في العقود المسماة) ، دار الكتب للطباعة والنشر ، بغداد ، 1992-

1993 ، ص ص 9-11 ؛ المادة (506) من القانون المدني العراقي المرقم 40 لسنة 1951 .

(2) الوسواسي ، ج 1 ، مصدر سابق ، ص 84 .

على (20) مليون دينار ، وهذا في رأينا لا يتناسب مع مبدأ شخصية الضريبة لأن الضريبة لا تفرض على الأشخاص ولا على الأموال سواء أكانت منقولة أم غير منقولة وإنما يجب أن تفرض على الأرباح المتحققة من جراء ممارسة الأشخاص للأعمال . كما ان القرار المذكور يؤدي بالأشخاص الذين يتخذون الاحتراف بالمتجارة بالعقارات وسيلة للإفلات من دفع الضريبة وذلك من خلال تجنب الضريبة أي اللجوء الى المتاجرة بالعقارات التي تقل قيمتها عن (20) مليون وتكرر هذه العملية عدة مرات دون أن تطالهم يد الضريبة .

2- المقايضة :- لقد دمج المشرع العراقي بين البيع والمقايضة وذلك من خلال تعريفه للبيع بأنه (مبادلة مال بمال) الذي شمل كلا الوسيلتين إلا أنه يمكن القول بأنه إذا كان الثمن مبلغاً من النقود كان العقد بيعاً وإذا كان شيئاً آخر غير النقد كان العقد مقايضة كما في مقايضة عقار بعقار آخر وهنا يجب التنويه بان العقد لا يتم إلا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري⁽¹⁾ .

ويعد الدخل المتحقق بقيمة المقايضة خاضعاً لضريبة الدخل ، اذ يجري تقدير الضريبة على قيمة كل عقار مقايض به وفرض الضريبة على كل عقار على حدة بشرط أن تزيد قيمته المقدرة على نسبة الإعفاء القانونية وعليه فقد تفرض الضريبة على إحدهما دون الآخر إذا لم يتجاوز نسبة الإعفاء القانونية وقد تفرض الضريبة على كلا العقارين في حالة تجاوزهما نسبة الإعفاء القانونية .

3- المصالحة :- هو عقد برفع النزاع يقطع الخصومة بالتراضي⁽²⁾ . فإذا ترتب على عقد المصالحة انتقال ملكية العقار أو حق التصرف فيه من أحد طرفي العقد الى الآخر ، فيجري تقدير قيمة العقار وذلك من خلال التوازن بين القيمتين (البذل والقيمة المقدرة) فتأخذ القيمة الأعلى إذا كانت تزيد على نسبة الإعفاء وتقرض الضريبة على المدين .

4- التنازل :- هو انقضاء الحق العيني من قبل صاحبه وذلك بالتخلي عنه لشخص آخر⁽³⁾ . والتنازل عن العقار أما أن يتم بعوض فيأخذ حكم البيع أو أن يتم دون عوض فيأخذ حكم الهبة وفي الحالتين يخضع للضريبة إذا ما زادت قيمته أو البذل أيهما أكثر على مبلغ الإعفاء .

5- الهبة :- هي تملك مال لآخر بلا عوض ولكن قد يحدث في بعض الأحيان ان تكون الهبة بعوض فتختلط بمفهوم البيع ، ولكن هذه الإشكاليات يمكن حلها عن طريق التحري بالكشف عن نية التبرع الموجودة في الهبة وغير موجودة في البيع والتي يمكن أن يستخلصها قاضي الموضوع من الوقائع ولا رقابة لمحكمة التمييز عليه في ذلك⁽⁴⁾ .

(1) د. سعيد عبد الكريم مبارك وآخرون ، مصدر سابق ، ص ص 15-16 .

(2) المادة (698) من القانون المدني العراقي المرقم (40) لسنة 1951 .

(3) د. سعيد عبد الكريم مبارك ، مصدر سابق ، ص 363 .

(4) المصدر نفسه ، ص 13 .

ومما تجدر الإشارة إليه انه إذا كان الموهوب عقاراً وجب انعقاد الهبة في دائرة التسجيل العقاري ، وقد أخضع المشرع الضريبي العراقي الدخل المتحقق من هبة العقار لضريبة الدخل وذلك للحد من ظاهرة التهرب الضريبي الذي قد يحصل تحت مظلة الهبة التي ربما تنطوي على بيع حقيقي ، وعليه فإن الواهب هو المكلف بالضريبة وليس الموهوب له باعتباره يأخذ حكم البائع .

والسؤال الذي يطرح نفسه ما الحكم في حالة رجوع الواهب عن هبته ؟ أي هل يجوز للواهب استرجاع ما دفعه من ضرائب ؟ للإجابة عن هذا التساؤل يمكن القول⁽¹⁾ أن قانون ضريبة الدخل لا يجيز للمكلف بدفع الضريبة استرجاع ما دفعه إلا في حالة دفعه أكثر مما يتحقق عليه من ضرائب⁽²⁾ وكذلك في حالة دفع الضريبة دون أن يكون خاضعاً لها . وعليه فإن رجوع الواهب عن هبته لا يجيز له استرجاع مبلغ الضريبة المدفوع عند الهبة ، لأن ما تم دفعه قد تم استناداً الى القانون ووفق شروطه وفي حدوده كما نص على ذلك القانون المدني⁽³⁾ . الذي أجاز للواهب أن يرجع عن هبته برضاء الموهوب له ، أو عند توافر أسباب معقولة نص عليها ، ومع ذلك فإن قانون ضريبة الدخل له ذاتيته واستقلاله يختلف عن القانون المدني ، ولدى الرجوع الى القرار (120) الذي فرض الضريبة على عملية التصرف ملكية العقار أو حق التصرف لا للبرج المتحقق من وراء ذلك ، وعليه فإذا تصرف الواهب بالعقار عن طريق الهبة تفرض الضريبة عليه إذا ما زادت قيمة العقار أو بدله (في حالة وجود بدل) أيهما أكثر على مبلغ الإعفاء القانوني المحدد وقدره (20) مليون دينار .

6- إزالة الشيوخ :- إذا ملك إثنان أو أكثر شيئاً فهم شركاء فيه على وجه الشيوخ⁽⁴⁾ والأصل أن تكون حصص الشركاء متساوية على الشيوخ ما لم يُقِم الدليل على خلاف ذلك ، وفيها يكون لكل شريك التصرف في حصته الشائعة تصرف المالك مادياً أو قانونياً . وإزالة الشيوخ معناها إنهاء المشاركة في ملكية العقار . وقد تتم إزالة الشيوخ رضائياً حين يتفق الشركاء على البيع أو على القسمة إن كان العقار المشاع قابلاً للقسمة . أو قد يحصل بصورة غير رضائية عن طريق المحكمة ففي هذه الحالة يلجأ الشركاء الى المحكمة لإصدار قرار ببيع العقار عن طريق المزايعة العلنية ويأخذ كل من الشركاء حصته

(1) د. صالح يوسف عجينة ، مصدر سابق ، ص ص 204-205 .

(2) المادة (49) من قانون ضريبة الدخل العراقي النافذ .

(3) المادة (620) من القانون المدني العراقي المرقم (40) لسنة 1951 .

(4) المادة (1061) من نفسه .

من المال الشائع ويطلق على هذه الطريقة البيع غير الإرادي⁽¹⁾ . واستناداً الى القرار (120) لسنة 2002 فإن الذي يخضع لضريبة الدخل بدل الإحالة القطعية ولا قيمة العقار .

والسؤال الذي يطرح نفسه هو هل أن الدخول المتحققة عن طريق إزالة الشيوخ سواء أكانت رضائية أم غير رضائية تخضع لضريبة الدخل ؟

للإجابة عن هذا التساؤل يمكن القول انه لا يوجد ضمن قانون ضريبة الدخل ما يشير الى ذلك ومع ذلك فإن البعض⁽²⁾ يرى أن إزالة الشيوخ غير الإرادية بالبيع هي المقصود من ذلك وتخضع للضريبة هذا ما أكدته محكمة التمييز⁽³⁾ . وقد اعتبرت القسمة الرضائية أو الإرادية غير خاضعة للضريبة استناداً الى نص المادة (1057) من القانون المدني العراقي النافذ ، فضلاً عن كونها تعيين أو تحديد الحصة الشائعة بالنسبة الى كل شريك وعليه فإن ما يخضع للضريبة هو حالة إزالة الشيوخ عن طريق المحكمة بواسطة بيع العقار لأنه هو المقصود بالتصرف الملكية أو حق التصرف ، ويعد تاريخ الإحالة النهائية للعقار هو المعول عليه في تحديد السنة التي تفرض عنها الضريبة . وقد جاء في قرار محكمة التمييز برقم 32/ضريبة/1962 في 1962/2/29 ما يؤيد ذلك وهو: (أن الحكم الصلحي المتعلق بإزالة الشيوخ بيعاً وأن اكتسب الدرجة القطعية قبل أول نيسان /1958 إلا أن بدل البيع لا يتحقق قبضة إلا بالإحالة النهائية ولما كانت الإحالة النهائية وقعت بعد أول نيسان 1958 لذلك يكون القرار المميز صحيحاً)⁽⁴⁾ وفي قرار آخر⁽⁵⁾ للجنة الإستثنائية الأولى في 1994/10/10 الذي جاء فيه : (قدمت معاملة إزالة شيوخ العقار المرقم 335/332 البوجمعة الى الهيئة العامة للضرائب فرع الكرادة الشرقية . بتاريخ 1993/12/19 بموجب كتاب محكمة الكرادة المرقم 2422/ب/992 في 1993/11/27 والمحال بتاريخ 1993/8/28 ببديل إحالة 7055000.000 دينار ، وقد تم تقدير الكلفة إدارياً بمبلغ مقداره 275480.760 دينار ، على اعتبار كونها غير مقيمة لعدم المراجعة وتم سحب الضريبة من المحكمة وسددت بموجب الوصل المرقم 2865842 في 1994/2/26 ثم راجعت المكلفة بتاريخ 1994/2/12 . وتم تعديل التقدير وأصبح مبلغ الضريبة 368780.760 ديناراً ، وعندما طلبت الموماً اليها شمولها بالإعفاء المطلق عن حصتها في العقار المذكور لكونها لا تملك أي عقار آخر مستقل باسمها ولكونها

(1) د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه (الحقوق العينية) ، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر ، جامعة الموصل ، 1982 ، ص 97 وما بعدها .

(2) د. عادل فليح العلي (المالية العامة والتشريع المالي) ، مصدر سابق ، ص 256 وما بعدها .

(3) قرار رقم 3/ضريبة/1967 في 1967/6/10 و 26 و 27/ضريبة/1966 مشار اليهما في : الوسواسي ، ج 1 ، مرجع سابق ، ص 94 .

(4) مشار اليه في : الوسواسي ، ج 1 ، مرجع سابق ، ص 92 .

(5) قرار اللجنة الاستثنائية الأولى في بغداد رقم 82/ك/1994 بتاريخ 1994/10/10 ، الهيئة العامة للضرائب ، الكتاب السنوي لسنة 1994 ، ص 81 .

مطلقة من زوجها السيد س . بتاريخ 11/12/1993 ، بموجب حجة الطلاق الصادرة من محكمة الأحوال الشخصية في الكرخ المرقمة 94/93 ب 47 في 13/1/1994 ، رفض طلب شمولها بالإعفاء المطلق لكون تحديد السنة الضريبية التي تم بها المحاسبة في حالات التصرف الملكية يتبع إزالة الشيوخ على تاريخ الإحالة في المحكمة استناداً الى تعليمات الهيئة العامة للضرائب عدد 9286/2 في 27/3/1990 . وليس على تاريخ تقديم المعاملة وبراءة الذمة لكون إحالة العقار المذكور في 28/8/1993 ، بموجب كتاب محكمة المكلفة الموماً اليها في ذلك التاريخ متزوجة وغير مطلقة من قبل السيد س . والذي يملك العقار المرقم 442/3م 19 جنينة وغازلية منذ عام 1979 فإن السلطة المالية رفضت طلبها استناداً الى الفقرة 20/أ من المادة 7 من قانون ضريبة الدخل رقم 113 لسنة 1982 المعدل التي اشترطت عدم تملك الزوج أو الزوجة والأولاد القاصرين لأي عقار آخر مستقل وصالح للسكن ، ولدى التدقيق والمداولة وجد أن الاستئناف مقدم ضمن المدة القانونية فقرر قبوله شكلاً ، ولدى عطف النظر على الموضوع وجد أن إجراء السلطة موافق للقانون والتعليمات النافذة لذا قررت اللجنة بتأييد إجراء وتقدير السلطة المالية ورد الاستئناف وصدر القرار بتاريخ 10/10/1994) . ولكن كيف يمكن تقدير الضريبة عند التصرف ملكية الحصة الشائعة أو عند التصرف ملكية العقار الشائع بأكمله ؟ للإجابة عن هذا التساؤل يمكن القول أن المشرع قد أورد حكماً خاصاً في حالة التصرف ملكية أسهم محددة من العقار . وذلك بإجراء تقدير قيمة العقار بأكمله واستيفاء الضريبة بنسبة الاسهم المنقولة الى عموم العقار⁽¹⁾ . أما عند التصرف ملكية العقار الشائع بأكمله فالأمر لا يختلف عن الحالة التي سبقتها فيجري تقدير الضريبة على عموم العقار ومن ثم ينزل مبلغ الإعفاء ليخضع المتبقي للأسعار المحددة بالقانون ومن ثم يقسم مبلغ الضريبة على الشركاء كل حسب حصته الى عموم العقار⁽²⁾ .

7- تصفية الوقف :- هو حبس الشيء عن تملكه لأي شخص والتصرف به لمنفعة جهة بر وبدوافع دينية ، وهو نوعان⁽³⁾ .

الوقف الذري والوقف المشترك . ويقصد بالوقف الذري ما أوقفه الواقف على نفسه أو ذريته معاً أو عليهما ، أو على شخص معين أو ذريته . أما الوقف المشترك فهو ما أوقفه الواقف على جهة خيرية أو على الأفراد أو الذراري⁽⁴⁾ . وتتم تصفية الوقف أما بالقسمة عن طريق المحكمة بناء على طلب أحد المستحقين من المرتزقة أو الورثة وبعد اكتساب الحكم الدرجة القطعية تتولى المحكمة تقسيم الوقف إن كان قابلاً للقسمة ففي هذه الحالة لا يخضع لضريبة الدخل كما هو الحال في إزالة الشيوخ باعتبار أن

(1) انظر : المادة (3) من قرار مجلس قيادة الثورة المرقم 120 لسنة 2002 .

(2) انظر : الفقرة (1) من المادة (2) من القرار نفسه .

(3) د. صالح يوسف عجيبة ، مصدر سابق ، ص 224 .

(4) المصدر نفسه ، الصفحة نفسها .

القسمة هي إفراز أكثر من كونها بيعاً أو مبادلة . أو قد تتم التصفية بالبيع وهنا تخضع القيمة التقديرية أو البديل أيهما أكثر لضريبة الدخل في حالة تجاوزه نسبة الحد المقرر بالقانون .

8- حق المساطحة :- هو حق عيني يخول صاحبه الحق في إقامة بناء أو منشآت أخرى غير الغراس على أرض مملوكة للغير ويكون ذلك باتفاق بينه وبين صاحب الأرض المملوكة ملكاً صرفاً والأراضي الموقوفة وقفاً صحيحاً على حد سواء ، وحق المساطحة يجب تسجيله في دائرة التسجيل العقاري ، ولا يجوز أن تزيد مدة العقد بأي حال من الأحوال على (50) سنة فإن كانت المدة لم تحدد فإكل من المساطح وصاحب الأرض أن ينهي العقد بعد ثلاث سنوات من وقت تنبيه الآخر على ذلك . وبعد انتهاء مدة المساطحة يمتلك صاحب الأرض المنشآت التي أقامها المساطح على أن يدفع قيمتها مستحقة القلع ما لم يتفق على خلاف ذلك وهذا ما يشكل سبباً لخضوع المساطح للضريبة⁽¹⁾ . ومن بين حقوق المساطح المهمة هو حقه في التصرف بهذا الحق بالبيع وغيره من التصرفات الناقلة لهذا الحق شرط أن يتقيد في كل ذلك بالمدة المتفق عليها . فإذا ما تصرف المساطح بهذا الحق بالبيع الى شخص آخر يخضع تصرفه هذا للضريبة على التصرف ملكية العقار أو حق التصرف فيه بعد تنزيل الإعفاء القانوني من القيمة المقدرة للحق أو البديل أيهما أكثر وبصرف النظر فيما إذا كان قد حقق ربحاً من وراء ذلك أم لا ودون النظر الى ما كان عليه الحال قبل صدور القرار (120) لسنة 2002 الى الأقساط السنوية لكلفة المساطحة⁽²⁾ . بعد أن بينا الدخول الناجمة عن التصرف ملكية العقار وحق التصرف فيه لابد من التطرق الى الإعفاءات التي أوردها المشرع الضريبي العراقي والخاصة بالعقارات وكما يأتي :-

1- إعفاء أول (20) مليون دينار من القيمة المقدرة للعقار أو البديل أيهما أكثر: قضت الفقرة (1) من المادة (ثانياً) من قرار مجلس قيادة الثورة المرقم (120) لسنة 2002 على إعفاء (أول 20 مليون دينار من قيمة العقار المقدرة أو بدله) ويهدف المشرع من وراء ذلك تخفيف الأعباء الضريبية على أصحاب العقارات ذات القيمة المالية المنخفضة فهم لا يخضعون للضريبة ما لم تكن قيمة العقار المتصرف فيه تزيد على (20) مليون دينار . أما أصحاب العقارات ذات القيمة المرتفعة التي تزيد قيمتها على نسبة الإعفاء فتخضع للضريبة . ومما تجدر الإشارة اليه أن الإعفاء يتعلق بالعقار لا بالمكلف فقد يتعدد المكلفون في عقار واحد كما في حالة الشيوخ . لتتنازل بعبوض أم دونه لعموم النص⁽³⁾ .

(1) د. محمد طه البشير ود .غني حسون طه ، ص ص316-320 ؛ المواد (1266-1270) من القانون المدني العراقي المرقم 40 لسنة 1951 .

(2) ومما يجب التنويه به أن البند (2/ج) من المادة الثانية من قانون تعديل قانون ضريبة الدخل رقم (17) لسنة 1994 حددت بموجبه كيفية حساب كلفة المساطحة لغرض إخضاع أرباحها لضريبة الدخل . وقد نشر هذا القانون بالوقائع العراقية بالعدد المرقم (3530) في 1994/10/3 .

(3) الفقرة (2) من المادة (7) من قرار مجلس قيادة الثورة المرقم 120 لسنة 2002 ؛ الفقرة (23) من المادة (7) من قانون ضريبة الدخل المرقم 113 لسنة 1982 المعدل .

المطلب الثاني حكم تصرف المالك في العقار

عرفت المهايأة المكانية بأنها :- اتفاق الشركاء بان يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يساوي حصة في المال الشائع على أن يتنازل مقابل ذلك عن باقي الأجزاء (1) .
والبعض الآخر عرفها بأنها اتفاق بين الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته الشائعة .

لذلك ففي المهايأة المكانية يختص كل شريك في الشيوخ بجزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته في ذلك المال ، ووفقاً لذلك يتهيأ لكل منهم أن يحوز مالاً مفرزاً يستقل بإدارته وأستغلاله والالتصرف به ، فله أن يسكنه ان كان داراً أو أن يؤجره وإذا كان أرضاً زراعية فله الحق بزراعتها على نفقته أو أن يقوم بتأجيرها بالنقد أو بطريق المزارعة ، وبوجه عام له أن يستغل ما أختص به من جزءاً مفرزاً من المال الشائع وأن ينتفع به بنفسه أو بواسطة غيره ، ولا يحاويه احد من الشركاء على أدارته لنصيبه ولا بالغلة التي حصل عليها أو الثمار .

فهذه التعاريف والتوضيحات التي وردت بشأن المهايأة المكانية كلها تشير إلى ضرورة اتفاق الشركاء ، فالرضا والإجماع لازم في المهايأة المكانية ، ولا يجوز إلزام أي من الشركاء بها وإجراءها جبراً عليه دون رضاه ، فالمهايأة المكانية يلزم أن تتحقق باتفاق كافة الشركاء وذلك واضح من خلال ما أشارت إليه م (1078) ف 1 من القانون المدني العراقي التي نصت على أنه ((يجوز الاتفاق ما بين الشركاء على قسمة المال الشائع مهايأة ..)) .

وكذلك م (846) ف1 من القانون المدني المصري التي أشارت إلى أن ((في قسمة المهايأة يتفق الشركاء على أن يختص ..)) (2) .

وعلى هذا الأساس فلو كان المال الشائع داراً سكنية مملوكة لاثنتين فيختص كل منهم بأن

1 - د. جعفر جواد أفضلي ، إيجار العقار الشائع في القانون المدني ، بحث منشور في مجلة العدالة ، تصدر عن وزارة العدل ، الدائرة القانونية ، 14 ، 2001 ، ص 86 .

2 - د. منصور حاتم محسن ، الالتصرف بالشيء المملوك شيوخاً عادياً في القانون المدني العراقي ، بحث منشور في مجلة بابل للعلوم الإدارية والقانونية ، م5 ، 64 ، حزيران 2000 ، ص 921 .

يسكن جزء منه والثاني يسكن الجزء الآخر فلا يمكن أن يتصور إجراء المهاية المكانية دون إجماع الشركاء عليها .

والشريك الذي يحصل على جزء مفرز بموجب المهاية المكانية تكون له سلطات الاستعمال والاستغلال بشرط عدم الأضرار بالمال الشائع واستعماله لغير ما أعد له ، فمثلاً لا يجوز للشريك أن يستغل الدار المعدة للسكن ويحولها إلى معمل أو مصنع إلا إذا اتفق الشركاء على خلاف ذلك .

أما من حيث المدة فقد قيد القانون حرية الشركاء فلم يجز الاتفاق على قسمة المهاية لمدة تزيد على خمس سنين ، ولذا فإنهم إذا اتفقوا على مدة تزيد على ذلك، انتقصت تلك المدة إلى المقدار المذكور بموجب نظرية انتقاص العقد ، وإذا لم ترد الإشارة إلى مدة حسبت مدتها سنة واحدة قابلة للتجديد عند عدم إعلان الشريك رغبته عن التجديد في ظرف ثلاثة أشهر قبل انتهاء السنة الجارية .

وهذه الأحكام أشارت إليها م (1078/ف1) من القانون المدني العراقي ، والمادة 1/846 من القانون المدني المصري ، وأيدت ذلك محكمة النقض المصرية وذكرت أيضاً أنه لا يجوز إعمال نص هذه المادة بأثر رجعي على التصرفات التي سبقت صدور هذا القانون .

يتضح من نصوص المواد السابقة أن قيد الخمس سنوات لا يحول دون الاتفاق مجدداً على قسمة المال الشائع مهاية بعد انتهاء هذه المدة ، ولكنه يحول دون استمرار التجديد التلقائي لمدة يزيد مجموعها مع مدة العقد الأصلي على خمس سنوات (1) .

وبذلك نلاحظ توحيد مواقف المشرع العراقي والمصري والقضاء العراقي والمصري حول مدة المهاية المكانية .

ويبدو أن الأساس الذي استند إليه كل من المشرع العراقي والمصري بتقييد مدة المهاية المكانية إلى خمس سنوات وعدم إمكانية تجديدها بصورة تلقائية دون اتفاق صريح بذلك هو أن المال الشائع يبقى على الشيوع رغم إجراء المهاية فالأخيرة وكما قلنا سابقاً لا تؤدي إلى إنهاء الشيوع لذلك فالمال يبقى مشاعاً بين الشركاء هذا من جانب ، من جانب آخر هو وجود نصوص صريحة في القانون سواء أكان المدني العراقي أم المدني المصري تمنع وبصورة واضحة إجبار الشريك على البقاء على الشيوع مدة تزيد على خمس سنوات (2) .

1 - د. صلاح الدين الناهي ، محاضرات في القانون المدني ، حق الملكية في ذاته ، معهد الدراسات العربية العالي ، 1961 ، ص 200 .

2- د .حسن علي الذنون ، الحقوق العينية الأصلية ، شركة الرابطة للطباعة ، بدون سنة طبع ، ص 86 .

أما القانون المدني المصري فأشار إلى ذلك في المادة (847) وهو مطابق لما جاء بالقانون المدني العراقي .

وعليه ففي المهايأة الزمانية ينتفع كل شريك بكل المال الشائع فالتحديد هنا تم على الزمان وليس على المكان ، كما في المهايأة المكانية ، وغالباً ما تكون المهايأة الزمانية في المنقولات إذ يصعب في كثير من الأحيان الالتصرف بها من خلال المهايأة المكانية لصعوبة تجزئتها واقتسامها والالتصرف بها من أكثر من شخص وفي وقت واحد ، فمثلاً لو كانت هناك سيارة مملوكة على الشيوع بين شخصين فسوف يصعب التهايي عليها مهايئة مكانية لذلك يتم اللجوء إلى المهايأة الزمانية كأن ينتفع بها كل واحد منهم لمدة سنة .

وتخضع المهايأة الزمانية من حيث الإثبات والاحتجاج بها ومدتها إلى الأحكام التي اشرنا إليها في المهايأة المكانية ، وتنتهي المهايأة الزمانية بانقضاء مدتها والتي يتم تحديدها بالاتفاق مابين الشركاء (1) . ومن ضمن التزامات الشريك المنتفع هو التزامه بالمحافظة على المال الشائع واستعماله وفق الغرض الذي أعد له لذلك فهذا الالتزام ذو شقين وكالاتي :

الفرع الاول : ادارة معتادة

حيث يلتزم الشريك المنتفع بالمحافظة على المال الشائع وذلك ببذل عناية الشخص المعتاد في تلك المحافظة ولكن المشرع العراقي لم يورد نص صريح بذلك كما فعل المشرع المصري ، ومع ذلك فيمكن استخلاص ذلك الالتزام من خلال نص المادة (251/ ف1) من القانون المدني العراقي التي أشارت إلى أن (في الالتزام بعمل إذا طلب من المدين أن يحافظ على الشيء فإنه يكون قد وفى بالتزامه إذا بذل في تنفيذه من العناية ما يبذله الشخص المعتاد حتى ولو لم يتحقق الغرض المقصود) .(2)

1 - د. عبد المنعم البدراوي ، الحقوق العينية الأصلية ، ط2 ، دار الكتاب العدلي للطباعة ، 1956 ، ص 142 ، بند 114 .
2 - د. منصور حاتم محسن ، الالتصرف بالشيء المملوك شيوعاً عادياً في القانون المدني العراقي ، بحث منشور في مجلة بابل للعلوم الإدارية والقانونية ، م5 ، 64، حزيران 2000 ، ص 921 .

أما المشرع المصري فقد أشار وبصورة صريحة لهذا الالتزام في المادة (583) من القانون المدني التي تقابل المادة (1/251ف) من القانون المدني العراقي .

ويجب على الشريك المنتفع أن يخطر بقية الشركاء المتهايين بكل أمر يستوجب تدخلهم كأن يحتاج المال الشائع لترميمات مستعجلة أو يكتشف بها عيب أو يقع عليها تجاوز من أجنبي⁽¹⁾ .
وإذا لم يبذل الشريك المنتفع العناية المطلوبة وترتب على ذلك أن لحق ضرر بالعين فإنه يحق لبقية الشركاء أن يطالبوا بالفسخ وإنهاء المهاية أو حتى المطالبة بإنهاء الشيوخ بالقسمة ، أو المطالبة بإصلاح الضرر بالتنفيذ العيني إذا كان الأخير ممكناً .

وفي القانون المدني العراقي يعتبر المال الشائع أمانة بيد الشريك المنتفع فلا يضمنه إلا إذا هلك بتعد منه أو تقصير ، وهذا خلاف المشرع المصري الذي جعل هلاك المال الشائع بيد الشريك المنتفع قرينة على هلاكه بخطأ المنتفع ، إلا أنها قرينة قابلة لإثبات العكس .
فالأصل أن يستخدم الشريك المنتفع المال الشائع على النحو المنق عليه لان العقد شريعة المتعاقدين وبخلاف ذلك لا بد أن يكون الاستعمال موافق لما أعد له المال ، أو ما يقتضيه العرف ، وهذا ما أشارت إليه المادة (762) مدني عراقي .

وللقاضي السلطة التقديرية الواسعة للتعرف على الغرض الذي أعد له المال الشائع من خلال الرجوع إلى طبيعة المنطقة وطريقة البناء ، فهناك فرق بين عفار في منطقة سكنية وعفار في منطقة صناعية بحته⁽⁶⁵⁾ .

وتطبيقاً للمادة (765) من القانون المدني العراقي أشارت محكمة التمييز العراقية أنه إذا اشترط الشريك المؤجر على الشريك المنتفع استعمال المال الشائع المأجور لغرض معين ووافق الشريك المنتفع فليس للأخير أن يستغله لغرض آخر⁽²⁾ .

أما المشرع المصري فأشار إلى استعمال المال الشائع حسب الاتفاق فأن لم يوجد فيستعمل حسب الغرض الذي أعد له تطبيقياً لنص المادة (579) من القانون المدني .

وإذا خالف الشريك المنتفع ما تقدم ذكره من أحكام ، فأن المشرع العراقي لم يذكر الجزاء المترتب على ذلك، ولكن من خلال تطبيق القواعد العامة نلاحظ أن الجزاء يكون حق المنتفع بالمطالبة بالفسخ وإنهاء المهاية وطلب إنهاء الشيوخ في بعض الحالات والمطالبة بالتنفيذ العيني بإزالة الاستعمال المشكو منه أو تغيير طريقة الاستعمال مع التعويض أن كان له مقتضى .

1 - د. عبد الرزاق السنهوري ، المصدر السابق ، ص 736 .

2 - د. أنور طلبه ، الشهر العقاري ، بدون مكان طبع ، 1989 ، ص 713 .

الفرع الثاني : ادارة غير معتادة

ثانيا : إدارة المال الشائع المعتادة:

الأصل في إدارة المال الشائع أن تكون من سلطة الشركاء مجتمعين ، فإن إتفق الشركاء جميعا على نظام معين لإدارة مالهم الشائع بينهم ، كان هذا النظام هو الواجب الإتباع سواء تعلق الأمر بالإدارة المعتادة أو غير المعتادة . وقد يختارون شخصا ينوب عنهم في إدارة المال الشائع سواء كان هذا الشخص منهم ، أو كان اجنبيا عنهم ، وقد يستخلص هذا الإتفاق ضمنيا من ظروف الحال(1)

كأن يقوم أحد الشركاء بالإدارة دون إعتراض بقية الشركاء .

وقد قدر المشرع الجزائري هذا التنظيم ، فأعتبره أصلا في إدارة المال الشائع ، وذلك في المادة 715 من ت، م . غير أن الوصول إلى هذا الإتفاق بإجماع الشركاء ليس أمرا ميسورا في الغالب من الأحيان ، ولذلك حدد المشرع النصاب المعقول الذي يمكن تحقيقه ، فنص في المادة 716 على أنه " يكون ملزما للجميع كل ما يستقر عليه رأي أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة ، وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصبة ، فإن لم توجد الأغلبية فللمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء أن تتخذ التدابير اللازمة ، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع .

وللأغلبية أيضا أن تختار مديرا ، كما أن لها أن تضع للإدارة ولحسن التصرف بالمال الشائع نظاما يسري حتى على خلفاء الشركاء جميعا سواء أكان الخلف عاما أو خاصا. وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون إعتراض من الباقيين عد وكيلا عنهم "(2)

1 - أشار المشرع المصري إلى هذه الأحكام في المادة (571) من القانون المدني وهي مطابقة لما أورده المشرع العراقي .

2 - أنظر بهذا المعنى د. السنهوري ، مصدر سابق ، ص 739 .

وأعمال الإدارة المعتادة هي الالتصرف بالشيء دون تغيير أساسي أو تعديل في الغرض الذي أعد له ذلك الشيء أو المال الشائع . كإيجار أرض زراعية أو محل تجاري أو شراء السماد للأرض وزراعتها أو جني محصولها وبيعه ، وقد خول النص المذكور أغلبية الشركاء العادية للقيام بهذه الأعمال . والأغلبية المقصود هنا هي النصف زائد واحد.(1)

فهذه الأغلبية أن تختار مديرا من بين الشركاء أو أجنبيا ، فيكون هو صاحب الشأن في أعمال الإدارة المعتادة .وإذا حددت الأغلبية نظاما لحسن الالتصرف بالمال الشائع ، تفيد به سائر الشركاء ، كما يسري هذا النظام في حق خلفائهم سواء أكان خلفا عاما أو خلفا خاصا . فكل ما يستقر عليه رأي الأغلبية يلزم الأقلية التي خالفت هذا الرأي ، وليس لهذه الأقلية أن تتظلم إلى المحكمة وإذا قامت الأقلية أو إستقل شريك بأعمال الإدارة والمعتادة ، فإنها لاتسري في حق الشركاء الباقين وفقا للقواعد العامة ، كأن يقوم أحد الشركاء أو أقليتهم بتأجير المال المشاع ، فإن هذا الإيجار لايسري إلا في حق من أبرموا العقد ، وبالتالي جاز للأغلبية طرد المستأجر من العين ، وعلى هذا الأخير أن يرجع على المؤجرين إلا إذا كان لا يعلم بحالة الشيوخ ، ففي هذه الحالة يستطيع أن يطلب إبطال الإيجار على أساس الغلط.(2)

1 - د. جعفر أفضلي ، العقود المسماة ، عقد الإيجار ، مديرية دار الكتب ، الموصل ، 1989 ، ص 242 .
2 - د. محمد مطر ، عقد الإيجار ، الدار الجامعية ، بيروت ، بدون سنة طبع ، ص 147 .

الخاتمة

أولاً : النتائج

- 1 - التصرف أفتاق بين الشركاء على تنظيم الالتصرف بالمال الشائع وهي أما أن تكون مرتكزة على الزمان وهي المهاية الزمانية أو مرتكزة على المكان وهي المهاية المكانية .
- 2 - لا يمكن أن نكون أمام مهاية ما لم يحصل الأفتاق بين الشركاء جميعاً ، لأن أفتاق جميع الشركاء عنصر مهم وجوهري في وجود المهاية ، باستثناء بعض الحالات التي تتم المهاية فيها عن طريق القضاء دون حاجة إلى أجماع الشركاء عليها وهما حالتان أحدهما أشار إليها المشرع العراقي في المادة (1080) وحصرها في المنقولات دون العقارات ، والثانية أشار إليها المشرع المصري في المادة (849 ف 2).
- 3 - لا يمكن للمهاية في القانون المدني العراقي أن تكون سبباً لإنهاء الشيوخ ، خلاف المشرع المصري الذي أجاز اتصرف اب المهاية المكانية إلى قسمة نهائية وبذلك فمن الممكن أن تكون سبباً في إنهاء الشيوخ .
- 4 - عقد المهاية من العقود محددة المدة إذ اشترط المشرع العراقي والمصري أن لا تتجاوز مدتها خمس سنوات ، وأساس ذلك هو أن الشريك لا يمكن أن يجبر على البقاء في الشيوخ بموجب نص أو أفتاق لمدة تزيد على هذه المدة .
- 5 - المهاية عقد ملزم للجانبين ، يترتب آثار بزمة كل طرف من أطرافه ، وهو من العقود الرضائية الواردة على المنفعة والتي لا تحتاج إلى أي شكلية لانعقادها حتى لو وردت على عقارات

ثانياً : التوصيات

- من خلال البحث والنتائج التي اشرنا لها يمكن لنا أن نقترح التوصيات الآتية :-
- 1 - لا يمكن أن تكون المهاية بأي حال من الأحوال في القانون المدني العراقي سبباً من أسباب إنهاء الشيوخ ، لذلك نقترح على المشرع العراقي أن ينظم موضوع المهاية ضمن حالات التصرف بالمال الشائع ، وليس ضمن حالات إنهاء الشيوخ .
 - 2 - نتيجة للإجراءات القضائية المعقدة والطويلة نقترح على المشرع العراقي أن يأخذ بالمهاية القضائية التي تسبق إجراءات القسمة النهائية لأن الأخيرة قد تطول بسبب ما ذكرناه سابقاً لذلك فمن الأفضل أن ينظم الالتصرف بالمال الشائع من خلال المهاية لحين أتمام إجراءات القسمة ، لتقليل المشاكل والاستقرار بالأوضاع دون الأضرار بأي من الشركاء المتهايين .

المصادر

- 1- حسين، أحمد فرج، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، بلاسنة طبع، ص 135.
- 2- السنهوري، عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج6، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بلاسنة طبع،
- 3- مرقس، سليمان وإمام، محمد علي، عقد البيع، مطبعة نهضة مصر 1955، بند (11)، استنادنا العامري، سعدون، البيع والإيجار، ط3، مطبعة العاني، بغداد 1974، ص 13 .
- 4- الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود، المتوفى سنة 587هـ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط1، ج5، شركة المطبوعات العلمية بمصر، 1327 هـ
- 5- الامام الشافعي أبي عبد الله محمد بن إدريس، المتوفى سنة 204هـ، الأم، ج8، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت 1990، ص 172.
- 6- الحكيم، عبد المجيد، البكري، عبد الباقي، البشير، محمد طه، أحكام الالتزام، بغداد 1980،
- 7- الحكيم، عبد المجيد، البكري، عبد الباقي، البشير، محمد طه، مصادر الالتزام، العراق 1980
- 8- سلطان، أنور، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، ط1، عمان 1987، ص 174.
- 9- دياب، أسعد، زياده، طارق، أبحاث في التحديد والتحرير والسجل العقاري، منشورات المكتبة الحديثة، طرابلس، لبنان 1985، ص 12.
- 10- نخلة، مورييس، الكامل في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة، ج5، منشورات الحلبي الحقوقية، 2000، ص 118
- 11- د. جعفر جواد أفضلي، إيجار العقار الشائع في القانون المدني، بحث منشور في مجلة العدالة، تصدر عن وزارة العدل، الدائرة القانونية، 14، 2001، ص 86 .

- 12- د. منصور حاتم محسن ، الالتصرف بالشيء المملوك شيوعاً عادياً في القانون المدني العراقي ، بحث منشور في مجلة بابل للعلوم الإدارية والقانونية ، م5 ، 64، حزيران 2000 ، ص 921 .
- 13- د. صلاح الدين الناهي ، محاضرات في القانون المدني ، حق الملكية في ذاته ، معهد الدراسات العربية العالي ، 1961 ، ص 200 .
- 14- د .حسن علي الذنون ، الحقوق العينية الأصلية ، شركة الرابطة للطباعة ، بدون سنة طبع ، ص86 .
- 15- د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط ج8 ، حق الملكية ، تنقيح المستشار أحمد المراعي، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2004 ، ص 739 .
- 16- د. منصور مصطفى ، حق الملكية ، مكتبة عبد الله وهبه ، مصر ، 1965 ، ص 134 .
- 17- د. غني حسون طه ، حق الملكية ، مطبوعات جامعة الكويت ، بدون سنة طبع ، ص 105 ، هامش 2 .
- 18- د. عبد المنعم البدراوي ، الحقوق العينية الأصلية ، ط2 ، دار الكتاب العدلي للطباعة ، 1956 ، ص 142 ، بند 114 .
- 19- د. منصور حاتم محسن ، الالتصرف بالشيء المملوك شيوعاً عادياً في القانون المدني العراقي ، بحث منشور في مجلة بابل للعلوم الإدارية والقانونية ، م5 ، 64، حزيران 2000 ، ص 921 .