

مفهوم المهايأة وتكييفها(*)

د. ندى سالم حمدون ملا علو

مدرسي القانون المدني

كلية الحقوق / جامعة الموصل

أقدمة :

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

أولاً. أهمية البحث:

تثير الملكية الشائعة العديد من المنازعات بين الشركاء وذلك لخصوصية هذا النوع من الملكية، إذ أن كل شريك يملك حصته ملكاً تاماً وهذه الحصاة تتعلق بكل جزئية من المال الشائع، وفي الوقت نفسه يعد أجنبياً عن حصص الشركاء الآخرين. هذه المعادلة جعلت من الصعوبة انتفاع الشركاء بالمال الشائع، لذلك وجدت عدة طرق للانتفاع بالمال الشائع تضمن تحقيق العدالة والمساواة بين الشركاء، وكانت المهايأة إحدى هذه الطرق بل أكثرها تحقيقاً للعدالة، إذ يقسم الشركاء منفعة المال الشائع مع بقاء ملكية الرقبة مشاعة بينهم لمدد معينة تتناسب مع حصصهم، وقد اهتم الفقهاء المسلمون بالمهايأة ووضعوا لها أحكاماً خاصة، كذلك أخذت القوانين المدنية بالمهايأة كأحد طرق الانتفاع بالمال الشائع، فقد نظم المشرع العراقي أحكامها في المواد (١٠٧٨-١٠٨٠) من القانون المدني العراقي، كذلك نظمها المشرع المصري والسوري واليمني ومشرع دولة الإمارات العربية المتحدة لأنها تعد الصورة الأكثر شيوعاً بين الشركاء للتخلص من التداخل الذي يثيره هذا النوع من الملكية. ومع ذلك نجد أن القوانين المدنية قد أغفلت عدداً من الجوانب المهمة التي أخذ بها الفقه الإسلامي عندما نظمت المهايأة، لذلك أردنا في هذه الدراسة تسليط الضوء على هذه الجوانب وبيان موقف الفقه الإسلامي والقوانين المقارنة من المهايأة وخاصة الأحكام المتعلقة بمفهوم المهايأة وتكييفها.

ثانياً. نطاق البحث:

(*) أستلم البحث في ٢٤/١٠/٢٠٠٨ *** قبل للنشر في ٣/١١/٢٠٠٨ .

المهاية تكون بين المالكين للرقبة وقد تكون بين المالكين للمنفعة فيجوز أن تجري بين المستأجرين، وفضلاً عن ذلك فقد تجوز المهاية بالوقف وتجري كذلك بين أصحاب حقوق التصرف أو ممكن أن تجري بين مالك الرقبة ومالك المنفعة كالمستأجر، إلا أننا سنتناول في هذه الدراسة فقط المهاية التي تجري بين الشركاء على الشيوع، وبالتحديد مفهوم المهاية وتكييفها، ولن نتطرق الى حقوق والتزامات الشركاء المتهايين وذلك لسعة الموضوع ولأن مشكلة المهاية في القوانين تكمن في مفهومها وتكييفها.

ثالثاً. منهجية البحث:

اخترنا نماذج من القوانين المدنية العربية للمقارنة مع القانون المدني العراقي، لأن مواقف هذه القوانين كانت متباينة في تنظيم المهاية ووجود نقاط اتفاق بينها في بعض الأحيان، وحاولنا مقارنة هذه المواقف بأراء الفقهاء المسلمون اللذين نظموا المهاية وتطرقوا الى تفاصيلها، وبالإضافة الى أسلوب المقارنة مع القوانين المدنية والفقهاء الإسلامي اعتمدنا المنهج التحليلي في المواضع التي لم يتم تنظيمها أو في ترجيح آراء الفقهاء المسلمون والقوانين.

رابعاً. هيكلية البحث:

قسمنا البحث على مبحثين بعد المقدمة.

المبحث الأول: مفهوم المهاية ومصادرها.

المطلب الأول: مفهوم المهاية.

المطلب الثاني: مصادر ونشوء المهاية.

المطلب الثالث: أنواع المهاية.

المبحث الثاني: تكييف المهاية.

المطلب الأول: تكييف المهاية إعارة.

المطلب الثاني: تكييف المهاية اجارة.

المطلب الثالث: تكييف المهاية قسمة.

البحث الأول

مفهوم المهايأة ومصادرها

ان بيان مفهوم المهايأة، يقتضي تعريفها أولاً، وهذا ما سنتعرف عليه في المطلب الأول، ثم نتناول مصادر نشوء المهايأة في المطلب الثاني، وخصصنا المطلب الثالث لبيان أنواع المهايأة.

المطلب الأول

تعريف المهايأة

المهايأة لغة مأخوذة من الفعل هيا، يقال هاء يهوء ويهيء، والهيئة الحالة الظاهرة، وتهايأت للشيء أخذت له اهبتة وتفرغت له، وتهايأ القوم جعلوا لكل واحد هيئة معلومة والمراد بها النوبة^(١).

أما اصطلاحاً فتعرف المهايأة بأنها "قسمة المنافع على التعاقب والتناوب"^(٢)، وتعرف كذلك بأنها "قسمة انتفاع تتم عن طريق اتفاق مؤقت يراد به تنظيم الانتفاع بالمال الشائع"^(٣).

وهناك من اقتصر على تعريفها بأنها عبارة عن "قسمة منافع"^(٤)، أو هي "قسمة منافع الشيء مع بقاء ملكيته شائعة"^(٥).

وتسمى المهايأة القسمة المؤقتة كما ورد في تسمية الباب الرابع من القانون المدني اليمني رقم (١٩) لسنة ١٩٩٢.

من خلال التعريفات السابقة يتبين أن المهايأة هي قسمة لكن محلها المنفعة وبهذا تختلف عن القسمة النهائية التي هي قسمة أعيان تنهي حالة الشيوخ، ونلاحظ أن التعريف الأول ركز على أن المهايأة قسمة منافع على التعاقب والتناوب،

وهذا التعريف حصر المهايأة بنوع واحد هو المهايأة الزمانية فقط، في حين أن المهايأة قد تكون زمانية وقد تكون مكانية - كما سنرى ذلك لاحقاً- لأن مصطلحي

(١) أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٣٨٣.

(٢) علي بن محمد بن علي الجرجاني، التعريفات، ط ١، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ٢٠٠٧، ص ٢١٢.

(٣) د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٨٢، ص ٢٤٧.

(٤) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج ٣، مكتبة النهضة، بيروت، لبنان، ص ١٩٤.

(٥) د. علي هادي العبيدي، الحقوق العينية، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن، ١٩٩٩، ص ٥١.

التعاقب والتناوب يقتضيان الترتيب الزمني (كل شيء جاء عقب شيء فقد عاقبه)^(١)، و (تناوبوا الشيء تداولوه بينهم)^(٢).

أما التعريف الثاني فقد عدها قسمة منفعة يراد بها تنظيم الانتفاع بالمال الشائع بين الشركاء، وأن المهياة تتم عن طريق الاتفاق المؤقت بين الشركاء، ونلاحظ أن هذا المصطلح غير دقيق، وذلك لأنه الحق صفة المؤقت بالاتفاق الذي تنشأ به المهياة والمقصود به هنا العقد المبرم بين الشركاء، ولا يوجد هناك ما يسمى بالاتفاق المؤقت والاتفاق الدائم، لكن المهياة التي أطلق عليها البعض القسمة المؤقتة تمييزاً لها عن القسمة النهائية التي تنهي الشئوع، فصفة الوقتية تلحق المهياة نفسها وليس العقد أو الاتفاق.

إن للمهياة تعريفان: تعريف عام وهو (قسمة المنافع) يشمل كل الحالات التي تجوز فيها المهياة وهي المهياة بين المالكين لرقبة المال مثل الشركاء، أو التي تجري بين المالكين للمنفعة كالمستأجرين، وكذلك تجوز المهياة بالوقف وبين أصحاب حقوق التصرف والمهياة بين المستأجر والمالك^(٣).

وتعريف خاص هو موضوع بحثنا حيث يمكن أن تعرف المهياة بأنها "طريقة لتنظيم الانتفاع بالمال الشائع بين الشركاء عن طريق الاتفاق بينهم على قسمة منفعة المال الشائع بينهم وحسب طبيعة هذا المال".

المطلب الثاني

مصادر نشوء المهياة

بما أن المهياة طريقة لتنظيم الانتفاع بالمال الشائع بين الشركاء، لذلك وجب أن تنشأ برضاء الشركاء وموافقهم، فالأصل في المهياة أنها عقد، إلا أنه في حالات خاصة قد يكون مصدر نشوء المهياة القضاء في حالة امتناع الشركاء عن الاتفاق عليها، وهذا ما سنتناوله في هذا المطلب الذي قسمناه على فرعين، الفرع الأول إرادة الشركاء، الفرع الثاني القضاء.

الفرع الأول

(١) أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصدر السابق، ص ٢٤٩.

(٢) أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصدر السابق، ص ٣٧٣.

(٣) المهياة تجزي في الوقف إذا كان المنزل الموقوف لسكنى أولاد الواقف وأولاد أولاده صغيراً ولم يكن ممكناً لهم حق

السكنى أن يسكنوا الدار جميعاً، أنظر: علي حيدر، المصدر السابق، ج ٣، ص ١٩٢.

إرادة الشركاء (المهياة الرضائية)

ان القاعدة التي تقوم عليها الملكية الشائعة هي أن الشريك يملك حصته ملكاً تاماً، وبالمقابل يعد أجنبياً عن حصص الشركاء الآخرين^(١)، فأى انتفاع من قبل الشريك بحصته التي تعد حقاً له يؤدي بالضرورة الى وضع يده على حصص الشركاء الآخرين، لذلك يجب أن يكون هذا الانتفاع برضاهم، وبالمقابل يكون لباقي الشركاء مثلما لهذا الشريك من حق الانتفاع، وبما ان المهياة هي أحد طرق الانتفاع بالمال الشائع وهي تستوجب وضع الشريك يده على حصص الشركاء الآخرين عند انتفاعه، لذلك يجب أن يكون ذلك بارادتهم وموافقتهم، فالمهياة الأصل فيها أن تنشأ بعقد، وسنبين فيما يأتي خصائص هذا العقد أولاً، ثم أركانه ثانياً.

أولاً. خصائص عقد المهياة:

١. ان عقد المهياة هو عقد رضائي يقوم على رضا ومحل وسبب ولا يحتاج الى شكلية معينة لإبرامه.
٢. ان عقد المهياة من عقود المعاوضة، حيث أن كل متعاقد (شريك) يأخذ مقابلاً لما أعطى ويعطي مقابلاً لما يأخذ^(٢)، إذ ينتفع الشريك بالمال الشائع في مقابل انتفاع الشريك الآخر به لمدة أخرى إذا كانت المهياة زمانية، أو بجزء مفرز من المال الشائع إذا كانت المهياة مكانية.
٣. ان عقد المهياة من العقود الملزمة للجانبين، فهذا العقد ينشئ التزامات على عاتق كل من المتعاقدين فيكون كل منهما دائناً للآخر ومديناً له^(٣)، فكل شريك تقع عليه التزامات عند انتفاعه بالمال الشائع مهياةً وبالمقابل له حقوق على الشريك الآخر.

ثانياً. أركان عقد المهياة:

ان عقد المهياة عقد رضائي قائم على رضا ومحل وسبب، إذ يبرم هذا العقد بين الشركاء بالمال الشائع وينصب على منفعة هذا المال التي يتقاسمها الشركاء إما زمانياً أو مكانياً والسبب هو تنظيم الانتفاع بالمال الشائع بين الشركاء، وتتناول فيما يأتي أطراف عقد المهياة، ثم نبين محل هذا العقد وسببه.

١. أطراف عقد المهياة:

(١) أنظر: (م ١٠٦١ ف١)، (م ١٠٦٢ ف٢) من القانون المدني العراقي.

(٢) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج ١، مصادر الالتزام، ط ٥، مطبعة النديم، بغداد، ص ٤٨.

(٣) د. عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق، ص ٤٥.

ذكرنا عند تعريفنا للمهاية أنها عقد يبرم بين الشركاء لتنظيم الانتفاع بالمال الشائع، لذلك حتى يكون العقد صحيحاً يجب أن يكون العاقدان شركاء على الشيوع فلا يجوز أن يكون العاقدان أو أحدهم أجنبياً عن المال الشائع أو أن يكون شريكاً ولكنه فقد هذه الصفة لأي سبب كان سواء تصرف بحصته من المال الشائع بالبيع أو الهبة أو أي تصرف آخر ناقل للملكية، لأنه بذلك يكون قد خرج من الشيوع ولا حاجة له لتنظيم الانتفاع به، المهم أن يكون العاقد (شريكاً) عند إبرام عقد المهاية، فإذا كان كذلك تكون المهاية صحيحة، أما إذا فقد هذه الصفة بعد إجراء المهاية فإنه يترتب عليه انتهاء المهاية.

وقد أكد القانون المدني العراقي على أن العاقد يجب أن يكون شريكاً عندما نص في المادة (١٠٧٨) على "١. يجوز الاتفاق ما بين الشركاء على قسمة المال الشائع مهاية....." وهذا أيضاً الموقف نفسه الذي أكدت عليه القوانين محل المقارنة^(١).

لكن يثار تساؤل ما الحكم لو أن الشريك نقل ملكية منفعة حصته الشائعة الى الغير (المستأجر أو المستعير أو المنتفع أو صاحب حق الاستعمال والسكنى) أو نقل حيازة الحصّة الشائعة الى الغير (المرتهن في الرهن الحيازي) وأراد باقي الشركاء الاتفاق على المهاية، فهل يعد تصرف الشريك بحصته بهذه التصرفات مانعاً من الاتفاق عليها؟ أم ممكن أن تجرى المهاية بين المستأجر أو المنتفع أو المستعير أو صاحب حق الاستعمال والسكنى أو المرتهن وبين باقي الشركاء؟ سنحاول الإجابة عن التساؤل السابق من خلال ما يأتي، وسنركز على المستأجر والمرتهن على اعتبار أن الإيجار والرهن هما من العقود الأكثر شيوعاً، كما أن الأحكام التي سيتوصل إليها بالنسبة للمستأجر تنطبق على المستعير والمنتفع وصاحب حق الاستعمال والسكنى.

١. المستأجر:

يجوز للشريك في الشيوع أن يؤجر حصته الشائعة للشريك ولغير الشريك^(٢)، فإذا أجز حصته للشريك فلا مجال هنا للحديث عن المهاية، لأن

(١) ينظر: نصوص المواد (٨٤٦) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨، (٨٠٠) من القانون المدني السوري رقم (٨٤) لسنة ١٩٤٩، (١٢٢٧) من القانون المدني اليمني رقم (١٩) لسنة ١٩٩٢، (١١٧٧) من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم (٥) لسنة ١٩٨٥.

(٢) أجاز جمهور الفقهاء المسلمون من المالكية والشافعية والحنابلة إيجار الشريك لخصته الشائعة للشريك وللغير، ينظر: محمد بن عبد الرحمن المغربي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج٥، ط٢، دار الفكر، بيروت، ١٣٩٨هـ،

الشريك الذي يؤجر حصته لشريكه لا يريد الانتفاع بها وإنما نقل ملكية منفعتها الى الشريك الآخر. لكن ما الحكم إذا قام الشريك بايجار حصته الشائعة الى غير الشريك، ثم أراد باقي الشركاء الاتفاق على المهايأة، فهل يجوز لهم الاتفاق عليها مع المستأجر على اعتبار أن المهايأة هي قسمة منافع والشركاء يملكون المنفعة أما الشريك المؤجر فقد نقل ملكية منفعة حصته الشائعة الى المستأجر؟

إن فقهاء الحنفية أجازوا أن تجري المهايأة بين المالك (الشريك غير المؤجر) والمستأجر (الذي يحل محل الشريك المؤجر في ملكية المنفعة) إلا أنهم ضيقوا من نطاق هذه المهايأة فلا يجوز أن يجبر المستأجر عليها فهي جائزة رضاءً فقط، كذلك عدوها عقد غير لازم فلكل واحد المستأجر أو المالك فسخها ولو بلا عذر^(١).

لكن هذا الرأي قد لايجوز الأخذ به في القانون المدني العراقي وذلك للسببين الآتيين:

١. ان نص المادة (١٠٧٨) من القانون المدني العراقي حصرت حق الاتفاق على المهايأة بين الشركاء "١. يجوز الاتفاق ما بين الشركاء على قسمة المال الشائع مهايأة....."، بموجب هذا النص حدد المتعاقد في المهايأة في المال الشائع بـ (الشريك) فقط، لذلك لايجوز أن تجري المهايأة بين الشريك والمستأجر.

٢. ان أحد الالتزامات التي تقع على عاتق المؤجر في عقد الايجار هو تسليم المؤجر المأجور للمستأجر وأن يبقى المأجور تحت يد المستأجر بشكل متصل ومستمر لا تتخلله فترات انقطاع الى حين انتهاء عقد الايجار^(٢)، واتفاق المستأجر مع الشريك على المهايأة

ص٤٢٢؛ محمد الزهري الغمراوي، السراج الوهاج على متن المنهاج، ج١، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ص٢٨٥؛ علي بن سليمان المرادوي، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ج٦، تحقيق محمد حامد الفقي، دار احياء التراث العربي، بيروت، ص٣٣. وخالفهم الحنفية الذين لم يجزوا ايجار الحصة الشائعة إلا للشريك فقط، للمزيد من التفصيل، أنظر: ===علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٤، ط٢، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٨٢، ص١٨٨. والمشروع العراقي أخذ برأي الجمهور فأجاز ايجار الحصة الشائعة للشريك ولغير الشريك، أنظر: نص المادة (١٠٦١ ف٣) من القانون المدني العراقي.

(١) ينظر: علي حيدر، المصدر السابق، ج٣، ص١٩٣.

(٢) المادة (٧٤٣) من القانون المدني العراقي.

سوف يؤدي الى تخلي المستأجر عن الحصة التي استأجرها لمصلحة الشريك المتهايي وبذلك يقع تناقض لأنه يجب أن يبقى المأجور تحت يده بقاءً متصلاً ومستمرًا.

أما القانون المدني اليمني فقد نص في القواعد المنظمة لعقد الايجار في المادة (٦٩٣) على "يصح تأجير المشاع الى الشريك مطلقاً والى الغير فيما يمكن قسمته والانتفاع به ولو بالمهايأة....." وفق هذا النص يجوز ايجار الشريك لحصته الشائعة لغير الشريك فقط إذا كان المال الشائع يقبل القسمة والمهايأة، وذلك لتسهيل تسليم الحصة المأجورة الى المستأجر ولإمكان اجراء المهايأة بينه وبين الشركاء الآخرين، إلا أن المشرع اليمني عاد ونص على صفة المتعاقد في المهايأة ويجب أن يكون شريكاً في نص المادة (١٢٢٧) "قسمة المنافع نوعان: الأول: أن يختص كل من الشركاء.....". وبذلك قد لا يكون قصد المشرع اليمني حل هذه المسألة وإنما الأمر يتعلق بتسليم الحصة المأجورة الى المستأجر إذا كان أجنبياً عن الشركاء.

ونلاحظ ضرورة أن ينتبه المشرع العراقي الى هذه المسألة عند تنظيمه لأحكام المهايأة ولا يحصر اجراء المهايأة بين الشركاء فقط، وإنما يطلقها بين مالكي منفعة الحصة الشائعة على أن تكون مهايأة رضائية فقط حتى لانفع في تناقض بين أحكام المهايأة وأحكام عقد الايجار.

٢. المرتهن رهناً حيازياً^(١):

قد يرهن الشريك في المال الشائع حصته الشائعة رهناً حيازياً، ويقوم بتسليم هذه الحصة الى المرتهن الذي يحتفظ بحيازتها بيده أو بيد عدل حتى تبين نتيجة الرهن، ذلك أن الحيازة أو القبض ركن في عقد الرهن الحيازي لاينعقد العقد إلا بها^(٢).

(١) نستبعد الرهن التأميني ذلك أن هذا النوع من الرهن يبقى العقار المرهون تحت يد الراهن ولا ينقل حيازته الى المرتهن، للمزيد من التفصيل، أنظر: د. محمد طه البشير، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٦٨، ص٦٦، وبذلك يستطيع الراهن للحصة الشائعة الاتفاق على المهايأة مع الشركاء الآخرين لأنه لايتخلى عن حيازة هذه الحصة.

(٢) ينظر: نص المادة (١٣٢١ و ١٣٢٢، ف١) من القانون المدني العراقي، وللمزيد من التفاصيل، راجع: محمد طه البشير، د. غني حسون طه، الحقوق العينية، ج٢، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة بغداد، كلية القانون، ١٩٨٢، ص٥٠٩.

ونتساءل إذا رهن الشريك حصته الشائعة رهناً حيازياً، ثم أراد باقي الشركاء أن يتفقوا على المهايأة، فهل يجوز لهم ذلك مع وجود الرهن؟ وهل يجوز أن تجري المهايأة بين المرتهن وباقي الشركاء؟ ابتداءً لم يجز الحنفية رهن الحصاة الشائعة لا للشريك ولا لغيره لأن الرهن الحيازي يستلزم حبس العين المرهونة حتى يستوفي الدائن المرتهن دينه، وهذا غير متصور في الحصاة الشائعة، لأن المرتهن إذا حبس الشيء الشائع كله يكون قد تجاوز الى حقوق الشركاء الآخرين، وإذا تناوب الحبس معهم فان ذلك يفوت عليه الغاية المقصودة من الرهن^(١)، إذا أخذنا بهذا الرأي فليس هناك ثمة مشكلة تثار لأنه أساساً لا يجوز رهن الحصاة الشائعة وبالتالي لا تثار مشكلة المهايأة بين الشريك والمرتهن.

أما رأي جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة فانهم أجازوا رهن الشريك لخصته الشائعة^(٢)، وهذا الاتجاه أخذ به القانون المدني العراقي إذ أجاز للشريك رهن حصته الشائعة ولا يتقيد بذلك إلا بعدم الإضرار بالشركاء الآخرين^(٣).

بالنسبة للرأي الذي أجاز رهن الحصاة الشائعة، أجاز أن تجري المهايأة بين المرتهن والشريك "تجري المهايأة بين المرتهن والشريك كالشريكين أي كجريانها بينهما"^(٤)، وهناك من أجاز أن تجري المهايأة بين الراهن والمالك (الشريك) "الإفراز ليس بشرط بل يصح رهن المشاع ثم تجري المهايأة بين الراهن والمالك"^(٥).

وإذا رجعنا لنصوص القانون المدني نلاحظ أنه لانستطيع الأخذ بالرأي السابق مع العلم أن المشرع العراقي أخذ بجواز رهن الحصاة الشائعة وذلك للأسباب الآتية:

(١) علاء الدين الكاساني، المصدر السابق، ج٦، ص١٣٨.

(٢) ينظر: منصور بن إدريس البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستتفع، ج٢، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، ١٣٩٠هـ، ص١٦٢؛ محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة ألفاظ المنهاج، ج٢، دار الفكر، بيروت، ص١٢٣.

(٣) المادة (١٠٦١) من القانون المدني العراقي.

(٤) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ج٢، ص١٤٥.

(٥) عبد الحميد الشيرواني، حواشي الشرواني على تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ج٥، دار الفكر، بيروت، ص٥٥.

١. ان نص المادة (١٠٧٨) من القانون المدني حصر الاتفاق على المهايأة بالشركاء على الشيوع فقط كما ذكرنا ذلك عندما تحدثنا عن المستأجر.
٢. ليس من المنطقي أن تجري المهايأة بين المرتهن والشريك؛ لأن المرتهن يحبس الحصة الشائعة لضمان دينه ولا تنتقل اليه لا ملكية هذه الحصة ولا حتى ملكية منافعها، ومن يتهاياً يشترط فيه أن يكون مالكاً للمنفعة، فلا نستطيع تطبيق الحكم الخاص بالمستأجر على المرتهن لاختلاف سبب وضع اليد على الحصة الشائعة واختلاف حق كل واحد منهما عن الآخر.
٣. المرتهن يقع عليه التزام إدارة المرهون واستغلاله^(١). وليس للمرتهن أن ينتفع بالمرهون دون مقابل والقول بجواز أن يتهاىء مع الشريك يؤدي انتقاعه بالمرهون دون مقابل.

أما بالنسبة للرأي الذي يذهب الى جواز الاتفاق على المهايأة بين الراهن والمالك كذلك فلا يجوز الأخذ به لأن عقد الرهن الحيازي عقد عيني لا ينعقد إلا بالقبض أو الحيازة من قبل المرتهن للمال المرهون، ولا يجوز أن تعود حيازة هذا المال الى الراهن مادام الرهن قائماً إلا في حالة واحدة نص عليها المشرع العراقي في المادة (١٣٣٧ ف٢) وهي جواز أن يستأجر الراهن العقار المرهون رهناً حيازياً من المرتهن فان له الانتقاع بها وبالتالي يجوز أن يتفق مع باقي الشركاء على المهايأة.

إذاً لا يجوز أن يبرم عقد المهايأة في الشيوع إلا من كان شريكاً في المال الشائع، إلا أنه قد يملك الغير منفعة الحصة الشائعة كالمستأجر والمنفع وصاحب حق الاستعمال والسكنى وتبقى ملكيتها للشريك، إلا أنه لا يجوز أن تجرى المهايأة بين هؤلاء وبين الشريك، لأن نص المادة (١٠٧٨) حدد المتعاقد في المهايأة بالشريك فقط، عليه فان ذلك يؤدي الى أن تكون التصرفات التي يجريها الشريك على حصته مضرّة وعقبة في وجه باقي الشركاء للانتقاع بالمال الشائع عن طريق المهايأة^(٢)، لذلك من الضروري أن يلتفت المشرع لهذه المسألة ويجيز أن تكون المهايأة في المال الشائع لكل من يملك المنفعة لأنها بالأصل قسمة منافع. ولا يخضع مرتهن الحصة الشائعة لهذا الحكم لأن حيازة الحصة هي التي انتقلت وليس منافعها وإنما يجوز أن تجري بين الراهن والشريك الآخر إذا أجر المرتهن الحصة الشائعة الى الراهن.

(١) ينظر: نص المادة (١٣٣٨) و (١٣٣٩) من القانون المدني العراقي.

(٢) في حين أن الشريك يتقيد عند تصرفه بحصته الشائعة بعدم الإضرار بحقوق الشركاء الآخرين،

(م ١٠٦١ ف٢) من القانون المدني العراقي.

أما عن الأهلية المطلوبة في الشركاء فان المهاية فيها تأخير حق الشركاء فلا تحصل إلا بالتراضي^(١) القائم على رضا وإرادة. فأما الأهلية المطلوبة في المهاية فقد أخضعها المشرع العراقي في المادة (١٠٧٩) لأحكام عقد الايجار على اعتبار أنها ترد على المنافع فتعامل معاملة العقود الواردة على المنفعة والأهلية المطلوبة فيها هي العقل والتمييز^(٢). والإرادة وصحتها واعتلالها نرجع فيها الى القواعد العامة فهي التي نظمت صحة الإرادة وعيوبها في التصرفات القانونية^(٣).

٢. محل المهاية:

علمنا أن المهاية هي قسمة منافع المال الشائع بين الشركاء على الشبوع، لذلك فمحل المهاية هو منفعة المال الشائع، حيث تنتقل ملكية هذه المنفعة بالاتفاق الى الشريك المتهايي لمدة محددة أو لمكان محدد.

ويشترط في محل المهاية ما يشترط في محل العقد بصورة عامة من أن يكون هذا المحل معين أو قابل للتعيين أو موجوداً أو ممكن الوجود وقابل للتعامل فيه ومشروعاً^(٤).

بالاضافة الى هذه الشروط العامة للمحل، اشترط الفقهاء المسلمون شروطاً في محل المهاية وكالاتي:

١. أن ترد المهاية على المنقولات والعقارات على حد سواء.
٢. أن يكون المال الشائع غير قابل للاستهلاك لأن الشريك ملزم برد هذا المال الى الشريك الآخر عند انتهاء مدة المهاية.
٣. أن يكون محل المهاية من الأموال القيمة حتى يمكن الانتفاع بها حال بقاء عينها ولا تجري المهاية في المتليات^(٥).
٤. لايشترط أن تكون العين الشائعة قابلة للقسمة، فممكن أن ترد المهاية على العين الشائعة حتى وإن كانت غير قابلة للقسمة بالأصل، فمثلاً تجوز المهاية في الدار الكبيرة القابلة للقسمة والدار الصغيرة غير القابلة للقسمة لكن طبيعة العين الشائعة تحدد لنا نوع المهاية، فحتى يستطيع الشريك استيفاء المنفعة

(١) ابن حجر الهيتمي، الفتاوى الفقهية الكبرى، ج٣، دار الفكر، بيروت، ص١٨١.

(٢) المادة (٧٢٣) من القانون المدني العراقي التي نظمت أهلية العاقدين في عقد الايجار.

(٣) ينظر: نصوص المواد (١١٢-١٢٥) من القانون المدني العراقي.

(٤) ينظر: نصوص المواد (١٢٦-١٣١) من القانون المدني العراقي.

(٥) ينظر: نص المادة (١١٧٥) مجلة الأحكام العدلية، مشار إليها في: علي حيدر، المصدر السابق، ج٣، ص١٩٥.

المرجوة من المهاية يتفق على المهاية المكانية في الدار الكبيرة، ويتفق على المهاية الزمانية في الدار الصغيرة، مع ملاحظة أن الدار الكبيرة القابلة للقسمة ممكن أن يتم الاتفاق على أن تكون المهاية زمانية أيضاً^(١).
 ٥. تجوز المهاية في الأعيان المتفقة المنفعة والأعيان المختلفة المنفعة^(٢)، فإذا ملك الشركاء على الشيوخ داراً ومحلاً تجارياً، فمن الجائز أن يتفقا على أن يسكن أحدهما الدار وأن ينتفع الآخر بالمحل التجاري.
 إلا أن الفقهاء المسلمين لم يجيزوا الاتفاق على المهاية في غلة الحيوان من صوف أو لبن أو على ثمر الأشجار على أن يكون لأحد الشريكين نتاج قطع من الأغنام مثلاً وللآخر نتاج القطيع الآخر، أو على أن يكون لشريك ثمار أشجار معينة وللآخر ثمار أشجار أخرى وذلك لأن (جواز المهاية مبني على الضرورة وهو أمر استحساني يثبت على خلاف القياس ويثبت لضرورته وإذا وجدت المنافع تكون غير قابلة للقسمة لسرعة فنائها، فضلاً عن التهاؤ على ثمار الأشجار أو نتاج الحيوان هو ربوي مجهول فتقع المهاية باطلة)^(٣)، وفي القانون كذلك ترد المهاية على المال الشائع فيختص كل شريك بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته في المال الشائع.

الفرع الثاني

القضاء (المهاية القضائية)

ذكرنا أن المصدر الأساس للمهاية هو العقد، فيجب أن يتفق عليها الشركاء حتى تصح المهاية، لكن في حالة طلب أحد الشركاء المهاية وامتناع الآخر، هل يجوز اجبار الممتنع عن طريق القضاء لإجراء المهاية أم لايجوز؟
 إن هذه المسألة كانت محل خلاف فقهي، وانقسمت آراء الفقهاء المسلمون بشأنها الى رأيين وكالاتي:
الرأي الأول:

(١) علي حيدر، المصدر السابق، ج٣، ص١٩٢.

(٢) ابن قدامة المقدسي، المغني، ج١٠، ط١، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٥هـ، ص١٥١.

(٣) ينظر: محمد الخطيب الشربيني، المصدر السابق، ج٤، ص٤٢٦؛ زكريا بن محمد الأنصاري، فتح الوهاب، ج١، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ص٤٣٩، وهذا أيضاً ما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية في المادة

(١١٨٧)، ينظر: علي حيدر، المصدر السابق، ج٣، ص٢٠٦.

يذهب أنصار هذا الرأي الى أنه لا يجوز اجبار الشركاء على المهايأة فاذا طلبها أحدهما وامتنع الآخر فلا يجبر الممتنع^(١)، وذلك للأسباب الآتية:

١. ان حق كل شريك في منفعة المال الشائع هو حق عاجل، فالأصل أن يستفيدوا من منفعة هذا المال مجتمعين، فاذا تعذر ذلك يصار الى المهايأة، التي لا بد فيها من تأجيل لمنفعة أحد الشركاء، خاصة في المهايأة الزمانية، ولا يجوز ذلك بغير رضا جميع الشركاء^(٢).

٢. ان المهايأة حسب هذا الرأي هي معاوضة كالبيع، لذلك لا يجوز فيها الاجبار^(٣)، وفي حالة الاختلاف على المهايأة يرفع الأمر الى القضاء، والقاضي يؤجر العين الشائعة وتوزع أجرتها بين الشركاء حسب حصصهم، ولا يجوز في هذه الحالة أن يكون الاجبار لأحد الشركاء، وتصرف القاضي يكون حسب الولاية العامة (لايجوز للشريك أن يؤجر لأحدهما لأن المالك لا يستأجر ملكه من نائبه)^(٤).

الرأي الثاني:

يذهب أصحاب هذا الرأي الى أن القاضي يجبر الشركاء على المهايأة إذا امتنع أحدهما الاتفاق عليها، لكن هذا الاجبار يكون في حالتين فقط:

الحالة الأولى:

إذا كان محل المهايأة أعيان مشتركة وليست عين واحدة وأن تكون منفعة هذه الأعيان واحدة مثل دارين مملوكين على الشيوع للشركاء وأراد أحدهما أن يسكن إحدى الدارين ويسكن الآخر الدار الأخرى وامتنع الشريك عن المهايأة فيجبره القاضي عليها، أما إذا كانت الأعيان المشتركة مختلفة المنفعة مثل دار وأرض زراعية فلا يجوز الاجبار على المهايأة فيها^(٥).

الحالة الثانية:

(١) محمد بن مفلح المقدسي، الفروع، ج٦، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٨ هـ، ص٤٣٩.

(٢) ابن قدامة المقدسي، المصدر السابق، ج١٠، ص١٥١؛ عبد الحميد الشيرازي، المصدر السابق، ج١٠، ص٢٠٠.

(٣) ابراهيم بن علي الشيرازي، المهذب، ج٢، دار الفكر، بيروت، ص٣٠٨؛ محمد بن عبد الرحمن المغربي، المصدر السابق، ج٥، ص٣٣٥.

(٤) علي حيدر، المصدر السابق، ج٣، ص٢٠١.

(٥) ابن قدامة المقدسي، المصدر السابق، ج١٠، ص١٥١.

إذا كانت عين شائعة واحدة مثل دار واحدة أو أرض واحدة بشرط أن تكون غير قابلة للقسمة فيجبر الممتنع على المهاية، أما إذا كانت قابلة للقسمة فلا اجبار على المهاية^(١).

إذن نلاحظ أن الأصل في المهاية أن تكون رضائية ولا يجوز أن تكون قضائية أبداً حسب الرأي الأول، وحتى الرأي الثاني الذي أجاز المهاية القضائية فإنه حصرها في نطاق ضيق وشروط محددة كما ذكرنا، وذلك لأن المهاية وجدت كحل للانتفاع بالمال الشائع بالرغم مما فيها من تأخير لحقوق بعض الشركاء وتقديم حقوق آخرين، لذلك تستوجب أن يتفق عليها الشركاء، ونلاحظ أن الرأي الثاني هو الأرجح ذلك أن امتناع الشركاء عن المهاية ممكن أن يلحق ضرراً بالشركاء الآخرين وحتى لاندخل في نطاق التعسف في استعمال الحق، يجوز أن يحال الأمر للقضاء والذي يجبر الشركاء على اجراء المهاية ولكن ليس في كل الأحوال وإنما فقط في الأحوال التي لا يكون هناك سبيل للانتفاع بالمال الشائع إلا عن طريق المهاية، وإذا كانت إمكان قسمة المال الشائع غير متوفرة لذا تجوز المهاية القضائية في نطاق ضيق.

أما بالنسبة لمواقف القوانين من المهاية القضائية، فنلاحظ أنها أجازت أن تكون المهاية قضائية إلا أن مواقفها تباينت في توسيع نطاق هذه المهاية أو التضييق منها، فالقانون المدني العراقي أجاز أن تكون المهاية قضائية حسب نص المادة (١٠٨٠) "إذا لم يتفق الشركاء على المهاية في المنقول، ولم يطلب أحدهم إزالة الشبوع، فللشريك الذي يطلب المهاية مراجعة محكمة الصلح لإجرائها"، من خلال نص هذه المادة نلاحظ أن المشرع العراقي أجاز المهاية القضائية بشرطين:

١. أن يكون المال الشائع منقولاً، فلا إجبار على المهاية في العقارات.
 ٢. أن لا يكون أحد الشركاء قد طلب قسمة المال الشائع.
- ان المشرع العراقي ضيق من نطاق المهاية القضائية وحصرها في المنقول فقط. ويعلل الأستاذ الدكتور حسن علي الذنون ذلك بأن "رغبة المشرع في حصر المهاية في أضيق نطاق ممكن، فقد لاحظ أن بعض المنقولات المشتركة قد تكون ذات قيمة أدبية أو معنوية بحيث يحجم الشركاء عن قسمتها قسمة نهائية ثم هم بعد هذا لا يستطيعون الاتفاق على طريقة الانتفاع بها ولهذا

(١) علي حيدر، المصدر السابق، ج٣، ص٢٠٢.

جعل لهم المشرع سبيلاً الى الخروج من هذا المأزق وذلك عن طريق المهايأة القضائية الجبرية^(١).

نلاحظ أن حصر المشرع العراقي المهايأة القضائية في المنقولات فقط لم يكن موفقاً وكذلك ما قيل من تبرير لموقف المشرع العراقي وذلك للسببين الآتيين:

١. ان المهايأة وخاصة الزمانية تأجيل منفعة بعض الشركاء الى حين انتهاء المدة المتفق عليها لانقاع الشريك الآخر، فاذا كانت العين الشائعة منقولاً فان هذا التأخير قد يضر بها أكثر مما لو كانت عقاراً لأن المنقول عرضة للضياع والسرقه والتلف أكثر من العقار، مما يلحق ضرراً بالشركاء المتأخرين ويفوت عليهم استيفاء منفعة المنقول، ولناخذ مثلاً السيارة إذا لم يتفق الشركاء على المهايأة فيها فيستطيع الشريك الراغب بالمهايأة اجبار شريكه الممتنع عن طريق القضاء على اجراء المهايأة ولو فرضنا أن مدة المهايأة كانت سنة مثلاً خلال هذه السنة تتعرض السيارة الى عطلات أو ضرر من سوء استخدام الشريك المتهايي مما يفوت على الشريك الآخر استيفاء منفعتها عند تسلمه لها في نوبته، لكن الضرر قد يكون أخف إذا كان محل المهايأة عقاراً.

٢. أما ما قيل من تبرير موقف المشرع العراقي من أن المشرع أراد أن يضع حلاً للمنقولات الشائعة ذات القيمة الأدبية أو المعنوية أو حتى المادية العالية كالمقتنيات الخاصة بالأسرة والتي لا يستطيع الشركاء الانتفاع بها، وفي الوقت نفسه لا يستطيعون إزالة شيوعها فهو تبرير محل نظر لأن الهدف من المهايأة هو تنظيم الانتفاع بالمال الشائع وغالباً ما تكون مقتنيات الأسرة هي جزء من تراثها وذكرياتا وتاريخها العائلي ويحتفظ بها الشركاء على هذا الأساس وليس احتفاظهم بها لغرض الانتفاع بها والاستفادة منها، بل بالعكس ان استعمالها أو التهايو عليها قد يضر بها ويفقدها قيمتها المعنوية.

لكل ما تقدم نرى عكس موقف المشرع العراقي أن المهايأة في المنقول يجب أن تكون رضائية فقط، مع ذلك نلاحظ أن المشرع العراقي في نص المادة (١٠٨٠) قد فسح مجالاً للشريك الممتنع من اجراء المهايأة في المنقول في أن يتخلص من المهايأة القضائية بطلب إزالة الشيوخ.

أما المشرعان المصري والسوري فقد أجازا المهايأة القضائية سواءً كان المال الشائع منقولاً أو عقاراً، إلا أنهما حصراً حق الشريك الراغب بالمهايأة في اللجوء الى القضاء لإجرائها إذا امتنع الشريك الآخر في حالة واحدة فقط وهي المهايأة التي يطلبها الشريك أثناء إجراءات القسمة النهائية، فإذا تعذر الاتفاق على

(١) د. حسن علي الذنون، الحقوق العينية الأصلية، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة، بغداد، ١٩٥٤، ص ٨٩.

هذه المهاية فيجوز للقاضي أن يأمر بها، وله الاستعانة برأي الخبير في تقدير نوع المهاية وإمكانية اجرائها بعد دراسة طبيعة المال الشائع وظروف الملاك على الشيع (١).

في حين نهج المشرع اليمني منهجاً مغايراً لمنهج المشرع العراقي من جهة والمشرعين المصري والسوري من جهة أخرى، فقد أطلق المهاية القضائية بشكل واسع في المادة (١٢٢٩) "إذا لم تطلب القسمة النهائية ورغب أحد الشركاء في قسمة المال المشترك قسمة انتفاع مؤقتة وتعذر رضا باقي الشركاء كان له أن يلجأ الى القضاء لإجرائها باحدى الطريقتين المنصوص عليها في المادة (١٢٠٦) وتتبع إجراءات القسمة النهائية المنصوص عليها في الفرع الثالث".

عد المشرع اليمني المهاية القضائية قسمة جبرية تصح في كل الحالات التي تصح فيها القسمة الجبرية وتتبع نفس الإجراءات المقررة لهذه القسمة والمنصوص عليها في الفرع الثالث من هذا القانون، وبذلك يحق للشريك الراغب بالمهاية اللجوء الى القضاء في حالة امتناع الشريك الآخر عن ذلك لاجباره على اجرائها دون قيد أو شرط عدا أن لا يكون أي من الشريكين قد تقدم بطلب إزالة الشيع بالقسمة.

في حين كان موقف المشرع في دولة الإمارات العربية المتحدة في قانون المعاملات المدنية موقفاً متخبطاً، فقد نص في المادة (١١٨٠) (٢) - وإذا طلب أحدهما المهاية دون أن يطلب أيهما القسمة وامتنع الآخر يجبر على المهاية)، فموجب الفقرة (٢) من نص المادة (١١٨٠) وسع المشرع الإماراتي من نطاق المهاية؛ لأن النص مطلق فأجاز أن تكون المهاية القضائية في كل الحالات التي يمتنع فيها الشريك عن اجرائها، إلا أنه نص في الفقرة (٣) من نفس المادة على "٣- وإذا طلب أحد الشريكين المهاية في العين المشتركة التي لاتقبل القسمة وامتنع الآخر يجبر على المهاية".

إن نص الفقرة (٣) من المادة (١١٨٠) مدني إماراتي مأخوذة حرفياً من نص المادة (١١٨٣) مجلة الأحكام العدلية، ونرى أن نص الفقرة (٢) من (١١٨٠) مدني إماراتي يكفي للقول بأن المهاية القضائية جائزة في كل الحالات التي يمتنع فيها الشريك عن اجرائها، لأن نص هذه الفقرة مطلق سواءً كان المال الشائع قابل للقسمة العينية أم غير قابل، وبذلك تكون الفقرة (٣) من هذه المادة زيادة لا مبرر لها ويبقى الحكم نفسه حتى لو حذفت أو الغيت.

(١) أنظر نص المادة (٨٤٩) مدني مصري، نص المادة (٨٠٣) مدني سوري، عبد المنعم فرج الصدة، المصدر السابق،

لاحظنا أن مواقف القوانين المقارنة كانت متباينة في النص على المهاية القضائية، فالقانون العراقي حصر المهاية القضائية في المنقول المصري والسوري أجازا المهاية القضائية في صورة واحدة وهي المهاية التي تجري أثناء اجراءات القسمة النهائية، في حين أطلقها المشرع اليمني بشكل واسع وعد المهاية رضائية أو جبرية لأن المهاية في هذا القانون تكييف بأنها قسمة، أما مشرع دولة الإمارات العربية المتحدة فقد جاء بحكم عام وأطلق المهاية القضائية في كل الحالات التي يمتنع فيها الشريك على المهاية إلا أنه جاء بحكم أكد فيه على المهاية القضائية أيضاً في العين المشتركة غير القابلة للقسمة.

نلاحظ أن الملكية الشائعة لها خصوصية تتأتى من أن المالك (الشريك) لا يملك شيئاً مادياً مفرزاً وإنما حصة معنوية تتعلق بكل جزء من المال الشائع تحدد هذه الحصة بنسبة معينة. لذلك نجد أن المشرع حدد طرائق الانتفاع بالمال الشائع فيما بين الشركاء، لأن انتفاع الشريك بحصته بالاستعمال أو الاستغلال يؤدي بالضرورة الى وضع يده على المال الشائع كله أو جزء مفرز منه، وهذا المال يتعلق به حقوق الشركاء الآخرين، لذلك وجدت المهاية كحل يستطيع الشركاء بموجبه أن ينتفعوا بالمال الشائع مجتمعين كالمهاية المكانية أو بالتناوب كما في المهاية الزمانية إلا أنها ليست الطريقة الوحيدة للانتفاع بالمال الشائع، فالأصل ممكن أن ينتفع الشركاء مجتمعين بالمال الشائع^(١)، وإذا لم يتمكنوا من الانتفاع مجتمعين فيصار الى المهاية وإذا لم يتفقوا على المهاية فممكن أن يكون الانتفاع عن طريق إدارة أغلبية الشركاء للمال الشائع^(٢)، لذلك لا يمكن تنظيم المهاية بمعزل عن كل هذه الأمور، وخاصة في القوانين التي وسعت نطاق المهاية القضائية، أما في القانون العراقي فنقترح أن يتم تنظيم المهاية القضائية كالآتي:

١. حصر المهاية القضائية في العقارات دون المنقولات للأسباب التي ذكرناها سابقاً.
٢. يجوز للشركاء طلب المهاية القضائية إذا كانت حصصهم في المال الشائع متساوية ولم تكن هناك أغلبية لإدارة المال الشائع فيمكن اجبار الشريك الممتنع عن طريق المهاية القضائية.

(١) محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية الأصلية، ج ٢، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٤٩، ص ١٠٩.

(٢) أستاذ محمد طه البشير، د. غني حسون طه، المصدر السابق، ص ١٠٥.

٣. لا يمكن اجبار الشريك الممتنع على المهايأة القضائية في حالة وجود أغلبية تدير المال الشائع، لأن الأغلبية هنا هي التي تقرر كيفية إدارة المال الشائع ويقصد بها هنا الإدارة المعتادة التي يدخل ضمنها الاستعمال والاستغلال، فلم يكن ثمة فائدة من اجبار الشريك الممتنع على المهايأة القضائية؛ لأن هناك اجبار من قبل الأغلبية فسيقع الشريك صاحب الأقلية تحت اجبارين الأغلبية والقضاء، فإذا لم يكن هناك اتفاق على المهايأة فان الأغلبية تقرر استغلال المال الشائع لما تراه مناسباً لمصلحة الشركاء جميعاً، وبالتالي تصبح المهايأة القضائية عديمة الجدوى.

المطلب الثالث

أنواع المهايأة

تقسم المهايأة على نوعين حسب طريقة الانتفاع فقد تكون مكانية إذا اختص كل شريك بمنفعة جزء مفرز من المال الشائع، وتكون زمانية إذا انتفع الشريك بكل المال الشائع لمدة معينة وانتفع الآخر بعده لمدة أخرى، وسوف نتناول المهايأة المكانية في الفرع الأول، والمهايأة الزمانية في الفرع الثاني.

الفرع الأول

المهايأة المكانية

إذا اتفق الشركاء على أن ينتفع كل واحد منهم بجزء مفرز من المال الشائع مقابل انتفاع الشريك الآخر بجزء مفرز أيضاً من المال نفسه، مثلاً دار مملوكة على الشيوع يسكن كل واحد منهم في جزء من الدار أو في طابق إذا كانت مكونة من طابقين مثلاً، أو إذا كان المال الشائع أكثر من عين واحدة مثلاً دارين أو دار ومحل تجاري فيتفق الشركاء على أن يسكن كل واحد منهم في دار أو يسكن دار أو الآخر ينتفع بالمحل التجاري، فهذه المهايأة تكون مكانية، وأطلق عليها الفقهاء المسلمون بقسمة الأعيان^(١)، وبالْحَقِيقَةُ هي قسمة منافع الأعيان، وقد اتفق الفقهاء المسلمون على جواز المهايأة المكانية، وذكروا أن المهايأة المكانية تحقق العدالة بين الشركاء لأن جميعهم ينتفعون بالمال الشائع في زمن واحد إذا ما قارناها بالمهايأة الزمانية كما سنرى لاحقاً.

وقد عدّها الحنفية أن المهايأة المكانية نوع من الافراز لأن منفعة الشريكين في الدار المشتركة شاملة لكل جزء من تلك الدار وبالاتفاق على المهايأة

(١) محمد عليش، منح الجليل، ج٧، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٩، ص٢٥١.

يفترض أن تجمع منفعة كل الدار في الجزء المفروز ويعطى للشريك المتهايي وبالمقابل منفعة الجزء الآخر يضم الى منفعة الجزء الآخر، لذلك لم يلزموا الشركاء على تعيين المدة في المهاية المكانية^(١).

وقد نظمت القوانين المهاية المكانية، فكان موقف المشرع العراقي والمصري والسوري على أن المهاية المكانية هي أن يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفروز يوازي حصته في المال الشائع، مقابل ارتفاع الشريك الآخر بباقي الأجزاء، ونلاحظ أن هذه القوانين قد وضعت مدة يكون الاتفاق خلالها صحيحاً وهي مدة خمس سنوات، فاذا اتفق الشركاء على مدة أعلى منها يعد اتفاقهم صحيحاً لكن في حدود الخمس سنوات فقط التي نص عليها القانون^(٢). أما إذا لم تحدد مدة أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد اعتبرت المدة سنة واحدة تجدد تلقائياً بشرط أن لا يعلن أحد الشركاء عن رغبته في عدم التجديد لسنة أخرى على أن يكون هذا الإعلان خلال مدة ثلاثة أشهر قبل انتهاء السنة المتفق عليها.

أما المشرع اليمني فلم يضع حداً أقصى للمهاية المكانية، وإنما وضع حكماً واحداً ينطبق على المهاية المكانية والمهاية الزمانية، فأى مدة يتفق عليها الشركاء تكون هذه المدة ملزمة لهم، أما إذا لم يتفقوا على مدة لزمهم المهاية سنة قابلة للتجديد ما لم يطلب أحد الشركاء انائها قبل شهرين من انقضاء المدة على الأقل، أو لم يطلب أحد الشركاء قسمة المال الشائع قسمة نهائية^(٣).

أما المشرع في دولة الإمارات العربية المتحدة فترك تحديد المدة في المهاية المكانية للشركاء وهي مسألة اختيارية وليست واجبة عليهم أن يحددوا مدة وإذا لم يتفقوا على المدة، فالمحكمة تحدد المدة التي تراها مناسبة حسب طبيعة النزاع والمال الشائع^(٤).

نلاحظ أن المشرع العراقي والمصري والسوري وضعوا حداً أقصى لايجوز أن يتفق الشركاء فيه على المهاية المكانية وهو خمس سنوات إلا أن هذا الحد الأقصى قابل للتجديد إذا رغب الشركاء بذلك وإذا لم يحددوا واحدة فتعدان

(١) أبو الحسن علي المرغياني، الهداية شرح البداية، ج ٤، المكتبة الإسلامية، ص ٥٢.

(٢) ينظر: نصوص المواد (١٠٧٨) من القانون المدني العراقي، (٨٤٦) من القانون المدني المصري، (٨٠٠) من القانون المدني السوري.

(٣) المادة (١٢٢٨) من القانون المدني اليمني.

(٤) المادة (١١٧٧) من القانون المدني لدولة الإمارات العربية المتحدة.

المهايأة مدتها سنة واحدة قابلة للتجديد. ان هذه المدد التي حددتها القوانين السابقة يمكن أن يستشف منها رغبة المشرعين في انهاء حالة الشبوع، صحيح ان المهايأة هي قسمة ولكنها قسمة مؤقتة للانتفاع فقط واتجاه هذه القوانين نحو الإسراع من ازالة الشبوع لأن الملكية الشائعة ليست هي الصورة المثلى للملكية لما تثيره من نزاعات في الواقع العملي.

وإذا نظرنا للأمر من جهة أخرى نرى أن المهايأة المكانية ليست إلا انتفاع الشركاء بالمال الشائع سوية وفي وقت واحد فليس هناك ما يمنع أن يختص كل واحد منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته من المال الشائع وما دام أنهم ينتفعون في وقت واحد فلا حاجة هناك للاتفاق على المدة ولذلك كان موقف مشرع دولة الإمارات العربية المتحدة هو عدم تحديد مدة للمهايأة المكانية ترك أمر الاتفاق على هذه المسألة للشركاء وتأثر برأي المذهب الحنفي وبالتحديد مجلة الأحكام العدلية وكذلك موقف المشرع اليمني الذي وضع حكماً واحداً للمهايأة الزمانية والمكانية، إلا أن موقف دولة الإمارات العربية المتحدة أدق لأنه وضع لكل نوع حكمه الخاص به من حيث الاتفاق على المدة.

لذلك نرى أن موقف القوانين العراقي والمصري والسوري ليس هناك ما يبرره في الواقع العملي؛ لأن رغبة الشركاء مازالت قائمة وما زال لهم كلمة الفصل الأخيرة في اختيار قسمة المنافع أي المهايأة أو اختيار انهاء الشبوع في أي وقت حتى مع وجود المهايأة.

الفرع الثاني

المهايأة الزمانية

قد يتفق الشركاء في المال الشائع على المهايأة بأن يسكن أحدهما مثلاً الدار سنة والآخر السنة التي تليها، أو يزرع أحدهما الأرض سنة والآخر يزرعها السنة التي تليها، فان ذلك معناه أنهم اتفقوا على المهايأة الزمانية وقد اطلق عليها الفقهاء المسلمون مقاسمة زمان^(١). والمهايأة بالزمان فيها تأخير حقوق بعض الشركاء عن بعض، فكلما كان الاستيفاء أقرب كان أولى؛ لأن الأصل وجوب استيفاء الشركاء جميعهم حقوقهم والتأخير لأجل الحاجة فكلما قل زمن التأخر كان

(١) محمد عليش، المصدر السابق، ج٧، ص٢٥١.

أولى ولاسيما إذا كان مع التأخير لا يمكن للشريك أن يستوفي حقه إلا بضرر فلا يجب عليه موافقتهم على ما فيه ضرره مع إمكان التعديل بينهم بلا ضرر^(١).

وقد عد الفقهاء المسلمون المهياة الزمانية تحقق الكمال أكثر من المهياة المكانية التي كما ذكرنا سابقاً تحقق العدالة أكثر (المهياة بالزمان أكمل وبالمكان أعدل)^(٢)، ذلك أن الشريك ينتفع بكل المال الشائع لمدة معينة وليس بجزء مفزر منه كما هو الحال في المهياة المكانية.

وقد أجازت القوانين أن تكون المهياة زمانية، فالمشروع العراقي نص في الفقرة الثانية من م (١٠٧٨) من القانون المدني العراقي "٢- يصح أن تكون المهياة زمانية بأن يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال الشائع كل منهم مدة تتناسب مع حصته"^(٣).

ويثار تساؤلان في هذا المجال، الأول: لماذا لم يحدد المشرع العراقي والمصري والسوري حداً أقصى للمهياة الزمانية مثلما فعل في المهياة المكانية؟ والثاني: هل يجوز أن يكون الاتفاق على المدة التي ينتفع بها الشريك مهياة غير متناسبة مع حصته خاصة إذا كانت الحصص غير متساوية؟

بالنسبة للسؤال الأول، لم نجد هناك ما يبرر موقف القوانين العراقي والمصري والسوري في وضع مدة قصوى للمهياة المكانية وترك تحديد المدة للشركاء في المهياة الزمانية، وهذا الموقف لم نجد له ما يبرره وإنما نرى أن يترك تحديد المدة لرغبة الشركاء دون وضع حدود قصوى لهذه المدة لذلك أي أن ينطبق الحكم الوارد في المهياة الزمانية على المكانية كذلك.

أما بالنسبة للسؤال الثاني، فالأصل أن يكون الانتفاع لمدة تتناسب مع حصة الشريك، فمن يملك ثلاثة أرباع الحصص مثلاً سينتفع بالمال الشائع مهياة أكثر من المدة التي سينتفع بها من يملك ربع الحصص، إلا أنه ليس هناك ما يمنع من اتفاق الشركاء على مدد انتفاع أكثر أو أقل مما يملكون من حصص ما دامت المهياة رضائية؛ لأن نص المادة (١٠٧٨ ف٢) من القانون المدني العراقي لم

(١) أحمد عبد الحليم بن تيمية الحراني، كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية في الفقه، ج٣٥، ط٢، مكتبة ابن تيمية، ص٤١٨.

(٢) أبو الحسن المرغياني، المصدر السابق، ج٤، ص٥٢.

(٣) ينظر: نصوص المواد (٨٤٧) من القانون المدني المصري، (٨٠١) من القانون المدني السوري، (١١٧٧) من القانون المدني لدولة الإمارات العربية المتحدة، (١٢٢٧) من القانون المدني اليمني.

يرد فيها ما يشير الى وجوب أن تكون مدة الانتفاع بالمهياة الزمانية متناسبة مع حصة الشريك.

المبحث الثاني

تكييف المهياة

ذكرنا سابقاً أن المهياة وجدت لضرورة تتعلق بتعذر الانتفاع بالمال الشائع من قبل جميع الشركاء مجتمعين في أغلب الأحيان، لذلك يقتسمون الانتفاع بينهم مهياةً، ان المهياة ترد على المنفعة لذلك قد تلتبس بغيرها من التصرفات التي يكون محلها المنافع كالايجار والإعارة، لذلك ثار خلاف فقهي حول تكييف المهياة، فهناك من الفقهاء من كيبفها إعارة، ومنهم من كيبفها ايجار، ومنهم من قال أنها قسمة لكن محلها المنافع وليس الأعيان، وسنتناول في هذا المبحث تكييف المهياة، فنبين بالمطلب الأول تكييف المهياة إعارة، وفي المطلب الثاني تكييف المهياة ايجار، أما المطلب الثالث فنخصه لتكييف المهياة بأنها قسمة منافع وكالاتي:

المطلب الأول

تكييف المهياة عقد إعارة

عرف المشرع العراقي الإعارة في المادة (٨٤٧) من القانون المدني بأنها "الإعارة عقد به يسلم شخص لآخر شيئاً غير قابل للاستهلاك يستعمله بلا عوض على أن يرده بعد الاستعمال. ولا تتم الإعارة إلا بالقبض"، وبموجب هذا العقد يلتزم المعير بترك المستعير ينتفع بالشيء المعار أثناء فترة الإعارة ويكون هذا الانتفاع بدون عوض أو مقابل، بل ان المستعير إذا انفق على الشيء المعار نفقات اضطرارية لحفظه من الهلاك التزم المعير برد هذه المصروفات اليه، وبالمقابل يلتزم المستعير أن يستعمل الشيء المعار في الوقت والمكان المعينين والمتفق عليهما وأن يرد الشيء المعار للمعير عند انتهاء الإعارة^(١).

ذهب الحنابلة إلى تكييف المهياة بأنها عقد إعارة من خلال تضمين الشريك المتهايي المال الشائع الذي تحت يده في مدته لأنه كالعارية بالنسبة لنصيب شريكه^(٢)، (لو أئلف الحيوان المتهاياً عليه يضمن، أي يضمنه من تلفت

(١) ينظر نصوص المواد (٨٤٩-٨٦٠) من القانون المدني العراقي.

(٢) الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ج٣٩، ط٢، الكويت، ٢٠٠٥، ص١٥٠.

تحت يده في مدته، لأنه كالعارية بالنسبة لنصيب شريكه وهو مضمون على كل حال^(١).

ان هناك نقاط اتفاق بين المهايأة والإعارة دعت الفقهاء إلى تكييف المهايأة إعارة نجمها بما يأتي:

١. إن كلاً من المهايأة والإعارة من العقود التي ترد على المنفعة.
٢. في المهايأة والإعارة يملك كل من الشريك المتهايئ والمستعير المنفعة، فالشريك يملك منفعة المال الشائع كله إذا كانت المهايأة زمانية أو يملك منفعة جزء مفرز إذا كانت المهايأة مكانية، كذلك في الإعارة يملك المستعير منفعة الشيء المعار.
٣. أن الغاية من المهايأة والإعارة هي استعمال الشيء والانتفاع به، لذلك كلاهما يردان على الأموال غير القابلة للاستهلاك، لأن المستعير يلتزم برد الشيء المعار إلى المعير عنه عند انتهاء الإعارة^(٢). أما الشريك المتهايئ فلا نقول أن يلتزم عن انتهاء المهايأة برد أنه المال الشائع الى الشريك الآخر، لأنه يملك حصة في هذا المال الذي ينتفع به مهايأة، بل نقول إنه يتخلى من منفعة كل المال الشائع إذا كانت المهايأة زمانية أو يتخلى عن منفعة الجزء المفرز إذا كانت المهايأة مكانية.

ان نقاط التشابه بين الإعارة والمهايأة لاترقى إلى تكييف المهايأة إعارة وذلك للأسباب الآتية:

١. ان المستعير لا يملك رقبة الشيء المعار لأنه لو كان كذلك لما احتاج إلى إبرام عقد إعارة حتى تنتقل اليه ملكية منفعة هذا الشيء، لأن من يملك الرقبة يملك المنفعة، أما في المهايأة فان المتهايئ لا بد أن يكون شريكاً على الشيوع حتى يستطيع أن يبرم عقد مهايأة مع الشريك الآخر، هذا الشريك هو في نفس الوقت مالك لحصة في المال الشائع إلا أن طبيعة الملكية الشائعة قد لاتقبل انتفاع الشركاء مجتمعين لذلك يتفقون على المهايأة، إذن الشريك المتهايئ هو في الحقيقة مالك لرقبة المال الشائع وهذا لا يصلح أن يقال على الإعارة لأن الشخص لا يمكن أن يستعير ما يملك لاستعماله. ففارقت المهايأة الإعارة في ذلك.

(١) ابن قدامة المقدسي، مصدر سابق، ج ١١، ص ٥١٣، عد الخناقلة أن يد المستعير هي يد ضمان وهذا عكس الحكم الذي أخذ به القانون المدني العراقي الذي عدّ يد المستعير يد أمانة، ينظر نص المادة (٨٥٧) من القانون المدني العراقي.

(٢) المادة (٨٦٠) من القانون المدني العراقي.

٢. ان الإعارة عقد عيني لا ينعقد إلا بالقبض^(١)، كما انها من عقود التبرع لأن المستعير ينتفع بالشيء المعار دون عوض^(٢)، في حين أن المهايأة هي عقد رضائي يكفي لانعقادها الايجاب والقبول.
٣. الإعارة تكون بلا مقابل، وإلا أصبحت عقد ايجار لأنها تملك المنفعة بلا عوض والايجار تملك المنفعة بعوض، أما المهايأة فان الشريك لا ينتفع بكل المال الشائع أو بجزء مفرز منه إلا مقابل انتفاع الشريك الآخر لمدة أخرى وبجزء مفرز آخر، ذلك يعني أن المهايأة ليست إعارة، إذ لو كانت كذلك لكان انتفاع الشريك دون مقابل ولا يشترط انتفاع الشريك الآخر.
٤. الإعارة عقد غير لازم^(٣)، فيجوز للمعير أن يطلب انهاءها بأي وقت شاء إذا لم يحدد لها أجل^(٤)، أما المهايأة فلا يجوز للشريك المتهايي الرجوع عن المهايأة لأن ذلك يترتب عليه ضرر للشريك الآخر الذي لم يستوف منفعته بعد خاصة في المهايأة الزمانية، أو استوفى منفعة ناقصة خاصة في المهايأة المكانية.
٥. لا يجوز للمستعير تأجير العارية مع أن منافعها عائدة له لأن للمعير استردادها في أي وقت شاء ولعدم الفائدة من الايجار^(٥)، وفي القانون المدني العراقي لا يجوز للمستعير أن يؤجر العارية أو يرهنها دون إذن المعير^(٦). أما المهايأة فان الشريك في نوبته يستعمل المال الشائع أو الجزء المفرز منه بنفسه، كما ان له أن يؤجره دون الحاجة إلى أخذ إذن الشريك الآخر، لأن الغاية الأساسية التي وجدت من أجلها المهايأة هي الانتفاع وهذا الانتفاع يتحقق إذا استعمل الشريك المتهايي المال الشائع أو الجزء المفرز منه بنفسه أو استغله بتأجيرها للغير.

(١) المادة (٨٤٧) من القانون المدني العراقي.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد ٢، ج ٦، لجنة الترجمة والنشر، القاهرة، ١٩٦٣، ص ١٥١.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ج ٦، ص ١٥٢.

(٤) ينظر: نص المادة (٨٦١) من القانون المدني العراقي.

(٥) علي حيدر، المصدر السابق، ج ٣، ص ٢٠٤.

(٦) (الفقرة ١ من المادة ٨٥٥) من القانون المدني العراقي.

٦. ان الإعارة تنتهي بموت المستعير ولا تنتقل إلى ورثته إلا إذا كان هناك اتفاق على ذلك^(١). أما المهايأة فلا تنتهي بموت الشريك بل تنتقل إلى ورثته.

لكل ما تقدم لا يمكن تكييف المهايأة إعارة لوجود الفوارق والاختلافات التي ذكرناها سابقاً، كما ان تكييف المهايأة إعارة لم يلق قبولاً في التشريعات العربية، فلن نجد أي تشريع على حد علمنا- طبق أحكام الإعارة على المهايأة.

المطلب الثاني

تكييف المهايأة إيجار

الإيجار هو تملك المنافع بعوض، أو هو تملك منفعة معلومة بعوض معلوم لمدة معلومة، وبه يلتزم المؤجر أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالمأجور^(٢)، ويرتب عقد الإيجار التزامات متقابلة على طرفيه، فيلتزم المؤجر أن يسلم المأجور للمستأجر بالحالة التي عقد عليها وقت العقد، كما يلتزم بصيانة المأجور وبالمقابل يلتزم المستأجر بحفظ المأجور ورده إلى المؤجر عند انتهاء عقد الإيجار^(٣).

اتجه قسم من الفقهاء المسلمون إلى تكييف المهايأة إيجار، فذهب رأي من الحنابلة إلى "أن مات الحيوان في نوبة أحدهم فلا ضمان عليه لأن ما يستوفيه من المنافع في نظير ما يستوفيه شريكه هو في معنى الإجارة لا العارية"^(٤)، وكذلك عد الشافعية أن المهايأة إيجاراً بقولهم "إذا كان ثمة مهايأة كان حكمه في يد هذا ويد هذا حكم العين المستأجرة فلا ضمان وإذا استوفى المنفعة لزمه لصاحبه أجر مثل المنفعة التي استوفاهما مثل الإجارة"^(٥).

وهذا الرأي أخذ به أغلب فقهاء القانون المدني، إذ عدوا المهايأة إيجاراً يعد كل شريك في المهايأة مؤجراً للشريك الآخر ومستأجراً منه^(٦)، فهي منفعة

(١) المادة (٨٦٣) من القانون المدني العراقي.

(٢) ينظر: نص المادة (٧٢٢) من القانون المدني العراقي.

(٣) ينظر: نصوص المواد (٧٤٢-٧٧٤) من القانون المدني العراقي.

(٤) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع، ج٦، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٢هـ، ص٣٣٧.

(٥) ابن حجر الهيتمي، مصدر سابق، ج٣، ص١٠٢.

(٦) ينظر: د. حسن علي الذنون، المصدر السابق، ص٨٨، د. عبد المنعم فرج الصدة، المصدر السابق، ص٢٤٩.

مقابل منفعة ينتفع الشريك بجزء مفرز فيحصل على نصيب باقي الشركاء في منفعة هذا الجزء في مقابل حصول الشركاء على نصيبه هو في منفعة الأجزاء المفرزة الأخرى في المهياة المكانية، أما في المهياة الزمانية يتناوب الشركاء الانتفاع بالمال الشائع كله فيحصل الشريك في نوبته على نصيب باقي الشركاء في منفعة المال الشائع في مقابل حصول شركائه، كل في نوبته، على نصيبه هو في منفعة هذا المال، فالمهياة إذن بنوعها مقايضة انتفاع بانتفاع، ومقايضة الانتفاع بالانتفاع تكون ايجاراً، إذ ليس من الضروري أن تكون الأجرة في الايجار كما في الثمن بالبيع نقداً^(١).

كذلك نصت أغلب القوانين المقارنة على تطبيق أحكام عقد الايجار على المهياة، فنص القانون المدني العراقي في المادة (١٠٧٩) "تخضع المهياة من حيث أهلية المتهايين وحقوقهم والتزاماتهم لأحكام عقد الايجار ما دامت هذه الأحكام لا تتعارض وطبيعة المهياة والحكم نفسه نجده في القانون المدني المصري والسوري وقانون دولة الإمارات العربية المتحدة^(٢). هناك أوجه اتفاق بين المهياة والايجار هي التي دعت أصحاب هذا الرأي للقول بأن المهياة ما هي في حقيقتها إلا ايجار، نجلها فيما يأتي:

١. إن كلاً من المهياة والايجار يردان على المنافع، لأن الايجار هو تمليك المنفعة بعوض، فبموجب عقد الايجار ينقل المؤجر ملكية منفعة المأجور إلى المستأجر مع احتفاظه بملكية رقبته^(٣)، كذلك المهياة، فإن الشريك المتهايي يمتلك منفعة المال الشائع كله في المهياة الزمانية ويملك منفعة جزء مفرز من المال الشائع في المهياة المكانية.
٢. إن كلاً من الايجار والمهياة يكونان بمقابل، فالمؤجر يملك منفعة المأجور للمستأجر مقابل أجرة متفق عليها، وحتى في الحالات التي يتعذر فيها تحديد الأجرة من حيث تعيين مقدارها وكيفية تقديرها فإن المؤجر يستحق أجر المثل^(٤)، كذلك فإن الشريك في المهياة لا ينتفع بدون مقابل وإنما انتفاعه يكون

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ج ٨، ص ٨٢١.

(٢) ينظر: نصوص المواد (٨٤٨) من القانون المدني المصري، (٨٠٢) من القانون المدني السوري، (١١٧٨) من القانون المدني لدولة الإمارات العربية المتحدة.

(٣) استاذنا د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المسماة، ط ٢، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، ٢٠٠٥، ص ٢٥٢.

(٤) المادة (٧٣٨) من القانون المدني العراقي.

بمقابل انتفاع الشريك الآخر بجزء مفرز أو بكل المال الشائع حسب نوع المهياة زمانية أو مكانية.

٣. ان كلاً من عقدي المهياة والايجار من العقود المستمرة ذلك ان التزامات المؤجر تبقى قائمة ومستمرة بتمكين المستأجر من الانتفاع بالمأجور ما بقي العقد قائماً بينهما^(١)، وفي المهياة يلتزم الشريك بتمكين الشريك المتهايي بالانتفاع بالمال الشائع ما دامت المهياة قائمة.

إذا تشابه المهياة مع الايجار في الإطار العام وانها أقرب للايجار منها للإعارة، لكن إذا دخلنا في جزئيات عقد الايجار نجد أن هذا العقد يفارق المهياة في كثير من الأحكام المهمة والتي تعد جوهرية في عقد الايجار، وسنتناول هذه الفوارق فيما يأتي:

أولاً. من حيث صفة طرفي عقدي الايجار والمهياة:

ان المؤجر في عقد الايجار ممكن أن يكون المالك أو المنتفع أو المستأجر أو صاحب حق الاستعمال والسكنى أو مرتهن رهناً حيازياً، وممكن أن يكون مالكا على الشيوع، والمستأجر هو الطرف الثاني في العلاقة العقدية ونلاحظ أن من يملك حق التأجير إما أن يكون مالكا للرقبة وبالتالي يملك المنفعة فيملك تملكها للغير أو أن يكون مالكا للمنفعة دون الرقبة أو صاحب حق عيني أصلي أو تبعي^(٢)، أما طرفي عقد المهياة فيجب أن يكونان شركاء على الشيوع ولايحق لأي من السابق ذكرهم أن يكون طرفاً في المهياة لأن المشرع العراقي حصر المهياة بالشركاء على الشيوع فقط^(٣)، ولايحق لمستأجر حصة أحد الشركاء أو المرتهن رهناً حيازياً أو المنتفع بها أن يبرم عقد مهياة مع الشريك كما ذكرنا ذلك سابقاً.

ثانياً. من حيث سبب ملكية المنفعة:

بموجب عقد الايجار يملك المؤجر منفعة المأجور للمستأجر، لأن المؤجر يعد مالكا أصلاً للرقبة، وبدون هذا العقد لايستطيع المستأجر الانتفاع بالمأجور

(١) د. توفيق حسن فرج، عقد الايجار، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٤، ص ١٣.

(٢) أستاذنا د. جعفر الفضلي، المصدر السابق، ص ٢٥٩-٢٦٢.

(٣) المادة (١٠٧٨) من القانون المدني العراقي.

فقبل العقد يعد المستأجر أجنبياً عن المأجور^(١). أما في المهايأة فيعد الشريك المتهايي مالكاً أصلاً للمنفعة لأنه يملك الرقبة وهي حصته في العين الشائعة، إلا أن ملكية الرقبة يشاركه فيها شركاء آخرين. إذن ما يستحقه من منفعة ليس مصدره عقد المهايأة وإنما هو منفعة ملكه "في الاجارة يستحق منفعة العين بالعقد وهنا ما يستوفيه كل واحد منها يجعل في الحكم كأنه منفعة ملكه"^(٢)، فإذا كان الشريك أصلاً مالكاً لمنفعة المال الشائع فلا حاجة لتكييف المهايأة إيجاراً لتبرر انتقال المنفعة اليه، صحيح أنه يملك حصة في المال الشائع وليس كل المال كما في الملكية المفترزة، إلا أن حصته هذه مهما بلغت تتعلق بكل جزئية من المال الشائع، إذاً الشريك يملك الرقبة ومن يملك الرقبة يملك المنفعة لكن لخصوصية المال الشائع وعدم إمكان الانتفاع به من قبل كل الشركاء فهم يقتسمون هذه المنفعة عن طريق المهايأة.

ثالثاً. من حيث الالتزام بضمان العيوب الخفية:

يلتزم المؤجر في عقد الايجار بضمان العيوب الخفية، والعيب الخفي هو الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السلمية، ويشترط أن يكون هذا العيب مؤثراً، أي يحول دون انتفاع المستأجر بالعين أو باحدى ملحقاتها أو ينقص هذا الانتفاع نقصاً كبيراً^(٣).

إذا عددنا أن المهايأة ايجار وكما ذكرت المادة (١٠٧٩) من القانون المدني العراقي أن أحكام حقوق والتزامات المؤجر والمستأجر تسري على الشركاء المتهايين، وان من ضمن التزامات المؤجر ضمان العيوب الخفية، فهل يضمن الشريك المتهايي ما قد يظهر من عيب خفي في المال الشائع للشريك الآخر أثناء نوبته بالانتفاع؟

للإجابة عن هذا السؤال نفرق بين نوعي المهايأة المكانية والزمانية

وكالاتي:

١. المهايأة المكانية:

كما علمنا أن المهايأة المكانية تتحقق إذا اختص الشريك بمنفعة جزء مفرز من المال الشائع مقابل انتفاع الشريك الآخر بجزء مفرز آخر في نفس

(١) قد يكون المستأجر هو المالك نفسه كما في حالة الدائن المرتمن رهناً حيازياً الذي يؤجر المرهون للراهن (المالك)،

ينظر: نص المادة (١٣٣٧ ف٢) من القانون المدني العراقي.

(٢) شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج٢، دار المعرفة، بيروت، ص١٧٠.

(٣) أستاذنا د. جعفر الفضلي، المصدر السابق، ص٣١٣.

الوقت، فإذا ظهر عيب خفي في أحد الجزئين هل يضمنه الشريك الآخر؟ أو ظهر عيب في الجزئين معاً هل يضمن أحدهما للآخر هذا العيب؟
ابتداءً نقول إن انتفاع الشريكين في المهايأة المكانية يكون في وقت واحد، وقبل إبرام عقد المهايأة فان الشريكين يعدان مالكين للرقبة لأنهما يملكان حصص في المال الشائع حتى بعد إبرام المهايأة لاتزول عنهما صفة المالكين فقط يتقوا على تنظيم الانتفاع بالمال الشائع، إذن ما هو الأساس الذي يضمن أحد الشريكين للآخر العيب الخفي؟ كلاهما مالكاً وكلاهما على دراية وعلم بالعين الشائعة وبعيوبها وأن هذه العيوب سيتحملها الشريكان معاً وقبل إبرام المهايأة قد يكون المال الشائع تحت ايديهما معاً، فلا مجال للقول هنا بتضمن الشريك ما قد يظهر من عيوب خفية في الجزء الذي ينتفع به شريكه بالمهايأة.

٢. المهايأة الزمانية:

أما المهايأة الزمانية فان الشريك ينتفع لمدة معينة بالمال الشائع مقابل انتفاع شريكه الآخر لمدة أخرى، فإذا كان العيب الخفي قديماً يمتد إلى ما قبل بدء المهايأة ووضع الشريك المتهايي يده على المال الشائع فلا ضمان على الشريك سواء كان هذا الشريك هو من بدأ أولاً بالانتفاع أم الشريك الآخر الذي ينتظر نوبته لينتفع بالمال الشائع، أما إذا ظهر العيب أثناء انتفاع الشريك الذي بدء أولاً بوضع يده على المال الشائع، وأخفاه عن الشريك الذي سينتفع بعده فان من انتفع أولاً يضمن هذا العيب، ولكن ليس على أساس الالتزام بضمان العيوب الخفية التي هي إحدى التزامات المؤجر في عقد الايجار وإنما على أساس أن الشريك المتهايي يقع على عاتقه التزام المحافظة على المال الشائع عند انتفاعه به، وان هذا العيب ظهر لأنه قصر بهذا الالتزام.

إذن لايمكن أن يلزم الشريك المتهايي بالالتزام المؤجر بالعيوب الخفية نظراً لاختلاف التزامات كل منهما وصفة كل منهما عند إبرام عقد المهايأة.

رابعاً. من حيث التنازل عن الايجار والايجار من الباطن:

يستطيع المستأجر بصفته صاحب حق شخصي أن يتنازل عن الايجار أو أن يؤجر المأجور مرة أخرى من الباطن، فهل يستطيع الشريك المتهايي ذلك أو هل يملك التنازل عن المنفعة في نوبته للغير، أو يؤجر نوبته للغير من الباطن؟ للإجابة على هذين السؤالين نتناول التنازل عن الايجار أولاً والايجار من الباطن ثانياً.

١. التنازل عن الايجار:

التنازل عن الايجار هو تنازل عن الحق أي حوالة حق وهو في الوقت ذاته حوالة دين حيث يقوم المستأجر بنقل حقوقه والتزاماته الناشئة عن عقد

الايجار إلى المتنازل له، ويحل هذا الأخير محل المستأجر في الالتزامات والحقوق، إلا أنه لا يوجد عقد ايجار جديد وإنما عقد واحد هو العقد المبرم بين المؤجر والمستأجر، فقط يخرج المستأجر من العلاقة ويفقد صفته كمستأجر وتنتقل هذه الصفة إلى المتنازل له^(١)، ان مثل هذا التصرف جائز في عقد الايجار واعتبرته القوانين حق يثبت للمستأجر^(٢).

إذا كان التنازل عن الايجار حق للمستأجر فهل يملك الشريك المتهايي نفس الحق؟

ان إعطاء حق التنازل للشريك المتهايي مثلما أعطي للمستأجر يؤدي إلى حدوث خلل في أحكام المهياة التي وجدت للضرورة، هذه الضرورة تتأتى من رغبة الشركاء الانتفاع بالمال الشائع إلا أنه يوجد عائق من انتفاعهم مجتمعين فيصير إلى انتفاعهم بالتناوب كما في المهياة الزمانية أو انتفاع كل شريك بجزء مفرز كما في المهياة المكانية، وإعطاء الشريك الحق في التنازل عن نوبته أو جزئه للغير يؤدي إلى انتفاء هذه الضرورة بمعنى أن الشريك لا يريد الانتفاع بالمال الشائع وبالتالي لا حاجة إلى ابرام عقد المهياة مع شريكه خاصة إذا كان التنازل دون مقابل.

وإذا أجزنا تنازل الشريك للغير وطبقنا أحكام عقد الايجار في هذه الجزئية فاذا كان هذا الغير هو الشريك الآخر فسوف تنقضي المهياة، وإذا كان التنازل لشخص أجنبي فأيضاً تنقضي المهياة لأن المتنازل له لا يجوز أن يصبح طرفاً في العلاقة العقدية التي كانت بين الشركاء المتفقين على المهياة ولا يجوز أن تنقل إليه حقوق والتزامات الشريك المتهايي كما في حالة تنازل المستأجر عن حقه في الايجار، لأن القانون أصلاً لا يجيز أن تجرى المهياة إلا بين الشركاء أنفسهم.

٢. الايجار من الباطن:

يجوز للمستأجر أن يؤجر للغير حقه الشخصي بصفته مستأجراً فيصبح بذلك طرفاً في عقدي ايجار يكون في الأول منهما مستأجراً وفي الثاني مؤجراً وتعد الاجارة الثانية اجارة من الباطن، ويسمى المستأجر الذي يقوم بذلك المستأجر الأصلي، والمستأجر الجديد الذي يتلقى الحق في الايجار من المستأجر

(١) د. توفيق حسن فرج، المصدر السابق، ص ٣٦٦.

(٢) المادة (٧٧٥) من القانون المدني العراقي.

الأصلي بالمستأجر من الباطن أو المستأجر الثاني، مع ملاحظة أن عقد الايجار الأصلي يبقى قائماً إلى جانب الايجار من الباطن^(١).

إلا أنه إذا ورد شرط لايجيز الايجار من الباطن إلا بعد الحصول على موافقة المؤجر فان مثل هذا الشرط يجب مراعاته وبالوقت نفسه يجب أن لايمتنع المؤجر من إعطاء هذه الموافقة إلا لسبب مشروع^(٢).

إذا كان هذا الحق يثبت للمستأجر في عقد الايجار فهل يثبت للشريك المتهايي؟ أي هل يجوز للشريك المتهايي أن يؤجر نوبته في الانتفاع في المهياة الزمانية أو جزئه المقرر في المهياة المكانية للغير؟ وإذا أمكن ذلك هل تطبق أحكام الايجار من الباطن؟

ان الهدف من المهياة أن ينتفع الشريك بالمال الشائع أو بجزء مفرز مقابل انتفاع شريكه لمدة أخرى أو بجزء آخر، والانتفاع قد يكون بأن يستعمل الشريك المال الشائع بنفسه وله كذلك أن يستغل المال الشائع بأن يؤجره للغير ويحصل على الأجرة. وقد ذهب فقهاء المذهب الحنفي إلى القول إن المهياة قد تكون مهياة استعمال وقد تكون مهياة استغلال^(٣)، وفي كلا الحالتين المهياة صحيحة وجائزة، ولا نستطيع أن نطلق على مهياة الاستغلال ايجار من الباطن ولا نستطيع تطبيق أحكامه عليها، لأن الشريك ليس بمركز المستأجر الأصلي وإنما هو يتمتع بما اقتسمه من منفعة مع شريكه الآخر وهذا الانتفاع قد يكون بنفسه، وقد يكون عن طريق الغير، وكذلك العقد المبرم بين الشريك المتهايي والمستأجر هو عقد ايجار مستقل عن عقد المهياة ولا يمكن أن يوصف بأنه عقد ايجار من الباطن، فالشريك حر في كيفية التصرف في نوبته.

كما لايجوز أن يرد شرط بمنع الشريك أن يؤجر نوبته في الانتفاع أو الجزء المفرز الذي آلت اليه منفعته، لأن ذلك يتنافى مع الغرض من المهياة وهي تسهيل الانتفاع بالمال الشائع بين الشركاء.

إذن لا يوجد ايجار من الباطن ولا يمكن أن تطبق أحكامه لأن الشريك لا يعد مستأجراً وإنما متقاسماً للمنفعة مع الشريك الآخر.

خامساً. من حيث الفسخ:

(١) د. توفيق حسن فرج، المصدر السابق، ص ٣٦٧.

(٢) المادة (٧٧٥) من القانون المدني العراقي.

(٣) علي حيدر، المصدر السابق، ج ٣، ص ٢٠٥.

في عقد الايجار إذا أخل أحد الطرفين بالالتزامات التي يفرضها عليه هذا العقد، كان للطرف الآخر أن يطلب فسخ العقد مع التعويض إن كان له محل وذلك بعد انذاره بتنفيذ التزامه^(١).

والمستأجر إذا أخل بالتزاماته فيمكن للمؤجر أن يطلب الفسخ، كما ان إخلال المؤجر بالتزاماته موجباً لطلب الفسخ من قبل المستأجر، ولا يجوز للمؤجر أن يطلب فسخ الايجار قبل انقضاء مدته، حتى لو أعلن انه يريد سكنى المأجور بنفسه أو يريد لاستعماله الشخصي، إلا انه يجوز له أن يفسخ العقد إذا حدث له حاجة شخصية بالمأجور لكن يجب أن يتفق على ذلك مسبقاً مع المستأجر^(٢).

أما في المهابة فان الشريكان يملكان فسخ المهابة وانهاؤها ولو دون عذر، فيستطيع أحد الشريكين أن يفسخ المهابة إذا هو تقدم بطلب إزالة الشيوخ بالقسمة^(٣)، لأن قسمة المال الشائع هي الأصل والمهابة ما وجدت إلا لضرورة تتعلق بالانتفاع بالمال الشائع وهذه الضرورة تنتهي بإزالة الشيوخ.

لكل ما تقدم وللأسباب التي ذكرناها لانستطيع أن نكيف المهابة ايجار لأن أحكامهما وإن كانت تتشابه في الإطار العام إلا أنه لا يمكن تطبيق كل أحكام الايجار على المهابة لأنها تتعارض مع طبيعة المهابة وبالتالي ندعو المشرع العراقي إلى الغاء نص المادة (١٠٧٩) من القانون المدني العراقي.

المطلب الثالث

تكييف المهابة قسمة

القسمة عملية الغرض منها إنهاء حالة الشيوخ واختصاص كل شريك بجزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته قبل القسمة، أو هي إخراج المالك من الملك المشترك إلى ملك خاص مستقل به^(٤).

(١) المادة (٧٨٢) من القانون المدني العراقي.

(٢) المادة (٧٨٩) من القانون المدني العراقي.

(٣) شمس الدين السرخسي، المصدر السابق، ج ٢٠، ص ١٧٠.

(٤) ينظر: محمد كامل مرسي، المصدر السابق، ص ١٣٤، محمد طه البشير، د. غني حسون طه، المصدر السابق،

ولكل شريك في عقار أو منقول الحق في طلب إنهاء الشيوخ في أي وقت شاء^(١)، وحق الشريك في إنهاء الشيوخ بالقسمة يستند إلى اعتبارات تتصل بالنظام العام، لذلك لا يجوز للشريك التنازل عن حقه هذا^(٢).

والقسمة تكون إما رضائية أو قضائية، القسمة الرضائية تعد عقداً بين الشركاء تخضع للأحكام العامة للعقود فيجب توافر أركان هذا العقد من رضاء ومحل وسبب وهي عقد رضائي^(٣)، إلا إذا كان محلها عقار فتكون عقداً شكلياً حسب المادة (١٠٧١) "١". لا تتم القسمة الرضائية في العقار إلا بالتسجيل في دائرة الطابو".

أما القسمة القضائية فيلجأ إليها الشركاء إذا تعذر اتفاقهم على القسمة الرضائية أو كان بينهم محجور، وتبدأ القسمة القضائية بطلب يتقدم به أحد الشركاء إلى المحكمة المختصة يطلب فيه القسمة وإنهاء حالة الشيوخ وتبدأ عملية القسمة وفق إجراءات معينة نص عليها القانون، وإذا كان المال الشائع قابلاً للقسمة فيقسم بين الشركاء قسمة عينية وهذه قد تكون قسمة جمع أو قسمة تفريق حسب طبيعة المال وإذا كان المال غير قابل للقسمة العينية فتلجأ المحكمة إلى قسمته قسمة تصفية عن طريق بيعه وتقسيم ثمنه بين الشركاء وكل حسب حصته^(٤).

كيّف فقهاء الحنفية المهايأة قسمة واعتبروا أن قسمة العين (القسمة التي تنهي الشيوخ) هي الأصل والمهايأة (قسمة المنافع) هي قسمة مؤقتة بحيث إذا طلب أحد الشركاء المهايأة وطلب الشريك الآخر القسمة فان القاضي يحكم بالقسمة وليس المهايأة (إذا طلب الشريك ما هو الأصل وهو قسمة العين لا تستدام المهايأة بينهما)^(٥). وقد علل الفقهاء رأيهم بأن أحكام عقد الإعارة وعقد الإجارة لا تنطبق على المهايأة فهي أقرب إلى القسمة منها إلى هذين العقدين^(٦).

(١) إلا إذا كان مجبراً على البقاء في الشيوخ بمقتضى شرط أو نص المادة (١٠٧٠) من القانون المدني العراقي.

(٢) محمد طه البشير، د. غني حسون طه، المصدر السابق، ص ١١٧.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ج ٨، ص ٨٩٣.

(٤) ينظر نص الماتين (١٠٧٢ و ١٠٧٣) من القانون المدني العراقي.

(٥) شمس الدين السرخسي، المصدر السابق، ج ٢٠، ص ١٧٠، شاعر ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية الأصلية، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٥٩، ص ٤٧٩.

(٦) علي حيدر، المصدر السابق، ج ٣، ص ١٩٤.

وقد أخذ بهذا الاتجاه القانون المدني اليمني عندما نص في المادة (١٢٢٩) على "إذا لم تطلب القسمة النهائية ورغب أحد الشركاء في قسمة المال المشترك قسمة انتفاع مؤقتة وتعذر رضاء باقي الشركاء كان له أن يلجأ إلى القضاء لاجرائها باحدى الطريقتين المنصوص عليها في المادة (١٢٠٦) وتتبع إجراءات القسمة النهائية المنصوص عليها في الفرع الثالث. والمادة (١٢٠٦) التي اشارت اليها المادة السابقة تتعلق بنوعي القسمة الرضائية والقضائية بمعنى أن أحكام المهاية الرضائية تطبق عليها أحكام القسمة الرضائية وأحكام المهاية القضائية فتطبق عليها أحكام القسمة القضائية، أما الفرع الثالث الذي أشارت اليه المادة (١٢٢٩) فيتضمن إجراءات القسمة القضائية (الجبرية) أمام المحكمة المختصة. وقد أطلق المشرع اليمني عنوان القسمة بوجه عام على الفرع الأول من الفصل الرابع قسمة المال المشترك (المشاع)، وأطلق عنوان قسمة المنافع (القسمة المؤقتة) على الفرع الرابع من نفس الفصل. وبهذا يكون المشرع اليمني قد عد القسمة التي تنهي الشبوع هي الأصل والمهاية أو قسمة المنافع هي جزء منها يصار اليها عند بقاء الشبوع وتطبق عليها أحكام القسمة النهائية.

ونتفق مع رأي المذهب الحنفي والقانون المدني اليمني في اعتبار المهاية قسمة لكن محلها المنافع والقسمة التي تنهي الشبوع محلها الأعيان وذلك للتشابه الكبير بين أحكام المهاية والقسمة، وكذلك لما بيناه في المطالبين السابقين من عدم انطباق أحكام عقدي الإعارة والإيجار على المهاية.

وسنوضح فيما يأتي حججنا للأخذ بهذا الرأي وكيف أن المهاية ما هي إلا نوع من أنواع القسمة وكالاتي:
أولاً. من حيث تعريف المهاية:

اتفقت المصادر الشرعية والقانونية على تعريف المهاية بأنها (قسمة منافع) وتكييف الشيء يؤخذ من تعريفه، فإذا عرفناها بأنها قسمة منافع لماذا نبحت لها عن تكييف إعارة أو إيجار أو غيرهما؟ وحتى من ككيف المهاية إيجاراً عرفها قسمة منافع، فالدكتور عبد الرزاق السنهوري يقول "وكما يمكن تكييف المهاية بأنها قسمة منفعة مكانية أو زمانية، كذلك يمكن تكييفها بأنها إيجار"^(١)، إن الأخذ بهذا القول يؤدي إلى الوقوع في تناقض إذ كيف تكييف المهاية تكييفين في آن واحد؟ وان كل تكييف له أحكامه الخاصة، فلايجار تنطبق عليه أحكام تختلف عن تلك الأحكام التي تنطبق على القسمة. وإذا حصل تعارض بين التكييفين أيهما نغلب أو نطبق أحكام الإيجار أم أحكام القسمة؟

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ج ٨، ص ٨٢١.

ثانياً. من حيث تعلق المهاية والقسمة بالمال الشائع:

مثلما ان القسمة تتعلق فقط بالمال الشائع كذلك المهاية تتعلق به، فخصوصية الملكية الشائعة جعلت لها أحكاماً تختلف عن الملكية المفردة وهذه الأحكام نظمت حصص الشركاء وعلاقة الشركاء فيما بينهم وكيفية انتفاعهم بالمال الشائع وكيفية انهاء الشيوغ.

كل هذه الأمور جعلت المهاية مرتبطة بالقسمة أكثر من ارتباطها بأحكام أخرى، خاصة وأن أكثر القوانين نظمت أحكام المهاية ضمن الأحكام الخاصة بالقسمة إذ نظمها المشرع العراقي بعد أحكام القسمة من المواد (١٠٧٨-١٠٨٠) من القانون المدني وكذلك المشرع المصري والسوري واليميني ومشرع دولة الإمارات العربية المتحدة.

ثالثاً. من حيث مصادر المهاية والقسمة:

تتفق المهاية والقسمة في أن كليهما الأصل في نشأتها إرادة الشركاء، لكن إذا تعذر الاتفاق ما بين الشركاء على المهاية أو القسمة فيصار الى القضاء، وهذه الميزة أيضاً تنأتى من خصوصية المال الشائع وتشابك العلاقات ما بين الشركاء التي تستدعي تدخل القضاء وعدم ترك الأمور التي تتعلق بالانتفاع بالمال الشائع أو انهاءه للإرادة المطلقة للشركاء، خاصة إذا علمنا أن حصة كل شريك في المال الشائع تتعلق بكل جزئية بهذا المال وأن القاعدة التي تحكم الشيوغ أن الشريك يعد مالكاً لحصته مالكاً تاماً وبالمقابل يعد أجنبياً عن حصص الشركاء الآخرين^(١).

رابعاً. من حيث طبيعة القسمة والمهاية:

إذا تمت القسمة وانتهت حالة الشيوغ واختص كل شريك بجزء مفرز من المال الشائع يوازي حصته، فانه يعد مالكاً ملكية مفرزة لهذا الجزء، لكن اختلف الفقهاء في الوقت الذي يعد فيه الشريك مالكاً ملكية مفرزة، هل من وقت اجراء القسمة؟ أم أن يعد مالكاً ملكية مفرزة للجزء الذي آل اليه بالقسمة من تاريخ بدء الشيوغ؟ ان تحديد الوقت الذي يعد فيه الشريك مالكاً ملكية مفرزة لهذا الجزء مهماً في معرفة حكم التصرفات التي أجراها الشريك قبل القسمة هل تسقط أم تبقى؟ كذلك حكم التصرفات للشريك الآخر في هذا الجزء تسقط أم تبقى؟ وغيرها من الأحكام، بعض القوانين أخذت بالأثر الناقل للقسمة وعدت أن الشريك يعد مالكاً ملكية مفرزة للجزء الذي آل اليه بالقسمة من تاريخ القسمة وبالتالي لا أثر للتصرفات التي أجراها الشريك قبل ذلك على هذا الجزء، في حين أخذت قوانين

(١) المواد (١٠٦١ و ١٠٦٢) من القانون المدني العراقي.

أخرى بالأثر الكاشف للقسمة وعدت أن الشريك يعد مالكا للجزء الذي آل إليه بالقسمة منذ تاريخ بدء الشيوخ وبالتالي فإن التصرفات التي أجازها الشريك في هذا الجزء قبل القسمة تبقى صحيحة ونافذة وبالمقابل تسقط التصرفات التي أجازها الشريك الآخر الذي وقع في نصيبه جزء غير الجزء الذي آل للشريك الأول^(١)، إلا أن أكثر القوانين تأخذ بالأثر الكاشف للقسمة^(٢).

أما الفقهاء المسلمون فقد عدوا أن القسمة هي إفراز ومبادلة في آن واحد فهي إفراز لأنه تتعين حصة كل شريك في الجزء الذي آل إليه، ومبادلة حيث يبادل كل شريك حصته في الجزء الذي آل إلى شريكه بحصة الشريك الآخر في الجزء الذي آل إلى هذا الشريك.

وجهة الإفراز تقابل الأثر الكاشف وجهة المبادلة تقابل الأثر الناقل، مع الاعتراف بترجيح جهة الإفراز على المبادلة، والمهاية التي هي قسمة منافع لها طبيعة قسمة الأعيان نفسها، فمثلاً إذا اتفق الشركاء على المهاية في دار كبيرة فالشريك الذي يسكن الطابق العلوي مثلاً يعد مالكا لنصف منفعة هذا الطابق، أما النصف الآخر فقد أخذه عوضاً من منفعته في الطابق الأرضي الذي وقع في نصيب الشريك الآخر^(٣)، حتى وإن تقدم أحد الشركاء بطلب إزالة الشيوخ بالقسمة والمهاية مستمرة فإن نفس النتيجة تترتب بالعكس فإن المهاية هنا تأكيد للأثر الكاشف والأثر الناقل للقسمة ونلاحظ أن المشرع العراقي رجح جهة الإفراز على جهة المبادلة حيث نصت المادة (١٠٧٥) على "ترجيح جهة الإفراز على جهة المبادلة في القسمة، فيعتبر كل متقاسم انه كان دائماً مالكا للحصة التي آلت إليه وأنه لم يملك قط شيئاً من باقي الحصص".

إذاً طبيعة المهاية تتفق مع طبيعة القسمة وهذا أوضح مثال على أن المهاية والقسمة هما شيء واحد مع ملاحظة أن الأولى تتعلق بالمنفعة والثانية تتعلق بالعين نفسها.

وهذا تأكيد على أن أحكام عقد الايجار لا تنطبق على المهاية لأن المبادلة أقرب إلى مفهوم عقد الايجار الذي يقتضي مبادلة المنفعة بالأجرة. لذلك ندعو المشرع العراقي إلى حذف المادة (١٠٧٩) من القانون المدني العراقي والمتعلقة بتطبيق أحكام الايجار على المهاية والاقتداء بما أخذ به القانون اليمني عندما طبق أحكام القسمة على المهاية.

(١) محمد كامل مرسي، المصدر السابق، ص ١٦٣.

(٢) ينظر: نصوص المواد (٨٤٣) من القانون المدني المصري، (٧٩٧) من القانون المدني السوري.

(٣) علي حيدر، المصدر السابق، ج ٣، ص ١٩٤.

الخاتمة :

نعرض فيما يأتي أهم النتائج والتوصيات.

أولاً. النتائج:

١. ان المهاية هي طريقة لتنظيم الانتفاع بالمال الشائع وذلك بقسمة منافعة بين الشركاء، إذ قد يتعذر انتفاعهم مجتمعين فيلجأون الى المهاية، والمهاية جائزة بين الشركاء على الشيوع، وجائزة بين المالكين للمنفعة كالمستأجرين، وتجوز أيضاً بالوقف وبين أصحاب حقوق التصرف والمهاية بين المستأجر والمالك.
٢. المهاية تنشأ بارادة الشركاء أو قد تنشأ عن طريق القضاء، وتسمى المهاية الأولى المهاية الرضائية والمهاية الثانية المهاية القضائية.
٣. المهاية الرضائية عقد بين الشركاء على الشيوع حسب نص المادة (١٠٧٨) من القانون المدني العراقي وبذلك لايجوز ابرام عقد مهاية إذا تصرف أحد الشركاء بحصته ونقل منفعتها الى المستأجر أو المنتفع أو رهن هذه الحصة رهن حيازة لأنه لايجوز اجراء المهاية بين هؤلاء والشريك الآخر.
٤. يشترط في محل عقد المهاية أن يكون معين أو قابل للتعيين وموجود أو ممكن الوجود ومشروعاً بالاضافة الى ان المهاية ترد على العقار والمنقول ويشترط أن ترد على شيء غير قابل للاستهلاك ومن الأموال القيمة.
٥. المهاية القضائية يلجأ اليها الشركاء عند طلب أحدهما المهاية وامتناع الآخر وقد ضيق المشرع العراقي من نطاق المهاية القضائية عندما نص في المادة (١٠٨٠) على أن المهاية القضائية ترد على المنقول فقط ويلجأ اليها الشركاء في حالة امتناع أحدهم عن اجرائها بشرط أن لايتقدم الشريك الآخر بطلب إزالة الشيوع.
٦. تقسم المهاية الى نوعين حسب طريقة الانتفاع فقد تكون مكانية إذا اختص كل شريك بمنفعة جزء مفرز من المال الشائع يوازي حصته الشائعة، تكون زمانية إذا تناوب الشركاء الانتفاع بالمال الشائع كل منهم لمدة تتناسب مع حصة الشائعة.
٧. كَيْف قسم من الفقهاء المهاية بأنها عقد إعارة على اعتبار أن الشريك يعير لشريكه الآخر حصته للانتفاع. إلا أن هذا الاتجاه لم تأخذ به أكثر القوانين.
٨. كَيْف قسم آخر المهاية ايجار لأن كل شريك يعد مؤجراً أو مستأجراً من الشريك الآخر وهذا التكييف أخذ به القانون المدني العراقي والقوانين المقارنة وهو التكييف الذي لاقى قبولاً أكثر من التكييف السابق.

٩. وهناك من كيف المهايأة بأنها قسمة على اعتبار أن الشركاء يفتسمون منفعة المال الشائع وأن أحكام القسمة النهائية تنطبق عليها وهذا الاتجاه أخذ به القانون المدني اليمني.

التوصيات:

١. تعديل نص المادة (١٠٧٨) من القانون المدني العراقي، بحيث لا ينحصر حق الاتفاق على المهايأة بين الشركاء فقط، وإنما من الجائز أن تكون بين الشريك والمستأجر أو المنتفع أو صاحب حق الاستعمال والسكنى والمستعير إذا كان أحد الشركاء قد تصرف بحصته لهؤلاء وذلك لعدم تفويت الفرصة بالانتفاع على الشريك الآخر الذي لم يتصرف بحصته أو لم ينتفع بها.

٢. تعديل نص المادة (١٠٨٠) من القانون المدني العراقي، بحيث يكون تنظيم المهايأة القضائية بالشكل الآتي:

أ. حصر المهايأة القضائية بالعقارات دون المنقولات.
ب. يجوز للشركاء طلب المهايأة القضائية إذا كانت حصصهم متساوية.
ج. لا يمكن اجبار الشريك على المهايأة إذا كان هناك أغلبية تدير المال الشائع.

٣. إلغاء مدة الخمس سنوات كحد أقصى للمهايأة المكانية والمنصوص عليه في (الفقرة ١) من المادة (١٠٧٨) من القانون المدني العراقي وترك تحديد المدة لإرادة الشركاء كما ورد في نص (الفقرة ٢) من نفس المادة الخاصة بالمهايأة الزمانية.

٤. إلغاء نص المادة (١٠٧٩) من القانون المدني العراقي والتي تنص على إخضاع المهايأة لأحكام عقد الإيجار، لوجود تعارض بين طبيعة المهايأة وعقد الإيجار، وإخضاع المهايأة لأحكام القسمة كما فعل المشرع في القانون المدني اليمني.

مراجع البحث :

أولاً. المصادر الفقهية والقانونية:

١. ابراهيم بن علي الشيرازي، المذهب، ج٢، دار الفكر، بيروت.
٢. ابن حجر الهيتمي، الفتاوى الفقهية الكبرى، ج٣، دار الفكر، بيروت.
٣. ابن قدامة المقدسي، المغني، ج١٠، ط١، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٥هـ.
٤. أبو الحسن علي المرغنياني، الهداية شرح البداية، ج٤، المكتبة الإسلامية.

٥. أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٣٨٣.
٦. أحمد عبد الحلیم بن تيمية الحراني، كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية في الفقه، ج ٣٥، ط ٢، مكتبة ابن تيمية.
٧. د. توفيق حسن فرج، عقد الايجار، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٤.
٨. د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المسماة، ط ٢، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، ٢٠٠٥.
٩. د. حسن علي الذنون، الحقوق العينية الأصلية، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة، بغداد، ١٩٥٤.
١٠. زكريا بن محمد الأنصاري، فتح الوهاب، ج ١، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت.
١١. شاکر ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية الأصلية، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٥٩.
١٢. شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج ٢، دار المعرفة، بيروت.
١٣. عبد الحميد الشيرواني، حواشي الشرواني على تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ج ٥، دار الفكر، بيروت.
١٤. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد ٢، ج ٦، لجنة الترجمة والنشر، القاهرة، ١٩٦٣.
١٥. د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج ١، مصادر الالتزام، ط ٥، مطبعة النديم، بغداد.
١٦. د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٨٢.
١٧. علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٤، ط ٢، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٨٢.
١٨. علي بن سليمان المرادوي، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ج ٦، تحقيق محمد حامد الفقي، دار احياء التراث العربي، بيروت.
١٩. علي بن محمد بن علي الجرجاني، التعريفات، ط ١، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ٢٠٠٧.
٢٠. علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج ٣، مكتبة النهضة، بيروت، لبنان.

٢١. د. علي هادي العبيدي، الحقوق العينية، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن، ١٩٩٩.
٢٢. محمد بن عبد الرحمن المغربي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج٥، ط٢، دار الفكر، بيروت، ١٣٩٨هـ.
٢٣. محمد بن مفلح المقدسي، الفروع، ج٦، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٨هـ.
٢٤. محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة ألفاظ المنهاج، ج٢، دار الفكر، بيروت.
٢٥. محمد الزهري الغمراوي، السراج الوهاج على متن المنهاج، ج١، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت.
٢٦. محمد طه البشير، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٦٨.
٢٧. محمد طه البشير، د. غني حسون طه، الحقوق العينية، ج٢، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة بغداد، كلية القانون، ١٩٨٢.
٢٨. محمد عليش، منح الجليل، ج٧، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٩.
٢٩. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية الأصلية، ج٢، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٤٩.
٣٠. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستنقع، ج٢، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، ١٣٩٠هـ.
٣١. —، كشاف القناع، ج٦، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٢هـ.
٣٢. الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ج٣٩، ط٢، الكويت، ٢٠٠٥.

ثانياً. القوانين:

١. القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.
٢. القانون المدني السوري رقم (٨٤) لسنة ١٩٤٩.
٣. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.
٤. قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم (٥) لسنة ١٩٨٥.
٥. القانون المدني اليمني رقم (١٩) لسنة ١٩٩٢.