

## الحقوق المالية والأشياء والأموال

أولاً : الحقوق المالية: تكون عينية أو شخصية أو فكرية

الحق العيني : عرفته المادة / 67 من ق م ع بأنه علاقة مباشرة بين الشخص والشيء وهو يخول صاحبه سلطة استعمال الشيء والأنتفاع به دون وساطة أحد .

الحق الشخصي : عرفته المادة / 69 من ق م ع بأنه رابطة قانونية ما بين شخصين دائن ومّين يطالب الدائن المدين بأن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل .

الحقوق الذهنية أو الفكرية : أنها حقوق من نوع خاص تنطوي على عنصرين ؛ عنصر مالي والآخر معنوي ، وظهرت هذه الحقوق نتيجة للتطور الثقافي والاقتصادي والصناعي ، مثل ؛ حق المؤلف والمخترع والنشر وغيرها من الحقوق الأدبية .

أهمية التمييز بين الحق العيني والحق الشخصي :

1- حق التتبع : لصاحب الحق العيني حق التتبع أي أن يتبع الشيء محل الحق ليستعمل حقه عليه في يد أي شخص ، أما الحق الشخصي فإنه لا يخول صاحبه مثل هذا الحق بل يخول الدائن مطالبة مدينة بالقيام بعمل أو الأمتناع عن عمل .

2- حق الأفضلية : بموجب الحق العيني يأمن صاحبه مزاحمة الدائنين عند النزاع في شأن الحصول على الشيء أو اقتضاء ثمنه بعد بيعه ، أما الحق الشخصي فلا يخول صاحبه أفضلية ، فإذا أعسر المدين وبيعت أمواله أقتسم الدائنون ثمن هذه الأموال قسمة غراماً .

3- أنه حق مؤبد: أن الحق العيني حقاً مؤبداً لأنه يرد على شيء معين فيدوم الحق ما بقي الشيء محل الحق قائماً ، أما الحق الشخصي فإنه مؤقت لأن محله عمل أو أمتناع عن عمل .

4- الحق العيني يكتسب بالتقادم: الحق العيني شيئاً مادياً فإن من الممكن أن يضع الشخص يده عليه ويتملكه بمرور الزمن ، أما الحق الشخصي فمحله عمل أو أمتناع عن عمل ولا يمكن تصور حيازة العمل أو الأمتناع عن عمل .

ثانياً / الأشياء والأموال : والفرق بينهما ؛

المال: هو الحق ذو القيمة المالية أياً كان نوعه ومحله سواء عينا أو شخصياً .

الشيء : هو محل ذلك الحق سواء كان هذا الشيء مادي أو غير مادي .

أن الحقوق التي يعني بها القانون المدني العراقي هي الحقوق ذات القيمة المالية وهي الأموال والأشياء التي

تكون محال هذه الحقوق ، أن المشرّع العراقي قد قرر في المادة/61 من ق م ع : ( كل شيء لا يخرج عن

التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية) ، ونص في المادة/65 من ق م ع : (

المال هو كل حق له قيمة مادية) ومن هاذين النصين يتبين لنا أن المشرّع العراقي قد ميز بين الأشياء والأموال

حيث أعتبرت هذه المادة ، العقارات والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص المعنوية هي أشياء أو أموال بحد

ذاتها .

تقسيم الأشياء والأموال :

أن الأشياء هي محال للحقوق أي يجب أن لا تخرج عن دائرة التعامل سواء كان هذا الخروج بطبيعتها لأنها لا تقبل الحيابة على سبيل الأستثناء والأفراد كالهواء بالجو ومياه البحار ، ولكن هذه الأشياء ، إذا أمكن حيابة أجزاء منها فأنها تكون محلاً صالحاً للحقوق ككمية من الهواء المضغوط في أسطوانة وقد لا تحول طبيعة بعض الأشياء دون حيابتها على سبيل الأستثناء والأفراد ، ولكن القانون ينص على عدم جواز التعامل فيها كالسموم والمخدرات ، وقد أوردت المادة 61 من ق م ع الاحكام المتقدمة بقولها : ( كل شيء لا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية) .

والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد يستأثر بحيابتها ، أما الأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون هي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية ، وملخص القول أنه لا يصح في النظر القانوني تقسيم الأشياء إلى أشياء قابلة للتعامل و أشياء غير قابلة له :

1- العقارات والمنقولات

2- الأشياء المثلية والأشياء القيمية

3- الأشياء العامة والأشياء الخاصة

4- الأشياء المملوكة والأشياء غير المملوكة

5- الأشياء القابلة للأستهلاك والأشياء غير القابلة للأستهلاك .

العقارات والمنقولات :

تقسم الأشياء من حيث ثباتها إلى عقارات ومنقولات وهذا التقسيم الرئيسي في القوانين المدنية ، لقد أتجه الفقه الفرنسي نحو المعيار المادي الذي يعتمد على طبيعة الأشياء وهذا أقرب إلى المنطق وهذا ما أتجه إليه القانون المدني العراقي حيث عرفت المادة 62 منه العقار المنقول بقولها ( العقار كل شيء له مستقر ثابت بحيث لا يمكن نقله أو تحويله دون تلف ويشمل الأرض والبناء والغراس والجسور والسدود وغير ذلك من الأشياء العقارية ، أما المنقول فهو كل شيء يمكن نقله وتحويله دون تلف ، ويشمل النقود والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات وغير ذلك من الأشياء المنقولة . )

إذا فقدت هذه الأشياء صفة الثبات والاستقرار في الأرض فأنها تفقد تبعاً لذلك صفتها العقارية فأنقاص البناء والأحجار المتقطعة من الأرض والمعادن المستخرجة منها والنباتات المجنية تعتبر من المنقولات من وقت انفصالها عن الأرض .

العقار بالتخصيص : نصت المادة 63 من ق م ع على : ( يعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول الذي يضعه مالكه في عقار مملوك له رسداً له على خدمة هذا العقار أو إستغلاله) .

شروط ثبوت صفة العقار بالتخصيص :

الشرط الأول / تخصيص منقول بطبيعته لخدمة عقار أو لاستغلاله: أن المنقول الذي يخص لخدمة مالك العقار لا لخدمة العقار نفسه لا يعتبر عقاراً بالتخصيص فالسيارة التي يستخدمها صاحب المصنع لتنقلاته نفسه

لا تعتبر عقارا بالتخصيص خلافا للسيارات التي تستعمل لخدمة المصنع نفسه .  
الشرط الثاني/ وحدة المالك : لا بد أن يكون هذا المنقول مملوكاً لنفس مالك العقار ويترتب على ذلك أن المنقولات التي يملكها مستأجر المصنع أو المنتفع بالأرض لا تعتبر عقاراً بالتخصيص ولا تعتبر عقاراً بالتخصيص كذلك المنقولات التي يضعها مالك العقار لخدمة عقاره ، إذا لم تكن هذه العقارات مملوكة له وتبرير هذه المنقولات بالغاية التي أعتبرت من أجلها المنقول عقاراً بالتخصيص وهي ربط المنقول بالعقار ضماناً لاستمرار خدمة العقار واستغلاله وهذا غير ممكن إذا لم يكن العقار والمنقول مملوكاً لنفس المالك .  
فبعد ثبوت هذين الشرطين تثبت للمنقول بطبيعته صفة العقار بالتخصيص ويأخذ حكم العقار الذي رصد لخدمته فلا يجوز الحجز أو التنفيذ عليه منفصلاً عن العقار الملحق به .  
زوال صفة العقار بالتخصيص :

ترتبط مسألة زوال صفة العقار عن هذه المنقولات بأنقطاع علاقة التخصيص التي ترتبط بينهما وبين العقار الذي رصدت على خدمته أو استغلاله كما لو باع المالك المنقولات دون العقار أو بالعكس أو نقلها لاستخدام آخر ففي هذه الاحوال تفقد العقارات بالتخصيص صفتها العقارية وتعود إلى حالتها المنقولة وقد تفقد هذه الصفة لأسباب خارجة عن إرادة المالك كما لو انفصلت عن العقار لأتجاره ولم تعد تستخدم لخدمته أو استغلاله فعليه ؛ فإن فقدان العقار بالتخصيص صفته العقارية يكون بإرادة المالك وبدون إرادة المالك . أن زوال صفة العقار مشروط بعدم الإضرار بحقوق الغير كالدائن المرتهن للعقار الذي يعتمد ضمانه .  
المنقول بحسب المال:

هناك نوعان من المنقولات ، المنقول بطبيعته هو الأصل والمنقول بحسب المال هو الاستثناء ، فالمنقول بحسب المال عقار بطبيعته يكون معداً ليصبح منقولاً بإرادة الطرفين المتعاقدين كما لو بنية بناء معد للهدم أو المحصولات والثمار المعدة للجني أو خشب الأشجار المعد للقطع ويترتب على اعتبار العقار منقولاً والمشرع العراقي عامل في حالات خاصة العقارات المعدة للأنفصال عن الأصل بقائها معاملة المنقولات في المادة 1373 من ق م ع .

أهمية تقسيم الأشياء إلى عقارات ومنقولات :

الآثار المترتبة على التمييز بين العقارات والمنقولات ، هي :

- 1- من حيث إخضاع التصرفات القانونية لإجراءات معينة والتي ترد على العقار ، تخضع هذه التصرفات والاحكام النهائية المتعلقة بالعقار لإجراءات معينة بحيث تسجيلها في السجل العقاري عكس المنقول الذي لا يخضع لهذه الإجراءات لما يتميز به المنقول من حركة وعدم استقرار .
- 2- من حيث الحيابة والتقدم : أن الحيابة في المنقول بحسن نية يعتبر سنداً للملكية ن أما العقارات فليس لحيابتها من الآثار القانونية ما لحيابة المنقولات إذ يمكن التثبت من الحقوق التي عليها بالرجوع إلى سجلات الدوائر المختصة .

3- من حيث ملكية الأجانب : هناك تشدد الدول عادة من حيث تملك الأجانب للعقارات و لا وجود لمثل هذا التشدد في المنقولات حيث توجد إباحة للأجانب في ذلك إلا ما أستثنى بنص خاص .

4- من حيث القانون الواجب الإتباع : أن العقارات تخضع لقانون موقعها خلافاً للمنقولات كما أن الدعاوى

المتعلقة بالعقار تنظر من قبل المحكمة التي يقع العقار في دائرتها ، أما المحكمة المختصة بنظر النزاع المنصب على منقول فهي محكمة محل إقامة المدعي عليه .

5- من حيث الشفعة والوقف وحقوق الارتفاق : الشفعة خاصة بالعقارات دون المنقولات ، أما من حيث الوقف فيجوز فقهاء الشريعة الإسلامية وقف العقار لا المنقول وبعضهم لا يسمح به وقف المنقول إلا إذا كان تابعا للعقار وأما من بين حقوق الارتفاق وحقوق الجوار فأنها لا تقرر إلا على العقار دون المنقول .

#### الأشياء المثلية والقيمية :

نصت المادة 64 من ق م ع على أنه : (1) – الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء ، وتقدر عادة في التعامل ما بين الناس بالعدد او المقياس او الكيل او الوزن.

2 – وما عدا ذلك من الأشياء فهو قيمي . ) فالأشياء المثلية هي التي لها نظائر متماثلة في الأسواق فلا تتفاوت أحادها أو تتفاوت تفاوتاً يسيراً لا يعتد به عادةً لذلك أمكن أن يقوم بعضها مقام بعض في الوفاء ، فالأشياء المثلية تسمى بالأشياء المعينة بالنوع ولكي يعتبر الشيء مثلياً يجب أن يكون موجود فعلاً في السوق فإن لم يوجد مثله في السوق بسبب إنعدامه أو نادر ما يوجد فإنه يصبح قيمياً لعدم إمكان حلول شيء آخر محله أما الأشياء القيمية أو المعينة بالذات فهي الأشياء التي لا يوجد مثلها في السوق وإن وجدت فإنه يتفاوت عنها تفاوتاً يعتد به فالأشياء القيمية أشياء معينة بذاتها لا يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء كالمنازل والأراضي والأحجار الكريمة والحيوانات وغيرها ، أن الأشياء حتى تكون مثلية أو قيمية أمر نسبي لا دور لإرادة الأفراد فيها ويمكن أن يكون الشيء مثلياً أو قيمياً تبعاً لنية المتعاقدين .

أهمية هذا التقسيم :

1- من حيث الملكية : لا يمكن نقل ملكية الشيء المثلي بمجرد إنقضاء العقد بل لا بد من أجل ذلك فرز المبيع وتعيينه بالذات أما إذا كان الشيء قيمياً وهو شيء معين بالذات فإن ملكيته تنتقل إلى المشتري فور التعاقد دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل إذا كان المبيع عقاراً .

2- من حيث الوفاء بالالتزام : إذا كان محل الإلتزام شيئاً قيمياً فليس للمدين أن يدفع شيئاً غيره بدون رضا الدائن حتى لو كان هذا الشيء مساوياً أو أكبر قيمة من محل الإلتزام الأصلي ، أما إذا كان الشيء مثلياً فاللمدين أن يدفع مثله حتى بدون رضا الدائن .

3- من حيث الهلاك : المثليات لا تهلك فإذا كان الشيء مثلياً وهلك فإن العقد لا يفسخ بل يظل الإلتزام المدين قائماً لأن الهلاك الشيء المثلي لا يجعل التنفيذ مستحيلاً ، أما إذا كان محل العقد قيمياً وهلك أنفسخ العقد بقوة القانون وأنقضى الإلتزام المدين .

#### الأشياء العامة والأشياء الخاصة :

الأشياء العامة : هي الأشياء المملوكة للأشخاص المعنوية سواء كانت عقاراً أو منقولاً تميزها لها عن الأشياء الخاصة التي يكون للأفراد عليها حق الملك التام حسب نص المادة 71/ من ق م ع على أنه : (

1- تعتبر اموالاً عامة العقارات والمنقولات التي للدولة او للأشخاص المعنوية والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل او بمقتضى القانون.

2 - وهذه الاموال لا يجوز التصرف فيها او الحجز عليها او تملكها بالتقادم. ) .

وتنقسم إلى نوعين من حيث تخصصها :

آ- الأموال العامة : وهي مرصودة للمنفعة العامة كالطرق والجسور .

ب- الأموال الخاصة : وهي أموال مملوكة للدولة وتستعمل استعمال الأفراد في ملكهم الخاص كالأراضي الأميرية .

وعليه ، أن الأشياء المملوكة لأشخاص القانون الخاص سواء كانوا طبيعيين أو معنويين لا تكون إلا أشياء خاصة أما الأشياء المملوكة لأشخاص القانون العام كالدولة فأنها قد تكون عامة أو خاصة .

أن معيار التمييز بين الأموال العامة والخاصة هو معيار تخصيص الشيء للمنفعة العامة وهذا التخصيص قد يكون فعلياً دون إصدار قانون خاص بذلك كالطرق والجسور أو يتم التخصيص بمقتضى نص القانون، وقد ثار

خلاف حول طبيعة حق الدولة في الأموال العامة حيث اعتبروا هذا الحق يقتصر على الإشراف والحفظ

والصيانة لمصلحة الناس جميعاً ، ولكن ، الرأي السائد أنه حق ملكية مقيد بتخصيص هذه الأموال للمنفعة

العامة فعليه لا يجوز التصرف بهذه الأموال أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم عكس الأموال الخاصة فيحق للدولة التصرف بها أنواع التصرفات.

الأشياء المملوكة والأشياء غير المملوكة :

الأشياء المملوكة هي التي دخلت تحت الملكية عامة أو خاصة أما الأشياء غير المملوكة فهي بحسب الأصل

ليست مملوكة لأحد ولكنها تصبح مملوكة لأول واضع يد عليها بطريق الاستيلاء وتسمى هذه الأشياء في الفقه

الإسلامي والقانون المدني العراقي ب ( الأشياء المباحة) مثل الطير في الهواء والسمك في الماء والشجر في

الغابات والأشياء المباحة تنحصر غالباً بالمنقولات أما العقارات تعتبر مملوكة أما للدولة أو للأفراد وقد تضمنت

المادة 1098 من ق م ع أنه (1 - كل من احرز بقصد التملك منقولاً مباحاً لا مالك له ملكه.) ونصت المادة

1102 (1 - الصيد مباح برأ وبحراً ويجوز اتخاذه حرفة.)

الأشياء القابلة للاستهلاك والأشياء الغير قابلة للاستهلاك :

الأشياء القابلة للاستهلاك هي تلك تستهلك بأستعمالها مرة واحدة وقد يكون هذا الاستهلاك مادياً كأستهلاك

السوائل والمأكولات وقد يكون الاستهلاك قانونياً قانونياً حيث يتم التصرف بالشيء أي بانتقال هذا الشيء من

ذكة إلى أخرى كأنفاق النقود واستعمال طوابع البريد وعليه فإن الاستهلاك القانوني مستهلك نسبي لأنه يقتصر

على من أستعمل الشيء دون غيره ، أما الاستهلاك المادي فهو استهلاك مطلق لأنه لا يتحقق إلا بهلاك مادة

الشيء .

أما الأشياء غير القابلة للاستهلاك فهي الأشياء التي تقبل تكرر استعمالها لذا يمكن الانتفاع بها مع بقاء اعيانها

مثل الأراضي والمنازل والمفروشات والحيوانات ووسائط النقل ، ولم يشر القانون المدني لهذا التقسيم إشارة

صريحة عند بحثه للأشياء .

الحقوق العينية الأصلية :

الحقوق العينية أما أصلية أو تبعية فالصفة العينية هي التي تجمع بين الحقوق الأصلية والتبعية إذ يشتركان في

أن كل منها يتحلل إلى سلطة قانونية مباشرة تنصب على أشياء أو أعيان معينة بذاتها ، وأن لكل نوع منها

مميزات خاصة ، فإذا كانت السلطة المقررة قانوناً للشخص قد أكتسبها حالاً دون توسط حق شخصي سابق ، كانت هذه السلطة حقاً عينياً أصلياً فالحق العيني حقاً قائماً بذاته غير تابع في وجوده لحق موجود آخر فحق الملكية يكتسبه صاحبه حالاً بأحد أسباب كسب الملكية ك ( العقد والآرث ، الإستيلاء) وقد ورد في المادة 68 من ق م ع حق الملكية والحقوق المنفردة عنه وهي حق الملكية وحق التصرف وحق العقر وحقوق المنفعة والاستعمال والسكنى والمساحة وحقوق الإرتفاق وحق الوقف وحق الإجارة الطويلة ، إما إذا كانت السلطة التي يكسبها الشخص حالاً بل بواسطة حق شخصي فهذه السلطة هي حق عيني تبعي الذي يستند في وجوده إلى وجود حق آخر ، يسمى الحق الرئيس هو حق شخصي بتقرر الحق العيني التبعي ضماناً للوفاء به ومن أجل هذا سميت الحقوق العينية التبعية بالتأمينات العينية وهذه الحقوق هي الرهن التأميني والرهن الحيازي وحقوق الامتياز .

حق الملكية :

عرفت المادة 1048 من ق م ع الملكية بأنها : (الملك التام من شأنه ان يتصرف به المالك، تصرفاً مطلقاً فيما يملكه عيناً ومنفعة واستغلالاً، فينتفع بالين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتاجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة).

خصائص حق الملكية :

- 1- حق الملكية حق دائم : أن الملكية حق دائم بالنسبة للشيء المملوك لا بالنسبة لشخص المالك لأن الملكية تبقى ما دام الشيء المملوك باقياً ولا تزول إلا بزوال هذا الشيء وهلاكه ، ولكن ، شخص المالك لا يبقى واحداً على الدوام فكثير ما تنتقل الملكية من شخص على آخر ، ولكن هذا التغير لا يعني دوام الملكية وعليه فالملكية لا تسقط بالتقادم ولا تزول بعد الاستعمال ولا تحدد بمدة معينة لأن التوقيت يتنافى مع طبيعة الملكية
- 2- حق الملكية حق مانع : معناه أنه حق مقصور على المالك دون غيره فالمالك وحده أن يستأثر بجميع مزايا ملكه وله أن يمنع غيره من مشاركته في هذه المزايا حتى ولو لم يلحق ضرراً من هذه المشاركة ولم ترد صيغة في قصر الملكية على صاحب الحق في قانوننا المدني ، ولكن ، وردت في القانون المصري ويترتب على أن حق الملكية حق مانع أن الشيء الواحد لا يمكن أن يكون مملوكاً لأكثر من شخص واحد في وقت واحد ، صحيح أنه يجوز أن يكون الشيء مملوكاً لشخصين أو أكثر على الشيوع ، ولكن ، كل من هؤلاء الأشخاص لا يملك الشيء كله بل يملك جزءاً شأنه شأنه وهناك استثناءات ترد على حق الملكية حق مانع تقيد من سلطات المالك على الشيء أما لتحقيق منفعة عامة أو مصلحة خاصة يراها المشرع أولى بالرعاية من مصلحة المالك .
- 3- حق الملكية حق جامع : الملكية حق جامع لأنه يشمل أوسع السلطات التي يمكن أن تكون للشخص على الشيء فهو الحق الذي يخول صاحبه الانتفاع بالشيء واستغلاله والتصرف فيه ويترتب على كون حق الملكية حقاً جامعاً ، نتيجتين ، هما :

أ- أن من يدعي له حقاً في ملك الغير كحق انتفاع أو رهن عليه أن يقيم الدليل على ذلك أما المالك فلا يكلف إلا بإثبات ملكه بالطرق المقررة قانوناً .

ب- أن أي حق يتفرع عن الملكية يكون عادةً مؤقتاً فحق الانتفاع والاستعمال والسكن هي بالضرورة حقوق مؤقتة ، فمثل هذه الحقوق تنقص من سلطات المالك ولا يجوز أن تتجاوز هذه الحقوق مدة حياة أصحابها .  
عناصر حق الملكية :

1- الاستعمال : يقصد به استخدام الشيء فيما يتفق وطبيعته للحصول على منفعه فيما عدا الثمار شريطة عدم استهلاك الشيء نفسه ، فمثلا ؛ استعمال الحيوان يكون بركوب أو في استخدامه في الجر والحرث أو استعمال الملابس وأرتدائها .

2- الاستغلال : المقصود بالاستغلال هو القيام بالاعمال اللازمة للحصول على غلة الشيء وثماره فاستغلال الدار يكون بتأجيرها والبستان بالحصول على ثماره والماشية بالحصول على نتاجها ، وإذا استعمل المالك الشيء بواسطة غيره مقابل أجر يتقاضاه من الغير سمي استغلالاً ، وميز الفقهاء بين ثمار الشيء والمنتجات والحاصلات ، فالثمار ؛ هي ما ينتج الشيء في مواعيد دورية دون انتقاص لأصل الشيء ، والمنتجات ؛ كالفحم والمعادن فلا ينتجها الشيء في مواعيد دورية وينقص أقطاعها من أصل الشيء ، ولا تظهر أهمية التمييز إلا بالنسبة لغير المالك ، ويمكن تقسيم الثمار على ثلاثة أنواع ، هي ؛ الثمار الطبيعية التي تولد عن الشيء بفعل الطبيعة دون تدخل الإنسان ، و الثمار المستحدثة وهي الثمار التي يكون للإنسان يد في إنتاجها كالمحصولات الزراعية ، والثمار المدنية ؛ هي ما يغله الشيء من دخل نقدي يلتزم به الغير في مقابل الاستفادة من الشيء كأجرة المنازل وأرباح الأسهم والسندات .

3- التصرف : المراد به التصرف في الشيء محل الحق جميع التصرفات المادية والقانونية ، فالتصرف المادي ، مثل ؛ تغيير شكل الشيء أو استهلاكه أو اتلافه وهذه السلطة لا تثبت لغير المالك ، أما التصرف القانوني فيكون بإجراء تصرف قانوني على الشيء يترتب على نقل الملكية إلى الغير وهناك حالات استثنائية تتقيد فيها سلطة المالك في التصرف أو يحرم منها بصورة مؤقتة وذلك بمقتضى اتفاق أو نص في القانون ، وإذا تخلى المالك عن حق الاستعمال وحق الاستغلال للغير لمدة معينة يبقى له حق التصرف وحده .

#### نطاق حق الملكية :

أن المقصود بنطاق حق الملكية معناه المحل أو الوعاء الذي ترد عليه وتمارس عليه هذه السلطات ومحل هذه السلطات هو الشيء المملوك ذاته والذي هو دائما شيء معين بالذات وقد حددت المادة 1049 من ق م ع ذلك النطاق : ( 1 – مالك الشيء يملك كل ما يعد في حكم العرف من عناصره الجوهرية بحيث لا يمكن فصله عنه دون ان يهلك او يتلف او يتغير.

2 – وملكية الارض، تشمل ما فوقها علواً وما تحتها سفلاً الى الحد المفيد في التمتع بها.

3 – ويجوز الاتفاق على ان تكون ملكية سطح الارض منفصلة عن ملكية ما فوقها او ما تحتها. )

عناصر الشيء الجوهرية : أن مالك الشيء يملك كل ما يعد من العناصر الجوهرية للشيء وعناصر الشيء الجوهرية حسب ما أعتمدها المشرع العراقي هي ( العرف وطبيعة الأشياء ) فعليه أن كل ما يقيمه المالك على أرضه من بناء أو غراس يعتبر من أجزاء الأرض فحق الملكية لا يقتصر على الأرض بل يمتد إلى ما يقيمه المالك فيها ، فعليه حق الملكية يشمل جميع الاجزاء المندمجة في الشيء.

ما يتفرع عن الشيء المملوك وملحقاته : أن الأصل هو أن مالك الشيء يملك كل ما يعتبر من ملحقات الشيء و ما يتفرع عن هذا الشيء فثمار الشيء ومنتجاته التي تتولد عنه تكون للمالك وكذلك ملحقات الشيء هي كل ما أعد إليه بصفة دائمة لاستعمال الشيء أو لأستغلاله كالعقارات بالتخصيص وحقوق الإرتفاق وحضائر المواشي وتبدأ أهمية امتداد الملكية إلى ملحقات الشيء عند أنتقال الملكية في العقود الناقلة للملكية كالبيع والهبة وهذا ما ذكرته المادة 537 من ق م ع في عقد البيع حيث أعتبرت هذه المادة بيع بقرة حلوب لأجل اللبن دخل تبعها الرضيع في البيع بدون ذكر لأنه من ملحقات البقرة .

#### العلو والسفل :

القاعدة في الملكية أيضاً لا تقتصر على سطح العقار المملوك بل تمتد إلى ما فوقه علواً وما تحته سفلاً وهذا ما نصت عليه المادة 1049 /2 ق م ع (وملكية الارض، تشمل ما فوقها علواً وما تحتها سفلاً الى الحد المفيد في التمتع بها.) فمالك الأرض يملك الفضاء الذي يعلوها فيحق له استخدامه بالزراع أو البناء وكذلك يملك الطبقات التي تحتها مثل حفر الآبار .

س/ ما هو الحد المادي لسلطات المالك على العلو والسفل ؟

ج / كان الفقه القديم تحت تأثير النظرة القديمة إلى الملكية فيذهب إلى القول بأن لا حداً مادي لسلطات المالك بهذا الشأن منها القانون الروماني وذهب الفقهاء المسلمون في مجلس الاحكام العدلية المادة 1194 ، على أن المالك يتصرف في ملكه بحسب إرادته وإختياره سواء كان التصرف نافعا أو مضراً به ولا يجوز للمالك أن يتصرف تصرفاً مضراً بالغير بدون رضاء هذا الغير ، لكن، هذا الرأي غير منسجم مع النظرة الحديثة للملكية بأن حق الملكية وظيفية اجتماعية وليس حقاً مطلقاً وكذلك يتعارض مع الضرورات العملية التي أستجدت نتيجة للتقدم العلمي والتي تستوجب الحد من سلطات المالك بهذا الشأن وهذا ما أقرته التشريعات الحديثة ومنها التشريع العراقي بالنص على حصر الملكية بالعلو والسفل في القدر الذي يمكن تحصيل فائدة من وراء ممارسة سلطات الملكية عليه وحسب المادة المشار إليها أعلاه ، وعليه لم يعد معقولاً ولا مقبولاً بأن من ملك محلاً يملك ما فوق المحل إلى السماء وما تحته أيضاً إلى الثرى، وعليه فبموجب هذا التحديد فإن المالك لا يملك منع الغير من ممارسة النشاط خارج النطاق الذي حدده المشرع لأمتداد العلو والسفل ، لقد أجازت الفقرة الثالثة من المادة 1049 من ق م ع (ويجوز الاتفاق على ان تكون ملكية سطح الارض منفصلة عن ملكية ما فوقها او ما تحتها.) أي أن فصل ملكية السطح عن ملكية ما فوقها وما تحتها وذلك أما بموجب تشريعات خاصة أو بناء على اتفاق وحق المساطحة وحق التعلي من أمثلة ذلك .

قيود الملكية :

أن القيود التي ترد على حق الملكية تنوعت في الوقت الحاضر فقد يكون مصدرها التشريع وقد يكون مصدرها



الأففاق أو الإرادة المنفردة والنوع الأول من القيود ، أما أن يقرر على حق الملكية مراعاة لمصلحة عامة أو أن يقرر لمصلحة خاصة .

القيود التي ترد على حرية التملك :

- 1- تقييد حرية التملك بالنسبة للأجانب : أن هذا القيد يظهر في تملك الأجنبي للعقارات ، فالدول تشدد عادة في إباحة تملك الأجانب للعقارات وأن قانون ذا الرقم 82 لسنة 1964 قد منح الأجنبي من تملك العقار إلا على أساس المعاملة بالمثل وموافقة وزير الداخلية على منح هذا الحق وبشروط ، هي :
  - أ- سبق إقامة الأجنبي في العراق مدة لا تقل عن سبعة سنوات .
  - ب- أن لا يكون قريباً من الحدود العراقية بما لا يقل عن 30 كم .
  - ج- عدم وجود مانع إداري أو عسكري .
  - د- أن لا يكون العقار المطلوب تملكه أرضاً زراعية أو أميرية .

2- تقييد حرية تملك الأراضي الزراعية : كان قانون الإصلاح الزراعي رقم 30 لسنة 1958 يقيد حق تملك الأراضي الزراعية حيث حدد الحد الأقصى الذي يجوز أن يملكه الشخص أو يحتفظ به من الأراضي الزراعية هو ألف دونم من التي تسقى سيجاً وألف دونم التي تسقى ديماً ، لكن ، قانون 117 لسنة 1970 خفض الحد الأقصى مراعيًا في ذلك عوامل متعددة كخصوبة الأرض وقابليتها الإنتاجية .

3- تقييد حرية الشخص المعنوي في التملك : أن إهلية الشخص المعنوي في إكتساب حق الملكية ترد عليها قيوداً لإعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة أو تطبيقاً لمبدأ التخصص فالإعتبارات المصلحة العامة فقد تقضي هذه المصلحة تقييد حرية الشخص المعنوي في تملك العقارات ، فلا يجوز أن تكون للشخص المعنوي حقوق ملكية أو أي حقوق على عقارات إلا بالقدر الضروري لتحقيق الغرض الذي أنشئ من أجله .

القيود التي ترد على حق الملكية ذاته : هناك قيود قانونية وقيود قانونية مقررّة لمصلحة عامة

1- قيود قانونية:

أولاً : نزع الملكية للمنفعة العامة : أن الملكية حق مصون لا يجوز الإعتداء عليه وحرمان المالك منه إلا في الأحوال التي يقرها القانون ، لهذا نصت المادة / 1050 من ق م ع (لا يجوز ان يحرم احد من ملكه، الا في الاحوال التي قررها القانون وبالطريقة التي يرسمها، ويكون ذلك في مقابل تعويض عادل يدفع اليه مقدماً).

ثانياً : الإستيلاء المؤقت : لقد أجازت المادة 26 من قانون الإستيلاء 12 لسنة 1982 لدوائر الدولة والقطاعين الأشترائي والمختلط أن تستولي مؤقتاً على العقارات المملوكة للأفراد وذلك في حالات الحرب أو الفيضان أو حريق أو كوارث أخرى وينظم محضراً بذلك عند وضع اليد على العقار الذي صدر قرار الإستيلاء به وإذا أنتهت مدة الإستيلاء فعلى الجهة التي أستولت على العقار أن ترده إلى أصحابه مع تعويضه إذا أصاب الضرر .

ثالثاً : التأميم : هو الإجراء الذي تنتقل به ملكية المشروعات الخاصة من الأفراد والشركات إلى الدولة لقاء تعويض عادل ويقترّب التأميم من نظام نزع الملكية للمنفعة العامة حيث أن كلاهما يؤدي إلى نزع الملكية الخاصة جبراً عن أصحابها لقاء تعويض عادل ، ولكن ، مع ذلك تختلفان عن بعضهما من حيث الإجراءات المقررة لكل نظام ومن حيث أن نزع الملكية للمنفعة العامة ينصب على العقارات دائماً بينما التأميم ينصب على

مشروعات معينة بجميع عناصرها العقارية وغير العقارية .  
وقد أمم العراق سنة 1955 شركة التنوير والقوة الكهربائية الأنكليزية لمدينة بغداد وفي عام 1964 أمم شركات التأمين والمصارف والبنوك وفي سنة 1972 أمم شركات النفط بموجب قانون 80 لسنة 1961 وقد تم تعويض جميع اصحاب المشاريع المؤممة بالكيفية والإداء.

#### إجراءات الإستملاك :

1- الإستملاك الرضائي : وهو الذي يتم عن طريق التفاوض بين المسمك والمستمك منه فيجوز لدوائر الدولة وللقطاعين الاشتراكي والمختلط الإتفاق مع مالك العقار على إستملاكه رضاءً وبعد إتفاق الطرفين يطلب المستمك من هيئة التقدير تحديد التعويض ويبلغ رئيس هيئة التقدير قرار الهيئة لكل من الطرفين ولدائرة التسجيل العقاري ويصبح قرار الهيئة باتاً وملزماً ولا يجوز الطعن فيه إذا وافق عليه الطرفين تحريراً أو يمضي عليه عشرة أيام دون اعتراض .

2- الإستملاك القضائي : أن الإجراءات الواجبة الإتباع ، هي :

آ- تقديم طلب الإستملاك إلى محكمة بداءة موقع العقار ترفق به نسخة من آخر سجل للعقار و أسماء مالكي العقار وعناوينهم .

ب- تعيين المحكمة موعداً للنظر في طلب الإستملاك خلال عشرة أيام من تاريخ تسجيله .

ج- إجراء المحكمة الكشف لغرض تقدير التعويض من قبل هيئة التقدير .

د- تفصل المحكمة في طلب الاستملاك على درجة الإستعجال.

و- إشعار دائرة التسجيل العقاري عند إكتساب القرار درجة البتات لتسجيل العقار المستمك .

3- الإستملاك الإداري : هذا الإستملاك يخص إذا كان العقار أو الحق العيني المطلوب إستملاكه يعود إلى دوائر الدولة عدا الأوقاف فيجري إستملاكه إدارياً ويتحدد التعويض باتفاق الطرفين وعند الاختلاف بشأن التعويض فالوزير المختص أو مجلس الوزراء هو الذي يفصل في الخلاف الناشيء .

التعويض العيني : أجازت المادة 29 من قانون الإستملاك أن للمستمك أن يعوض المستمك منه أرضاً زراعية أو بستاناً معادلة من حيث القيمة ضمن حدود الوحدة الإدارية للأرض المطلوب إستملاكها وبمثلها خارج حدود الوحدة الإدارية بموافقة المستمك منه .

التعويض النقدي : نظم قانون الإستملاك التعويض عن الأراضي الزراعية ثم التعويض عن البساتين والمغروسات معتمداً الأسعار السائدة في عام 1973 أساساً لتقدير التعويض وأظافة نسبة مئوية عليه لكل سنة من السنين اللاحقة أما العقارات فقد أعتد القانون الأسعار السائدة بتاريخ الكشف و التقدير .

2- قيود قانونية مقررة لمصلحة عامة

إلتزامات الجوار بصورة عامة : أن المالك حراً في مباشرة سلطاته التي تمكنه من الحصول على منافع ملكه ، ولكن ، هذه السلطات تتقيد بوجود عدم غلو المالك في استعماله لحقه إلى حد يلحق الضرر الفاحش بجيرانه وإلا تحققت مسؤوليته عن هذا الضرر ، ولقد أوردت القانون المدني العراقي إلتزامات الجوار بنصوص خاصة

في المادة 1051 منه : ( 1 - لا يجوز للمالك ان يتصرف في ملكه تصرفاً مضرراً بالجار ضرراً فاحشاً، والضرر الفاحش يزال سواء كان حادثاً او قديماً.

- 2 - وللمالك المههد بان يصيب عقاره ضرر من جراء حفر او اعمال اخرى تحدث في العين المجاورة ان يطلب اتخاذ كل ما يلزم لاتقاء الضرر وله ايضاً ان يطلب وقف الاهمال او اتخاذ ما تدعو اليه الحاجة من احتياطات عاجلة، ريثما تفصل المحكمة في النزاع.
- 3 - واذا كان احد يتصرف في ملكه تصرفاً مشروعاً، فجاء آخر وحدث في جانبه بناء وتضرر من فعله فيجب عليه ان يدفع ضرره بنفسه. .

الضرر الذي يبرر مسؤولية المالك : أن حسن الجوار واجب وضرورة اجتماعية فليس للجار أن يسأل جاره عن كل ضرر يترتب على استعماله لملكه لأن ذلك يعطل الملكية فعليه ليس كل ضرر يصيب الجار يستوجب مسؤولية المالك بل لا بد أن يكون هذا الضرر فاحشاً (م 1051) فإذا كان الضرر الذي أصاب الجار ضرراً بسيطاً فلا تقوم هذه المسؤولية لأن حالة الجوار حالة اجتماعية تستلزم التضامن بين الجيران .

س/ متى يعتبر الضرر فاحشاً ؟

أن المشرع العراقي أكتفى بالنص على مسؤولية المالك عن الضرر الفاحش الذي يصيب الجار دون أن يبين الاعتبارات التي ينبغي أخذها بنظر الاعتبار حتى يتم تحديد الضرر فاحشاً أم لا ويكون ذلك قد ترك هذا إلى القاضي وقد قسم المشرع العراقي معيار تحديد الضرر الفاحش إلى واحد من الأمور التالية ، حسب المادة 1199 والتي عرّفت الضرر الفاحش على أنه :

- 1- منع الحوائج الأصلية من الشيء أي منع المنفعة المقصودة منه كالسكن في الدار .
  - 2- ما يضرر البناء بأن يكون سبباً أو وهناً أو إنهدامه .
- أما الضرر الغير فاحش فهو يؤدي إلى منع أو تعطيل المنافع التي لا تعتبر من الحوائج الأصلية كسد الهواء و النظارة ومنع الشمس .

ثانيا : قيود ترجع إلى حالات خاصة في الجوار :

تكييف هذه القيود : لقد أثير الخلاف حول تكييف هذه القيود ذلك أن أغلبها يحد من منفعة عقار لمصلحة عقار آخر ، وهي قد تشبه بحقوق الإرتفاق ولكن يجب التمييز بينهما ، وقد ميز المشرع العراقي بينهما ، فقد عالج القيود القانونية التي ترد على حق الملكية عند كلامه في نطاق حق الملكية وعالج حقوق الإرتفاق عند كلامه عن الحقوق المتفرعة ، لحق الملكية والفقهاء اعتبروا هذه القيود حقوق إرتفاق حقيقية والبعض الآخر لم يعتبرها كذلك ، هو شأن القيود الخاصة بالإنتفاع بالمياة والمرور ومنها ما لا يعتبر كذلك وهذه القيود التي تقتضيها التلاصق بين العقارات ، وأتفق الشرايع على أنها قيود قانونية وليست حقوق إرتفاق ، أن القيود القانونية مصدرها القانون دائماً في حين أن حقوق الإرتفاق مصدرها فعل الأفراد المادي أو الإداري وعليه يمكن اعتبارها قيود قانونية كما أنها يمكن أن تكون حقوق إرتفاق تبعاً لإختلاف مصدرها .

أ- حق المسيل : أن حق المسيل هو الحق في تصريف المياه الزائدة عن الحاجة بإمرارها في أرض الغير حتى تصل إلى مصرف عام معد لذلك كما في مايلي:

الأولى / المياه الطبيعية : تصريف المياه كمياه الأمطار والثلوج فملك الأرض المرتفعة أستعمال هذه المياه والانتفاع بها وعلى مالك الأرض المنخفضة أن يتحمل سيل هذه المياه في أرضه دون أن يكون له الحق في مطالبة مالك الأرض المرتفعة بأي تعويض ولا يحق لمالك الأرض المنخفضة أن يمنع ذلك كبناء سد أو حاجز ، ولكن إذا كان من شأن استعمال صاحب الأرض المرتفعة للمياه أو طريقة توجيهها أن يزيد من عبء الأرض المنخفضة فإنه يكون قد تجاوز حدود الضرورة وبالتالي فإنه يلتزم بالتعويض.

الثانية / المياه المستنبطة : وهي المياه التي يستخرجها مالك الأرض المرتفعة بفعله فلو حفر مالك هذه الأرض بئراً وأدى ذلك إلى جريان المياه على الأرض المنخفضة فالقانون يقضي بتحميل مالك الأرض المنخفضة مسيل المياه الزائدة على أرضه وله الحق مطالبة صاحب الأرض المرتفعة بالتعويض وتلزم المادة 1054 ق م ع المالك الذي يريد إنشاء أبنية في أرضه بأن يجعل سطوحها بحيث يتسيل منها مياه الأمطار على أرضه أو على الطريق العام لا على أرض جاره .

ب- حق الشرب : وهو نوبة الانتفاع بالماء سقيا للأرض أو الزرع أو الشجر ، أن المادة/1055 تنص على ( لكل شخص ان يسقي ارضه من مياه الأنهر والترع العامة، وله ان يشق جدولاً لأخذ هذه المياه الى ارضه، وذلك كله وفقاً للقوانين والانظمة المتعلقة بذلك.) و المادة /1056 : (من انشأ مسقاة او مصرفاً خصوصياً طبقاً للقوانين والانظمة المعمول بها، كان له وحده حق استعمالها.)ومن النصين يبدو أن المشرع يفرق بين بهذا الصدد بين الأنهر والترع الخاصة فيما يتعلق بالأنهر والترع والجداول وشرب دوابه بشرط مراعاة الاحكام وتتولى وزارة الري الإشراف على الأنهر والترع العامة ، أما الأنهر والترع الخاصة يكون حق استعمالها قاصراً على أصحابها .

ج – حق المجرى : المراد به حق صاحب الأرض البعيدة عن مورد المياه في جلب المياه الكافية لري أرضه بإمرارها على أرض الغير ويشترط بموجب المادة 1058 من ق م ع للحصول على حق المجرى الشروط التالية:

1 – على صاحب الارض ان يسمح بأن تمر بأرضه المياه الكافية لري اراضي غيره البعيدة من مورد المياه وليس فيها ماء للزراعة ولا سبيل لمرور المياه اليها مباشرة، وكذلك مياه الصرف الآتية من الاراضي المجاورة لتصب في اقرب مصرف عام، بشرط ان يدفع لصاحب الارض مقدماً اجراً سنوياً وعلى شرط ان لا يخل ذلك بانتفاع صاحب الارض اخلاً بيناً، وإذا اصاب الارض ضرر من مسقاه او مصرف يمر بها سواء كان ذلك ناشئاً عن عدم التطهير او عن سوء حالة الجسور والسدود او غير ذلك، فان صاحب الارض ان يطلب تعويضاً عما اصابه من ضرر.

2 – وعلى صاحب الارض، ان يسمح كذلك بأن تقام على ارضه الانشاءات الفنية الضرورية للمجرى والمسيل اللازمين للاراضي البعيدة، بشرط ان يستوفي عن ذلك اجراً سنوياً مقدماً له وان يستفيد من هذه الانشاءات، بشرط ان يتحمل من مضروفات انشائها وصيانتها قدراً يتناسب مع استفادته.

3 – اذا لم يتفق الطرفان على الاجر، تولت تقديره المحكمة.

حق المرور : هو حق صاحب الأرض المحبوسة عن الطريق العام إنحباساً كلياً أو الأرض التي لا يوصلها بهذا

الطريق ممر كافي إلا في المرور في أرض الغير للوصول من أرضه إلى هذا الطريق وبالعكس وبموجب المادة 1059 من ق م ع هناك شروط على حق المرور ، هي :

1 - مالك الارض المحبوسة عن الطريق العام او التي يوصلها بهذا الطريق ممر كاف، اذا كان يتيسر له الوصول الى ذلك الطريق الا بنفقة باهظة او مشقة كبيرة، له حق المرور في الاراضي المجاورة بالقدر اللازم لاستغلال ارضه واستعمالها على الوجه المناسب، وذلك في مقابل اجر سنوي يدفعه مقدماً، على الا يستعمل هذا الحق الا في العقار الذي يكون المرور فيه اخف ضرراً، وفي موضوع منه يكلف العقار اقل عبء ممكن.

2 - على انه اذا كان الحبس عن الطريق العام ناشئاً عن تجزئة عقار تمت بناء على تصرف قانوني، وكان من المستطاع ايجاد ممر كاف في اجزاء هذا العقار، فلا تجوز المطالبة بحق المرور الا في هذه الاجزاء.

من القيود التي ترد على حق الملكية ذاته  
القيود الإرادية

شروط المنع من التصرف : هناك ثلاثة مواقف ، هي :

موقف الفقه والتشريع في فرنسا: القضاء الفرنسي يقضي ببطلان الشرط المانع من التصرف باعتباره مخالفاً للنظام العام سواء كان مؤقتاً أو مؤبداً وسواء قصد منه تحقيق مصلحة جدية ومشروعه أو بالعكس ، ويجز الشرط المانع من التصرف بشروط ، هي :

1- أن يكون الشرط المانع وارد في عمل من الأعمال القانونية .

2- أن يكون الشرط المانع من التصرف مؤقتاً .

3- أن يكون الغرض منه تحقيق مصلحة جدية مشروعة .

أما القضاء المصري الحالي أباح شرط المنع من التصرف ، ولكن بشروط :

1- ورود الشرط في عقد أو وصية .

2- أن يكون المنع مقصوراً على مدة معقولة .

3- أن يكون الباعث على المنع مشروعاً .

4- إذا كان الشيء الممنوع التصرف فيه عقاراً وجب تسجيله لكي ينتج آثار قانونية .

موقف الفقه والتشريع في العراق: لم يرد في قانوننا المدني نص يجيز أو يمنع الشرط المانع من التصرف

واختلف الشراخ حوله فالبعض يذهب إلى أنه لا مناص من تطبيق احكام القواعد العامة وهي تقضي بأن كل

شرط ممنوع بالقانون ولا مخالف للنظام العام والآداب هو شرط صحيح يجب احترامه ويذهب آخرون إلى أن

شرط المنع من التصرف بموجب المادة/131 من ق م ع ، الأصل يعتبر شرط مخالف للنظام العام لتجريد

الملكية من أبرز عناصرها لذلك فهو غير جائز إلا في الأحوال الاستثنائية التي نص عليها القانون أو في

التصرفات الخاضعة لاحكام الشرعية كالوقف وعليه يمكن القول بصحة الشرط المانع من التصرف متى ما كان

مؤقتاً ومبنياً على باعث مشروع وغير مخالف للنظام العام والآداب .

تكيف المنع من التصرف : لقد أثارت مسألة التكيف القانوني خلافاً فقهيّاً في مصر وفرنسا ، فذهب البعض

إلى أن المنع من التصرف يعتبر حداً أو أنتقاماً من إهلية الشخص الممنوع من التصرف وقد أنتقد هذا الرأي

ذلك لأن احكام الإهلية من النظام العام ، فلا يجوز لإلادة الأفراد أن تعدل فيها أن إهلية الإلادة هي المقصورة

وتدور وجوداً وهدماً مع التمييز وحيث لا يكون الشخص إهلاً لمباشرة تصرف معين لنقص في تمييزه ، فإن المنع ينصرف إليه لا إلى التصرف ذاته ، فهذا التصرف يظل ممكناً ولكن لشخص آخر هو الولي أو الوصي ، أما في حالة المنع من التصرف فإن المنع ينصب على التصرف ذاته وليس على شخص من يقوم به لنقص في تمييزه ، وذهب البعض الآخر إلى أن المنع من التصرف هو التزام المالك بالإمتناع عن عمل هو التصرف في الشيء طوال مدة معينة ، أما الإتجاه السائد في الفقه فهو أن المنع من التصرف المترتب على الشرط يجعل الشيء غير قابل للتصرف على أن هذا لا يعني خروج الشيء الممنوع التصرف فيه من دائرة التعامل فهو ما يزال مع ذلك محلاً صالحاً للحقوق المالية.

أنواع خاصة من الملكية :

الملكية الشائعة : عرفت المادة 1/1061 من ق م ع الملكية الشائعة بأنها : (إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً ، فهو شركاء فيه على الشيوع وتحسب الحصص متساوية إذا لم يقر الدليل على غير ذلك). فعليه تكون الملكية الشائعة صورة من صور الملكية يكون فيها مملوكاً لأكثر من شخص واحد دون أن يتعين لكل منهما نصيباً مادياً معيناً منه وإنما نصيب كل منهما في الشيء بحصة شائعة فيه يرمز إليها بنسبة حسابية كالنصف والربع والثالث والخمس.

تختلف الملكية الشائعة عن الملكية الفردية ، بما يلي :

- 1- حق الملكية الشائعة يتقرر لأكثر من شخص واحد عكس الملكية الفردية فتكون لشخص واحد .
  - 2- محل الحق في الملكية الشائعة يحدد معنوياً ، أما الملكية الفردية يتحدد مادياً .
  - 3- في الملكية الشائعة ليس لأي مالك أن يستهلك الشيء أو يتصرف به إلا في حدود ما تسمح به حصته أما الفردية فالمالك حرية التصرف.
- أما الفرق بين الملكية الشائعة و الملكية المشتركة : أن الملكية المشتركة مالكةا يكون جماعة من الناس لا يملك أي واحد منهم بمفرده إلا الشيء المملوك ولا أي حصة فيه بل الكل يملكون مجتمعين أي أن كل وحدة من وحداته مملوكة للشركاء كلاً بنسبة حصته، أما الملكية الشائعة فإن كل شريك يملك ملكية فردية حصته في المال الشائع وينصب حقه مباشرة على هذه الحصة .

مصادر الشيوع :

أن أي سبب يمكن أن ينشئ الملكية العادية يمكن أن ينشئ الشيوع إذا تعدد الأشخاص وعليه أن مصدر الشيوع قد تكون العقد أو الوصية أو الهبة لأكثر من شخص أو الميراث أو الإستيلاء أو الإلتصاق والشفعة والتقادم وأكثر أنواع مصادر الشيوع تحققاً بالعمل هو الميراث.

تكييف حق الشريك في الشيوع : هناك آراء مختلفة بينها الفقهاء حول طبيعة هذا الحق وأمكانية درجه تحت أي نوع من أنواع الحقوق وقد جمعوا هذه الآراء بمجموعتين :

1- حق الشريك المشتاع حق شخصي : لكنها تختلف في الاساس .

أ- يعتبر حق المشتاع هو مجرد حق شخصي لا عيني لأن هذا الحق يفترض وجود محل معين له هو شيء محدد مفرز بينما حق المشتاع يقع على حصة غير مفرزة ، والحق الشخصي يخوله الحصول على منافع

الشيء وسلطة أفرار حصته وبهذا الأفرار يتحول إلى حق عيني وهذا الرأي منتقد لأن حق الشريك المشتاع حق عيني لا شخصي .

ب- يكييف الشيوع على أنه ملكية مشتركة لكل الشركاء المشتاعين لا لكل شريك على حده وبذلك لا يكون لأي شريك سلطة قانونية مباشرة تقع على الشيء الشائع لأن المجموع وحده هو الذي ينقل لهذه السلطة وحيث يكون الشريك مجرد دانن بحق شخصي وقد أنتقد هذا الرأي أيضاً .

2- حق الشريك المشتاع حق عيني : تختلف مع طبيعة الحق العيني .

أ- يعتبر حقاً عينياً من نوع خاص غير أنواع الحقوق العينية التقليدية .

ب- وهذا هو الأي السائد الذي يذهب إلى اعتبار حق الشريك هو حق ملكية بالمعنى الدقيق كون حق الملكية الوارد على الشيء الشائع ليس له صاحب واحد كما في الملكية العادية المفروزة وإن مال-ث أصحاب متعددون والمحل واح لا يتجزأ وقد أخذ التشريع العراقي بهذا الرأي وقد قطعت المادة 1061 من ق م ع كل شيء حول طبيعة حق الشريك في الشيوع بقولها : (وكل شريك في الشيوع يملك حصته الشائعة ملكاً تاماً) .

احكام الملكية الشائعة : هناك احكام مشتركة بين الملكية الشائعة والمفروزة أهمها هو مقرر للمالك من

سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف فالمالك المشتاع يملك حصته ملكية تامة فله حق الانتفاع بها

واستغلالها والتصرف بها ، ولكن، الاختلاف هو أن حق المالك المشتاع مقيد بحق الشركاء الآخرين فحقوق

المالك على الشيوع تتضمنها جميعاً قاعدة أساسية وهي أن كل شريك يعتبر مالكاً لحصته أجنبياً بالنسبة

لحصص الآخرين مما يجعل للشيوع احكاماً خاصة من حيث الاستعمال والتصرف والاستغلال .

سلطة المالك المشتاع على حصته الشائعة : أهم الحقوق والالتزامات للشريك ، هي :

1- التصرف في الحصة الشائعة : للشريك أن يتصرف بحصته الشائعة كونه مالكاً لها فله أن يتصرف بها كلاً

أو بعضاً للغير شريكاً أو أجنبياً بالبيع أو الهبة وهذا التصرف يعتبر صحيحاً وناظاً بحق الشركاء من دون

موافقتهم وحسب القواعد العامة ونص المادة / 1129 من ق م ع .

2- ترتيب حق للغير على الحصة الشائعة : لكل شريك في المال المشاع الانتفاع بحصته الشائعة بشرط عدم

الإضرار بشركاءه فيحق للشريك أن يرتب حق منفعة على حصته أو يرهنها رهناً تأمينياً أو حيازياً أو أن يرتب

عليها أي حق عيني آخر وحق المنفعة نافذ ولو بدون موافقة الشركاء أما من ناحية القسمة نصت المادة

1291 من ق م ع ( إذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في عقار يتحول الرهن بعد القسمة إلى الحصة

المفروزة التي وقعت في نصيب هذا الشريك ) .

3- إيجار الحصة الشائعة : أن إجارة الحصة الشائعة للشريك صحيحة حيث نصت المادة 3/1061 على :

(ويجوز للشريك في الشيوع ان يؤجر حصته الشائعة لشريكه او لغير شريكه ) فعليه أن إجارتها للغير تكون

فاسدة لعدم إمكانية تسليم الحصة الشائعة مفروزة والانتفاع يكون بتسليم الشيء الشائع ، والهبة لا تتم إلا في

القبض كاملاً وفي هبة المشاع لا يكون القبض كاملاً لأن المشاع لا يكون في حيازة القابض من كل وجه ،

ويلزم لصحة الرهن أن لا يكون المرهون مشاعاً وقت القبض لأنهم يعرفون فقط رهن الحيازة وهذا يستلزم

حبس الشيء المرهون حتى يستوفي الدائن المرتهن دينه بتمامه .

سلطات الملاك المشتاعين على الشيء الشائع : لا يجوز شريك أن ينتفع أو يتصرف بحصة شريكة بدون أذنه فلا يكون لأي من الشركاء سلطة مستقلة على الشيء الشائع بل للشركاء جميعاً سواء بالانتفاع بالشيء عن طريق استعماله أو استغلاله أو التصرف فيه .

#### 1- الانتفاع بالشيء الشائع ( استعمال ، أستغلال)

لكل شريك في المال المشاع الانتفاع بحصته الشائعة بشرط عدم الإضرار بشركاءه فلهم الاتفاق على تحديد طريقة الانتفاع بالشيء المشترك كأن يكون دار معدة للسكن فيسكنها الشركاء جميعاً ، ولكن ، قلة ما يقبل الشيء الشائع الاستعمال المشترك ولذا وجدت قسمة المهايأة وهي تقوم على أساس الاتفاق بين الشركاء وللشركاء باتفاقهم استغلال الشيء الشائع عن طريق إجارته ولكل شريك في حالة اتفاق الشركاء على المهايأة الزمانية أن يوجر نوبته في الانتفاع بالشيء الشائع أو الجزء الذي حدد له الانتفاع به .

المهايأة : إذا تعذر على الشركاء استعمال المال المشاع استعمالاً مشتركاً ولم يعزموا على إزالة الشبوع بطلب قسمته فإن بإمكانهم الاتفاق على ترتيب الانتفاع به فيما بينهم وهذا يسمى بالمهايأة ( م1078 و م1081 ) من ق م ع والمهايأة قد تكون مكانية وقد تكون زمانية وفي الحالتين لا تؤدي إلى أنها حالة شيوخ .

المهايأة المكانية : تكون المهايأة مكانية إذا اتفق الشركاء على أن تختص كل منهم بمنافع جزء مفرز محدد من المال الشائع يوازي حصته فيه فعليه أن قسمة المهايأة المكانية يشترط فيها اجماع الشركاء عليها مثل؛ دار فيها شريكين الأول يسكن في الطابق العلوي والآخر يسكن في الطابق السفلي ، أما المدة فالقانون حددها ب (5) سنوات لا يجوز زيادتها وتخضع المهايأة في القانون العراقي لاحكام عقد الإيجار .

المهايأة الزمانية : نصت المادة / 1078 / 2 : (ويصح ان تكون المهايأة زمانية، بان يتفق الشركاء على ان يتناوبوا الانتفاع بجميع المال الشائع كل منهم لمدة تتناسب مع حصته.) ، أي أن إذا تساوت الحصص تساوت مدة الانتفاع كما لو تهاياً أثنان على أن يزرع كل منهما الأرض المشتركة سنة واحدة .

المهايأة الرضائية : الأصل تكون المهايأة رضائية تتم باتفاق جميع الشركاء وأن القانون المدني يجيز المهايأة في العقار المنقول سواء كانت المهايأة زمانية ومكانية .

المهايأة القضائية : لم يسمح القانون المدني بها إلا في المنقولات بعد طلب الشريك إجراء المهايأة وأن القانون المدني قصر المهايأة القضائية على المنقولات فقط في المادة / 1070 .

تحول قسمة المهايأة إلى قسمة نهائية : هناك رأي يقول : أن الشركاء أن يتهاياوا الانتفاع بالشيء الشائع مهايأة مكانية أو زمانية والرأي الآخر يقول: أن الاتفاق على المهايأة المكانية لا يجوز إلا لمدة خمس سنوات ، لكننا كما وجدنا أنه يجوز الاتفاق على تجديدها بعد انقضاء المدة المتفق عليها أو قبل ذلك ، كما أنها إذا لم

تحدد لها مدة أعتبرت مدتها سنة واحدة تجدد بحكم القانون أن بعض المشرّعين قالوا ؛ أن المهايأة تتحول بقوة القانون إلى قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على خلاف ذلك ، أما المشرع العراقي فإنه لم يأخذ بهذا الحكم .

سلطة أغلبية الشركاء في الانتفاع : الأصل أن تكون إدارة المال الشائع المهايأة من قبل الشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاق بخلاف ذلك وقد يتقرر الاتفاق على الانتفاع بالشيء مما يؤدي إلى منازعات بين الشركاء لقد

عالج المشرّع العراقي هذا الوضع وقد ميز المشرّع في الحكم بين أعمال الإدارة المعتادة وأعمال الإدارة غير المعتادة .



آ- أعمال الإدارة المعتادة : أن أعمال الإدارة المعتادة تشمل إيجار المال الشائع واستغلاله أو استعماله بما لا يتعارض مع طبيعته وتخصيصه وقد قرر المشرع لمثل هذه الأعمال عندما لم ينعقد إجماع الشركاء على هذه الإدارة ولكن أتفقت الأغلبية أصحاب القسم الأكبر من الحصص على وجه من وجوه الإدارة كان هذا الاتفاق ملزماً للشركاء بما فيهم الأقلية المخالفة وللأغلبية أيضاً إدارة المال بأنفسهم أو بواسطة مدير يختارون وتكون أعمال المدير ملزمة للجميع وليس للأقلية الطعن في قرارات الأغلبية إلا في حالة التعسف في استعمال الحق وفي قرار لمحكمة التمييز : ( إذا تم تجديد عقد الإيجار جبراً بواسطة كاتب العدل بالنسبة للشركاء أصحاب القدر الأكبر من الحصص فإن ذلك يعتبر نافذ في حق الأقلية أيضاً ) .

ب- أعمال الإدارة غير المعتادة : من هذه الأعمال كأدخال تغييرات أساسية على الشيء الشائع أو في الغرض الذي خصص له المال لجعله أكثر فائدة /ثل ؛ تحويل مزرعة إلى بستان أو دار سكنى إلى مطعم فالأغلبية ذات القدر الأكبر من الحصص أن تقوم بالتغييرات المطلوبة بعد إستئذان المحكمة المختصة سلفاً ولهذا المحكمة أن تشترط شروط معينة لتنفيذ القرار ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء من خالف القرار من الشركاء كفالة تضمن له الوفاء بما يستحق له من تعويض إذا تبين أن القرار كان ضاراً بمصلحة الشركاء .  
انتفاع أحد الشركاء بالشيء الشائع دون إذن شركائه :

أن الشركاء أن ينتفعوا باتفاقهم في الشيء الشائع كيفما يشاءون فلهم أن يتهاياوا الانتفاع به ولكن ، قد يستغل أحد الشركاء بالانتفاع بالشيء الشائع باستعماله أو استغلاله دون إذن شركائه ، فما الحكم في هذه الحالة ؟  
أن الأصل حسب المادتين ( 1061 و 1062 ) من ق م ع ، ليس لأي شريك أن يباشر بمفرده لأنه يؤدي إلى المساس بحقوق غيره من الشركاء بدون أذنتهم فلا يجوز لأي من الشركاء أن ينفرد باستعمال الشيء الشائع أو باستغلاله كله أو جزء معين منه مثل ؛ دار يسكنها وحده فقد وجب عليه لبقية شركائه إجر مثلها فإنه يلتزم بأن يدفع لكل شريك حصته من الإجره المسماة ، وهناك فقه ، قال في هذا الصدد : : في حالة كون الشريك الآخر غائبا أو حاضرا فإذا كان حاضرا وقت انتفاع شريكه بالعين المشتركة فليس له أن يطالب بإجرة حصته عن المدة الماضية ولا أن يطالب الانتفاع بالعين المشتركة ، أما إذا كان الشريك الآخر غائبا وكان الانتفاع على أن لا يضر بالشيء فإن للشريك الحاضر الانتفاع به وللشريك الغائب عند حضوره الانتفاع بالشيء الشائع بقدر المدة التي أنتفع بها شريكه الآخر .  
صيانة الشيء الشائع ونفقاته:

أن لكل شريك ولو بدون موافقة بقية الشركاء إتخاذ ما يلزم لحفظ المال فعليه الشركاء المشتاعون يشتركون في تحمل نفقات إدارة المال وحفظه والضرائب المفروضة عليه وسائر التكاليف الناتجة من الشيوخ او المقررة (نفقات ادارة المال الشائع وحفظه والضرائب المفروضة عليه وسائر التكاليف الناتجة من الشيوخ او المقررة على المال، يتحملها جميع الشركاء كل بقدر حصته. ) أما في حالة كون بعض الشركاء غائبا أو رفض البعض الآخر فللراغب أن يقوم بالتعمير والترميم بأذن المحكمة ويكون له الرجوع على شركائه بالنفقات التي صرفها وليس له حق إذا قام بذلك دون إذن ، إذا أنهدمت العين المشاعه كليا ورغب البعض من الشركاء في إعمارها ورفض الآخرين فلا يجوز الأبى على عمارتها ، أما إذا كان الهدم بفعل فاعل فإنه يلزم بالضمان أي التعويض بسبب ضرره .

## التصرف في الشيء الشائع

أولاً / التصرف الصادر من جميع الشركاء : للشركاء أن يتصرفوا بالشيء الشائع كبقما يشاءون سواء كان هذا التصرف مادياً أو قانونياً لا بد من اجتماع الشركاء عليه فلهم أن يتفقوا على هدم البناء المشترك أو بناءه ولهم حق بيعه ولهم رهنه أو يرتبوا أي حق عيني آخر ولهم إجراء مثل هذه التصرفات في جزء مفرز منه أو حصة شائعة فيه ، فإذا كان هذا التصرف الصادر ناقلاً للملكية وورد على الشيء الشائع كله أنتهت حالة الشيوع بين الشركاء المتصرفين ، أما إذا ورد على جزء مفرز من الشيء الشائع خرج هذا الجزء من نطاق الشيوع ، هناك تساؤل ؛ إذا كان للشركاء أن يتصرفوا بالشيء الشائع بترتيب حق عيني أصلي أو تباعي عليه فما مصير هذا الحق إذا تمت القسمة ووقع هذا الشيء الشائع نتيجة في نصيب أحد الشركاء ؟

أن المادة / 2/1291 من ق م ع والتي تخص الرهن التأميني : (ويبقى نافذاً الرهن الصادر من جميع ملاك العقار الشائع او المتصرفين فيه، اياً كانت النتيجة التي تترتب فيما بعد على قسمة العقار او على بيعه او افراغه لعدم امكان قسمته. ) ، وكذلك الأمر بالنسبة للرهن الحيازي حيث تنص المادة 1329 من ق م ع : (يجوز رهن المال الشائع رهنأ حيازياً وتسري عليه احكام الرهن التأميني الواردة في المادة 1291.)  
التصرف بموافقة أغلبية الشركاء : أن التصرف في الشيء الشائع لا يصح في قانوننا المدني العراقي إلا باتفاق جميع الشركاء ، أما القانون المصري وبعض القوانين الأخرى أجازت ذلك لأغلبية الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه بشروط معينة وتحت رقابة القضاء .  
ثانياً / التصرف الصادر من أحد الشركاء : يجوز للشريك المأذون أن يتصرف في الملك المشترك في حدود الأذن ويستوي في ذلك أن يكون هذا التصرف مضرأ أو غير مضر لأنه يعتبر أصيلاً عن نفسه ووكيلاً عن شركائه ، أما إذا لم يكن الشريك مأذوناً فليس له أن يجري أي نوع من التصرفات لأن تصرفه يمون تصرف صادر من غير مالك ، فمثلاً ؛ إذا كان التصرف الصادر بيعاً ووقع البيع فيما زاد عن حصة الشريك البائع موقوفاً على أجازة شركائه الآخرين وهنا الشريك البائع تصرفه يكون فضولي وعند عدم أجازة هذا التصرف فأنه يعتبر باطلاً وإذا هلك المبيع قبل الأجازة بيد المشتري فأن الشريك البائع يعد غاصباً .  
س/ قد يتصرف أحد الشركاء بجزء مفرز من الشيء المشاع بدون إذن كأن يبيع أحد الشريكين نصف الأرض المشتركة لشخص ثالث ، فما حكم هذه الحالة ؟

ج/ كقاعدة عامة لا يجوز للشريك التصرف في جزء مفرز من الشيء الشائع ولو كان ما تصرف فيه يعادل حصته في هذا الشيء وعند تصرفه يكون تصرفه فضولي وعليه يكون هذا التصرف موقوفاً على أجازة شركاء البائع فعند أجازته مع التصرف .

س/ إذا سكت الشركاء فلم يبطلوا التصرف ولم يجيزوه ، فما هو مصير هذا التصرف بعد القسمة ؟  
ج/ إذا وقع الجزء المفرز محل التصرف في نصيب الشريك المتصرف بعد القسمة هنا لا أشكال في ذلك لأنه أصبح يملك وحده هذا الجزء وليس للشركاء حق فيه ، أما إذا وقع الجزء المفرز محل التصرف في نصيب الشريك المتصرف بنتيجة القسمة فلا يكون للتصرف أي أثر لأنه سيكون وارد على ذلك الغير وقد أخذ القانون المدني العراقي بذلك في المادة / 1062 منه .

أنقضاء الشيوع بالقسمة : تنقضي حالة الشيوع بين الشركاء أما التباعد بينهم أو الاستملاك أو هلاك الشيء

، ومن أهم أسباب هذا الانقضاء هو ؛ القسمة .

القسمة : وتعرّف على أنها حالة إنهاء الشيووع بأختصاص كل شريك بجزء مفرز من الشيء الشائع يعادل حصته ، وكذلك تعرّف على أنها ؛ إخراج المالك من حالة الملك الشيووع إلى حالة الملك الخاص الذي يستقل به دون باقي الشركاء .

ولكل شريط أن يطلب قسمة المال الشائع ما لم يكن مجبراً على البقاء في الشيووع وكما نصت المادة 1070 : (لكل شريك ان يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبراً على البقاء في الشيووع بمقتضى نص او شرط، ولا يجوز بمقتضى الشرط ان تمنع القسمة الى اجل يجاوز خمس سنين، فإذا اتفق الشركاء على البقاء في الشيووع مدة اطول او مدة غير معينة، فلا يكون الاتفاق معتبراً الا لمدة خمس سنين، وينفذ شرط البقاء في الشيووع في حق الشريك وفي حق من يخالفه.....) والشرط يمكن أن يرد في اتفاق أو وصية ، لكن ، لا تزيد مدة البقاء في الشيووع لأكثر من خمسة سنوات ويسري ذلك على الخلف العام والخلف الخاص خلافاً للاحكام الواردة في المادة 142 من ق م ع ، وتنقسم القسمة إلى :

أولاً : القسمة الرضائية : وللشركاء إذا لم يكن بينهم محجور أن يقتسموا الشيء الشائع بالطريقة التي يرونها سواء كان قابلاً للقسمة أم لا ، ولا تتم القسمة الرضائية إلا بالتسجيل في السجل العقاري، ولو كان هناك توافقاً في القسمة بقصد الإضرار بالدائنين فيمكن الطعن بهذه القسمة من خلال الدعوى البوليصة وبالشروط التي حددتها المادة/ 1071 من ق م ع ، وإذا لحق أحد الشركاء غبن فاحش من هذه القسمة فله خلال ستة أشهر من بدء القسمة أن يطلب نقضها وتجري القسمة من جديد حتى يرتفع ذلك الغبن وتصبح القسمة عادلة وأن الغبن الفاحش يقاس في الفقه الإسلامي بربع العشر في النقود والعشر في الحيوانات والخمس في العقار ، أما في المحاكم فيترك لتقدير الخبراء حسب المادة 1077 من ق م ع .

ثانياً القسمة القضائية : إذا لم يتفق الشركاء على القسمة رضاءً أو كان بينهم محجور يحول دون ذلك ، يطلب من محكمة البداية إزالة شيووع بدعوى مستعجلة يقيمها أحدهم على كافة الشركاء أو على من يمثلهم إذا كان بينهم محجور أو قاصر ، فإذا تبين للمحكمة أن المشاع قابل للقسمة قررت إجراؤها من خلال القسمة العينية ، وإذا تبين أن المشاع غير قابل للقسمة أصدرت حكماً ببيعه وتوزيع ثمنه على الشركاء من خلال قسمة التصفية ، وكما يلي :

1- القسمة العينية : وهي الأصل إذا تبين للمحكمة أن الشيء الشائع قابل للقسمة فأنها تقرر قسمته عينا وحتى إذا طلب أحد الشركاء بيعه بالمزايدة ويعتبر المال الشائع قابلاً للقسمة العينية إذا أمكن قسمته من غير أن تفوت على أحد الشركاء المنفعة المقصودة منه قبل القسمة ، فإذا كان المشاع داراً أمكن قسمتها إلى دارين صغيرين ، أما إذا كانت دار صغيرة لا تصلح للسكن بعد قسمتها فأنها تعتبر غير قابلة للقسمة ومثلها الأرض والبستان ، والقسمة هنا تكون إما قسمة جمع أو قسمة تفريق :

آ- قسمة الجمع : أي تعني أن المشاع من جنس واحد كأن تكون ثلاث سيارات يمكن قسمتها عينا بالتساوي بين الشركاء ، أما إذا كانت من أجناس مختلفة كأن تكون سيارة ودار وأرض فلا تجوز قسمتها وحسب المادة 1074 من القانون : (إذا كان المشاع اعياناً منقولة متعددة وكانت متحد الجنس، يزال الشيووع فيها بقسمتها قسمة جمع.) .

ب- قسمة التفريق : إذا كانت العين الشائعة قابلة للقسمة لأصغر حصة بدون تفويت المنفعة المقصودة فإن ذلك يتم أمام المحكمة ، مع مراعاة قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971 الذي يلزم أن لا تقل مساحة كل قطعة مفرزة من أكبر منها ب 200 متر مربع .

كما أجاز القانون في حالة أختلاف أقيام الحصص في الشائع من حيث المساحة للدار الكبيرة بأن تعدل حصة الشريك الأقل بمقدار نقدي وعلى أن تجري القرعة ليأخذ كل شريك حصته مفرزة ( م 1072 ) .  
ثانياً / قسمة التصفية : إذا تبين للمحكمة أن الشيء المشاع غير قابل للقسمة لأصغر حصة ولم يتفق الشركاء على اقتسام الشيء الشائع ، فأنها تصد قرارها ببيعه وتقسيم ثمنه على الشركاء ويتم ذلك بعد تقدير قيمته من قبل الشركاء أولاً فيما إذا رغب أحدهم بشراؤه وخلال مدة 25 يوم وبالبديل النقدي المقرر ويجوز الشراء لجميع الشركاء وتقسيمه فيما بينهم لو رغبوا وإذا لم يرغب أحد من الشركاء الشراء ، و أصر المدعي على طلبه ببيع المشاع كله بالمزايدة فإنه يباع في المزايدة العلنية وتقسيم ثمنه على الشركاء كلا حسب حصته .  
آثار القسمة: الأثر الوحيد الذي يترتب على القسمة رضائية أم قضائية ، هي أن يستقل كل شريك بجزء مفرز من المال الشائع تعادل حصته بعد أن كان حقه عبارة عن حصة شائعة في المال .

لكن ، متى يعتبر الشريك مالكا للشيء الذي آل إليه بالقسمة ، هل من وقت القسمة أم منذ بدء الشيوخ ؟ في الفقه الإسلامي ، نظر إلى طبيعة القسمة نظرة أعمق إذ قالوا ؛ أن لها معنيين : معنى المبادلة ومعنى الإفراز ، فهي أذن ذات طبيعة مزدوجة ، أفراز من جهة أي كاشفة للحق ومبادلة جهة أخرى أي ناقلة للحق ، وقد أخذ المشرع العراقي بهذا فقد ورد ذلك في المادة 1075 من القانون : (ترجع جهة الإفراز على جهة المبادلة في القسمة فيعتبر كل متقاسم انه كان دائماً مالكا للحصة المفرزة التي آلت اليه وانه لم يملك قط شيئاً من باقي الحصص. ) أي أنه رجح الإفراز على جهة المبادلة في القسمة فيعتبر كل متقاسم أنه كان دائماً مالكا للحصة المفرزة التي آلت إليه ، أي أعتبر المبادلة والإفراز ( الكاشف ) هو الراجح .

وكان رأي الفقهاء بالبداية أن تاريخ إجراء القسمة هو الذي يحدد نقل الملكية ويتحقق ذلك نتيجة مبادلة الأشياء فكل متقاسم ينزل لغيره عن حصته في أنصاف المتقاسمين الآخرين في مقابل نزولهم عما لهم من حصص في نصيبه أي الأثر الكاشف للقسمة ولكن ، بأثر رجعي إلى تاريخ بدء الشيوخ ، وبالتالي تكون تصرفات الشريك في جزء مفرز من المال الشائع صحيحة إذا وقع هذا الجزء في نصيبه نتيجة القسمة لأنه يعتبر مالكا لهذا الجزء منذ البداية .

ضمان الاستحقاق : إذا ظهر بعد القسمة ، رضائية كانت أم قضائية مستحق للجزء المفرز الذي أصبح من نصيب أحد الشركاء فلأخير حق الرجوع على شركائه الآخرين بالتعويض بسبب الاستحقاق وكما جاء بالمادة / 1076 من ق م ع : (يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض او استحقاق في بعض الحصص لسبب سابق على القسمة، ويكون كل منهم ملزماً بنسبة حصته ان يعرض مستحق الضمان، على ان تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمته وقت القسمة، فإذا كان احد المتقاسمين معسراً، وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين. ) أي كل بقدر حصته ما لم يكن بينهم معسر فإن حصته توزع على باقي الشركاء .

أثر الغبن الفاحش على القسمة : للشريك الذي لحقه غبن فاحش من القسمة أن يطلب نقضها فإذا ثبت ذلك

تنقض القسمة ، فقد جاء بالمادة 1077 ف1 : (يجوز طلب نقض القسمة الحاصلة، بالتراضي إذا اثبت احد المتقاسمين انه قد لحقه منها غبن فاحش، ولا تسمع الدعوى بذلك بعد مرور ستة اشهر من انتهاء القسمة، وللمدعي عليه ان يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد اذا اكمل نقداً او عيناً، ما نقص من حصته.) ويكون الغبن فاحشاً على قدر ربع العشر من الدراهم ونصف العشر في العروض ، والعشر في الحيوانات ، والخمس في العقار أو زيادة وهو معيار مادي يستند إلى نسب حسابية منضبطة ، وعليه أن ترفع الدعوى خلال مدة ستة أشهر من انتهاء القسمة وهذه المدة هي مدة سقوط وليست مدة تقادم وبالتالي لايرد عليها لا وقف ولا أنقطاع .

أن دعوى نقض القسمة ليست دعوى تكملة النصيب على أن المشرع قد هيا للمدعي عليه ، وهم المتقاسمون الآخرون وسيلة يستطيع إذا لجأ إليها ، أن يوقف سير الدعوى ويمنح إجراء القسمة من جديد إذا هو أكمل للمدعي نقداً أو عيناً ما نقص من حصته .