



جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة القادسية
كلية القانون

سلطة الإدارة في تقييد الملكية الفردية

للمصلحة العامة

(دراسة مقارنة)

رسالة مقدمة إلى

مجلس كلية القانون - جامعة القادسية وهي جزء من متطلبات نيل درجة
الماجستير في القانون العام
من الطالب

حامد فارس شبلي

بإشراف

الأستاذ الدكتور

علي نجيب حمزه

٢٠٢١ م

١٤٤٣ هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قُلِ اللَّهُمَّ مَالِكَ الْمُلْكِ تُؤْتِي الْمُلْكَ مَنْ تَشَاءُ وَتَنْزِعُ الْمُلْكَ
مِمَّن تَشَاءُ وَتُعِزُّ مَنْ تَشَاءُ وَتُذِلُّ مَنْ تَشَاءُ بِيَدِكَ الْخَيْرُ إِنَّكَ
عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ

صدق الله العلي العظيم
ال عمران ٢٦

الاهداء

إلى.....

- الغائبين الحاضرين والدي ووالدتي ... رحمة الله عليهما

- اهلي وجميع اخوتي والاقارب والأصدقاء

اهدي اليكم رسالتي...

شكر وتقدير

اشكر الله عز و جل أن أمدني بالإرادة لإنجاز هذا البحث و هو القائل : " و إن شكرتم لأزيدنكم " فالحمد لله

ثم أتوجه بالشكر إلى أستاذي الفاضل الأستاذ الدكتور. **علي نجيب حمزه** صاحب الخلق الكريم إذ تكرم بالإشراف على هذا البحث ولم يبخل علي بتوجيهاته على الرغم من ظروفه ،فشكرا لحسن خلقه وتواضعه وقد كان لتوجيهاته السديدة وملاحظاته القيمة الفضل الأكبر في اظهار هذه الرسالة بالصورة التي هي عليها، فاتوجه الى الله عز وجل ان يمن عليه بالصحة والعافية ودوام التوفيق.. واقدم شكري وخالص امتناني الى جميع اساتذتي في كلية القانون /جامعة القادسية، لاسيما عميد كلية القانون الاستاذ الدكتور نظام جبار الموسوي ومعاون العميد للشؤون العلمية الأستاذ الدكتور احمد حمد الله ورئيس القسم العام الأستاذ الدكتور عدي جابر، ولا يفوتني ان اقدم شكري الجزيل الى منتسبي مكتبة كلية القانون/جامعة القادسية لما ابده من مساعدة وتعاون في الحصول على المصادر، والشكر موصول الى جميع زملائي والى كل من ساهم وساعدني في انجاز هذا البحث..

المستخلص :

أن حق الملكية هو اهم الحقوق العينية الأصلية وأشملها بمعنى ان صاحب الحق على الشيء له حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف وبذلك يستجمع كل السلطات التي يعطيها القانون للشخص على الشيء .

إلا أن هذا الاطلاق لم يعد يجد له مكانا في ظل تحول نظريات الملكية التقليدية القديمة الى النظريات الحديثة التي ارتكزت على اساس اقتصادي واجتماعي، وهذا التوجه الفقهي والتشريعي الجديد اوجد خلاف بين الفقهاء تمخض هذا الخلاف عن ظهور مذهبين ووضعيين في العالم أحدهما عرف بالذهب الفردي والآخر بالمذهب الجماعي الاول يعطي الاولوية للفرد والآخر يمنحها للجماعة وقد نالت كل هذه المذاهب نصيبها من التطبيق على المستوى السياسي والاقتصادي والاجتماعي. وكلا الاتجاهين يذهب مع تدخل الدولة لفرض قيود تحد من سلطات المالك لتحقيق المصلحة العامة ، وبلا شك أن القيود القانونية الواردة على الملكية الفردية قيود كثيرة يصعب حصرها جميعا ، خصوصا ان المشرع ولجهات الإدارة القدرة في تقرير قيود جديدة كلما دعت المصلحة العامة .

أن تقييد الحق في الملكية الفردية للمصلحة العامة تبدو في قيود شتى منها لمقتضيات قانونية كنزع الملكية للمنفعة العامة والتأميم الذي يعد أقصى مراحل هذا التقييد وقيود لدواعي جزائية أو قيود على سلطات المالك كتحديد الملكية الزراعية بحد أقصى وتقليص سلطات المالك في الاستغلال .

وقد قسمنا دراستنا على ثلاثة فصول بحثنا في الفصل الاول الاطار القانوني للملكية الفردية في مبحثين الاول تناولنا فيه ماهية الملكية الفردية اما الثاني فتناولنا فيه طبيعة الملكية الفردية وانواعها اما الفصل الثاني كان مخصصا لمبحث القيود الواردة على الملكية الفردية للمصلحة العامة وكان بمبحثين في الاول درسنا القيود التي تلغي حق الملكية الفردية للمصلحة العامة اما الثاني فكان مخصصا للقيود المقرره على الملكية الفردية لدواعي جزائية واجتماعية وفي الفصل الثالث تناولنا رقابة القضاء على قيود الملكية الفردية وتم تقسيم هذا الفصل على مبحثين في الاول بحثنا رقابة القضاء الدستوري على قيود الملكية الفردية وفي المبحث الثاني تناولنا رقابة القضاء الإداري والقضاء العادي على القيود الواردة على الملكية الفردية وانهيينا الدراسة بخاتمة تضمنت النتائج والاقتراحات

قائمة المحتويات

رقم الصفحة	العنوان	ت
ب	الآية القرآنية	(١)
ج	الاهداء	(٢)
د	الشكر والتقدير	(٣)
هـ	المستخلص	(٤)
و- ز	المحتويات	(٥)
٣ - ١	المقدمة	(٦)
٤	الفصل الأول الاطار القانوني للملكية الفردية	
٥	المبحث الأول/ ماهية الملكية الفردية واساسها القانوني	(٧)
٥	المطلب الأول/ ماهية الملكية الفردية	(٨)
١١-٥	الفرع الأول/ التعريف بالملكية الفردية	(٩)
١٧ - ١١	الفرع الثاني/ سلطات الملكية الفردية وخصائصها	(١٠)
١٧	المطلب الثاني/ اساس الملكية الفردية في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي	(١١)
١٩ - ١٧	الفرع الأول/ اساس الملكية الفردية في الشريعة الإسلامية	(١٢)
٢٧- ٢٠	الفرع الثاني/ اساس الملكية الفردية في القانون الوضعي	(١٣)
٢٧	المبحث الثاني/ طبيعة الملكية الفردية وانواعها	(١٤)
٢٨	المطلب الأول/ طبيعة الملكية الفردية	(١٥)
٣٣-٢٨	الفرع الأول/ طبيعة الملكية الفردية وفق المذهب الفردي	(١٦)
٣٨-٣٣	الفرع الثاني/ طبيعة الملكية الفردية وفق المذهب الجماعي	(١٧)
٣٨	المطلب الثاني/ انواع الملكية الفردية	(١٨)
٤٢ - ٣٩	الفرع الأول/ الملكية العقارية	(١٩)
٥٢ - ٤٣	الفرع الثاني/ الملكية الفكرية	(٢٠)
٥٢	الفصل الثاني القيود الواردة على الملكية الفردية للمصلحة العامة	
٥٣	المبحث الأول/ قيود تلغي حق الملكية الفردية للمصلحة العامة	(٢١)
٥٣	المطلب الأول/ قيد نزع الملكية الفردية للمصلحة العامة	(٢٢)
٥٧-٥٣	الفرع الأول/ ماهية نزع الملكية الفردية	(٢٣)
٧١ - ٥٨	الفرع الثاني/ الاساس التشريعي لنزع الملكية الفردية للمصلحة العامة	(٢٤)
٧١	المطلب الثاني/ التأميم كقيد على الملكية الفردية للمصلحة العامة.	(٢٥)
٧٦ - ٧٢	الفرع الأول/ التعريف بالتأميم كقيد على الملكية الفردية للمصلحة العامة	(٢٦)
٨٢ - ٧٧	الفرع الثاني/ التأميم في الدول محل الدراسة	(٢٧)
٨٣	المبحث الثاني/ قيود مقرررة على الملكية الفردية لدواعي جزائية واجتماعية	(٢٨)
٨٣	المطلب الأول/ قيود ترد على الملكية الفردية لدواعي جزائية للمصلحة العامة.	(٢٩)
٩٣ - ٨٤	الفرع الأول/ قيد مصادرة الملكية الفردية للمصلحة العامة.	(٣٠)
١٠١ - ٩٣	الفرع الثاني/ قيد فرض الحراسة على الملكية الفردية للمصلحة العامة.	(٣١)
١٠١	المطلب الثاني/ قيود ترد على الملكية الفردية لدواعي اجتماعية	(٣٢)

١٠٧-١٠٢	الفرع الأول/قيود ترد على سلطة الاستعمال لدواعي اجتماعية	(٣٣)
١١٧-١٠٧	الفرع الثاني/قيود ترد على سلطة الاستغلال لدواعي اجتماعية	(٣٤)
١١٨	الفصل الثالث رقابة القضاء على قيود الملكية الفردية	
١١٩	المبحث الأول/رقابة القضاء الدستوري على قيود الملكية الفردية	(٣٥)
١١٩	المطلب الأول/رقابة القضاء الدستوري في ما يتعلق بنزع الملكية والتاميم	(٣٦)
١٢٨ - ١٢٠	الفرع الأول/رقابة القضاء الدستوري في ما يتعلق بنزع الملكية	(٣٧)
١٣٣ - ١٢٨	الفرع الثاني/رقابة القضاء الدستوري في ما يتعلق بالتاميم	(٣٨)
١٣٣	المطلب الثاني/رقابة القضاء الدستوري في ما يتعلق بالمصادرة وفرض الحراسة وسلطة الاستغلال للملكية الفردية	(٣٩)
١٤٠-١٣٤	الفرع الأول/رقابة القضاء الدستوري في ما يتعلق بالمصادرة و فرض الحراسة	(٤٠)
١٤٦-١٤٠	الفرع الثاني/رقابة القضاء الدستوري في ما يتعلق بسلطة الاستغلال للملكية الفردية	(٤١)
١٤٧	المبحث الثاني/رقابة القضاء الإداري والعادي على القيود التي ترد على الملكية الفردية	(٤٢)
١٤٧	المطلب الأول/رقابة القضاء الإداري على قيود الملكية الفردية	(٤٣)
١٥٣-١٤٨	الفرع الأول/رقابة القضاء الإداري في ما يتعلق بنزع الملكية	(٤٤)
١٦٠ - ١٥٣	الفرع الثاني/رقابة القضاء الإداري في ما يتعلق بقيد التاميم والمصادرة	(٤٥)
١٦٠	المطلب الثاني/رقابة القضاء العادي على قيود الملكية الفردية	(٤٦)
١٦٦-١٦٠	الفرع الأول/رقابة القضاء العادي في ما يتعلق بنزع الملكية في التشريعات المقارنة	(٤٧)
١٧٤ - ١٦٦	الفرع الثاني/رقابة القضاء العادي في ما يتعلق بنزع الملكية في التشريع العراقي	(٤٨)
١٧٥	الخاتمة ...	(٤٩)
١٨١ - ١٧٥	الاستنتاجات والتوصيات ...	(٥٠)
٢٠٣ - ١٨٢	المصادر	(٥١)

بسم الله الرحمن الرحيم المقدمة

أولاً: موضوع الدراسة :

ان الملكية الفردية تحتل مكانة مهمة من حيث اهتمامات الأفراد في المجتمع و انها ترتبط ارتباطا كبيرا بالذات الانسانية، لذلك اولت الأنظمة القانونية اهمية كبيرة لها وكفلتها معظم الدساتير والقوانين واعلانات حقوق الإنسان وقبلها الشرائع السماوية ،والملكية الفردية عند فقهاء القانون تكاد تكون ذات معنى واحد ويرون بانها سلطة مباشرة من صاحب الحق على ملكه تمكنه من استعمال واستغلال والتصرف فيه في حدود القانون، وعلى الرغم ما ناله حق الملكية من عناية واهتمام في الشريعة الإسلامية واعلانات الحقوق والدساتير ، إلا إن هذا لا يعني أنه أصبح حقا مطلقا لا يجوز المساس به ، وإنما أصبح حقا يخضع للكثير من القيود ، وهذا ما دفع سلطة الإدارة إلى التدخل في هذه الملكية متى توافرت اسباب هذا التدخل، اذ تقوم بتقييدها للمصلحة العامة ، إذ تعد هذه القيود من النظام العام ، وهي صفة مستمدة أساسا من هدف تحقيق المنفعة العامة ، . وأساس تقييد حق الملكية من أجل المصلحة العامة هو كون المصلحة العامة تتقدم على أي مصلحة أخرى ، كذلك كونها تشمل مصالح عدة أفراد يشكلون جماعة ، والأرجح تغليب مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد مقابل تعويض هذا الفرد تعويضا عادلا

وتتجسد المصلحة العامة في السياسات والخطط التي تهدف إلى خدمة الحياة الاقتصادية والاجتماعية للمجتمع ، لذا نجد أن الدولة تقوم أحيانا بتقييد الملكية الفردية بقيود قد تلغي حق الملكية من المالك ، أو قيود أخرى من شأنها أن تحد من سلطات المالك .

إن القيود الواردة على الحق في الملكية الفردية قد يكون مقتضاها تحقيق مصلحة عامة لضرورة قانونية اقتصادية كنزع الملكية للمنفعة العامة أو التأمين أو لمصلحة عامة تكون ضرورة لدواعي اجتماعية أو جزائية كالمصادرة وفرض الحراسة أو قيود ترد على سلطة المالك في الاستعمال أو الاستغلال أو التصرف.

ولا يعني فرض القيود على الملكية الفردية تقييدها إلى الدرجة التي تنتهك هذا الحق أو تنتقص منه ، لأن ذلك يمثل اعتداء على الملكية الفردية سواء صدر هذا الاعتداء من جانب السلطة العامة أو من جانب الأفراد ، فإنها تمثل اعتداء على حق الإنسان وحرية ، فتجريد الفرد من ملكه دون سند من القانون يعني في النهاية نزع أمضى أسلحته التي يمكن منها الدفاع عن حقوقه في الملكية . فاذا سلمنا بان لا غنى عن فرض القيود حتى وان كانت جبرية ان لم يقبل اصحاب الملكية او يوافق و على تلك القيود ،فهنا لا بد من اثاره الضمانات الواجب توافرها من اجل الحفاظ على الملكية الفردية والزام الادارة بعدم التعدي

عليها والعمل على الحفاظ على حقوق الافراد واملاكهم. والضمانات عديدة في هذا المجال لاسيما رقابة القضاء الدستوري او الاداري والعادي وما يؤدونه من دور في حماية الملكية الفردية.

ثانياً: أهمية الدراسة:

أن موضوع الملكية حضي باهتمام واسع من الباحثين في مختلف العلوم ، ففي اطار القانون المدني يركز البحث في موضوع الملكية الفردية على جانب العلاقات التي تنشأ بين الأفراد ، اما القانون الإداري فيكون التركيز على علاقته بالسلطة العامة او بالإدارة .. ولضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد واستمرار تقديم الخدمات الى الجمهور قد يؤدي ذلك الى احتياج الادارة الى اموال مملوكة ملكية خاصة مما يؤدي بدوره إلى وضع القيود التي تفرض على الملكية الفردية يزداد على ذلك تعد القيود الواردة على الملكية الفردية من الموضوعات المهمة في مجال البحث ، فقد كانت الملكية الفردية سببا لكثير من المشاكل التي يتعرض لها الأفراد والمجتمعات سواء كانت مشاكل سياسية واقتصادية واجتماعية ، مما يقتضي وضع تنظيم لهذا الحق يحقق مصلحة الفرد الخاصة المتعلقة بملكه والمصلحة العامة التي من اجلها فرضت القيود..وان البحث في هذا الموضوع من حيث سلطة الادارة التقديرية في تقييد الملكية الفردية للمصلحة العامة والبحث عن حمايتها التي يوفرها القضاة الدستوري والإداري .

ثالثاً: اشكالية الدراسة:

اشكالية البحث تدور مع الاسالة المطروحة ويمكن تحديدها بالاتي:

١. هل فرض القيود من السلطة العامة على حق الملكية الفردية يعد انتقاصا من هذا الحق او تنظيماً وضمناً له ؟
٢. ان حق الملكية الفردية يمثل ميداناً للتزاحم بين الحق العام والحق الخاص، وهل الحق العام يبقى مقدماً على ما سواه من حقوق وان مس مراكز قانونية حماها القانون؟
٣. ان حق الملكية الفردية في الدولة العراقية ومنذ تأسيسها قد مر بمراحل عديدة تأثرت بالواقع التشريعي والتوجه السياسي، فهل التحول السياسي الذي حصل بعد عام ٢٠٠٣ وسن دستور جديد لجمهورية العراق هو دستور سنة ٢٠٠٥ قد تبني فلسفة جديدة إتجاه حق لملكية الفردية؟

رابعاً: الهدف من الدراسة

وتهدف هذه الدراسة الى البحث في القيود المفروضة على الملكية الفردية من سلطة الإدارة فضلاً عن البحث في الاطار القانوني للملكية الفردية وكذلك الحماية القضائية للملكية الفردية سواء كانت قضاء اداري او دستوري ، في دراسة مقارنة مع تشريعات دول محل الدراسة .

خامساً: نطاق الدراسة:

ان البحث في الملكية الفردية نطاقه القانون الخاص الذي يدرس العلاقات بين الأفراد اصحاب الملكية ببعض ، ولكن الى جوار تلك العلاقة توجد علاقة بين حق الملكية الفردية والسلطة العامة وهنا

يدخل حق الملكية الفردية في نطاق علاقات القانون العام ، وهذا لا يمنع من ان الدراسة عرجت الى القانون الخاص بالاستعانة بالقانون المدني وذلك حفاظا على تكامل الموضوع..

سادساً: منهجية الدراسة:

ستتم معالجة هذه الدراسة على وفق المنهج التحليلي وذلك بتحليل الاحكام والنصوص والوقوف على كل نص ذي علاقة بالموضوع ، وكذلك المنهج المقارن مع التشريعات الأخرى، من مقارنة بين الانظمة القانونية المختلفة في كل من فرنسا ومصر والامارات والعراق ، فضلا عن إجراء دراسة تطبيقية تعتمد على الأحكام القضائية وذلك من الإشارة الى الاحكام القضائية وذلك للوصول الى النتائج المرجوة الدراسة.

سابعاً: هيكلية الدراسة:

من اجل الإحاطة بالموضوع من جوانبه كافة، سنقسم البحث على ثلاثة فصول، اذ يتضمن الفصل الاول الاطار القانوني للملكية الفردية، وسنخصص الفصل الثاني للقيود المفروضة على الملكية الفردية للمصلحة العامة اما الفصل الثالث والآخر فسنخصصه لبحث رقابة القضاء على قيود الملكية الفردية، ونختم البحث بخاتمة تضمنت اهم ما تم التوصل اليه في الدراسة من نتائج وتوصيات.

الفصل الأول

الإطار القانوني للملكية الفردية

وجدت الملكية منذ وجود الإنسان على هذه الأرض واصبحت لصيقة لجهد وعمله، لذلك نظمتها جميع الشرائع السماوية والقوانين الوضعية وأكدت على أهميتها، ولقد عرف الفقه الملكية الفردية تعريفات عدة أهمها "هو سلطة مباشرة من صاحب الحق على ملكه تمكنه من استعمال واستغلال والتصرف فيه في حدود القانون " من هذا التعريف يتضح ان حق الملكية الفردية يجمع كل السلطات التي يعطيها القانون للشخص على الشيء المملوك ومما لاشك فيه أن للملكية الفردية خصائص يمكن اجمالها بانها جامعة ومطلقة ودائمة .

اختلف الفقهاء في اساس الملكية الفردية فكان لكل فريق نظرية يدافع عنها وعن مبرراتها فذهب جماعة منهم الى اعتماد نظرية القانون الطبيعي كأساس للملكية الفردية و عدو حق الملكية الفردية من حقوق الفرد الطبيعية التي تثبت للإنسان بمجرد مولده ولا تسلب منه مثل الحرية، اما الفريق الاخر يعتقد ان الملكية الفردية من صنع القانون الوضعي وهي بذلك من صنع الدولة وفلسفتها وهي التي اوجدتها بواسطة هذا القانون، وتحاول هذه النظرية اخضاع الملكية الفردية للسلطة العامة، وتعد هذه النظرية من انهض النظريات التي قيلت في اساس الملكية الفردية لان القانون هو الذي يحميها كما يستطيع ان يلغيها.

كما اختلف الفقهاء في طبيعة الملكية الفردية فانقسمو على مذهبين المذهب الفردي والمذهب الجماعي ويعتقد اصحاب المذهب الفردي الى ان حق الملكية حق مطلق ولا تحده حدود او قيود وللمالك ان يتصرف في ملكه كل التصرفات من استعمال واستغلال وتصرف ولو اضر بالآخرين ، ويبرر أنصار هذا المذهب الى أن اساس الملكية فردي لأسباب تاريخية واقتصادية، كما يبررون ان العدالة تقتضي بان يترك الانسان حرا من دون قيد لان هذا يساعد على الابتكار، أما المذهب الجماعي فيختلف تماما مع المذهب الفردي لانه يبني نظريته على اساس ان الملكية الفردية وظيفة اجتماعية تمارس تحقيقا للمصلحة العامة، فالوظيفة الاجتماعية هو ان يكون للملكية دور ايجابي في المجتمع وهذا الدور يحدده المشرع والسلطة المختصة في الدولة ، وبناءً على ذلك سوف ندرس في هذا الفصل الإطار القانوني للملكية الفردية وذلك في بحثين الاول سنبحث ماهية الملكية الفردية واساسها القانوني اما في البحث الثاني فسنبحث طبيعة الملكية الفردية وانواعها على النحو الاتي:

المبحث الأول

مفهوم الملكية الفردية واساسها القانوني

يعد موضوع الملكية في معناها البسيط المستمد من الواقع هو اختصاص الفرد بشيء من الأشياء اختصاص يضمن له السيطرة على منفعة وكيانه، والملكية في هذا المعنى شخصا معين يسند اليه الاختصاص بالشيء المملوك سواء كان هذا الشخص طبيعيا او معنويا وعاما كان هذا الشخص او خاصا وتظهر هذه الملكية في سلطات معينة يقوم بها المالك على ملكه التي تعده مضمون له لم يكن حق الملكية الفردية مستقرا عبر الزمن و إن كان محل تطور مستمر منذ القدم ، إن الفرد والمجتمع اصطلاحان لا يمكن فصل أحدهما عن الآخر ، فعلى مر العصور كانت الأولوية تعطى أحيانا للفرد بينما تعطي الأولوية في أحيان أخرى للمجتمع ، وبالتالي انقسم العالم في نظرية الملكية الفردية إلى مذاهب واتجاهات مختلفة وعلى أساس ذلك سنقوم بدراسة هذا المبحث في مطلبين الاول ماهية الملكية الفردية والثاني بيان اساس الملكية الفردية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي وعلى النحو الآتي :

المطلب الأول

مفهوم الملكية الفردية

نبحث في هذا المطلب التعريف بالملكية الفردية من خلال توضيح النشأة التاريخية للملكية الفردية وتطورها تبعا للمراحل التي مرت بها ، بداية من الحياة للمجتمعات البدائية مرورا بالعصور الوسطى وانتهاء بالعصر الحديث في أوروبا وعند العرب قبل وبعد الإسلام، وتعريفها لغة واصطلاحا عند فقهاء الشريعة والقانون وفلسفة كل تشريع في دول المقارنة للملكية الفردية وكذلك سلطات الملكية الفردية وخصائصها في فرعين وعلى النحو الآتي.

الفرع الأول

التعريف بالملكية الفردية

نبحث في هذا الفرع التطور التاريخي للملكية الفردية تبعا للمراحل التي مرت بها، كذلك تعريف الملكية الفردية لغة واصطلاحا حسب المفاهيم الفقهية والقانونية في التشريعات الوضعية في نقطتين وعلى النحو الآتي:

أولاً - النشأة التاريخية للملكية الفردية وتطورها:

ذهب الكثير من الباحثين على ان الملكية نشأت أولا ملكية جماعية تشترك بها جميع أفراد القبيلة ولا يستأثر بها احد منهم فكانت الأرض والاسلحة والعدد بوجه خاص مملوكة ملكية جماعية في الحضارة البدوية ولما استقرت الجماعات في الأرض وتطورت الحضارة من حضارة بدوية تقوم على رعي المواشي الى حضارة زراعية تقوم على زراعة الأرض حيث تطورت الملكية واصبحت ملكية عائلية شائعة .

ولم يقف تطور الملكية عند هذا الشكل بل ظلت تتطور لتصبح ملكية فردية مع الاحتفاظ ببعض آثار الملكية الأسرية كالميراث والنصاب الذي يجب أن يبقى للورثة ولا تجوز الوصية فيه. (١)

ولتوضيح فكرة الملكية والشكل الذي اتخذته من بدء ظهورها عند المجتمعات البدائية، فقد أثارت جدلاً واسعاً واختلافاً كبيراً في الفقه بين رجال الفكر من أنصار الملكية الفردية وخصومها من أنصار الفكر الجماعي وكان خلاف هذين الاتجاهين من الفقهاء على نوع الملكية السائدة في المجتمعات البدائية وكل فريق لديه مجموعة من الحجج والبراهين فكان أنصار الملكية الفردية يرون أن الملكية في المجتمعات البدائية كانت فردية، وأن الإنسان عرف أول ما عرف ملكيته الخاصة لضروريات الحياة ولأدواته الشخصية وملابسه وأسلحته ثم ملكيته لزوجته وأرقائه (٢)، وأن الملكية كانت مجرد وظيفة طبيعية فردية تلازم الحياة البشرية، كما يعتقدون أن الملكية الفردية هي السائدة في المجتمعات البدائية وأن فكرة الملكية نشأت مع أول حياة للإنسان. لأن الإنسان يحتاج إليها لكي يعيش، وأصحاب هذه النظرية يحتجون بما جاء بالقرآن الكريم في الآيات البينات ليؤكد ويتفق مع ما ذهب إليه الاتجاه وأنها وجدت منذ الخلق الأول أي الملكية الفردية، ففي قوله تعالى "وآتاهم نباحاً بني آدم إذ قربا قرباناً فتقبل من أحدهما ولم يتقبل من الآخر قال لأفنتنك قال إنما يتقبل الله من المتقين" (٣).

قال الرازي في تفسير هذه الآية أن هابيل كان صاحب غنم وقابيل صاحب زرع وقد اختار هابيل أحسن شاة في غنمه وأن قابيل اختار شر حنطتة وهو نص صريح يؤكد الملكية الفردية لكل منهما هذا لغنمه والآخر لزرعة واختصاص كل منهما بما كان عنده وفي حيازته وحيازة الشيء واختصاص به جوهر الملكية الفردية (٤).

وذهب الاتجاه الثاني أصحاب الملكية الجماعية إلى أن الملكية في المجتمعات البدائية كانت جماعية وكانوا يحتجون بتاريخ نشأة الملكية عند هذه المجتمعات، وأخرى مستمدة من واقع حياة بعض المجتمعات والقبائل المعاصرة التي لازلت تعيش الظروف والأوضاع البدائية إذ أن هذه المجتمعات كانت تنتفع وبشكل جماعي بالأنهار والغابات والحيوانات والأرض لأن طبيعتها تمنع استئثار الفرد بها..

(١) د. محمد طه البشير، د. غني حسون طه، الحقوق العينية، دار السنهوري، لبنان، بيروت ٢٠١٦، ص ٣٥

(٢) في تفصيل نظرية المذهب الفردي: أنظر: د. نزيه محمد الصادق المهدي، ص ٢١_ ٢٥

(٣) القرآن الكريم: سورة المائدة: آية ٢٧

(٤) التفسير الكبير المعروف بمفاتيح الغيب، للامام فخر الرازي الشافعي، دار الكتب العلمية، ج ١١، ط ١، ١٩٩٠

اما الملكية عند قدماء اليونان سواء كانت ملكية جماعية أو فردية حيث كانت الملكية عند قدماء اليونان فردية في المنقول كالأموال والاعنام والمنازل المعدة للسكن وجماعية في الأرض والزراعة وبعد ذلك تحولت إلى ملكية اسرية ثم تغير الوضع فتحولت الأرض إلى ملكية فردية^(١)

اما الملكية عند الرومان فقد اتخذت صوراً كثيرة فكانت الملكية عند الشعوب الأولى جماعية وكانت فردية في بعض الأشياء الاستثنائية المحدودة كالممنقول اما بالنسبة للعقارية فإن اول صورة أمكن الحصول عليها من قانون الألواح الاثني عشر فهي عبارة عن منزل والأرض الملحقة به ولم يكن لرب الأسرة على هذه الأموال حق الملكية وإنما له حق الانتفاع فقط إلى انه قد الت الية الملكية اما عن طريق الدولة او عن طريق الاستيلاء وهنا نشأت الملكية الفردية بالنسبة للعقار^(٢)،

اما الملكية عند العرب سواء كان قبل الإسلام او بعده، فقبل الاسلام كان العرب فريقين الفريق الأول وتمثله اهل البادية الذي كان طبعهم وضروف حياتهم التنقل والترحال من مكان إلى آخر اما الفريق الثاني فيمثله اهل الحضر وقد وجدت وكانت محترمه ومصانة عند الفريقين، والأدلة كثيرة من الكتاب الشريف والحوادث التاريخية ففي قوله تعالى "لِلْفُقَرَاءِ الْمُهَاجِرِينَ الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ وَأَمْوَالِهِمْ يَبْتَغُونَ فَضلاً مِّنَ اللَّهِ وَرِضْوَانًا وَيَنْصُرُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ أُولَئِكَ هُمُ الصَّادِقُونَ" (٣) وفي قوله تعالى "إِيْلَافٍ قُرَيْشٍ إِيْلَافِهِمْ رِحْلَةَ الشِّتَاءِ وَالصَّيْفِ" (٤) وهذه الآيات تدل على ان الملكية كانت موجودة قبل الإسلام وكانت تتمثل بملكية البيوت والأرض والأموال وغيرها وتدل على انتشار التجارة في الجزيرة العربية.

اما بالنسبة للسنة النبوية الشريفة، فهناك دلائل كثيرة على الملكية الفردية عند العرب قبل الإسلام ومنها عندما قدم الرسول صلى الله عليه واله وسلم في فتح مكة فقال: "من دخل بيت دار ابو سفيان فهو آمن ومن دخل داره فهو آمن".^(٥) وهذا الحديث الشريف يدل على الملكية الفردية موجودة عند العرب قبل الاسلام المتمثلة بالبيوت المملوكة للأفراد.

أما الملكية عند العرب بعد الإسلام فإن فالشريعة الإسلامية تهب الإنسان الحق في الكسب والتملك ، فهي لاتمنع الفردية لأن الإنسان مفطور على غريزة التملك وحب الذات ، لكن الملكية في الإسلام مقيدة بصالح الفرد وصالح الجماعة ، فالاسلام يحظر من اكتناز المال واكتسابه بطرق غير مشروعة ، واحتكاره وحرمان اغلب الناس منه ، وقد جعل للفقراء والمحتاجين نصيباً منه "لأن المال مال الله والناس

(١) د. وفاء السيد احمد ، قيود الملكية للمصلحة العامة في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي ، دار النهضة العربية

١٩٨٨ ، ص ٣٠

(٢) د. مصطفى التراب، القضاء الإداري وحماية حق الملكية العقارية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق اكدال، الرباط،

٢٠٠٩، ص ٨١.

(٣) القرآن الكريم :سورة الحشر: الآية ٨ .

(٤) القرآن الكريم سورة قريش: آية ١-٢ .

(٥) بتصريف ، سيرة النبي محمد صلى الله عليه واله وسلم : أبن هشام ، ١٨/٤ .

عباد الله ، والمال مال الله ، يقسم بالسوية ، ولا فضل فيه لأحد على أحد ^(١) والأصل العام في الإسلام أن كل ما في الأرض هو ملك لله الواحد القهار ، أما الإنسان فهو خليفة في الأرض سخر الله له ما في الأرض للانتفاع به واستخدامه في حدود شرع الله ، قال تعالى : «أَلَمْ تَعْلَمْ أَنَّ اللَّهَ لَهُ مُلْكُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ» ^(٢)

ومن الدلائل على إقرار الشريعة الإسلامية بالملكية الفردية هو قوله تعالى : (الَّذِينَ يُنْفِقُونَ أَمْوَالَهُمْ بِاللَّيْلِ وَالنَّهَارِ سِرًّا وَعَلَانِيَةً فَلَهُمْ أَجْرُهُمْ عِنْدَ رَبِّهِمْ وَلَا خَوْفٌ عَلَيْهِمْ وَلَا هُمْ يَحْزَنُونَ) ^(٣) ويتضح من خلال هذه الآيات ان الإسلام نسب هذه الأموال بصفة عامة الى الناس كافراد. خلاصة القول أن الملكية الشخصية اقرتها المجتمعات الانسانية المتحضرة واعترفت بها المجتمعات البدائية ، لانها تمثل استجابة طبيعية لحاجات الانسان في الحياة . أما الملكية الفردية لوسائل الانتاج فانها وجدت الى جانب الملكية الجماعية في بعض فترات التاريخ واعتبرت حقا طبيعيا جامعا مانعا دائما ، الا انها خضعت لقيود حددت من اطلاقها تنظيميا لها وضمانا لمصلحة الجماعة.

ثانيا : تعريف الملكية الفردية لغة واصطلاحا :

لغة:

الملكية اسم صيغ من المادة منسوبا الى المصدر، وهو الملك، ويدل على معنى الاستئثار بما يتعلق من الأشياء ^(٤) ، وبذلك ما يلاحظ فيما انتهى اليه معنى الملك عند رجال وشرح القانون ، وقد عرفوه بما لا يجافي هذا المعنى وقد جاءت كلمة الملكية من الفعل (ملك) والمصدر: الملك: وهو، ما ملكت اليد من مال والملك احتواء الشيء والقدرة على الاستبداد به . ^(٥)

اصطلاحاً:

إن اصطلاح الملكية السائد في كتب الفقه يجد ان الفقهاء قد عرفوا الملكية بتعريفات شتى في الكتب الفقهية والقانونية والباعث على هذا الاختلاف هو ان الملكية قد اختلف فهمه على الكثير من الفقهاء وأدى الى اختلافهم في التعريفات الشرعية للملكية. فقد عرف الفقه الجعفري الملكية الخاصة، بأنها "كل

(١) عبد الغفور كريم علي ، القانون الدولي للعلاقات الدولية رؤية إسلامية للسلام والحرب ، اربيل ، العراق ط١

، مطبعة أشهاب ، ٢٠١١ ، ص ٨٦ .

(٢) القرآن الكريم: سورة البقرة : آية ١٠٧ .

(٣) القرآن الكريم : سورة البقرة : آية ٢٧٤ .

(٤) د. مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، باب الكاف، فصل الميم، ط٢، دار صادر للتراث العربي،

بيروت، ٢٠٠٠، ص ٩٥٤ .

(٥) أنظر القاموس المحيط باب الكاف فصل الميم ، وقد عرف الحاوي القدسي الملك بأنه (الاختصاص الحاجز أي

الذي يخول صاحبه منع غيره . وعرفه الكمال ابن الهمام اول كتاب البيع من كتابه فتح القدير بأنه القدرة على

التصرف ابتداءً الى لمانع) يريد أنه ابتداءً لا مستمداً من شخص آخر

ملكية للمال تعود إلى فرد أو مجموعة من الأفراد على سبيل الاشتراك يختص بها اختصاصا يجعل له مبدئيا، الحق في حرمان غيره من الانتفاع بها، مما لم توجد ضرورة توجب ذلك.”^(١)

اما الأحناف فقد عرفوا الملكية على لسان عبدالله مسعود في كتابه شرح الوقاية في مسائل الهدايا بأنه “اتصال شرعي بين الإنسان وبين الشيء يكون مطلق لتصرفه وحاجز لتصرف الغير” كما عرفه فقهاء المالكية وكان أشهرهم شهاب الدين ابو العباس أحمد بن إدريس المعروف القرافي بكتابة الفروق بقوله “الملك تمكن الإنسان شرعا بنفسه من الانتفاع بالعين او المنفعة ومن اخذ العوض عن العين او المنفعة”^(٢)

بعد استعراض التعريفات المختلفة للملك عند بعض فقهاء الشريعة الإسلامية، سنورد بعض التعريفات في الفقه والتشريعات الوضعية المقارنة بعدها يتم التطرق الى مفهوم الملكية في الفقه والتشريع العراقي، و في هذه التشريعات الوضعية لم يكن هنالك تعريف جامع مانع، بل بعض التشريعات بنفسها عن تعريف الملكية باعتبار ان ذلك ليس من اختصاصها وتركته للفقه وعند وضعها التشريعات قامت بوصف تصرفات المالك بالشيء المملوك، وهذا ما انتهجه الفقه الفرنسي في تعريف الملكية الذي جاء به (اوبري ورو **Aubry et Rau**) في كتابهما شرح القانون المدني الفرنسي بان “الملكية هي الحق الذي بمقتضاه يوضع شيء تحت ارادة شخص وتصرفه بصفه مطلقة مقصوره عليه دون سواه” ويلاحظ ان هذا التعريف لم ينص على القيود التي ترد على الحق في الملكية الخاصة.

أما المشرع الفرنسي فقد عرف الملكية في المادة (٥٤٤) التي نصت على ما يأتي: “الملكية هي الحق في التمتع والتصرف في الأشياء بشكل مطلق شرط الى تكون موضوع استعمال تحرمه القوانين والانظمة”^(٣) اي ان حق الملكية يخول صاحبه جملة السلطات التي يمكن إن يمارسها على الشيء من استعمال وتصرف في الحدود التي يحددها هذا القانون في نطاق هذا الحق.

اما القانون المدني المصري الوضعي عرف حق الملكية بتعاريف كثيرة فيعرفه بعضهم بأنه “ حق إنسان في الإنتفاع بالمال المملوك على وجه التأييد و والتصرف فيه بطريقة مطلقة دون من عداه من الناس ” ويعرفه بعضهم بأنه هو “ حق يخول صاحبه سلطة الانتفاع بالشيء والتصرف فيه وأستغله بطريقة بطريقة شبه مطلقة “^(٤) ويلاحظ أن هذه التعريفات لحق الملكية قد أبرزت عناصره الأساسية ولم

(١) د.علي نديم الحمصي الملكية التجارية والصناعية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، دراسة مقارنة ، ، بيروت ٢٠١٠، ص ٩١.

(٢) د.عبدالله بن عبد العزيز مصلح، قيود الملكية الخاصة ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٩٨٨، ص ٢٨/٢٩

(٣) د.محمد حسن قاسم، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان ، ٢٠٠٦، ص ٦٥.

تنص على القيود التي تقيد حق الملكية في حين يعرف الدكتور السنهوري حق الملكية بأنه " حق الإستثمار باستعماله وبالتصرف فيه على وجه دائم ، وكل ذلك في حدود القانون " وهذا التعريف يبرز الخصائص الأساسية الحق الملكية، ويعرف بعض الفقه حق الملكية على أنه " حق بمقتضاه يوضع شيء تحت إرادة شخص يكون له دون غيره أن يستعمله ويستغله ويتصرف بكل التصرفات في حدود القانون"^(١) ويذهب بعض الفقه التمييز بين حق التملك والملكية الخاصة ، فحق التملك هو الحق في أن يضيف الشخص إلى نفسه ، فإذا تملك هذا المال أصبح مالكا ، أي يكون له حق الملكية على ماله وهذا التملك حق من الحقوق الخاصة وحق الفرد في ان يملك يسفر عن ملكية وهي الملكية الخاصة وهي محل جدل بين المذاهب الاقتصادية والسياسية ، أما المشرع المصري فقد عرف الملكية الخاصة وفق المادة ٨٠٢ من القانون المدني المصري الرقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ التي تنص علي "لمالك الشيء وحده في حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه))

اما قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ وفي المادة رقم ١١٣٣ التي نصت

على ان :

حق الملكية هو "سلطة المالك بأن يتصرف بملكة تصرف مطلق عيناً ومنفعة واستغلال، ولمالك الشيء وحدة بالعين المملوكة وبغلتها ونتاجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة شرعاً". ويتضح لنا من نص الفقرة الأولى من المادة ١١٣٣ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي ان حق الملكية هو أهم الحقوق العينية كما انه أوسعها نطاق لانه يخول صاحبة سلطه كاملة على الشيء فهو يخول صاحبة سلطة التصرف في الشيء عيناً ومنفعة واستغلال اي كان نوع التصرف متى كان التصرف جائزاً شرعاً.^(٢)

اما الفقه العراقي عرف الملكية الخاصة بأنها "الملك العام من شأنه ان يتصرف المالك فيما يملك بجميع التصرفات الجائزة عيناً ومنفعة واستغلالاً" وبهذا يرى بعض الفقه العراقي في بحث عناصر الخاصة ان حق الملكية يعطي لصاحبه حق المنفعة والاستغلال والتصرف وهذه هي عناصر الملكية التي اقرها الفقه المدني^(٣) ، اما القانون المدني العراقي عرف الملكية أو حق الملكية بالمادة ١٠٤٨ بقولها " الملك التام من شأنه ان يتصرف فيه المالك تصرف مطلق فيما يملكه عيناً ومنفعة واستغلال ينتفع بالعين بغلتها وثمارها ونتاجها ويتصرف بعينها بجميع التصرفات الجائزة"^(٤)

(١) د. سالم حماد الدحوج، الحقوق العينية الأصلية، ج١، ط١، ٢٠١٦، ص٨٦.

(٢) د.محمد شريف عبد الرحمن احمد عبد الرحمن ، حق الملكية ، دار النهضة العربية القاهرة ، ٢٠٠٩، ص٢٩ .

(٢) د.محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، بيروت، لبنان، الدار الجامعية، ٢٠٠٠، ص١٢.

(٣) د.محمد شريف عبد الرحمن أحمد عبد الرحمن، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية ، مصدر سابق، ص٤٢ .

(٤) د.همام محمد محمود زهران ، الحقوق العينية الاصلية ، حق الملكية ، احكام حق الملكية ، دار الجامعه الجديدة ، سكندرية ٢٠١٠ ص ٤٠ .

ومن الواضح تأثر المشرع العراقي بالفقه الإسلامي وذلك بنقله هذا التعريف حرفياً من المادة ١١ من مرشد الحيران وبهذا يتفق مع القانون المدني المصري بإبراز السلطات المالك الثلاث وعبارة (جميع التصرفات الجائزة) الواردة بتعريف القانون المدني العراقي تقابلها عبارة (في حدود القانون) الواردة في تعريف القانون المدني المصري في المادة ٨٠٢ في القانون المصري، وليس بعيداً عن التعريفات السابقة للفقه الإسلامي والقوانين والتشريعات المدنية يمكن القول إن حق الملكية الفردية على النحو الآتي "مالك الشيء وحده حق التصرف بالشيء المملوك بجميع التصرفات منفعة واستغلال وتصرف دون أن يخالف القانون)) .

ويلاحظ من هذه التعريفات بأنها ركزت على العناصر الأساسية لحق الملكية الفردية أي أنه "قدرة الفرد على أن يصبح مالكا وإن يكون له حق التصرف فيها وفيما تنتجبه".^(١) والخلاصة مما تقدم من تعريفات فقهاء القانون بان الملكية حق خالص لصاحبها إلا إذا امتنع مانع قانوني، فقيد هذا الحق يكون للمصلحة العامة. وبذلك يتضح أن جميع التعريفات وإن اختلفت في الصيغة توحدت بالمعنى، لذلك فإن الباحث يتفق بالمعنى مع من عرفوا الملكية الفردية أنها ويختلف قليلاً في الصيغة فيكون تعريف حق الملكية الفردية بأنه "الحق العيني الذي يملكه صاحبه وله حق جميع التصرفات فيه على أن لا يخالف ذلك القانون".

الفرع الثاني

عناصر الملكية الفردية وخصائصها

حسب تعريفات الملكية بالفقه والقانون وما أكدته المادة ١٠٤٨ من القانون المدني العراقي إلى أن هذه السلطات وكما قدمنا أن حق الملكية هو أوسع الحقوق العينية نطاقاً فمن له حق الملكية على شيء كان له حق استعماله واستغلاله وحق التصرف فيه، وبذلك يجمع كل السلطات التي يمنحها القانون للشخص على الشيء. كما أنه مما لا شك فيه أن من خصائصها أنها جامعة ومطلقة وذاتية وممانعة، لذا سنبحث هذا الفرع في فقرتين: نبحث في الأولى سلطات الملكية الفردية أما في الثانية فسنبين خصائصها وعلى النحو الآتي :

أولاً: عناصر الملكية الفردية :

من أهم عناصر الملكية الفردية هي الاستعمال والاستغلال والتصرف، وسنعرض هذه السلطات في النقاط الآتية :

(١) د. أيمن محمد البطوش، حقوق الإنسان وحرياته، دراسة مقارنة، ط١، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، ٢٠١٤، ص ١٠٩.

١. الاستعمال:

إن الملكية الخاصة تخول صاحبها بان يستعمل ملكه في كل ما اعد له وفي كل ما يمكن إن يستعمله^(١) إذ أن الاستعمال هي قدره على الاستفادة من المال وتحصيل منفعه ويستطيع استعمال الشيء استعمالاً شخصياً، كان يكون الشيء منزلاً فيسكنه او سيارة فيركبها، شريطة عدم استهلاك الشيء نفسه إذ يمكن استخدام الشيء وطبيعته للحصول على منفعة عدى الثمار.^(٢) وهذا يحتم ان يكون الشيء قابلاً للاستعمال بصورة متكرره دون أن يؤدي ذلك الاستعمال إلى استهلاكه، لذا فإن الأشياء التي تستهلك تكون غير قابلة لان تكون محلاً للأشياء التي يمكن لمالكها ان يستعملوها، وتظهر أهمية هذا التمييز عندما يكون صاحب حق الاستعمال ليس المالك بل المنتفع، إذ أن المنتفع له سلطة استعمال الشيء المملوك لغيره ومن ثم فهو ملتزم برده إلى مالكه بانتهاء الاجل المحدد^(٣) فلاستعمال هو استخدام الشيء المملوك في وجوه الاستعمال التي اعد لها والمتفقة مع طبيعته.

٢. الاستغلال:

ويمنح صاحب حق الاستعمال حق آخر للمالك وهو حق الاستغلال للشيء، والمقصود بحق الاستغلال هو القيام بالاعمال اللازمة للحصول على غلة الشيء وثماره، فاستغلال الدار يكون بايجارها، والبستان بالحصول على ثمارها، وهناك اختلاف بين الاستعمال والاستغلال إذ أن مباشرة المالك لسلطانه على الشيء محل الحق وانتفاعه بالشيء مباشرة، عد ذلك استعمالاً، أما إذا كان هو الحصول على ثمار الشيء فإن ذلك يعتبر استغلالاً للشيء لا استعمالاً له وهذا ما اكدته المادة ١٠٤٨ في قانون المدني العراقي بنصها (الملك التام من شأنه ان يتصرف فيه المالك تصرف مطلق عينا ومنفعة واستغلالاً. ويرد على الاستغلال قيوداً يفرضها القانون كما وردت قيوداً على الاستعمال^(٤) ويكون الاستغلال بطريقتين: مباشرة وغير مباشرة، فالأولى تكون بتدخل مباشر من المالك كما لو قام مالك الأرض بزراعتها بنفسه وحصاد ثمارها، أو أن يقوم مالك السيارة بتخصيصها لنقل الركاب اي كسيارة أجرة، أما الثانية فتكون بعمل قانوني كما لو قام مالك الأرض الزراعية بتاجيرها للغير .

(١) علي هادي العبيدي، النظرية التفسيرية العامة في تفسير الدستور واتجاهات المحكمة الاتحادية العليا في تفسير الدستور العراقي، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ٢٠١١، ص٣.

(٢) د. محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، ط٢ دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن ٢٠١٠، ص٤٣ _ ٤٤.

(٣) د. حسن كيره، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية احكامها ومصادرها، ط٤، منشئة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٥، ص٧٦.

(٤) د نبيل ابراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٠، ص٧٤.

نلاحظ مما تقدم تقدم ان المالك يملك حرية سلطة الاستغلال للشيء المملوك ملكية خاصة له إلا ان هذه السلطة والحرية ليست مطلقة بل هي محدده بحدود يضعها المشرع يقيد بها بعض الشيء من سلطة وحرية المالك اذا اراد استغلال ملكه باوجه الاستغلال التي تسمح بها طبيعة ملكه.

٣. التصرف:

التصرف هو العنصر الثالث من عناصر الملكية وأهمها ، ويمكن أن يكون تصرفاً قانونياً^(١) ، فعندها قد يقوم المالك بنقل ملكية الشيء إلى الغير بتصرفات قانونية كالبيع ، وفي البيع تنتقل الملكية من البائع المالك إلى المشتري المالك الجديد ، ويعد نقل الملكية من أوسع ضروب التصرف الذي يمكن للمالك القيام به ، فإن باع الشيء كله فإنه بهذا التصرف لا يبق من ملكه شيء ، وهنا يصبح المشتري هو المالك ، إلا أن هذا النوع من التصرف غير مقصور على البيع الذي يكون عادة بمقابل ، هذا إن كان البيع يشمل الشيء المملوك كله ، إلا أنه يمكن للمالك أن يبيع نصف ما يملكه أو جزء معين منه كما لو باع المالك نصف الأرض السكنية ، وهنا تصبح أجنبية عن الجزء الذي باعه ولا يستطيع التصرف فيه^(٢) . كما قد يتصرف المالك بملكه وينقل ملكيته ، إلا أن ذلك يكون بلا مقابل كما هو الحال في الهبة أو الهدية) .^(٣)

اما التصرف المادي فانه لا يثبت لغير المالك فإنها سلطة تتميز بها الملكية الخاصة من غيرها، لان الأخرى لاتخول صاحبها الاستفادة من الشيء المملوك للغير بشرط الحفاظ على مادة الشيء واصله^(٤) خلاصة القول : إن عناصر الملكية الفردية الثلاثة سمة تميزها عن الحقوق العينية الأخرى ولا يوجد حق عيني يجمع كل تلك العناصر ، بل يكون وجودها في باقي الحق منفردة ، كما أن حق التصرف يعد من أهم عناصر الملكية الفردية ؛ إذ لا يمكن أن نتصور وجود الملكية من دون التصرف ، فإن عدم وجود عنصر التصرف يعني عدم وجود الملكية ، على عكس العناصر الأخرى الاستعمال والاستغلال ، إذ يمكن للمالك أن يستغني عنهما ويبقى مالكة للشيء كأعطاء حق الانتفاع أو التأجير لغيره.

(١) انظر: نص المادة (١٠٤٨) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

(٢) د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، الحقوق العينية الاصلية ، حق الملكية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص ٩ .

(٣) د. جمال ناصر الزيداي، العدالة الانتقالية في العراق، هيئة دعاوى الملكية، موسوعة القوانين العراقية، ط١، بغداد، ٢٠١٣، ص ١٢٢.

(٤) د. سحر محمد نجيب، التنظيم الدستوري لضمانات حقوق الإنسان، دراسة مقارنة في نصوص الدساتير العربية، دار الكتب القانونية ٢٠١٠، ص ٨١.

ثانياً: خصائص الملكية الفردية :

بعد ان اكملنا تحديد سلطات الملكية الفردية لايد من نيين خصائص الملكية الفردية لاكمال ماهية الملكية الفردية وهي يأتي:

١- حق الملكية حق جامع

اي يخول صاحبه جميع السلطات من تصرف مادي او قانوني واستعمال واستغلال الشيء أي إن حق الملكية هو الحق الكامل الذي يخول صاحبه استعمال واستغلال الشيء أي الانتفاع به ويمكنه من التحكم بكيانه ماديا أو قانونيا . وأيدت ذلك المادة ٨٠٢ قانون مدني مصري "مالك الشيء وحده في حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه" .، وأيدت ذلك المادة ١٠٤٨ قانون مدني عراقي عند تعريف الملكية " الملك التام من شأنه أن يتصرف فيه المالك ... ، عينا ومنفعة واستغلالاً " .^(١) كما وضحت الفقرة الأولى من المادة ١١٣٣ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي حيث نصت على ان، "حق الملكية سلطة للمالك في أن يتصرف في ملكه تصرفا مطلقا عينا ومنفعة واستغلال" ^(٢) ..

وذهبت لذلك محكمة النقض المصرية في حكم سنة ١٩٨٧ على ان " حق الملكية يغير في طبيعته وحكمه في القانون حق الانتفاع فحق الملكية هو جمع الحقوق العينية ، إذ مالك العقار يكون له حق استعماله وحق استغلاله وحق التصرف فيه ^(٣) " وفي الشريعة الاسلامية ملكية العين تجمع ملك الرقبة والمنفعة، ملكية العين بطبيعته يتضمن ملك المنفعة لأن الملكية للأشياء الأساس منها المنفعة فلا أهمية للملكية لولا التصرف والانتفاع المشروع وهنا تكون الملكية تامة تشمل ملك العين و المنفعة . فلا يتصور انفصال الانتفاع عن الملك دائما وإن أقر في استثناء أو مؤقت وعندها تعود المنفعة الى مالك الرقبة.

(١) د.محمد شكري سرور، موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، ط١، مصر، ٢٠٠٠، ص٢٢١.

(٢) د.عبد الخالق حسن، الوجيز في شرح قانون المعاملات الإماراتي، الملكية، مطابع شرطة دبي، الإمارات، ٢٠١٣، ص١٥ .

(٣) عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٨، ط٨، بيروت، ٢٠٠٥، ص٥٢٩-٥٣٠.

٢- حق الملكية حق دائم

يقصد به بقاء حق الملكية ذاته مادام الشيء محل الملكية باقياً، ولا ينقضي إلا بهلاكه فهنا يختلط حق الملكية بذات الشيء ولا يقدح في ذلك تغيير المالك لأنه يبقى حق الملكية على الشيء وان تغير المالك بتغير المالك إذ لا توجد فترة يكون خلالها الشيء بلا مالك^(١).

أي أن حق الملكية بمثابة روح الشيء فبوجوده وجد الوجه القانوني للشيء وبزواله انعدم الوجه القانوني وبقي الوجه الفعلي. وقد يقصد بالدوام أن حق الملكية لا يسقط بعدم الاستعمال فمهما طال مدة عدم استعمال المالك فإن حق الملكية لا يسقط بالتقادم ومن ثم لا تسقط الملكية بعدم استعمال^(٢) كما أن حق الملكية لا يتصور زواله بترك المالك له بدون استعمال، فالمالك حر في استعمال ما يملكه من عدمه لحق الملكية لا يفرض استعماله، فإن المالك حر في تركه أو استعماله في أي وقت شاء، ولم يرد نص في التشريع يقضي بسقوط ملكية الشيء الملوك بمجرد عدم استعماله.

ويذهب جانب من الفقه إلى اعتبار عدم زوال الملكية وسقوطها بتركها دون استعمال أمر متروك للمالك، إذ إن عدم استعماله لا يضر بمصلحة أحد ولا يمكن أن يسبب أذى للغير، فلا توجد مصلحة للغير بأن يطلب أو يحاول إسقاط الملكية عن صاحبها^(٣). بينما انتقد فريق آخر الاتجاه الأول بقوله: بأن هذا الرأي لم يلاحظ ويضع بعين الاعتبار التطورات التي أصابت حق الملكية الخاصة والتي أدت إلى حصول تغيير في أهدافها ومقاصدها، والملكية لم تعد تقتصر على تحقيق النفع الخاص لصاحبها فحسب، بل أخذت تتجه إلى تحقيق منافع المجتمع أيضاً ويرون أن لا مانع من تدخل المشرع في وضع قيود على حق الملكية الخاصة في بعض المواضع التي يمكن أن تشكل خطورة على المجتمع، فقد يتعرض المالك إلى المساءلة القانونية في حالة تركه لملكه بدون استعمال كما هو الحال في ترك الأراضي الزراعية بوراً بدون زراعة لمدة زمنية طويلة وغير مبررة على الرغم من توافر جميع المقومات الأساسية لزراعتها، فعدم زراعتها يعد بمثابة حجب المنفعة الاجتماعية.

ونحن مع الرأي الثاني القائل بأن للمشرع الحق بان يضع بعض القيود على حرية المالك في المواضيع التي يرى أنها تشكل خطوره على المصلحة العامة، ومن ثم تحجب الفائدة عن أبناء المجتمع.

(١) د.محمد علي حمبولة، الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية الخاصة، ط١، داربور سعيد للطباعة، الاسكندرية، ١٩٧٤، ص٤٢١.

(٢) د.السيد عبد الحميد احمد، نزع الملكية في اطار قرارات المنفعة العامة والمصادرة والتأمين، ط١، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، ٢٠١٨، ص٣٠.

(٣) احمد عبد العال أبو قرين، حق الملكية في الفقه والقضاء والتشريع، دراسة مقارنة تطبيقية لملكية الشقق والطبقات في المملكة العربية السعودية والقانون المقارن، ط١، دار الثقافة الجامعية، ١٩٩٩، ص٢٠.

٣- حق الملكية حق مانع:

أي أنه حق مقصور على مالكة فلا يشاركه أحد فيه أي إن المالك يستأثر بملكه ولا ينازعه أحد فيه ، أي لا يمكن أن يكون الشيء مملوكة في نفس الوقت لأكثر من شخص واحد لوقوع التعارض عند استخدام كل مالك لسلطاته في نفس الوقت “ مع الإشارة إلى وجود أحكام فقهية وتشريعية خاصة بالملكية الشائعة حيث يملك الشيء أكثر من شخص في أن واحد “ (١) وحق الملكية لا تقتصر صفة المنع عليه فقط وإنما تمتد إلى الحقوق العينية والشخصية لكنها أكثر سطوعاً في حق الملكية أكثر من الحقوق العينية الأخرى وأيدت ذلك المادة ٨٠٢ قانون مدني مصري والمادة ١٠٤٨ قانون مدني عراقي . و تقتصر سلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف على المالك دون غيره ، هذا هو الأصل لكن قد ينتقص ذلك القصر في حال إقرار حق منفعة على الشيء وذلك لا ينتقص من استئثار المالك لأن الحقوق العينية المترتبة على الشيء مؤقتة مهما طال وتعود السلطات للمالك. (٢)

وأيدت ذلك محكمة النقض الفرنسية في حكم عام ١٩٤٣ بانه أشار إلى أن للمالك أن يمنع أي شخص يعارضه في استخدام ملكه أو أن يشاركه فيه ويصل إلى حد منع الوقوف أمام عقاره أو تصويره وتصرفات أخرى. (٣)

وقد أكد المشرع المصري على إظهار هذا الحق بقوله : « لمالك الشيء وحده ...) ، أما المشرع العراقي لم يذكر هذه الخصيصة بشكل واضح ومباشر عندما عرف حق الملكية في القانون المدني العراقي ، ومع ذلك فلا شك أن المالك في القانون العراقي وحده ينفرد ويتمتع بمزايا وخصائص ملكه ويمنع غيره من التدخل والمشاركة (٤) ويترتب أيضاً على الخصيصة المانعة للملكية الخاصة أن المالك هو وحده ودون مشاركة غيره يمسك بيده جميع السلطات ودون قيود ، ومن يذهب الى خلاف ذلك يقع عليه عبء الإثبات ؛ لأنه يدعي خلاف الأصل ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإنه لا يمكن تصور وجود أكثر من شخص يملكون شيئاً واحداً ملكية كاملة وفي الوقت ذاته ، أما الملكية الشائعة فلا يقصد منها تعدد الملاك لذات الشيء المملوك ، بل أن كل واحد منهم يملك حصة منه على سبيل الشيوخ .

(١) د . حسن نون، الحقوق العينية الأصلية، شركة الرابطة الطبعة والنشر المحدودة، بغداد، تاريخ الانشاء ٢٠٢٠، ص ١٩.

(٢) د. جورج شراوي، حق الملكية العقارية، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠٠٦، ص ٧٦.

(٣) د. محمد حسن قاسم، وجيز الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٦، ص ٢١ المدني ، حق الملكية، مصدر سابق، ص ٥٣٠-٥٣٢ .

(٤) (٤) إذ نص القانون المدني العراقي في المادة ١٠٤٨ على انه (الملك التام من شأن ان يتصرف به المالك ، تصرفاً مطلقاً في ما يملكه عيننا ومنفعة واستغلال).

تبين مما تقدم ان النزعة الفردية التي تضع حرية الفرد ومصالحته في مقدمة القيم التي يهدف القانون الى حمايتها، اخذت بالانكماش تدريجيا، فالفلسفة الحديثة للفقهاء القانون في الملكية الفردية، إذ أن في ضل هذه الفلسفة كثرت القيود التي تحد من حرية المالك لمصلحة الجماعة وللمصلحة الأفراد..

المطلب الثاني

اساس الملكية الفردية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

ان الملكية الفردية اقرتها الشرائع السماوية والقوانين الوضعية، إذ اقرت الشريعة الإسلامية الملكية ونصت على وجوب حمايتها وبينت حدود وأسباب نشوها وكيفية نمائها وبقائها وانتقالها وربطها بالعقيدة الإسلامية، كما ان القوانين الوضعية في مختلف الازمان أكدت على الملكية وقدسيتها وان اختلفت في تعريفها فذكرت في اغلب دساتير الدول وقوانينها كحق مقدس ودعت الى احترامه. وفي هذا المطلب سنبحث اساس الملكية الفردية في الشريعة الإسلامية في الفرع الأول والقانون الوضعي في الفرع الثاني وكما يأتي :

الفرع الأول

اساس الملكية الفردية في الشريعة الإسلامية

الإسلام يقوم في جوهره على أساس أنه نظام سياسي وديني مؤسس على القرآن الكريم مرة ومرة بالسنة النبوية الشريفة وذلك على أسس الشريعة الإسلامية وفي إطار مبادئها التي تستهدف تحقيق العدل والمساواة والتعاون وحماية المجتمع من المفساد مع حماية حق الملكية الخاصة للأفراد.^(١) إن الإسلام خاتمة الشرائع قد تضمن على كافة المبادئ الأساسية اللازمة لتنظيم حياة الناس إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها حيث يقول سبحانه وتعالى " وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تِبْيَانًا لِّكُلِّ شَيْءٍ وَهُدًى وَرَحْمَةً وَبُشْرَىٰ لِلْمُسْلِمِينَ " (٢)

و أقرت الشريعة الإسلامية الملكية الخاصة وزخر القرآن الكريم بالآيات التي تدل على شرعية الملكية الفردية والالتزام بها كقوله تعالى " هو الذي خلق لكم مافي الأرض جميعا"^(٣).

(١) د. محمد براهيم درويش ، ود. براهيم محمد درويش، القانون الدستوري النظرية الدستورية أسس النظام الدستوري المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٣٢١ .

(٢) القرآن الكريم سورة النحل الآية ٨٩ .

(٣) القرآن الكريم : سورة البقرة: أية ٢٩ .

وقوله سبحانه “ وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا ” (١) ، ومن أظهر الآيات دلالة على اقرار الملكية الفردية قوله تعالى “ إِنْ تُؤْمِنُوا وَتَتَّقُوا يُؤْتِكُمْ أُجُورَكُمْ وَلَا يَسْأَلْكُمْ أَمْوَالَكُمْ ” (٢) وتتلخص نظرة الإسلام الى الملكية في مبدئين اساسيين هما :

١- المال مملوك لله والإنسان مستخلف فيه، قال تعالى “ قُلْ لِمَنْ مَّا فِي السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ طُغْلٌ لِلَّهِ ” (٣) ويرى بعض الفقه إن هذه الآيات لا شأن لها بالملكية الفردية فهي تبين أن المال أداة لخدمة المجتمع وإن ما في أيدي الناس هي أموال الله وليست هي بأموال الناس في الحقيقة وإن الناس هم خلفاء التصرف فيه وهم بمنزلة الوكلاء والنواب للإنفاق من حقوق الله. إلا أن هناك آيات توضح إن الإسلام لا يقبل أن تكون المسؤولية عن المال الذي أودعه الله بين أيدي الناس مسؤولية شائعة غير محدودة فقد أضاف المال إلى أصحابه، كما في الآية “ مَا أَغْنَىٰ عَنْهُ مَالُهُ وَمَا كَسَبَ ” (٤). وذلك كي يسأل كل فرد عن حق الجماعة في المال الذي بين يديه ، كما أن إضافة المال إلى أصحابه إقرار من الإسلام لغريزة الاقتناء وفهم راسخ لطبيعة الإنسان التي لا يمكن أن تجرد عن غريزة التملك.

وفي الوقت نفسه دعا الإسلام إلى منع الاستغلال. ، كما يتبين في قوله “ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ ” (٥) إذ أقر الإسلام الملكية الفردية وذلك عن طريق نسبة المال و اضافته إلى صاحبه “ أن كان ذا مال وبنين ” (٦) على العكس ذلك ذهب الإمام مالك وأنضم إليه المتأخرون من فقهاء الحنفية على أن الملك حكم شرعي أو وصف شرعي ، أو قدرة شرعية ، تجعله صالحاً مهيناً حتى يقيد بما تقضي به الأحكام والدلائل الشرعية من القيود ، وتأسيساً على ذلك فإن الجار يمنع من التصرف في ملكه تصرفاً يضر بجاره ضرراً فاحشاً بياناً لحديث الرسول (لا ضرر ولا ضرار) . لذلك فإن حق الملكية في الإسلام حق غير مطلق ، فالإسلام كما يقر الحق في الملكية الفردية فإنه يقرر كذلك إن حياة الإنسان لهذه الملكية إنما هي وظيفة اجتماعية ، إذ إن المال في عمومته هو حق المجتمع الذي يستخلفه فيه ، ويرى الفقه الجعفري أن الخلافة تضفي طابع الوكالة من الله تعالى الذي يملك الكون وجميع ما يضم من ثروات وهذا التصور الإسلامي الخاص لجوهر الملكية من تركيز في ذهن المالك المسلم أصبح قوة موجهة في مجال السلوك وقيد صارم يفرض على المالك أن يلتزم به ضمن الحدود المرسومة له من قبل الله عز وجل كما يلتزم الوكيل والخليفة دائماً بإرادة الموكل

(١) القرآن الكريم :سورة النساء :الآية ٥ .

(٢) القرآن الكريم :سورة محمد: آية :٣٦ .

(٣) القرآن الكريم: سورة الانعام: آية ١٢ .

(٤) القرآن الكريم: سورة الصمد: آية ٢ .

(٥) القرآن الكريم :سورة النساء :آية ٢٩ .

(٦) القرآن الكريم :سورة الفتح :آية ١٤ .

والمستخلف. إن مفهوم الخلافة هو أن المال مال الله وهو المالك الحقيقي والناس خلفاؤه في الأرض وأمناءه عليها وعلى ما فيها من أموال وثروات^(١)، إذ قال تعالى " هو الذي جعلكم خلائف في الأرض فمن كفر فعليه كفره ولا يزيد الكافرين كفرهم عند ربهم إلا مقتا"^(٢)

والخلافة في الأصل في الجماعة كلها لان هذه الخلافة عبرت عن نفسها عمليا في إعداد الله تعالى لثروات الكون ووضعها في خدمة الإنسان ، والإنسان هنا بالمعنى العام الذي يشمل الأفراد جميعا. أما حق الملكية الفردية في أسلوب يتيح للجماعة بأداء رسالتها في عمار الكون وأستثماره فملكية الفردية التي منحت للبعض دون البعض فاختلقت بذلك درجاتهم في ضرب من الأختيار لمواهب الجماعة ومدى قدرتها على حمل الأعباء ، وقوة دافعة لها على إنجاز مهام الخلافة وهكذا تصبح الملكية الفردية في هذا المجال أسلوبا من أساليب قيام الجماعة بمهمتها في الخلافة . من هذا الإستخلاف تبرز عن الوظيفة الإجتماعية للملكية فالمالك هو عامل وخازن و عليه أن يعمل في هذا المال بما يستطيعه في نطاق إدارته ومواهبه وقوته بحكم ذلك ثمرة عمله بقدر حاجته وأما ما فضل بعد ذلك فهو من حق صاحب المال (الله) ويرتبط الإستخلاف وجودا وعرفا بالإنسان فهو مستخلف فيه ،وفي مقابلها الملكية الحقيقية أو التكوينية لله (سبحانه وتعالى) . ويؤيد ذلك قوله تعالى " إِذْ جَعَلْنَا خُلَفَاءَ مِنْ بَعْدِ قَوْمِ نُوحٍ،"^(٣) "وَهُوَ الَّذِي جَعَلَكُمْ خَلَائِفَ الْأَرْضِ"، "يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ"^(٤)، الله الَّذِي خَلَقَ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَأَنْزَلَ مِنَ السَّمَاءِ مَاءً فَأَخْرَجَ بِهِ مِنَ الثَّمَرَاتِ رِزْقًا لَكُمْ"^(٥) . وعلى صعيد الملكية الفردية، فإن الإسلام يقرر أن الملك لله سبحانه وتعالى وان دور الإنسان هو الخليفة المستأمن من قبل الله سبحانه وتعالى على مصادر الثروة ليدبر أمرها ويديرها وفق المصلحة العامة وفي قوله تعالى: " وَأَنْفِقُوا مِمَّا جَعَلْنَاكُمْ مُسْتَخْلِفِينَ فِيهِ"^(٦) و قوله تعالى : " وَأَتَوْهُم مِّنْ مَّالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ"^(٧) . مما تقدم يتضح بعد الإسلام عن النزعة الفردية بمعنى أن الإسلام ليس ذا نزعة فردية فحسب أي إنه لا يجعل فحسب صالح الفرد وحده ، أو حريته هلي هدفه وغايته ، وإنما يهدف الإسلام إلى تحقيق صالح الفرد و صالح الجماعة معا وهي نزعة وردت في تشريعات العبادات والمعاملات معا.

(١) أية الله السيد محمد باقر الفصدر ، اقتصادنا مركز الابحاث والدراسات المتخصص للسيد الصدر ، قم ، ايران ، ١٩٨٢، ص٦٢٨_٦٣٠ .

(٢) القرآن الكريم: سورة فاطر: أية ٣٩ .

(٣) القرآن الكريم: سورة الاعراف: اية ٦٩.

(٤) القرآن الكريم: سورة الأنعام: اية ١٦٥.

(٥) القرآن الكريم: سورة ص: اية ٢٦.

(٦) القرآن الكريم: سورة ابراهيم: اية ٣٢.

(٧) القرآن الكريم: سورة الحديد: اية ٧.

(٨) القرآن الكريم: سورة النور: اية ٣٣.

الفرع الثاني

اساس الملكية الفردية في القانون الوضعي

اختلف الفقهاء في اساس الملكية الفردية فبعضهم ذهب إلى أن الملكية الفردية اقدم من القانون الوضعي كون ان الأفراد هم من وضعوا القوانين وهذا دليل على ان الانسان اقدم من القوانين وذهب بعض من الفقهاء باتجاه اخر ومن هؤلاء الفقهاء منتيسكيو، وجان جاك روسو، وبنتم الى القول بان حق الملكية هي من صنع القانون الوضعي، وبذلك هي من صنع الدولة وفلسفتها وهي التي اوجدتها بواسطة هذا القانون، وهذه النظرية تحاول اخضاع الملكية الفردية للسلطة ويعتقدون ان الملكية الفردية عرفت عندما عاش الإنسان في مجتمع منظم وبهذا فإن القانون هو الذي أنشأ الملكية ووفر لها الحصانة، وعلى أساس ذلك فإن الملكية والقانون لا ينفكان عن بعضهما البعض وعلى هذا الأساس فإن الدول وعلى مر العصور القديمة والحديثة تناولت حق الملكية في دساتيرها وفي قوانينها العادية وحسب فلسفة كل دولة فمنها من اعتبر الملكية الفردية حق مطلق ومنها من اعتبرها وظيفة اجتماعية، وسنبحث الملكية الفردية في الدساتير والقوانين العادية في الدول المقارنة والعراق وكما يأتي:

أولاً : اساس الملكية الفردية في الدساتير:

الاتجاهات الحديثة لحق الملكية الفردية في معظم الدساتير وتقديرها ان لا قيام لأي مجتمع بدون الفرد ولا حياة للفرد بدون المجتمع فكل منهما يعتمد في وجوده واستمراره على الآخر وكل منهما يكمل الآخر وهذا هو جوهر الإتجاه الاجتماعي وهو ما تاخذ به دساتير الكثير من الدول على اختلاف أيديولوجياتها (١)

وعملت الديمقراطيات الرأسمالية على التوفيق بين أفكار القرن التاسع عشر وأفكار القرن العشرين واخذت بالحلول الوسطي ، الإبقاء على حق الملكية الفردية مع تقييد سلطة الدولة والعمل في الوقت ذاته على الأخذ ببعض الإصلاحات التي توحى بها الأفكار الحديثة وان نسبة ما يؤخذ من كل منهما يختلف باختلاف الدول فزادت معظم الدساتير من القيود التي تحيط بالملكية العقارية وأخذت بالاستيلاء على هذه الملكية في سبيل المصلحة العامة ، تارة باسم الإصلاح الزراعي وتحديد الملكية الزراعية، وتارة تحت راية التأميم والذي اتسع نطاقه في منتصف القرن العشرين .

(١) د. جورج شفيق ساري، الأسس والمبادئ العامة لتنظيم السياسة أركان التنظيم السياسي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٤٤٩ .

تعد الدساتير الفرنسية أول الدساتير الغربية التي نصت على حق الملكية الفردية ، ابتداءً بالدستور الذي أعاد للملكية الفردية كيانها واستقلالها المطلق . وعدها حقاً مقدساً . وذلك في نص احد المواد من هذا الدستور حيث جاء فيها أن : “ الملكية حق مقدس لا يمس”^(١) وقد جاء دستور ١٧٩٣ ودستور ١٨٧٥ بالمفهوم نفسه للملكية الخاصة . كذلك تبني الدستور الفرنسي الصادر عام ١٩٤٦ المذهب الاجتماعي^(٢) وأنتقل بحق الملكية الفردية من حق فردي مطلق إلى حق ذي وظيفة اجتماعية ينطوي على قيود اشارت إليه مقدمة الدستور بنصها على أن “ كل مال أو مشروع ينطوي أو يكتسب مميزات مرفق عام وطني أو إحتكار واقعي يجب أن يصبح ملكاً للشعب “^(٣) ذات السياسة الذي استوحى منه سياسة التأميم ، وهذا الإنتقال مرتبط بالتحول من المجتمع الليبرالي إلى مجتمع جديد قائم على تدخل الدولة في الحياة الاقتصادية إذ تصبح جميع المؤسسات ذات طابع الخدمة العامة أو الإحتكار بحكم الواقع أو التي يمكن أن تكتسب ذلك الطابع ملكاً للجميع ، وقد تبني دستور الجمهورية الخامسة لعام ١٩٥٨ ذات التوجه وعلى هذا الأساس أصبح حق الملكية حق جوهرى ذو قيمة دستورية ..

اما الدساتير العربية فكان البند الخاص بالملكية الفردية بنداً ثابتاً من مواد وبنود دساتير معظم الدول العربية وكانت هذه الدساتير تقدر وتدعو الى حماية الملكية الفردية والدفاع عنها ومن هذه الدساتير، الدساتير المصرية المتعاقبة فقد حرصت جميعها على النص على مبدأ صون الملكية وحرمتها ، على أساس أنها ثمرة النشاط الفردي ، وحافزة على الانطلاق والتقدم ، فضلاً من أنها مصدر من مصادر الثروة القومية التي يجب تنميتها والحفاظ عليها لتؤدي وظيفتها الاجتماعية في خدمة الاقتصاد القومي . ومن أجل ذلك حظرت تلك الدساتير نزع الملكية الفردية جبراً عن صاحبها إلا للمنفعة العامة وبمقابل تعويض عادل وفقاً للقانون^(٤) .

(١) انظر : المادة (٨٧) من الدستور الفرنسي لسنة ١٧٩١ .

(٢) د . احمد الخطيب و د . عبد المنعم محفوظ ، مبادئ النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الفرقان للنشر والتوزيع، ١٩٩٧، ص ١٤٦ .

(٣) يرى الفقه العراقي في هذا النوع من النصوص توجه الى الحكام بخصوص الممارسة المستقبلية للسلطة ولذا فهي ليست قوانين دستورية بالمعنى الدقيق بل قواعد توجيهية لأنها موجهة الى الحكام في ممارستها للسلطة ، ينظر د . منذر الشاوي ، القانون الدستوري ، نظرية الدستور ، ص ١٤٥ - ١٤٦ .

(٤) د . اكرام فالح الصواف ، الحماية الدستورية والقانونية لحق الملكية الخاصة ، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير ، كلية القانون - جامعة الموصل ، ٢٠٠٣ ، ص ٦٥ .

كما نص الدستور المصري لسنة (١٩٧١) صراحة على حظر التأميم إلا لاعتبارات الصالح العام ، وبقانون و مقابل تعويض عادل ، وكذلك منعت المصادرة العامة للأموال منعا باتا . و لم تجز المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي^(١) ، وفقا للمادة (٣٦) من الدستور والتي جاء فيها: “ المصادرة العامة للأموال محضورة ولا تجوز المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي “ . فالدستور المصري قد أقر الملكية الفردية ، وتناولها بالتنظيم على أساس اشتراكي في العديد من مواده . وعلى ذلك نصت المادة (٣٢) على أن : “ الملكية الخاصة تتمثل في رأس المال غير المستغل وينظم القانون أداء وظيفتها الاجتماعية في خدمة الاقتصاد القومي وفي إطار التنمية دون انحراف واستغلال ولا يجوز أن تتعارض في طرق استخدامها مع الخير العام للشعب “ . ونص دستور دولة الإمارات العربية المتحدة على صون وحماية الملكية الخاصة “الملكية الخاصة مصونه، ويبين القانون القيود التي ترد عليها. ولا يزع من احد ملكة الا في الأحوال التي تستلزمها المنفعة العامة وفقا لاحكام القانون وفي مقابل تعويض عادل”^(٢) أما الدساتير العراقية وعلى مر الانظمة فقد نصت على الملكية الفردية ودعت الى صيانتها وعدم نزعها الا بالقانون وللمصلحة العامة وبتعويض عادل وبعض الدساتير اعتبرتها وظيفة اجتماعية، فالقانون الاساس العراقي لسنة ١٩٢٥ قال في المادة ١٠ من القانون منه على أن (“حقوق الملكية مصونه فلا ينتزع ملك احد او ماله الا لأجل نفع عام في الأحوال والطريقة التي يعينها القانون ويشترط التعويض عنه تعويضا عادلا”^(٣) وصيغة هذه المادة تؤكد توجّه السلطة في تلك الفترة الذي اسبغ على الحق صفة الصيانة المطلقة. لان الملكية الاقطاعية الكبيرة في العراق انذاك كانت هي السائدة وكان دور المحتل الإنكليزي واضحا ساعد على تأكيد هذا المفهوم لانه مدعوما من الاقطاعات لاتفاقه مع مصالحه^(٤). أما دستور تموز لسنة ١٩٥٨ قد ورد في طياته مادتان تتعلقان بالملكية وقد حاول المشرع ان يكون مختلفا عما كان عليه في القانون الاساس لاختلاف الرؤى في فلسفة الحكمين القائمين في العراق انذاك، وايضا أراد المشرع ان يكون حق الملكية مواكبا للتطور الذي حصل اقتصاديا واجتماعيا التي حدثت في العراق، اذ نصت احدى مواده على ان “الملكية الخاصة مصونه ينظم القانون أداء وظيفتها الاجتماعية ولا تنتزع الا للمنفعة العامة مقابل تعويض عادل وفقا للقانون” وايضا نص على “الملكية الزراعية تحدد وتنظم

(١) ابو اليزيد علي المتيت ، النظم السياسية والحريات العامة . موسسة الجامعة للنشر، الطبعة الثالثة ، ٢٠٠١ . ص ٨٩.

(٢) انظر: المادة (٢١) من دستور دولة الإمارات العربية المتحدة لسنة ١٩٧١.

(٣) في تعديل المادة ١٠ ، عام ١٩٤٣ اضافة كلمة مال الى مالك وتبرير هذه الاضافة هو ان كلمة مال اوسع من كلمة

ملك ، انظر القانون الاساسي العراقي مع التعديلات ، ديوان وتدوين القانوني ، مطبعة حكومية ، بغداد ، ص ٣.

(٤) د . عبد الوهاب مطر الداھري اقتصاديات الاصلاح الزراعي ، الطبعة الاولى ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٩٧ .

بقانون. تبقى حقوق الملكية الزراعية مصونه الى حين استصدار التشريعات واتخاذ التدبير الضرورية لتنفيذها” (١)

اما الدساتير التي اعقبت هذا الدستور جاءت متفقة مع دستور عام ١٩٥٨. اما دستور عام ١٩٧٠ المؤقت في ١٦ تموز الذي اعتمد مفهوم (الملكية وظيفة اجتماعية) وقد نزع هذا المفهوم صفة الحق عن الملكية وجعلها مجرد التزام على مالك الثروة بمراعات مصلحة المجتمع مع مصالحه وهذا ما نصت عليه الفقرة آ من المادة ١٦ “الملكية وظيفة اجتماعية تمارس في حدود أهداف المجتمع ومناهج الدولة وفقا لاحكام القانون” وقد اخضع هذا الدستور حق الملكية لمقتضيات التخطيط الاقتصادي العام. ورفع عنها صفة الاطلاق. اذ نص على ان: “الملكية الخاصة والحرية الاقتصادية الفردية مكفولتان في حدود القانون على اساس عدم استثناها فيما يتعارض او يضر بالتخطيط الاقتصادي العام”. (٢) وبعد فترة الانظمة الشمولية ودساتيرها المتعاقبة وسقوط النظام الدكتاتوري تغيرت فلسفة المشرع عند سنه دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ اذ كرس مبدأ صيانة الملكية الفردية وحمايتها وما جاء في دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ من نصوص خير دليل على تغير النهج في فلسفة الدولة والسلطة في نظرتها لحق الملكية الفردية إذ نصت المادة ٢٣ “اولا على أن (الملكية الخاصة مصونه، ويحق للمالك الانتفاع بها واسغلالها والتصرف بها، في وحدود القانون”. وجاءت الفقرة ثانيا من نفس المادة اي المادة ٢٣ ثانيا: “لايجوز نزع الملكية إلا لاغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل، وينظم ذلك بقانون” (٣) وفي الفقرة الثالثة من نفس المادة إذ أكدت على الحرية في التملك في اي بقعة من العراق بقولها: المادة ٢٤: ثالثا: “للعراقي الحق في التملك في مكان العراق، ولايجوز لغيره تملك غير المنقول.،. اما استثنائي بقانون” وهذا تأكيد بان الدستور حمى وصان الملكية الفردية واجاز للمالك جميع التصرفات القانونية في ملكه كما قيد نزع الملكية الا لسبب واحد وهو المصلحة العامة ويحدد القانون ذلك، كما ان الدستور منح العراقيين التملك في كل العراق دون أي قيد عدى التغيير الديموغرافي كما قيد ملكية الأجانب الا باستثناءات يحددها القانون. (٤)

يتبين لنا مما سبق ان اغلب الدساتير القديمة والحديثة قد نصت عليها، اي الملكية الفردية، واغلب هذه الدساتير قد جاءت بشكل متشابه من حيث المضمون، وكانت متوافقة مع صيغة تعريف الإعلانات والاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان.

(١) انظر: المادتين (١٣،١٤) من دستور جمهورية العراق لسنة ١٩٥٨.

(٢) انظر: المادة (١٦) الفقرة (ب) من دستور العراق لسنة ١٩٧٠.

(٣) انظر: المادة (٢٣) ثانيا من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

(٤) د . علي يوسف الشكري ، حقوق الانسان بين النص والتطبيق . دراسة مقارنة في الشريعة الاسلامية والمواثيق الدولية ، العراق، ٢٠١٠ ، ص ١٦١ .

ثانياً / اساس الملكية الفردية في التشريع العادي:

لا ينبغي النظر إلى نصوص القانون المدني التي تنظم حق الملكية وتبين أحكامه على إنها مجرد تنظيم تشريعي يجوز تعديله أو إلغائه ، إذ أن لهذه النصوص قوة دستورية . فهي أمتداد لنصوص الدستور وتطبيق لها، على الرغم من أن القوانين المدنية أسبق من الدساتير في تنظيمها لهذا الحق و لذلك يذهب راي في الفقه إلى أن التنظيم الذي يرد في القانون المدني لحق الملكية يكون له طابع دستوري طالما يتوافق مع نصوص الدستور الأمر يتعلق حينئذ بسيادة دستورية مدنية ، وان الارتباط القائم بين تنظيم القانون المدني والتنظيم الدستوري يبرر القول بوجود قانون مدني ذي قيمة دستورية وان وردت في القانون المدني إلا إنها تعد أمتدادا للنصوص الدستورية. ومن القوانين المدنية التي تناولت حق الملكية الخاصة حيث نص على ان "الملكية هي حق المالك في الانتفاع بما يملكه والتصرف فيه بصورة مطلقة، بشرط الايستعمله استعمالا مخالفا للقانون"^(١) ويلاحظ هذا القيد الذي أورده المادة ٥٤٤ ليس إلقيدا ظاهرا . وان الصفة المطلقة لحق الملكية ظلت مسلما بها خوفا من عودة السلطة الإقطاعية بما تضمنه من توزيع وتجزأة لسلطات وعناصر حق الملكية، بدلا من تعريف حق الملكية بتعيين طبيعته ، أكتفي ببيان أهم عناصره وبينما نص على الصفة المطلقة للحق أهمل النص على أن هذا الحق مقصورا على المالك دون سواه وانه حق دائم لا يتأثر بمرور الزمن .

والحق أن المشرع الفرنسي استطاع أن يحدث تغييرا في مفهوم حق الملكية تاترا يبادئ الثورة و بما نص عليه في المادة ٥٤٥ من جواز تحديد الملكية وتقييدها ونزعها للنفع العام في الحالات التي يثبت فيها توافر المصلحة العامة فأعلان حقوق الانسان والمواطن وضع حق الملكية في موقعين متناقضين تماما و اذ نص ان حق الملكية هو حق من الحقوق الطبيعية للإنسان وبذلك فإن الإعلان رسخ حق الملكية كحق طبيعي او مقدس و غير قابل للتقادم ، ثم نص على إنه بالرغم من قدسية الملكية^(٢) إلا إنه يمكن المساس بها بصورة ضمنية عندما تقتضي الضرورة لتحقيق المصلحة العامة.^(٣)

(١) انظر: المادة (٥٤٤) من القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤.

(٢) انظر: المادة الثانية والسابعة عشر من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي لسنة ١٧٨٩.

(٣) د. امين عاطف صيليا ، دور القضاء الدستوري في ارساء دولة القانون ، دراسة مقارنة ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، ٢٠٠٢ ، ص ٣٦٠.

اما المشرع المصري نصت المادة ٨٠٢ من القانون المدني المصري على ان " المالك الشيء وحده ، في حدود القانون حق إستعماله واستغلاله والتصرف فيه " ويمكن أن يستخلص من هذا النص إن حق ملكية الفرد ، هو حق الاستئثار باستعماله واستغلاله والتصرف فيه على وجه دائم ، وكل ذلك في حدود القانون. وكان حق الملكية في المجموعة المدنية المصرية الملغاة على غرار حق الملكية في التقنين المدني حقاً مطلقاً^(١) فقد نصت المادة ١١/٢٧ منه على ان " الملكية هي الحق للمالك في الإنتفاع بما يملكه والتصرف فيه بطريقة مطلقة ... " وبذلك فان التقنين المدني النافذ لم يجار التقنين المدني السابق في جعل حق الملكية حقاً مطلقاً فتجنب في النص على أن يصفه بالإطلاق بل زاد على ذلك بأن صرح بأنه يجب على المالك أن يلتزم حدود القانون ، كما إن المشروع التمهيدي لنص المادة ٨٠٢ كان ينص صراحة على أن لحق الملكية وظيفة إجتماعية^(٢)

. فقد أوضحت المذكرة الإيضاحية للمشروع وجهة النظر التي اخذ بها القانون النافذ ، فلم يخلع على حق الملكية الصفة المطلقة التي نص عليها التقنين الملغي ، بل غيرها إلى فكرة اخرى وهي الفكرة المتقلبة في التقنيات الجديدة ، وهي التي تمثل النزعة الحديثة في تطور حق الملكية فليس هذا الحق مطلقاً لاحد، بل وظيفة اجتماعية يطلب من المالك القيام بها، ويحميه القانون مادام يفعل ذلك، أما إذا خرج عن هذه الحدود فلا يعتبره القانون مستحقاً الحماية.

أما قانون المعاملات المدنية الإماراتي فقد نصت المادة ١١٣٢ من قانون المعاملات المدنية على ما يلي:

١ - حق الملكية هو سلطة المالك في ان يتصرف في ملكه تصرفاً مطلقاً عيناً ومنفعتاً واستغلالاً^(٣) ولمالك الشيء وحده أن ينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتاجها ، ويتصرف. في عينها بجميع التصرفات الجائزة شرعاً. يتضح لنا من النص السابق أن حق الملكية الأصل فيه انه حق مطلق من الناحية الفنية بمعنى أنه يمكن لصاحبه دون غيره من مباشرة سلطانه على الشيء محل حق الملكية التامة خلافاً للحقوق العينية الأصلية الأخرى التي لا تخول صاحبها سوى بعض هذه السلطات^(٤).

(١) د. نبيل ابراهيم سعد ، الحقوق العينية الاصلية ، حق الملكية ، ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٠ ، ص ٢٣ .

(٢) جاء المشروع التمهيدي لنص المادة (٨٠٢) مدني (المالك الشيء مادام ملتزماً حدود القانون، ان يستعمله، وأن ينتفع به، وأن يتصرف فيه، دون تدخل من جانب الغير، بشرط أن يكون ذلك متفقاً مع مالحق بالملكية من وظيفة اجتماعية.

(٣) المذكرة الإيضاحية لقانون الإجراءات المدنية الإماراتي ص ٨٢٢ التي تنص على (وقد روعي في النص ان يكون شاملاً لمدى الحق وعناصره بحيث يستوعب الحقوق والواجبات.

(٤) د. مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٠، ص ٣٠.

وعلى أساس ذلك لآمانع من أن يرد على حق الملكية وفقاً لقانون المعاملات المدنية قيوداً مراعاة للمصلحة العامة أو مراعاة لمصلحة خاصة في أولى بالرعاية من حق المالك^(١) ويتضح لنا من نص الفقرة الأولى من المادة ١١٣٣ من قانون المعاملات المدنية أن حق الملكية هو أهم الحقوق العينية كما أنه أوسعها نطاقاً لأنه يخول صاحبه سلطة كاملة على الشيء. اقتبس مشروع القانون المدني العراقي أحكامه من كل من الفقه الإسلامي والقوانين الغربية الحديثة وحاول الموازنة بينهما، إلا أن محاولة المشرع العراقي لم يكتب لها النجاح في الكثير من الموارد يسبب إيراد نصوص متعارضة في المسألة الواحدة والسبب يعود إلى اختلاف طبيعة المصدرين وصياغتهما الفنية، حيث عرف المشرع حق الملكية بالمادة ١٠٤٨ من القانون المدني العراقي بأنه "الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفاً مطلقاً فيما يملكه عينة ومنفعة واستغلالاً فينتفع بالعين المملوكة ويغلتها وثمارها وتتاجها ويتصرف في عينيها بجميع التصرفات الجائزة"^(٢) وهذا التعريف مستمد من الشريعة الإسلامية فلقد ورد تعريف مطابق له في المادة ١١ من مرشد الحيران متأثراً بالفقه الحنفي ذي الطابع الفردي وتجاهل في تعريفه ما ينبغي أن تمارسه الملكية من وظيفة اجتماعية، كما أن المشرع قد خلع على الملكية الصفة المطلقة، والمجلة لم تعرف الملكية بل عرفت محل الملكية حين نصت على أن "الملك ما يملكه الإنسان من أعيان ومنافع، وكان قادراً على التصرف به على ووجهه (الاختصاص والاستبداد)" وبذلك فإن نص القانون المدني العراقي، فصل محل الملكية فهو إما أن يكون عين أو منفعة أو إستغلالاً، وأوضح معنى الأنتفاع بأنه استعمال المالك ما يملكه بصورة ذاتية، ومعنى الإستغلال، أنه الانتفاع بالغلة، أما التصرف فينصب على العين نفسها بجميع التصرفات الجائزة قانوناً، ويلاحظ أن النص اقتصر على بيان عناصر الملكية دون بيان طبيعتها وماهيتها. أن النص على الوظيفة الاجتماعية الذي خلا منها القانون المدني العراقي^(٣) يفرض من التكاليف والواجبات على سلطات المالك ما يوجه أرائته الوجهة الاجتماعية، والنص عليها ليس من قبيل الإيضاحات الفكرية والاتجاهات الفلسفية بقدر ما هو أمر يمس جوهر حق الملكية.

(١) انظر: المادة (١١٣٣) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥.

(٢) ورد في مشروع القانون المدني العراقي (مالك الشيء الحق في الاستعمال والانتفاع به استغلالاً في حدود القانون بشرط أن يكون متقفاً مع ما لحق الملكية من وظيفة اجتماعية).

(٣) د. هيمن قاسم بايز، حماية الملكية الخاصة في ضوء الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، دراسة مقارنة ط ١، مكتبة زين الحقوقية والادبية، ٢٠١٣، ص ٣٢.

ونص المادة ١٠٤٨ من القانون المدني العراقي كالتصص المصري يعرف حق الملكية بذكر عناصره غير أن النص المصري يختلف عنه في تأكيده على تفسير هذا الحق بأستبعاد صفة الإطلاق ، مع الإشارة إلى ان الملكية حق مقصور على صاحبها لا يزاحمه في الشيء المملوك له مزاحم و حين نصت على ان المالك الشيء وحده (٠٠٠٠) فضلا عن تقديمها لعبارة (... في حدود القانون) فجعلت المسالك خاضعة للقيود القانونية في استعمال المالك للشيء وفي استغاله والتصرف به في حين ان النص العراقي يجعل المالك خاضعا للقيود القانونية في حالة التصرف .

في الحقيقة إن المشرع قد تماشى مع النزعة الفردية لحق الملكية والتي جاءت في التشريع كانعكاس الأوضاع الدستورية القائمة عند صدور القانون ، إلا أن هذا النص تخلف عن مسابرة الأوضاع الإجتماعية والاقتصادية التي استجدت في المجتمع العراقي، في الدساتير التي اعقت القانون الاساس لعام ١٩٢٥ التي أكدت على الوظيفة الإجتماعية للملكية الخاصة .. ثم عاد في دستور ٢٠٠٥ إلى النزعة الفردية مع مراعاة تطبيق القانون وعدم نزعها الا للمصلحة العامة وبتعويض عادل..

المبحث الثاني

طبيعة الملكية الفردية وانواعها

تباينت اتجاهات فقهاء وكتاب القانون الوضعي حيال الملكية الفردية، فلم يتفقوا على تحديد طبيعة الملكية الفردية، واختلفوا في تعريفها وبيان خصائصها وتحديد نطاقها واسباب كسبها، وقد كشفت الأوضاع الإجتماعية والاقتصادية والسياسية التي برزت في المجتمعات، والفلسفات المختلفة في توجهاتها، فلذلك توزعت على عدة اتجاهات متباينة من دور الدولة في الحياة العامة وتنظيم شؤون الأفراد ، فمن ناحية هناك المذهب الفردي وهو أسبق هذه المذاهب جميعا التي تطرقت للفكرة المتقدمة ، ومن ناحية ثانية ظهر المذهب الجماعي في مرحلة لاحقة وكان لصياغة رد الفعل على ما اتجه له رواد المذهب الفردي وما صاحب أفكارهم من تطبيقات قادت إلى ظهور أثار سلبية على واقع حياة الإنسان للدور الفعال في تبني المذهب الجماعي لوجهة نظر مغايرة فيما يتعلق بدور الدولة وهي توجهات أدت إلى تسليط الضوء بصورة أكبر على مجموعة من الحقوق الأساسية للإنسان عرفت بالحقوق ذات الطابع الاقتصادي والاجتماعي ، وقد قدر للأفكار والتوجيهات الجماعية أن تنال نصيبها من التطبيق على المستوى السياسي والقانوني كما نالت الأفكار التي طرحها المذهب الفردي نصيبها أيضا، ولم ينتهي الأمر عند هذا الحد حيث ظهر اتجاه آخر يمكن وصفه بأنه ذو نزعة اجتماعية توفيقية طرح أفكار جديدة حول دور الدولة باعتبارها التنظيم القانوني و السياسي الأهم الذي قدر للإنسان ان يعرفه طيلة تاريخ وجوده على سطح الأرض..

واختلف فقهاء الشريعة والقانون في طبيعة الملكية الفردية كذلك اختلفوا في أنواعها فمنهم من قسمها على اساس محلها إلى ملكية عقارية وملكبة أدبية وملكبة صناعية وملكبة تجارية وآخرين قسموها حسب صورتها إلى فردية وجماعية شائعة أو على اساس مالها الي خاص وعام كما ان فقهاء الشريعة

لهم تقسيمهم الخاص للملكية، وعليه سندرس هذا المبحث في مطلبين في الأول سنوضح الطبيعة القانونية للملكية الفردية وفي المطلب الثاني انواع الملكية الفردية وكما يأتي :

المطلب الأول

طبيعة الملكية الفردية

إذا كان المذهب الفردي قد وضع الملكية الفردية إلى مقام التقديس وجعل منها حقا مطلقا وأتضح هذه النزعة الفردية في إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة ١٧٨٩ وفي الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة ١٩٤٨ إلا إنه أغفل جانبا مهمة في حياة البشرية وهي غريزة الإجتماع التي دفعت الإنسان إلى العيش في ظل الجماعة والتي تطلبت التنازل عن بعض سلطاته وحقوقه ، بفرض القيود الإدارية والقانونية عليها تحقيقا للتضامن الإجتماعي : وإذا كان الإتجاه الذي ذهب إليه الكثير من الفقهاء والذي جعل من الملكية وظيفة إجتماعية قد مثل أحد ردود الفعل للمذهب الفردي القائم على تقديس الفرد وأحترام سلطان الإرادة ، إلا أن هذا الإتجاه قد أغفل التصوير الصحيح لحاجة الفرد في التملك

لذلك قيل إن كلا من هذين الجانبين قد أصابا جزءا من الحقيقة ، لأن الطبيعة الإنسانية تمثل مجموعة غرائز بشرية ينبغي التوفيق بينهما دون التضحية باحدهما على حساب الأخرى وإن أحاطة الملكية الخاصة بالقيود القانونية والإرادية وتوجيه نشاط المالك الوجهة الإجتماعية التي تعلق مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد الذاتية أفضل من تقديس الملكية أو إلغائها ، وهذا ما يؤيده العلم والحقيقة. وهذه الاتجاهات سالتاولها في فرعين، الأول المذهب الفردي للملكية الفردية والفرع الثاني المذهب الجماعي للملكية الفردية وكما يأتي :

الفرع الأول

المذهب الفردي

ان حق الملكية بحسب هذا المفهوم لاتحده حدود أو قيود كما ذكرنا . و كان للاتجاه القائل أن الملكية حق مطلق للمالك أنصاره من الفلاسفة والفقهاء . إذ يرى هؤلاء أن الملك له جميع السلطات على ما يملك حتى إذا تعسف في استعماله له ، وأدى ذلك إلى الإضرار بمصالح الغير ، ومنهم من يرى أن الملكية الخاصة تضي على المالك سلطة سيادة وتحكم كامل تجيز له إساءة استعمال ما يملك أو تركه يتلاشى أو يتلف إذا رغب في ذلك. (١)

(١) د. جمعة محمود الزريقي، الحقوق العينية الأصلية، ج١، المركز القومي للدراسات والبحوث العلمية، طرابلس،

ويرى بعض فقهاء الفكر الفردي أن الملكية الخاصة حق مطلق ، وان المالك يتمتع بجميع السلطات على ما يملك وان تعسف في استعمال حقه أو أضر بمصالح الآخرين . فرأى (ديمولومب) أن الملكية الخاصة تضيي على المالك سلطة سيادة وتحكم كامل تجيز له اساءة استعمال ملكه او تركه يتلاشى او اتلافه وفق رغبته (١)

و اعتقد بعض الفقهاء في فرنسا أن الملكية واقعة تاريخية ، ينبغي الحفاظ عليها ، وهي اسبق من القوانين التي تنظمها ، وانها اساس اكتمال شخصية الفرد ما دامت تشكل حافظا دائما على العمل ، وبدونها ينهار وجود الإنسان. (٢)

ونادي الفقيه لوران بأن مالك الأرض هو السيد المطلق الذي لا رادع لارادته فله أن يترك زراعتها او يضعف انتاجها ، وان لصاحب المال أن يختار وجوه انفاقه حسب هواه . فله انفاق أمواله في العريضة والمجون وغيرها دون حسيب . وقال بورتاليس احد واضعي التقنين المدني الفرنسي ان (للمواطن الحرية وللسلطان الامبراطورية(٣)

ووفقا لهذا المذهب فإن للفرد حقوقا يكتسبها من الطبيعة بصفته انسان لصيقة به وانها في وجودها لاتستند إلى وجود الدولة والقانون . فالفرد هو الهدف الأسمى من كل تنظيم قانوني ويتمتع بهذه الحقوق قبل وجود الجماعة عليه فإن وظيفة القانون ليست إنشاء حقوق بل حمايتها وتمكين الافراد من التمتع بها(٤)

مما تقدم فقد بينت الملكية الفردية على أنها فكرة متجانسة المضمون مبنية على العلاقة القائمة بين المالك والشئ الذي يملكه ، وتكون دائمة ذات طبيعة واحدة وهي (الحق المطلق المانع المؤبد للتصرف بالشئ محل الملكية) ، وهذا الوصف هو الذي أدى إلى جعل مضمون الملكية الفردية شيئا واضحا ومحددا، ومن ثم فإن مفهوم الملكية هذا والذي يدل على فكرة واحدة غير قابلة للتجزئة بالنسبة لرجل القانون تمثل ما تمثله الذرة الواحدة لعالم الفيزياء من كونها تمثل شيئا لا يقبل الانقسام. (٥)

ويلجأ أيضا هذا المذهب إلى مبررات مختلفة تاريخية واقتصادية وحتى نفسية كما يبررونه بأن العدالة تقتضي بأن يترك الانسان حرا من دون قيد لأن هذا يساعد على النشاط والابتكار والثقة بالنفس ، فالفرد إذن محور النظام ، وحقوق الفرد وحياته هدف الجماعة

(١) د. ثروت أنيس الأسيوطي، مبادئ القانون، ج ٢، الحق، مطبعة القاهرة، ١٩٧٤، ص ١٦.

(٢) د. احمد سلامة، الملكية الفردية في القانون المصري، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٥، ص ٦.

(٣) د. ثروت الأسيوطي، فلسفة القانون في ضوء التاريخ الاقتصادي والاجتماعي، بغداد، ١٩٧٥، ص ١٧.

(٤) كمال سعدي مصطفى، الملكية الفردية، حق الملكية الادبية والفنية، أربيل، العراق، مطبعة كردستان للنشر والطبع ، ط ١، ج ١، ٢٠٠٥، ص ٢٣.

(٥) د. فوزي حسين سلمان الجبوري، حق الملكية ازاء اتجاهات الدولة في التاميم والتخصيص، دراسته مقارنة، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠١٩، ص ٢٥.

وظهرت هذه الأفكار في أوروبا منذ نهاية القرن الثامن عشر بعد نشوب الثورة الفرنسية وتخلصت ملكية الأرض من انقالها الاقطاعية، أصبحت الملكية حقا مقدسا ومصونا، وقرر واضعو اول دستور عصر الثورة الفرنسية^(١) لسنة ١٧٩١ م ان السلطة التشريعية ليس لها أن تضع قوانين مخالفة للحقوق الطبيعية وهذه الحقوق هي الملكية والحرية، ونص التشريع الفرنسي ٥٤٤ "الملكية هي الانتفاع بالاشياء والتصرف فيها بالطريقة التي تضمن حريته لا اكثر اطلاقا، بشرط عدم استعمالها على وجه تحرمه القوانين"^(٢)

والملاحظ مجافاة المادة ٥٤٤ من التشريع الفرنسي للاتجاهات الحديثة التي تعتبر حق الملكية حق نسبي، واعتبار الملكية الخاصة حقا مطلقا يتعارض مع مايرد من قيود عديده على هذا الحق، كما اسباغ صفة الاطلاق تجعل صاحبه معصوما وغير مسؤول عما يترتب من استعماله من ضرر بالغير.. وإن تعريف الملكية في القانون الفرنسي مستمد من القانون الروماني، فملكية للعقارات تميزت في عهد (جستانيين) بالصفة المطلقة حيث نصت المادة ٢٢ من قواعد المدونات الخاصة بالاموال والملكية.^(٣) وقد علق على هذه المادة (٥٤٤) (بورتاليس E.Portalis) واضع الفصل الخاص بالاموال من التقنين المدني الفرنسي فقرر إن الملكية الفردية في التقنين المدني تعتبر دائما مبدأ من المبادئ الحرة ، تدخل في النظم الطبيعية ، بل النظم الإلهية ، وان حقوق الملك على أملاكهم هي حقوق مقدسة يجب أن تحترمها الدولة نفسها .^(٤)

وتتصف الملكية بالحصرية التي تعني بأن المالك وحده يستفيد من مجمل خصائص الملكية وان كل إعتداء من شخص آخر على ملكيته يعطي المالك الحق باللجوء إلى القضاء والاستمرارية تعني إن الملكية تبقى طالما أن المال محل الملكية موجودة حتى وإن تبدل صاحبها ، فوفاة المالك لا تلغي حقه بملكته وإنما ينتقل هذا الحق لورثته من بعده ، كذلك فإن الملكية المادية لا تخضع لمرور الزمن أي إن المالك يبقى متمتعا بكل حقوقه على ملكه حتى وإن توقف عن ممارستها لفترة طويلة وحدها الملكية المؤقتة (الأدبية ، والفنية ، والصناعية تخضع لمرور الزمن لأنها تختفي بعد مرور ٥٠ عام على وفاة صاحبها .^(٥)

(١) د. غازي كرم، النظم السياسية والقانون الدستوري، ط، دار اثناء للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٩، ص٥٧، ٥٦.

(٢) د. أحمد عبد العال، الحماية الدستورية للملكية الفردية في ضوء الفقه الفرنسي والمغربي، ط١، دار الثقافة الجامعية، القاهرة ١٩٩٩، ص٦.

(٣) منذر عبد الحسين الفضل، تاريخ القانون،، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن، ١٩٩٨، ص١٤٩.

(٤) كامران الصالحي، حقوق الإنسان والمجتمع المدني، بين النظرية والتطبيق، ط٢، مؤسسة موكرياني للطباعة والنشر، أربيل، العراق، ٢٠٠٠، ص٤٧.

(٥) خضر خضر، مدخل إلى الحريات العامة وحقوق الإنسان، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠٠٨، ص٤٠٢.

وللمالك في النظم الرأسمالية أن يستعمل ملكيته ، وأن يستغلها ويستثمرها وأن يتصرف فيها كيف يشاء ، ولكن في حدود المصلحة العامة والقوانين السائدة في الدولة ، بشرط أن لا يتعسف في استعمال الحق أو يعتدي على حقوق الأفراد (١)

إن سلطة الإدارة والاستغلال ويقصد بها حق استعمال المال واستغلاله تمهيدا لأستخدام الثمرات بعد ذلك ليشبع حاجة الفرد ، هذه السلطة تمثل العنصر الفردي في الملكية (٢) وفي هذا المعنى تنص المادة (٨٠٢) من القانون المدني المصري على أن (مالك الشيء وحده في حدود القانون ، حق إستعماله واستغلاله والتصرف فيه) . ولو قابلنا هذا النص مع نص المادة (١٠٤٨) مدني عراقي والتي تنص على أن "الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفا مطلقا فيما يملكه عينا ومنفعة واستغلالا" فينتج بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتاجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة لوجدناهما يتفقان من حيث سلطات حق الملكية الثلاث وهي الإستعمال والإستغلال والتصرف وهذا يتفق ما يذهب اليه المذهب الفردي.

اما المشرع الاماراتي في قانون المعاملات المدنية الاماراتي وفي تعريفه للملكية الفردية في المادة ١٣٣ بالنص على ان المالك له الحق المطلق في جميع تصرفاته على الشيء المملوك له، وهذا لا يمنع من وضع بعض القيود القانونية، فالملكية كونها حقاً عينياً تعني الإستتار بالشيء الذي يرد عليه حق الملكية (محل الملكية) .(٣) وإذا حلت الطبيعة الذاتية لحق الملكية الخاصة فان ميزته كحق امتيازي يلاحظ حتى اليوم ، فحق الملكية في أساسه هو حق إمتيازي للمالك على الأشياء وله حق التصرف في جملة حقوق الملكية يثبت ذلك . والصفة الإمتيازية في حق الملكية الخاصة يتجلى من وقت لآخر او على الأقل يعتد بها فالحصرية التي يحاط بها فئة الملاك تعمل على بعث نوع من الامتيازية والإستعلاء لصالح الذين هم في مركز أصحاب الحق في ممارستها . في الحقيقة إن تمتع المالك بمزايا ملكه أو بتلك السلطات (عناصر الملكية) هو أثر من آثار الملكية أو هو نتيجة من نتائجها فالملكية هي علاقة (استتار)(٤) المالك بمحل الملكية وإن إنقضاء هذه العلاقة يتعارض مع جوهر الملكية وقد ساهمت عوامل ونظريات عديدة في ارساء دعائم المذهب الفردي ومن هذه النظريات، نظرية الحقوق الفردية، وأصحاب هذه النظرية يذهبون إلى أن الملكية الخاصة تعد حقا من الحقوق الطبيعية

(١) د. ثروت بدوي، أصول الفكر السياسي والنظريات والمذاهب الكبرى، دار النهضة العربية القاهرة، ٢٠١١، ص ١٨٩.

(٢) عبد الباقي البكري، دزهير شكر، المدخل لدراسة القانون، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، ٢٠١١، ص ٣١.

(٣) د. اسماعيل البدوي، دعائم الحكم في الشريعة الإسلامية والنظم الدستورية الحقوق والحريات العامة، دار النهضة العربية القاهرة ، ١٩٩٤ ، ص ٢٨٩.

(٤) الاستتار : اختصاص شخص بمال معين أو قيمة معينة ولا يعني ذلك إن للشخص الانتفاع بالشيء أو القيمة فقط بل قد تقرر لغيره ، وللمالك الاستتار وان لم تتوافر لديه الإرادة كال مجنون والصغير غير المميز ، والاستتار يرد على المنقولات والعقارات وعلى الحقوق للصيقة بالشخص.

الثابتة للفرد بوصفه انسان، وهي لازمة لبقائه واستمرار حياته كاي حق من الحقوق الطبيعية الأخرى كالعمل والمساواة والحرية، وهو حق يثبت للفرد بولادته كونه انسان بالفطرة ويثبت له ويتطور معه ، ومن العوامل التي ساهمت في ارساء هذا المذهب هو الديانة المسيحية إذ لم تدخر جهدا في سبيل تحرير الفرد من السلطة وتحقيق الخير له من أهدافها والتي تسعى إلى تحقيقها، فالمسيحية حاولت أن تفصل الدين عن الدولة وتحرره من سلطاتها، وكان هذا الفعل الحجر الاساس في ارساء دعائم المذهب الفردي في مختلف الميادين السياسية والاقتصادية إذ أصبح الفرد هو الهدف والغاية في وجود الدولة. (١)

وساهمت نظرية العمل في ترسيخ المذهب الفردي للملكية التي يري أنصارها أن أساس الملكية الفردية هو العمل ، وإن الإنسان الذي يعمل يجب أن يحصد نتاج عمله ، ومن ثم فإن المنطق يقضي بوجود تملكه الشيء الناتج عن جهوده الذاتية فهو الذي أوجد الشيء من خلال عمله أو أحدث عليه تغيير في شكله أو جوهره ، وأن أول من نادي بهذه النظرية الفيلسوف (الوك) إذ يرى أن الفرد يملك الشيء الذي انشاه بعمله بالقوة ويكسب حقه فيه.

وهناك عوامل أخرى ادت الى تمسك الفقهاء بهذا الاتجاه واصبح اساسا قانونيا للتشريع في تلك المرحلة ومن هذه العوامل نظرية العقد الاجتماعي التي ظهرت مع فجر عصر النهضة نتيجة الصراعات التي شهدتها العصور الوسطى ضد سلطة الملوك واستبدالهم ومحاولتهم الحصول على حقوق الأفراد وحرياتهم العامة، وجاءت نظرية العقد الاجتماعي لتعترف بالحقوق الطبيعية للفرد بوصفه إنسانا له حقوقه وحرياته المستمدة من الطبيعة البشرية، والعامل المشترك بين جميع النظريات هو أن الأفراد كانوا يعيشون حياة بدائية وفطرية. (٢)

إلا أن هذه النظريات اختلفت حول ماهية ومضمون هذا العقد الذي أبرمه الأفراد ، وماهي الحقوق والحريات التي يحصل عليها الأفراد عند الدخول في هذا العقد؟ وما مصيرها ؟ لكن على الرغم من ذلك فإنها جميعها كانت تدور حول الاهتمام بالأفراد وحقوقهم وحرياتهم وتقديسها ، وإن هذه الحقوق والحريات سبقت وجود الدولة ذاتها وإن الدول ما وجدت إلا لتحقيق وضمن وحماية حقوق الأفراد وحرياتهم ، فنشاط الدولة يتخذ من تلك الحقوق والحريات غاية وهدف تسعى الدولة إلى تحقيقه. (٣)

وتعرض هذا المذهب إلى عدة انتقادات وأهمها عدم قدرة هذا الاتجاه على حماية الحقوق والحريات الفردية، لأنه يرى أن تدخل الدولة في شؤون الفرد يمثل اعتداء على حياته وحقوقهم الطبيعية، فإن أكثر

(١) د. رمزي طه الشاعر، الايدلوجيات واثرها في الانظمة السياسية المعاصرة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص ١٥.

(٢) د منذر الشاوي، القانون الدستوري القاهرة، مصر، ط٢، ج١، الناشر العاتك لصناعة الكتاب، ٢٠٠٧، ص ٣١٣.

(٣) د. فوزي حسن سلمان الجبوري، حق الملكية إزاء اتجاهات الدولة في التأميم والتخصيصية، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، القاهرة ٢٠١٩، ص ٣٩.

ما يحقق هذا المذهب للفرد المساواة القانونية، التي تصدم مع الحرية الاقتصادية التي سببت التفاوت الطبقي^(١) وأصبحت الحقوق والحريات إلى مجرد شعارات، والانتقاد الآخر المذهب هو أن المبدأ الفردي يتناقض مع الديمقراطية، لما كان مبدأ الاغلبية يمثل مبدأ ديمقراطيا لممارسة الفعلية للأفراد في شؤون حكمهم، فإن معنى ذلك الاصطدام ماتقرره الاغلبية وبين مايسعي له المذهب الفرد، ويتضح مما تقدم ، أن أنصار هذا الاتجاه قد رفضوا قول من يرى أن الملكية وظيفة اجتماعية ، لأن ذلك في نظرهم يعد إلغاء للملكية الخاصة والاعتراف فقط بالملكية الجماعية بحجة أن في ذلك تقييد المطلق . وأن كلا الرأيين يفضيان بالضرورة إلى تحكم الدولة في ملك الأفراد لتقييد حق الملكية..

الفرع الثاني

المذهب الجماعي

أنكر المذهب الفردي القول بأن الملكية وظيفة اجتماعية أو إن لها وظيفة اجتماعية ، لما في هذين الرأيين من تقييد لاطلاق حق الملكية ولما يؤديان إليه من تحكم الدولة في ملك الأفراد ، لأن القول بأن الملكية وظيفة اجتماعية بعني إلغاء الملكية الفردية والأعتراف بالملكية الجماعية دون غيرها ، ولأن القول بأن الملكية وظيفة اجتماعية تقييد لاطلاقها رغم إن الرأيين ينطلقان من ضرورة وجود عناصر اجتماعية للحق في الملكية الخاصة،^(٢)

وللقاء الضوء على مضمون هذا المذهب ومبرراته والاثار التي تترتب على الأخذ به على الدور الاجتماعي للملكية، فإننا سوف نتناول هذا الفرع في فقرتين الأولى :سنعرض فيها نظرية الملكية وظيفة اجتماعية والثانية نظرية الملكية حق له وظيفة اجتماعية :

أولا :الملكية وظيفة اجتماعية :

وفقا لهذه النظرية فإن الملكية ليست حقا مطلقا كما يرى أنصار الاتجاه الفردي بل أنها وظيفة اجتماعية تمارس تحقيقا للمصلحة العامة، فالحائز بحكم حيازته للمال يلتزم بأداء رسالة اجتماعية، توجب عليه استعمال الشيء الذي في حيازته لمصلحة الجماعة والوفاء بحاجتها وكذلك الاسهام في تقدم المجتمع، ويحميه القانون اذا كان يفعل ذلك، ولأصحاب هذه النظرية أنصار ومويدين من الفلاسفة والكتاب في المفهوم الحديث للملكية، وابتداءا ساقوم بتوضيح معنى الوظيفة الاجتماعية

فالوظيفة الاجتماعية، هو أن يكون للملكية دور إيجابي في المجتمع وهذا الدور يحدده المشرع والسلطة المختصة في الدولة ، فالملكية الفردية قد تفرض عليها قيود أو شروط لتحقيق مصلحة عليا يرمي اليها

(١) عماد ملوخية، الحريات العامة، الإسكندرية، مصر، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠١٢ ص ١٧.

(٢) د. مثنى محمد حميد، الجامعة التقنية الوسطى، تعديل فكرة الملكية الخاصة، بحث منشور في مجلة التراث الجامعة،

العدد التاسع عشر، ٢٠١٦، ص ٧٢.

المشروع وهي تحقق الاستقرار في المجتمع . ولهذا الاتجاه مؤيدين حيث أنكروا اعتبار الملكية حقا مطلقا مقدسا . ويرون أن الملكية وظيفة اجتماعية تمارس تحقيقا للمصلحة العامة (١)

فالأصل في الملكية الفردية حسب هذا الاتجاه انها تكون بين الأفراد لان لها دور في بناء المجتمع ، فالحائز يضطلع بحكم حيازته برسالة اجتماعية يلتزم بأدائها ، فإذا أداها حماه القانون وإلا فلا . وفي رأي آخر لمفهوم الوظيفة الاجتماعية بانها توجيه الملكية الفردية لتحقيق مصلحة المجتمع ، فالمالك كائن اجتماعي يعيش في مجتمع معين يسوده مبدأ التضامن والتكافل الاجتماعي ، ويتعين على المالك أن يقوم بدوره إزاء المجتمع ، ويترتب عليه أداء الملكية الفردية وظيفتها الاجتماعية لتحقيق المصلحة العامة للجماعة كلها. كما اعتبر بعض الفقهاء إن الملكية وظيفة إجتماعية تمارس تحقيقا للمصلحة العامة ، لأن المالك يضطلع برسالة إجتماعية يلتزم بأدائها ويدخل تحت حماية القانون ما دام يحسن أداءها قصر أو أهمل ، كان يترك الأرض دون زراعة أو الدار دون إستغلال (٢)

كما يرى بعض الفقهاء وجوب إعلاء الحقوق الاجتماعية للجماعة على حقوق الأفراد وتقديم مصالحها على مصالحهم الفردية ، ويجب اعتبار الجماعة هي غاية السلطة وهدف النظام وأساسه الذي يقوم عليه إهدار الفردية المطلقة " (٣)

كما رد هذا المذهب أيضا على أفكار كل من المذهبين الاشتراكي والفردى موضحة أنها خاطئة ، إذ لا يمكن إطلاق يد الدولة بالسيطرة على عوامل ووسائل الإنتاج ، كما لا يمكن قبول استئثار الأفراد وهيمنتهم على رؤوس الأموال وقبول الحريات الاقتصادية على إطلاقها ، بل يجب أن يكون الاتجاه إلى الوسط ، بإبقاء الملكية الفردية مع عدم اعتبارها حقا مطلقا بل يجب تقييد نشاطاتها بأن تكون ذات وظيفة اجتماعية ولا يكون الدافع الوحيد إليها هو تحقيق الربح ، وهنا يجب على الدولة أن تتدخل لكن إلى الحد الذي لا يجعلها المسيطر الوحيد على وسائل الإنتاج ، إذ يجب عليها أن تتولى القيام بالمشاريع المهمة والتي تتعلق بمصالح المواطنين كاستثمار الموارد الطبيعية والتي لا يمكن تركها لأهواء الأفراد ووضع النظام القانوني الذي يحقق المصلحة العامة . (٤)

وبالتالي فإن الملكية طبقا لهذه النظرية نظاما (٥) وليست حقا فهي في الأساس قدرات أو من يخولها القانون للأفراد في إطار المصالح الاجتماعية وباعتبارها وظيفة إجتماعية ومن هنا كان الإنكار الحق

(١) د. احمد سلامة، الملكية الفردية في القانون المصري، دار النهضة العربية، ط٣، القاهرة، ١٩٩٨، ص٧٩.

(٢) د.منذر الشاوي، مدخل إلى فلسفة القانون، الذاكرة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠١١، ص٨٩.

(٣) د. محمد ابراهيم درويش، د. إبراهيم محمد درويش، القانون الدستوري النظرية العامة لرقابة الدستورية أسس النظام الدستوري المصري، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص٣٧.

(٤) د. اكرام فالح الصواف، الحماية الدستورية والقانونية لحق الملكية الخاصة، دراسة مقارنة، مصدر سابق ، ص١١.

(٥) د. عبد الباقي البكري، د. زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ط٣،

الملكية الفردية كحق طبيعي للأفراد ، وإنما هو في حقيقته يعني السماح للأفراد المشاركة في تكوين الإرادة العامة التي يجب الخضوع لها.^(١) ، لأنها تعد التزاماً يقع على مالك أي ثروة بأن يستخدمها في سبيل المحافظة على التضامن الإجتماعي^(٢)

ولم تعد الملكية حقا يقتصر على إشباع الحاجيات الخاصة للمالك بصورة مطلقة ، بل أصبحت وظيفة إجتماعية ولذلك فان القانون لا يحمي الملكية كحق مطلق للمالك ، وإنما صار يضمن للمالك القدرة على استخدام أمواله في تحقيق الوظيفة الإجتماعية للملكية. وفكرة الملكية وظيفية إجتماعية لا تنفي الدور الذي تلعبه الملكية في إشباع الحاجات الخاصة للمالك، فإن (ديكي) يرفع هذا الدور إلى مرتبة الإلتزام على المالك بإستغلال ملكيته في سبيل إشباع هذه الحاجات إلى جانب الإلتزام الأخر بإستخدام الملكية في إشباع حاجات عامة المجتمع تحقيقاً لوظيفتها الإجتماعية.^(٣)

إلا أن نظرية (ديكي) كسابقاتها لم تتج من النقد ، إذ أنه أنكر الحق وبنى تصورا بأن الاعتراف بالحق هو الاعتراف بوجود امتياز لإرادة صاحبه على إرادة من كان على عاتقه الواجب الذي يقابل ذلك الحق ، وهذا أمر لا يمكن التسليم به كما أن هناك حقوق أخرى قد تكون ثابتة لجميع الأفراد كحرية العمل وحرية التعبير ، فإن أمكن تقبل ما ذهب إليه (ديكي) بأنه امتياز لإرادة على أخرى فإنه لا يمكن أن نتصور هذا الامتياز ثابت لجميع الأفراد في الوقت ذاته^(٤)

وقد تبنت دساتير دول أوربية غربية توجهات هذا المذهب حيث هجرت النزعة الفردية المطلقة وقد تبنت هذه الدساتير الصادرة بعد الحرب العالمية الثانية، وفي مقدمة هذه الدساتير، تبنى الدستور الفرنسي الصادر عام ١٩٤٦ المذهب الجماعي ، وأنتقل بحق الملكية الخاصة من حق فردي مطلق إلى حق أو وظيفة إجتماعية ينطوي على قيود أشارت إليه مقدمة الدستور بنصها على أن " كل مال أو مشروع ينطوي أو يكتسب استغلاله مميزات مرفق عام وطني أو إحتكار واقعي يجب أن يصبح ملكا للشعب"^(٥)

(١) - د. محمد وحيد سوار الدين، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، دار العلوم للتحقيق و الطباعة والنشر، ٢٠٠٦، ص ٥٤.

(٢) د. منذر عبد الحسين الفضل، الوظيفة الإجتماعية للملكية الخاصة، في الشريعة الإسلامية والقانون العراقي، منشورات الجمهورية العراقية، وزارة أ للاعلام، بغداد، ١٩٧٧، ص ١١٠.

(٣) د. ابراهيم عبد العزيز شيجا، النظم السياسية والقانون الدستوري الدول والحكومات، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٢٣٢.

(٤) د. عزيز كاظم جبر، الملكية الخاصة وخصوصية التطبيق الاشتراكي في العراق، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، كلية القانون، ٢٠٠٤، ص ١٠٢.

(٥) يري الفقه العراقي ان هذا النوع من القوانين توجه الي الحكام بخصوص الممارسة المستقبلية للسلطة، ولذا فهي ليست قوانين دستورية.

وكذلك الحال مع الدستور الفرنسي عام ١٩٥٨، فضلا عن الدساتير العربية ومنها دستور مصر لسنة ١٩٧١ الملغي صدر عن الاتجاه الجماعي في صدد تنظيمه للملكية وقسمها إلى ثلاثة أنواع منها الملكية الخاصة التي تمثل في رأس المال غير المستغل الذي ينظم القانون دوره في خدمة الاقتصاد القومي . وينص الدستور في المادة ٣٧ منه على أن " القانون يعين الحد الأقصى للملكية الزراعية بما يضمن حماية الفلاح والعامل الزراعي من الاستغلال " وهذا النص يتماشى مع الاتجاه الجماعي، أما بالنسبة الدستور مصر لسنة ٢٠١٢ المعدل فقد نصت المادة ٣٢ منه على أن "تحمي الدولة الملكية بأنواعها الثلاثة ، الملكية العامة ، والملكية الخاصة والملكية التعاونية " .

أما الدساتير العراقية المتعاقبة بعد دستور ١٩٥٨ وكان آخرها دستور ١٩٧٠ (١) اذ نصت المادة ١٦ منه " الفقرة أ : (الملكية وظيفية اجتماعية تمارس في حدود أهداف المجتمع ومناهج الدولة وفقا لأحكام القانون) ب : (الملكية الخاصة والحرية الاقتصادية الفردية مكفولتان في حدود القانون وعلى أساس عدم استثمارهما فيما يتعارض أو يضر بالتخطيط الإقتصادي العام) " .

أما الدستور الاماراتي لعام ١٩٧١ في المادة ٢١ التي نصت بمعنى ان حق الملكية الفردية مكفول ومصان ولكن ذلك لا يمنع من وضع بعض القيود عليها للمصلحة العامة، وهذا يؤكد ان المشرع على الرغم من منح المالك التصرف بالشيء المملوك بجميع التصرفات القانونية ولكن قيده لما في ذلك من مصلحة للمجتمع وتأکید على الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة.

ثانيا : الملكية حق له وظيفة اجتماعية :

الفرق بين هذا الاتجاه والذي سبقه ، أن الاتجاه السابق يرى أن الملكية الفردية بذاتها وظيفة اجتماعية . أما هذا الاتجاه فيذهب الى أن الملكية الفردية تجمع بين عنصرين ، الأول أنها حق مطلق . والثاني أنها حق مطلق ولكن يجوز استثناءا تقييده . فبعدما أسفرت التجربة العملية من مساوئ مجتمعية نتيجة تبني النظم الاقتصادية لاحد الاتجاهين وحده دون الآخر ، ظهر هذا الاتجاه حيث يرى أن الملكية الفردية حق له وظيفة اجتماعية بهدف الموازنة بين حق المالك وحقوق المجتمع . (٢)

إلى هذا الرأي ذهب عدد كبير من الفقهاء ، إذ يرون أن الملكية ليست حقا مطلقا ولا مجرد وظيفة اجتماعية ، فحق الملكية - في نظرهم - إذا كان حقا ذاتيا فإن استعماله يجب أن يكون اجتماعيا ؛ ذلك أن الإنسان بطبعه كائن اجتماعي لا يمكن أن يعيش بمعزل عن أفراد المجتمع ، وحتى يحيا حياة اجتماعية يجب أن يتنازل عن بعض حقوقه تحقيقا للتعاون والتضامن بين أفراد المجتمع . لذا فيجب الاعتراف للمالك بالحق في استعمال ما يملك بما يشبع حاجاته الخاصة ، وفي ذات الوقت

(١) حيدر أدهم عبد الهادي، دراسات في قانون حقوق الإنسان، عمان، الأردن، ط١، دار الحامد للنشر والتوزيع، ٢٠٠٩، ص٢١٧، ٢١٨.

(٢) د. عمر حمدي باشا، نظام الملكية العقارية، دار هومة، الجزائر، ٢٠٠١، ص٧٩.

لابد أن يفرض على المالك واجب عدم المساس بحقوق الغير وإشباع حاجات الجماعة ، ويبرر البعض من أنصار هذا الاتجاه ما ذهبوا إليه بأن الفرد إذ يكسب الملكية الخاصة فإن ذلك يكون بمساعدة المجتمع الذي يعيش فيه ، ويجب عليه - والحال هكذا - أن يوفي بحقوقه قبله . (١)

يرى الباحث مع عدد كبير من الفقه ، أن هذا الاتجاه هو الأولى بالإتباع ، ذلك أنه يمثل اتجاها وسطا بين الاتجاهين السابقين ، حيث حاول أنصاره أن يبقوا على محاسن هذين الأخيرين وأن يتجنبوا مساوئهما . وذلك بالتوفيق بين حقوق الفرد وحقوق الجماعة وربط استعمال حق الملكية الخاصة بغايتها الاجتماعية وإلا عد الشخص متعسفا في استعمال حقه . فالاتجاه الأول - كما رأينا - قد جعل الملكية الخاصة حقا مطلقا ودفع بها إلى مقام التقديس ، وكانت هذه النظرة واضحة في إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر في فرنسا عام ١٧٩١ وفي إعلان حقوق الإنسان عام ١٩٤٨ م . أما الاتجاه الثاني ، كما رأي كثير من الفقه قد مثل أحد ردود الأفعال للاتجاه الأول ، فجعل الملكية وظيفة اجتماعية يمارسها الحائز تحقيقا للمصلحة العليا للمجتمع ، وأغفل غريزة حب التملك . وانتهينا إلى أن كل من هذين الاتجاهين قد أصاب جزء من الحقيقة . فالطبيعة الإنسانية تمثل مجموعة من الغرائز البشرية التي يجب التوفيق بينها دون التضحية بواحدة في سبيل الأخرى ، وهذا لا يتأتى إلا بالاعتراف للأفراد بالحقوق في التملك . وفي ذات الوقت وضع قيود على ملكيته وتوجه نشاطه في استكمال واستغلال ما يملك وجهة اجتماعية . نقدم فيها مصلحة الجماعة على مصلحته الشخصية عند التعارض ، وهذا الاتجاه في - في رأي أنصاره من الفقه مؤيد بالعلم والحقيقة (٢)

. ذلك أن غريزتي التعايش والتملك عنصران متلازمان لا يمكن فصلهما ، وفي ذلك يقول أحد الفقهاء “ أن هاتين الغريزتين الملازمتين لطبيعة الإنسان تحملان بذرة التناقض بينهما منذ اللحظة التي ينشأ فيها مجتمع إنساني منظم مهما كان حظه من التنظيم “ لذا كان من اللازم حل هذا التناقض - بين الغريزتين - حلا وسطا متوازنا يوفق بينهما ، وكان الاعتراف بالملكية الخاصة الذاتية مع تقييد المالك بوجود أداء هذه الملكية لوظيفتها الاجتماعية. (٣)

ونذهب مع ما يذهب اليه الكثير من الفقهاء وهو الحل الأمثل لتحقيق التوافق بين هذين المتناقضين ، خاصة أن الملكية الفردية هي ثمرة العمل وأقوى حافز عليه ، وهو في ذات الوقت ضمان الاستقلال الشخصي ، وليس للدولة أن تلغي الملكية الفردية وإنما عليها أن تجعلها في متناول كل من يبذل جهده بالعمل.

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، دروس في مصادر الإلتزام، مطبعة النهضة، مصر، ١٩٨٤، ص ٨٧.

(٢) د. مثنى محمد عبد، تعديل فكرة الملكية الخاصة، مصدر سابق، ص ٧٧.

(٣) د. هيمن قاسم بايز، حماية الملكية الخاصة في ضوء الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، وانعكاسها في التشريعات العراقية، مصدر سابق، ص ٧٤.

وخلاصة القول في هذا الصدد ، أن التطور الاجتماعي لحق الملكية أصبح الآن يمثل نزعة اجتماعية حديثة جعلت من الضروري فهم حق الملكية الفردية . في ضوء الحكمة والاعتبارات التي أتاحت الاعتراف بها كأحد الأدوات التي لا يمكن الاستغناء عنها لحين استغلال بعض الثروات في العديد من المجالات . أما عن أساس الدور الاجتماعي للملكية الفردية فيستند إلى اعتبارين : الأول : هو مراعاة مبدأ التضامن الاجتماعي واعتبارات العدالة والمساواة ، وما يفرضه ذلك من ضرورة تعاون جميع أفراد المجتمع واشتراكهم بها .

أما الاعتبار الثاني : أنه يجب أن يراعى أن حق الملكية ليس وليد ما يبذله المالك من عمل بل أنه - أيضا - نتيجة مساهمة المجتمع في إنشاء هذه الملكية والمحافظة عليها وحمايتها ، لذا يجب أن يكون لهذه الملكية دور تجاه هذا المجتمع ، وهو ما يعبر عنه بالدور الاجتماعي لحق الملكية..

المطلب الثاني

انواع الملكية الفردية

يوجد اختلاف في طبيعة حقوق الملكية عامة ، وكذلك أنواع الملكية من مجتمع إلى آخر ، و أنها تختلف داخل نفس المجتمع لأن بعض حقوق الملكية يتم إنهاؤها بالتقادم مع مرور الوقت ، وفي ظل ذلك فإن أغلبية الدراسات تقسم الملكية إلى نوعين أساسيين هما الملكية الخاصة والملكية العامة إلا أن قسما آخر من الدراسات يشير لوجود أربعة أنواع أساسية من الملكية : فبالإضافة إلى الملكية الخاصة والملكية العامة أو كما تعرف باسم الملكية الحكومية يوجد نوعان آخران من الملكية وهما : الملكية المشتركة والملكية المفتوحة.

وسوف اتناول هذه الأنواع بشكل من الأيجاز وصولا إلى الملكية الفردية موضوع البحث، لذا فإن الملكية العامة يقصد بها كل ما تملكه الحكومة ويمكن التمييز بين الملكية العامة والخاصة من خلال أمرين أساسيين هما : أن الملكية الخاصة عادة ما يستخدمها مالكها لغرضه ومصالحته الخاصة ، بينما تستخدم الملكية العامة لمنفعة عامة ، بالإضافة إلى أن الملكية الخاصة تخضع لنظام وقوانين الدولة ، في حين أن الملكية العامة ملك للدولة ولا تخضع لنفس الإجراءات الذي تنظم الملكية الخاصة.

أما الملكية المشتركة ، يستخدم هذا المصطلح للتعبير عن الممتلكات المملوكة من قبل مشتركين أو الممتلكات المستخدمة بشكل مشترك من قبل مجموعة محددة ، ويمكن أن تكون علاقة الملكية هذه منظمة أو موثقة فيها بينهم بشكل رسمي من خلال قواعد قانونية محددة أو بشكل غير رسمي من خلال العادات والتقاليد وما هو متعارف عليه اما الملكية المفتوحة هي تتمثل الفكرة في هذا النوع من الملكية بأنه لا يوجد شخص أو مجموعة من الأشخاص لهم الصلاحية والسلطة القانونية لتقييد الوصول إلى الشيء المملوك ، سواء كان عقارة أو غيره : لذلك وفي كثير من الأحيان يكون هذا النوع

من الملكية على أساس أسبقية الحضور ؛ مما يخلق عواقب وتبعات لها ، والتي أطلق عليها بعض الباحثين اسم المشاع ، لذلك بالحقيقة يمكن وصف هذا النوع من الملكية بأنه مرادف لفكرة المشاع. اما الملكية الخاصة، يقصد بها الممتلكات المملوكة لأطراف غير حكومية ، وبمعنى آخر فهي تعود لأي من الأشخاص ، أو الشركات ، أو أي شيء آخر على أن يكون غير حكومي ، وقد تكون هذه الملكية الخاصة ، عقارات أو مباني أو أي شيء آخر، كما تشمل حقوق الملكية الفكرية، وتصنف الملكية الخاصة إلى نوعين ، الملكية الفردية والملكية الجماعية، ويكون المالك في الملكية الفردية فردا أو شخصا واحد أما الملكية الجماعية، فيكون المالك كيانا يتكون من مجموعة من الأفراد أو الأشخاص ، وقد يكون هذا الكيان الجماعي شركة خاصة ، أو شركة شبه عامة . وسابحت نوعين من انواع الملكية لتعلق هذين النوعين بالملكية الفردية موضوع البحث، وهما الملكية العقارية والملكية الفكرية بفرعين وعلى النحو الاتي :

الفرع الأول

الملكية العقارية الخاصة

أدى التطور الحاصل في العالم سواء كان اقتصاديا أو سياسيا أو اجتماعيا إلى حدوث تغيرات عديدة في جميع الجوانب القانونية ذات العلاقة، الأمر الذي استدعى ظهور قوانين جديدة تتناغم وتتسجم مع هذه التغيرات والتطورات الهائلة والسريعة عليه سوف نقسم هذا الفرع إلى نقطتين نخصص النقطة الاولى لشرح مفهوم الملكية العقارية والثانية لتوضيح طبيعة الملكية العقارية وارتباطها بالمعاهدات الدولية لحقوق الإنسان :

أولا: مفهوم الملكية العقارية :

إن مفهوم حق الملكية العقارية الخاصة: هو حق عيني يخول لصاحبه سلطات قانونية يمارسها على عقاره ، غير أن هذه السلطات قد تصطدم مع المصالح العامة أو الخاصة فتكبح بذلك حقوق المالك و تقيدها مراعاة لهذه المصالح و الملكية العقارية الخاصة لم يختلف عامة الناس على الأهمية البالغة التي يكتسيها العقار بصفة عامة و خاصة من الكتاب و الباحثين و ذلك مهما اختلفت كتاباتهم و تخصصاتهم في القانون أو السياسة أو الاقتصاد. (١)

وبعد توضيح مفهوم الملكية العقارية توجب تعريف العقار لغة واصطلاحا:

لغة: بفتح عينه و قافه و الذي جمعه عقارات هو الشيء الثابت بطبيعته و أصله. (٢)

(١) تعريف العقار من الوجهة الاقتصادية: هو ذلك المورد الذي بواسطته يمكن تلبية حاجات المجتمع في مختلف المجالات الاقتصادية.

(٢) المنجد في اللغة والاعلام: ط٢٨، دار الشروق بيروت ١٩٨٦، ص٥١٩

اصطلاحاً :/ العقار اصطلاحاً هو الشيء الثابت المستقر بحيزه بحيث لا يمكن نقله من مكان لآخر دون أن يتلف.. و الذي يهمننا هو العقار بطبيعته المتمثل في العقار الغير مبني كالأرض و العقار المبني كالمنشآت و المباني. وللملكية العقارية سلطات تخول المالك استعمال واستغلال والتصرف في عقاره في حدود القانون، وهذا ما يؤيده المشرع الفرنسي بتوضيح مفهوم الملكية العقارية بنص المادة (٥٤٤) من القانون المدني الفرنسي أن " الملكية هي حق المالك بالانتفاع بما يملكه والتصرف فيه بصورة مطلقة ، بشرط الا يستعمله استعمالا مخالفا للقوانين والأنظمة " وهذا ما ذهب اليه المشرع العراقي في القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١ في المادة ١٠٤٨ بتعريفه للملكية الخاصة^(١) . لملك الشيء سلطات تمكنه من ملكه، ومن هذه السلطات سلطة استعمال العقار، ويقصد به الإفادة من المنفعة التي يمكن إن يخولها الشيء من غير مايمكن استخراج منه من منتجات أو ثمار^(٢) .ومطابقا لذلك ما اراد المشرع المصري في تأكيد مفهوم الملكية العقارية إذ كانت المادة ٨٠٢ من القانون المدني المصري الوجه الاخر للتشريع العراقي..

و من صور استعمال العقار إذا كانت أرضا زراعية فيكون بزراعتها ، و إذا كانت منزلا فيسكنه ، و يدخل في سلطة الاستعمال أعمال الحفظ ، الصيانة ، ترميم المنزل ، تسوير الحائط حفر الخنادق في الأرض الزراعية و غيرها والسلطة الثانية: سلطة الاستغلال و هو القيام بالأعمال اللازمة من أجل الحصول على ثمار الشيء ؛ فاستغلال المنزل يكون بتأجيره و تحصيل أجرته ، و استغلال الأرض الزراعية يجني ثمارها ، و إن عدم الاستغلال يعدل الاستغلال كلاهما حق للمالك ففي بعض القوانين يجوز أن يبقى المنزل خاليا لا يسكنه ولا يؤجره.^(٣)

إلا أن سلطة عدم الاستغلال لا تعدل الاستغلال في الأرض الزراعية أو المعدة للزراعة فلا يجوز للمالك أن يدع أرضه بورا نظرا لأهميتها الاقتصادية و يشكل عدم الاستغلال فعلا تعسفا في استعمال الحق من الناحية القانونية ؛ فسلطة الاستغلال مقيدة والسلطة الأخرى سلطة التصرف و تعتبر مميذا جوهريا لحق الملكية و ينصرف مفهوم التصرف في العقار إلى نوعين ، التصرف القانوني ؛ أي نقل الملكية كليا أو جزئيا أو الترتيب حق عيني عليها لمصلحة الغير ، و التصرف المادي في العقار و التي قد تختلط بسلطة الاستعمال، فيقوم المالك بهدم عقاره أو بنائه بقيود قانونية ، و أنه ثمة أحوال يخرج المشرع على هذا الأصل بحرمان المالك من التصرف القانوني ، موقتا أما إذا كانت الموانع مؤبدة فيزول حق الملكية.. إضافة للسلطات التي يتمتع بها المالك كذلك للملكية العقارية خصائص كونه حقا

(١) عبد الهادي فوزي العوضي، النظرية العامة للحق، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٧٠.

(٢) انظر: القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١ المادة ١٠٤٨ .

(٣) ان قانون ايجار الأماكن المصري رقم ٥٢ لعام ١٩٦٩ و أكد على أن المالك الذي يحتجز ملكه دون استعماله في وقت اشتداد آزمات السكن ولا يترك الغير يستعمله يكون امتناعه غير مشروع..

جامعا مانعا دائما وفي كونه اصبح مقيدا بوظيفة اجتماعية ومن هذه الخصائص ان الملكية العقارية حق جامع مانع.^(١)

بمعنى أن لمالك العقار جميع السلطات الممكنة فهو يجمع بين يديه كل المكنات المتصورة من سلطة الاستعمال ، الاستغلال و التصرف ولا يعد من سلطاته إلا ما يفرضه القانون ، فالأصل أن هذه السلطات تعود للمالك فإذا ادعى غيره شيئا كان عليه عبء الاثبات. والصفة الأخرى للملكية العقارية بأنها حق دائم.^(٢)

الأصل إن حق الملكية يدوم مادام العقار باقيا و لا ينقضي الحق إلا بهلاكه وتعاقب الملاك على العقار لا يترتب عليه انقضاء حق الملكية و إنما انتقال الحق مع تغيير شخص صاحبه.

ثانياً: طبيعة الملكية العقارية في الاتفاقيات والمعاهدات الدولية :

كان لطبيعة الملكية العقارية أثر مباشر على على الاتفاقيات والمعاهدات الدولية، وسنتعرض لموقف الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان من الملكية العقارية الخاصة، صدر إعلان حقوق الإنسان و المواطن غداة الثورة الفرنسية في ١٧٨٩ م لتكريس حق الملكية الخاصة فنص الإعلان في مادة ثانية “ أن حق الملكية هو أحد الحقوق الطبيعية للإنسان و الذي لا يسقط بالتقادم ، و إن حق الملكية يتساوى في ذلك مع الحرية والأمن و الحق في مقاومة الطغيان”^(٣)

و نصت المادة ١٧ من : “ إن حق الملكية مقدس لا يجوز إنتهاك حرمة ولا يجوز حرمان أحد منه إلا لضرورة تقتضيها المصلحة العامة يحددها القانون بشرط تعويض عادل يدفع مقدما” و يبدو جليا حسب المادة ١٢ من إعلان حقوق الإنسان أن “ حق الملكية يرجع للقانون الطبيعي الذي يمثل اسمى القوانين - حق الملكية لا يسقط بالتقادم - حق الملكية له نفس مرتبة الحرية و الأمن و الحق في مقاومة الطغيان ، وقد وضع في مقدمة الحقوق و هو الدليل على تقديسه”، أما المادة ١٧ من إعلان حقوق الإنسان و المواطن قدست الملكية في شقها الأول من جهة و في شقها الثاني وضعت قيودا عليها ، فأكدت أنه يجوز حرمان المالك من ملكيته إلا للمصلحة العامة و كان السلطات أن تتبع الإجراءات القانونية مع تعويض المالك عن حرمانه من عقاره.^(٤)

وقد جاء ليؤكد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان و المواطن المؤرخ في ١٢/٩٠/١٩٤٨م نفس مبدأ الحماية من تعسف الحرمان من الملكية ، فنصت المادة ١٧ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان

(١) ان قصر الملكية على المالك ليس خاصا بحق الملكية وحده، بل ان كل حق آخر، أيا، كان، مقصور على صاحبه.

(٢) في الفقه الإسلامي لا تقبل ملكية العين التوقيت ايضاً، فمتى ثبتت بأحد أسبابها ثبتت مؤبدة.

(٣) د. أحمد عبد العال، الحماية الدستورية للملكية الفردية في ضوء الفقه المصري والفرنسي، مصدر سابق، ص ٦

(٤) خوادجية سماحة حنان، قيود الملكية العقارية الخاصة، أطروحة دكتوراه، جامعة قسطنطينة، كلية الحقوق،

على انه : “ لكل فرد الحق في التملك بمفرده أو بالإشتراك مع غيره ولا يجوز تجريد أحد من ملكه تعسفا “ كما تجدر الإشارة أن المادة (١٠) من البرتوكول (١) الخاص بالاتفاقية الأوروبية.^(١)

لحماية حقوق الإنسان و الحريات الفردية المؤرخة في ١٩٥٤/١١/٤ ورد فيها : “ أن لكل شخص طبيعي أو معنوي الحق في حماية أمواله ، و أنه لا يجوز حرمانه من ملكه “ إلا للمنفعة العامة وفقا للشروط المنصوص عليها قانونا و المبادئ العامة للقانون “ ، وقد انتقدت المادة لأنها لم تنص على مبدأ التعويض في حالة حرمان المالك من عقاره واعتبرتها لا تمثل مبدأ لحماية الملكية الخاصة فهي حماية وهمية ، إلا أن الاجتهادات القضائية للمحكمة الأوروبية أثبتت تكريسها لحق الملكية لتقضي بعدم شرعية بعض نصوص القانون الانجليزي التي تعطي الحق للمستاجر في شراء العين المؤجرة.^(٢)

كذلك قضية سبرولغ و لونروث - Spring et Iniroth * حيث رفع مواطنان سويديان دعوى أمام المحكمة الأوروبية في لكسمبورغ،^(٣) و كانت لهما عقارات و أملاك عينية في مدينة ستوكهولم ، و قامت البلدية بإصدار قرار نزع العقارات المتواجدة في اي شارع من المدينة اينما وجدت عقارات المعنيان ، و لنقص الموارد المالية لبلدية ستوكهولم لإنشاء حظيرة سيارات تاخرت اشغال التنفيذ على العقارات و جمد قرار نزع الملكية مدة ٢٣ سنة لسبرونغ و ٨ سنوات بالنسبة لونيروث ، فرجع المعنيان دعاوي أمام المحكمة الأوروبية للمنازعة في القرار بسبب التأخير في تنفيذه و هو ما ألحق بهما خسائر مالية لعدم إمكانية استغلال العقارات ، فقضت المحكمة الأوروبية في تاريخ ١٩٨٢/٩/٢٣ م بوجود تنفيذ السلطات المعنية القرار ، و تعويض المعنيان عما فات من كسب و ما لحق من خسارة جراء التأخير في تنفيذ القرار أو التخلي عن القرار^(٤)

و ما يلاحظ أنه رغم كل صور التكريس لحق الملكية الخاصة في التشريع الفرنسي و الاتفاقيات الدولية و اعتباره جزءا من الحقوق الدستورية ، يبدو جليا أن حق الملكية الفردية ليس مطلقا فيجوز حرمان المالك من عقاره و تقييد سلطاته . وإن كان التشريع الفرنسي وضع صفة الإطلاق فهذا لا يتوافق مع الحياة الواقعية و ربما أريد منه أن حق الملكية الفردية هو أوسع الحقوق العينية و أنه حق يخول لصاحبه سلطات مباشرة تصل إلى حد إتلاف العقار ، و الملاحظات أن المشرع الفرنسي وضع في الشق الثاني من المادة ٥٤٤ قيذا على حق الملكية هو : “ عدم استعمال الملكية على وجه تحرمه القوانين و الأنظمة “.^(٥)

(١) معمر ابراهيم، القيود الخاصة الواردة على الملكية العقارية الخاصة، أطروحة دكتوراه ، جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم، الجزائر، ٢٠١٨، ص

(٢) د. أحمد عبد العال، مصدر سابق، ص ٩

(٣) انظر: المادة (١٦٩) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان..

(٤) د. معمر ابراهيم، القيود الخاصة الواردة على الملكية العقارية الخاصة، أطروحة دكتوراه، جامعة عبد الحميد بن باديس - مستغانم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، ٢٠١٨، ص

(٥) خواديجة سميحة حنان، قيود الملكية العقارية الخاصة، مصدر سابق، ص ٣٢.

الفرع الثاني

الملكية الفكرية

أدى التطور التجاري والصناعي والاقتصادي والعلمي الذي شهده العالم في العقود الأخيرة إلى حدوث تغيرات عديدة في جميع الجوانب القانونية ذات العلاقة ، الأمر الذي استدعى ظهور قوانين جديدة تتناغم وتتسجم مع هذه التغيرات والتطورات الهائلة والسريعة . ولعل خير مثال على صحة ما تقدم القوانين المتعلقة بحقوق الملكية الأدبية والفنية " حقوق المؤلف والحقوق المجاورة له) وحقوق الملكية التجارية والملكية الصناعية والتي تتدرج جميعها تحت سقف ما اصطلح على تسميته بحقوق الملكية الفكرية .

وعليه سوف نقسم هذا الفرع إلى نقطتين الأولى نشأة الملكية الفكرية ومفهومها والنقطة الأخرى

طبيعة الملكية الفكرية القانونية ونطاقها وهي ماياتي :

أولاً : نشأة الملكية الفكرية و مفهومها:

١ - نشأة الملكية الفكرية:

مرت نشأة الملكية الفكرية بمراحل مختلفة إذ أن العقل البشري لم يتوقف عن الإبداع عن الإبداع منذ أن خلق الله آدم وحباه بنعمة العلم وعلمه ما لم يعلم ، حيث قال تعالى في كتابه الكريم " وعلم آدم الأسماء كلها " (١)

وسعى الإنسان قديماً إلى توظيف الطبيعة لتوفير حاجاته الضرورية من مأكل وملبس ومسكن ، التي كانت بسيطة في الأصل ، حيث كان الإنسان يعتمد في صنع حاجاته من الآلات والأدوات على الحجارة والخشب والقرون والأصداف والعظام ، إلا أن الإنسان استطاع تطويرها بالممارسة والتجربة ، وكان ينقل أمتعته بنفسه ثم أخذ يستخدم الحيوانات و ما الى ذلك إلى أن استطاع صناعة العربة التي تجرها الحيوانات . وأستمر في الإنجاز والابداع ، وصنع ما يلزمه في مسيرة حياته وأخذ ذلك يتطور شيئاً فشيئاً إلى أن وصل الى ما هو عليه من تقدم ورفاهية (٢)

تعد الحضارة السومرية من أقدم الحضارات التي عرفها التأريخ البشري ، ويعد انتو مزون من اقدم الشعوب العريقة حيث ابتدعوا الكتابة بأشكالها المختلفة ومنها والمسمارية ، ويعد اختراع الكتابة قبل خمسة آلاف سنة بداية لما يعرف العصور التاريخية " (٣)

(١) القرآن الكريم :سورة البقرة :الآية ٣١.

(٢) د. صلاح زين الدين، المدخل إلى الملكية الفكرية، ط١، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٤، ص١٩.

(٣) مجموعة من الباحثين، العراق في التاريخ، دار الحرية للطباعة، بغداد، العراق، ١٩٨٣، ص٦٩، ٦٣.

والكتابة هي أهم محصلة حضارية حققها الإنسان ، إذ كان لها الدور في تدوين تاريخ البشرية ولولاها لما استطاع الإنسان نقل علومه وتراثه من السلف إلى الخلف ، كما تدل الحفريات الأثرية على أن الحضارة الفرعونية قد اشتهرت أيضا بأنواع مختلفة من الفنون كالرسم والنحت والعمارة ، حيث أن آثارها تدل على وجود فنانيين مبدعين كانوا يعبرون من خلال رسومهم ونحوتهم وأبنياتهم عن مظاهر حضارتهم القديمة وحياتهم السياسية والاجتماعية والدينية والقانونية. (١)

أما في اليونان ، فقد كان هناك نظام خاص لحماية الملكية الفكرية ، حيث يدل تاريخ الطباعة على أن اليونانيين القدماء أنشأوا مكتبة وطنية لحماية حقوق المؤلفين لقاء إيداع عدد من نسخ إنتاجه فيها، وفي روما القديمة وجد بعض صورا الاستتساخ والتقليد وتزوير المصنفات الفنية كاللوحات والتماثيل ووجدت في الوقت ذاته بعض الوسائل التي يمكن للمؤلف الاعتماد عليها لدفع الاعتداء الواقع على مصنفه ، وان هذا النوع من الاعتداء على المصنفات الفنية تعد من أكثر صور الاعتداء على المصنفات قدما (٢).

ويكشف لنا التاريخ أن بعض شعراء العرب كانوا يتعرضون للسراقات الشعرية عن طريق انتحال واقتباس بعض الأبيات أو الجمل الشعرية من الطارئین في مجال الشعر وإلقائها علنا دون ذكر قائلها الأصلي ، وهذا يدل على أن العرب قديما قد عرفوا ما يسمى بجريمة الانتحال الأدبي في مجال الشعر والنثر. وفي الشريعة الإسلامية ، يمكننا القول بأن الإسلام عرف بعض صور الملكية الفكرية وعرف فقهاء الشريعة وعلمائها بعض المفاهيم والمفردات المتعلقة بها ووضعوا لها القواعد والضوابط التي تحكمها وتوفر الوسائل اللازمة لحمايتها والاعتداء عليها ، ويذهب رأي (٤). (٣)

إلى أن الابتكار الذهني والحث على العلم والانتفاع به واستتساخ المصنفات والحق المالي للمؤلف والحق الأدبي ، من أهم المفاهيم والمفردات التي عرفها فقهاء الشريعة وعلمائها في مجال الملكية الفكرية . كما وأن فقهاء الشريعة الإسلامية اعتبروا الابتكار شرطا أساسيا للإبداع الذهني والذي يجب توفره في العالم أو المؤلف أو الأديب. (٤)

لايوجد تاريخ ثابت لتنظيم حقوق الملكية الفكرية إذ تعاقبت الدول في تشريع القوانين المتعلقة بتنظيم مفردات الملكية الفكرية وشهدت فترة ما بعد القرن السادس عشر حركة تشريعية واسعة في أغلب

(١) عامر محمود الكسواني، الملكية الفكرية ماهيتها مفردات ها طرق حمايتها، دار الجيب، عمان، الأردن، ١٩٩٨، ص ١٨٤.

(٢) حازم عبد السلام المجالي، حماية الحق المالي للمؤلف، ط١، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، ٢٠٠٠، ص ١٧.

(٣) د. نواف كنعان، حق المؤلف، النماذج المعاصرة لحق المؤلف ووسائل حمايته، ط١، الاصدار الرابع، دار الثقافة، عمان، الأردن، ٢٠٠٤، ص ٢٢

(٤) فقد اشترط ابن رشد في مقدمة كتابه بداية المجتهدين، في العالم خمسة شروط هي، (الذهن الثاقب...)

بلدان أوروبا وأمريكا ، حيث صدر قانون البراءات البريطاني والذي يسمى ب (قانون الاحتكارات) عام ١٩٧٤ وينظر إلى هذا القانون على أنه وضع أسس قانون البراءات ، مع ملاحظة أن جذور قوانين البراءات ترجع إلى مدينة البندقية ، ويعد أول تشريع من حيث تحديده الإجراءات ومستلزمات منح البراءة (١)

ثم صدر القانون الفرنسي عام ١٧٩١ ، والقانون السويدي عام ١٨٩٩ ، والقانون الأمريكي عام ١٨٣٩ ، والقانون الألماني عام ١٨٧٧ ، والقانون النرويجي عام ١٨٨٥ . وفي الدول العربية ، فان تونس تعد من أوائل الدول العربية التي صدر فيها قانون براءات الاختراع عام ١٨٨٨ ، ومن ثم لبنان عام ١٩٧٤ ، وإمارة شرق الأردن عام ١٩٣٥ وسوريا عام ١٩٤٧ ، ومصر عام ١٩٤٩ (٧) ، والعراق عام ١٩٧٠. (٢)

٢- مفهوم الملكية الفكرية:

ان مفهوم الملكية الفكرية فقيل ان كلمة « ملكية property » قد جاءت من الكلمة اللاتينية « proprius » والتي تعني حق المالك « one's own » ، أي حقوق الإنسان فيما يتعلق بثمرة فكرة ولقد انصب هذا المعنى في بادئ الأمر - على الملكية في مجال العلوم التطبيقية (الصناعية) أو ما انتق عليه اصطلاحا الملكية الصناعية (٣)

أن المشرع الفرنسي لم يعرف بصورة مباشرة حقوق الملكية الفكرية بل تكلم عن تمتع صاحب المصنف الفكري بالحماية بقوله : “ يتمتع صاحب المصنف الفكري لتقس واقعة الإبداع بحق ملكية فكرية مانع يمكن الاحتجاج به على العامة “ ، اما المشرع المصري فقد عرف الملكية الفكرية على إنها : “ كل عمل أدبي أو في أيأ كان نوعه أو طريقة التعبير عنه أو أهميته أو الغرض من تصنيفه ” (١) .

كما عرف المشرع الاماراتي في المادة رقم ٣٢ لسنة ٢٠٠٦ المعدل لقانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٢ من القانون الاتحادي والذي يتناول الملكية الفكرية في الامارات والذي ينص على “هي كل تأليف مبتكر في مجال الآداب والفنون او العلوم ، ايا كان نوعه او طريقة التعبير عنه ، او اهميته، او الغرض منه “ كما ان هذا القانون يعنى بحقوق الملكية الاتحادي بشأن حماية المصنفات الفكرية ، ويشمل قانون حق المؤلف الاماراتي بحيث يحق للمالك منع الآخرين من التصرف في ملكه من مصنفات دون حصولهم على إذن مسبق منه ، بل ويحق له مقاضاتهم في حال استخدامهم لها وتعديهم على حقوقه ، كما ويتوجب عليهم التعويض عن أي ضرر أصابه من خسارات مادية أو م معنوية . كما نجد أن المشرع

(١) شيروان هادي اسماعيل، التدابير الحدودية لحماية الملكية الفكرية، دراسة تحليلية مقارنة، ط١.

(٢) د. حسين توفيق فيض الله، حقوق الملكية الفكرية، محاضرات أقيمت على طلبة الدراسات العليا، ماجستير في كلية القانون، جامعة صلاح الدين، العام الدراسي ٢٠٠٥، ٢٠٠٤، غير منشور ص ١٦٣.

(٣) د. جورج جبور، الملكية الفكرية، حقوق المؤلف، ط١، دار الفكر دمشق، ١٩٩٦، ص ٢٩.

العراقي على سبيل المثال لم ينظم حقوق الملكية الفكرية في قانون خاص إسوة بباقي الدول ، إلا أنه من بعض التشريعات الي تنظم حقوق المؤلف ، فقد نصت المادة الثانية من القانون عما تشمله الحماية من مصنفات بقولها “ تشمل هذه الحماية المصنفات الشعير عنها بطريق الكتابة أو الصوت أو الرسم أو التصوير أو الحركة ... “ .

كما عرفه قانون براءة الاختراع والنماذج الصناعية العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٠ المعدل بأنها : “ الشهادة الدالة على مفهوم عقد رهن الملكية الفكرية تسجيل الاختراع .. “ وكان الأجر بالمشرع العراقي وضع تشريع متكامل يتعلق بالملكية الفكرية ؛ نظرا لأهمية الموضوع والمردود المالي الذي يمكن أن يحقه للمبتكر أو المؤلف ، فضلا عن ذلك فإن جانب الحماية التي تقررها تلك النصوص ايما إذا حصل تجاوز على مصنف أو ابتكار معين عندئذ فيمكن اللجوء إلى تلك النصوص لإيجاد الحلول المناسبة لها.

لذا يؤيد الباحث ما اقترحه بعض الفقهاء على ان يكون تعريف للملكية الفكرية بالقول : “ كل عمل فني أو ادبي مبتكر ، أيا كان نوعه ، أو الغرض من تصنيفه ، يتم التعبير عنه بأية طريقة تؤدي لظهوره إلى الوجود “ .

. والملكية الفكرية " مصطلح قانوني يدل على ما ينتجه العقل البشري من أفكار محددة ، تتم ترجمتها إلى أشياء ملموسة . فيدخل في نطاقها كافة الحقوق الناتجة من النشاط الفكري للإنسان في الحقول الفنية والأدبية والعلمية والصناعية والتجارية وما أشبه . فالحقوق الفكرية اذن تتسع لتشمل كل مايجود به عقل الإنسان، من خلال ما يتحلى به من ملكة فكرية وقرينة ذهنية. (١)

ويعني ان رحم الحقوق الفكرية هو عقل الإنسان ، الذي يقذف بها إلى الوجود ، بصورة (أفكار)، فإذا ما تمت رعايتها بصورة معينة ، عندئذ ، تنشئ لصاحبها حقوق جد مهمة في ظل الأنظمة والقوانين الدولية ذات العلاقة. فالفكرة دائما وأبدا - تلتصق بصاحبها ولا تنفصم عنه ، والفكرة لا تكون كذلك ، إلا إذا نتج عنها ثمرة ، حوت على قدر معين من الجودة والحدثة والابتكار ، سواء جاء أكلها في صورة اختراع أو اكتشاف أو كتاب أو شعر أو رسم أو لحن أو أداء أو ما أشبه ... (٢)

(١) د. صلاح زين الدين، المدخل إلى الملكية الفكرية نشأتها وحمايتها،، دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان ،

٢٠١١، ص٢٥.

(٢) د. صلاح زين الدين، الملكية الصناعية والتجارية، عمان، دار الثقافة والنشر والتوزيع، ١٩٩٩، ص١٥.

ثانياً: الطبيعة القانونية للملكية الفكرية ونطاقها :

١- الطبيعة القانونية للملكية الفكرية

إن التكييف القانوني لحقوق الملكية الفكرية هو أن الحقوق المالية تنقسم من الناحية التقليدية إلى الحق العيني والحق الشخصي والحق العيني هو سلطة يعطيها القانون لشخص معين على شيء معين^(١)

وعليه فإن الحق العيني يتكون من عنصرين وهما صاحب الحق ومحل الحق ، أي لا يظهر في الحق العيني إلا صاحب الحق والشيء الذي يرد عليه الحق.^(٢)

أما الحق الشخصي فهو رابطة قانونية ما بين طرفين دائن ومدين ، يخول الدائن بموجبها مطالبة المدين القيام بعمل أو بالامتناع عن عمل معين ، والحق الشخصي يتكون من عناصر ثلاثة ، الدائن والمدين وموضوع الحق ، وأن محل الحق ليس شيئاً من الأشياء كالحق العيني ، بل ان محله دائماً يكون عملاً معيناً أو الامتناع عن عمل معين ، وبعد التطورات المتلاحقة في كافة مجالات الحياة ، برز نوع جديد من الحقوق المالية وبدأ القانون بتنظيمه ، ويتمثل في حقوق الملكية الفكرية ويسمى أيضاً بالحقوق الذهنية أو الحقوق الأدبية والفنية^(٣)

مثل حق المؤلف على أفكاره وحق الموسيقي على لحنه وحق المخترع على إختراعه وحق التاجر على شهرته التجارية وحق الرسام على رسوماته ولوحاته وحق المصمم على نمودجة ، وهذه الحقوق جديدة نسبياً مقارنة بالحقوق التقليدية الأخرى ، ونظراً للطبيعة المختلفة لهذه الحقوق ، أثار تكييف طبيعتها القانونية جدلاً كبيراً بين فقهاء القانون.^(٤)

حيث تعددت النظريات واختلفت الآراء والاتجاهات في تحديد طبيعة هذه الحقوق ، ولم يستقر الفقه منذ نشأة هذه الحقوق حتى يومنا هذا على تكييف واحد لحقوق الملكية الفكرية ، ولعل من الأسباب التي أدت إلى ظهور هذا الجدل الفقهي ، عدم تحديد أغلب القوانين الوضعية والاتفاقيات الدولية لطبيعة

(١) عرف القانون المدني العراقي الحق العيني في المادة (١/٦٧) بأنه (سلطة مباشرة على شيء معين يعطيها القانون لشخص معين)

(٢) د. عبد المجيد الحكيم، الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي، ج١، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، دار الكتب، العراق، ١٩٨٠، ص٣.

(٣) د. عبد الملك ياس، أصول القانون، نظريتنا القانون والحق، مطبعة سلمان العظمي، بغداد، ١٩٨٦، ص٢٨٢

(٤) د.حسين توفيق فيض، اتفاقيات (WTO/GATT) وعولمة الملكية الفكرية، مطبعة جامعة صلاح الدين، أربيل، ١٩٩٩، ص٧١.

هذا الحق بصفة قاطعة ، إذ تركو الأمر للفقهاء واجتهادات القضاء ، كما أن هذا الحق يحتوي على عنصرين وهما العنصر المادي والعنصر المعنوي ولكل منهما طبيعة خاصة تختلف عن الأخرى^(١) ونتيجة لهذا الخلاف والجدل الفقهي ، فقد ظهرت ثلاث نظريات لتحديد طبيعة حقوق الملكية الفكرية ، حيث ذهب أنصار النظرية الأولى وهي نظرية (الحق العيني) ، إلى القول بأن حقوق الملكية الفكرية ، أي الحقوق التي ترد على أشياء معنوية ، من الحقوق العينية ، أما أنصار النظرية الثانية وهي (نظرية الحق الشخصي) ، فقد عدوا حقوق الملكية الفكرية من الحقوق الشخصية^(٢) . ولكثرة الانتقادات الموجهة إلى النظريتين السابقتين^(٣) .

فقد ظهرت نظرية ثالثة لتحديد طبيعة الحقوق الفكرية وهي نظرية الطبيعة المزدوجة لحقوق الملكية الفكرية ، حيث إتجه أغلب الفقه^(٤) إلى القول أن هذه الحقوق حقوق ملكية ذات طبيعة مختلطة ترد على أشياء غير مادية وغير محسوسة ، ويرى أصحاب هذه النظرية ومؤيدوها بأن حقوق الملكية الفكرية تنطوي على جانبين ، الجانب الأول وهو الحق المادي ويعطي هذا الحق لصاحبه مصلحة مادية عن طريق احتكاره لنتاج عقله واستغلاله ماليا ، إذ لصاحب الحق سلطة الإستعمال والاستغلال والتصرف بالشيء محل الحق . والجانب الثاني وهو الحق المعنوي (الحق الأدبي) والذي يمكن صاحبه من حماية إنتاجه الفكري من الغير ومنازعتة له ، كما وان هذا الحق لصيق بصاحبه ويمكنه من ارتباط إنتاجه الفكري بشخصه . ويستخلص مما تقدم ، بأن الحقوق الفكرية هي حقوق ملكية ذات طبيعة خاصة تحتوي على جانب مادي وآخر معنوي ، كما أكدت على هذا اتفاقية تريبس ، حيث نصت على أن " حقوق الملكية هي حقوق خاصة " ^(٥)

(١) د. جمال هارون، الحماية المدنية للحق الأدبي للمؤلف في التشريع الأردني، ط١، دار الثقافة، عمان، الأردن، ٢٠٠٦، ص٧٥.

(٢) د. سعيد سعد عبد السلام، الحماية القانونية لحق المؤلف والحقوق المجاورة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص١٤.

(٣) من الانتقادات ان الملكية الفكرية لاتندرج تحت طائفة الحقوق العينية، لأنها ليست سلطة لشخص على شيء مادي، ولاتندرج أيضاً تحت طائفة الحقوق الشخصية لأنها ليست علاقة بين شخصين ولاتخول صاحبها مطالبة شخص آخر بأداء عمل معين او الامتناع عن عنه او إعطاء شيء.

(٤) د. زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، جامعة الموصل، مديرية دار الكتب، ١٩٨٢، ص٢٠١.

(٥) انظر: الفقرة (هـ) من ديباجة اتفاقية تريبس

وبذلك ميزها عن الحق الشخصي والحق العيني ، وكذلك فان القانون المدني العراقي قد ميز الحقوق العينية والشخصية عن الحقوق الفكرية و عن الأموال المعنوية والتي من الممكن أن تكون محلا للملكية . (١) إن أغلب قوانين الملكية الفكرية ، كما ذكرنا سابقا ، لم تتطرق إلى مسألة التكييف القانوني للحقوق الفكرية بشكل صريح ، ومنها قانون حماية حق المؤلف العراقي والأردني وقانون حماية الملكية الفكرية المصري ، ولكنه ميز ما بين الحق الأدبي والحق المالي للمؤلف ، وهذا يعني أن المشرع العراقي (٢) والمصري (٣) والأردني (٤) أخذوا بالطبيعة المزدوجة لحقوق المؤلف.

٢- نطاق الملكية الفكرية: بعد أن تناولنا الطبيعة القانونية للملكية الفكرية سوف نتناول البحث في نطاق حقوق الملكية الفكرية وبشكل مختصر، ومن هذه الملكية الصناعية وحق الملكية التجارية والملكية الأدبية والفنية نبدأ:

• **الملكية الصناعية:** التي تعرف بأنها سلطة مباشرة يمنحها القانون للشخص بحيث تعطية مكنة الإستثمار بكل ماينتج عن فكره من مردود مالي يتعلق بنشاطه الصناعي (٥) من أهم انواع الملكية الصناعية براءات الاختراع والرسوم والنماذج لصناعة والاجتماعي. والاختراع هو "كل اكتشاف أو ابتكار جديد قابل للاستغلال الصناعي سواء تعلق ذلك الاكتشاف أو الابتكار بالمنتج النهائي أو

(١) انظر: المادة (٧٠) من القانون المدني العراقي.

(٢) بموجب قانون حماية حق المؤلف العراقي ، للمؤلف وحده الحق في تقرير نشر مصنفه وفي تعيين طريقة هذا النشر (م / ٧) وله وحده الحق في ان ينسب إليه مصنفه وله أن يمنع اي حذف أو تغيير في المصنف (م / ١٠) وله أيضا الحق في سحب مصنفه من التداول وإدخال أي تعديلات جوهرية عليه (م / ٤٣) . وفي المادة (٨) والمعدل بموجب الأمر رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٤ الصادر من سلطة الائتلاف المؤقت (النحلة) ، للمؤلف وحده حق الانتفاع المالي بمصنفه واستتساخه بأي وسيلة كانت ، ولا يجوز للغير إجراء أي تصرف على المصنف بدون إذن كتابي من المؤلف ، وفي المادة (١١) أجاز المشرع العراقي الحجز على الحق المالي للمؤلف دون الحق الأدبي والذي لا يجوز الحجز عليه وعلق هذه المادة بموجب الأمر السابق ، وبموجبها لا يجوز الحجز على الحق المالي والحق الأدبي للمؤلف لأي سبب كان وهذا عكس اتجاه المشرع المصري (م / ١٥٤) والأردني (م / ١٢) . ونرى أنه من المستحسن للمشروع إعادة العمل بالمادة المتعلقة وذلك لحماية مصالح الدائن عندما يكون المؤلف مدينا له

(٣) انظر : المواد (١٤٣ ، ١٤ ، ١٥٥) ، والمواد (١٠٤ ، ١٥١) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري

(٤) انظر : المواد (٨ ، ١٠) والمواد (٩ ، ١٢ ، ٢٨ ، ٣٠) من قانون حماية حق المؤلف الأردني .

(٥) عامر محمود الكسواني، الملكية الفكرية وماهيتها مفرداتها طرق حمايتها، مصدر سابق، ص ٣٠. بالقوانين رقم ٢٩ لسنة ١٩٩٩ ، ورقم ٦٧ لسنة ٢٠٠١)

بوسائل وطرق إنتاجها “ (١). كما ويعرفه قانون براءات الاختراع العراقي بأنه “أي فكرة إبداعية يتوصل إليها المخترع في أي من مجالات التقنية وتتعلق بمنتج أو طريقة صنع تؤدي عمليا إلى حل مشكلة معينة في أي من هذه المجالات” (٢) أما براءة الاختراع فهي الشهادة الدالة على تسجيل الاختراع (٣) وهذه الشهادة تمنحها الجهة المختصة ، والتي يحددها القانون ، لمن يدعي توصله إلى أي إختراع سواء أكان منتجا أو عملية صناعية وفي كافة مجالات التكنولوجيا بشرط أن يكون جديدة ومبتكرة ، أي تتطوي على خطوة إبداعية ، وأن يكون قابلا للاستخدام - (٤) الصناعي أما الرسم أو التصميم الصناعي فهو أي تركيب ام تتساق للخطوط ، يضيف على المنتج رونقا أو يكسبه شكلا خاصا سواء تم ذلك باستخدام الآلة أو بطريقة يدوية بما في ذلك تصاميم المنتجات . اما النموذج الصناعي فهو مظهر او شكل جديد يستخدم في انتاجها الصناعي أو الحرفي ويكون مجسما أو على شكل تنظيم للالوان والخطوط لرسم ثنائية الأبعاد.

• الملكية التجارية :

هي كل ما يبتكره الإنسان لإقامة نشاطه التجاري واستمراره وتمييزه عن الأنشطة الأخرى ، وبالتالي فان الملكية التجارية تتكون من مجموعة من العناصر المعنوية والمادية المبتكرة والمخصصة لممارسة مهنة تجارية معينة ، ومن أهم أنواعها العلامات التجارية والمؤشرات الجغرافية والمعلومات غير المفصح عنها . ويقصد بالعلامة التجارية الإشارة التي يتخذها الصانع أو التاجر او مقدم الخدمة التمييز منتجاته أو بضائعه أو خدماته عن منتجات أو بضائع أو خدمات أخرى. إن هذا التعريف يتفق مع تعريف اتفاقية تريبس للعلامة التجارية والتي ذهب إلى إعتبار أي علامة أو مجموعة علامات ، تسمح بتمييز السلع والخدمات التي تنتجها منشأة ما عن تلك التي تنتجها المنشآت الأخرى ، صالحة لأن تكون علامة تجارية، ويتفق موقف القانون الأردني والمصري مع الاتفاقية المذكورة ، فيما يتعلق مثيلاتها بتعريفها للعلامة التجارية بأنها أي إشارة تستخدم التمييز السلع والخدمات عن مثيلاتها. أما قانون العلامات والبيانات التجارية العراقي رقم ٢١ لسنة ١٩٥٧ فقد عرف في المادة الأولى منه العلامات

(١) د. عبد الله حسن الخشروم، الوجيز في حقوق الملكية الصناعية والتجارية، ط١، دار وائل للنشر، عمان، الاردن،
 (٢) انظر: المادة (٤/١) من قانون براءات الاختراع والنماذج الصناعية والمعلومات غير المفصح عنها رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٠ المعدل بموجب الفصل (٢/١) من سلطة الائتلاف المؤقتة المنحلة رقم ٨١ لسنة ٢٠٠٤.
 (٣) انظر: المادة (٨/١) من قانون براءات الاختراع العراقي.
 (٤) انظر: المادة (١/٢٧) من اتفاقية تريبس

التجارية بأنها علامات تستخدم للتمييز البضائع عن بضائع أخرى، اي دون استخدام العلامة للتمييز الخدمات عن بعضها، وبذلك حصر المشرع العراقي العلامة التجارية على البضائع دون الخدمات، وهذا النقص تم معالجته بموجب الامر رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٤ الصادر من سلطة الائتلاف المؤقتة المنحلة، لتعديل قانون العلامات والبيانات التجارية حيث تم اضافة علامات الخدمة. ملكية الأدبية والفنية (حق المؤلف والحقوق المجاورة له) فإن معظم قوانين إن معظم قوانين حق المؤلف ومن ضمنها القانون العراقي لم يتطرق لتعريف حق المؤلف ، إنما قام المشرع بتعداد المصنفات المشمولة بالحماية والداخله في إطار حق المؤلف على سبيل المثال لا الحصر ، ^(١) وبذلك ترك المجال أمام دخول مصنفات أخرى ناتجة عن أي تطور في مجالات الحياة المختلفة . ويشمل حق المؤلف كل المصنفات التي تنتج عن الفكر والعقل ويكون أساسه قدر من الابتكار والجدة في حقول الآداب والفنون والعلوم ، وأيا كان نوع هذه المصنفات أو أهميتها والغرض من إنتاجها أو طريقة التعبير عنها ^(٢) سواء أكان عن طريق الكتابة أم الصوت أم الرسم أم التصوير ام الحركة. ^(٣)

ويتضح من كل ما تقدم ، أن حق الملكية الفكرية واسع جدا يشمل كل ما ينتج عن العقل من أفكار ، أي جميع صور الإبداع الفكري في المجالات العلمية والفنية والأدبية والصناعية والتجارية والذي يتضمن صفة الجدة والابتكار والحداثة ، وبذلك يشمل جميع الحقوق التي ترد على أشياء غير مادية والتي يمكن التعبير عنها في صورة خلق مادي " . ويمكن عد الملكية الفكرية من أسمى صور الملكية ويتجلى هذه السمو من درجة اتصال موضوع هذا الحقوق بأعلى ما يملكه الإنسان وهو العقل في إبداعاته وتجلياته الفكرية دائما.

(١) انظر:المادة (١) من قانون حماية حق المؤلف العراقي والمعدل بموجب الفقرة (١) من الأمر الصادر من سلطة الائتلاف المؤقت (المنحلة) رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٤ (المنشور في الوقائع العراقية رقم ٣٩٨ في حزيران ٢٠٠٤) ، والمادة (٣/١) ورقم ٧٨ لسنة ٢٠٠٢ من قانون حماية حق المؤلف الأردني رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢ والمعدل ٢٠٠٥ .

(٢) انظر : المادة(١/١٥)من اتفاقية تريبس.

(٣) انظر : المادة (٣) من قانون حماية حق المؤلف العراقي والمادة (٣ / ب) من قانون حماية حق المؤلف الأردني

الفصل الثاني

القيود الواردة على الملكية الفردية للمصلحة العامة

ان نظرة المشرعين إلى حق الملكية الفردية لم يعد ميزة للمالك فحسب بل أصبح حقا له وظيفة إجتماعية ، لذلك احاطه المشرعين بالعديد من القيود التي من شأنها أن تعزز هذا المعنى ، وضمن الوقوف به عند حدود هذه الوظيفة وذلك حتى لا يمكن للسلطات الواسعة التي يمنحها حق الملكية الفردية للمالك إلى التعسف بهذا الحق . وقد تنوعت هذه القيود وتعددت ، خاصة في العقود الأخيرة التي انتشرت فيها المذاهب الجماعية التي تكثر من القيود التي ترد على حق الملكية الفردية والتي تبرز دور الوظيفة الإجتماعية ، وليس هناك ما يمنع تدخل المشرع بفرض قيودا تحد من سلطات المالك ليحدد معالم هذه الحدود التي يجب على المالك أن يراعيها في مزاولته لحقه ، فهذه القيود تعد قيودا عامة على سلطات المالك من شأنها أن تحدد الوضع العادي لحق الملكية.

والقيود التي ترد لمصلحه عامة هي قيود ترد بنص القانون ، فتقيد حقوق الملاك تحقيقا للمصلحة العامة ، فالسلطة هي التي توجه الحقوق في خدمة سياستها الإقتصادية والإجتماعية إنطلاقا من مبدأ التضامن الاجتماعي وترسم الإطار الذي يمكن لإرادة صاحب الحق أن تعمل فيه . والقيود القانونية الواردة لتحقيق منفعة عامة قيود كثيرة يصعب حصرها جميعا ، خصوصا وأن المشرع ولجهات الإدارة القدرة في تقرير قيود جديدة كلما دعت المصلحة العامة، ذلك أنه في تقيد حق الملكية الخاصة و حين يتعارض حق الملكية مع مصلحة عامة ، فان لأخيرة هي التي تقدم فلا ينبغي للملكية الخاصة أن تكون عائق في سبيل تحقيق المصلحة العامة، كما انه يخضع لقيود جديدة تتناول خدمة المجتمع والمنفعة العامة. كما إن أغلب القيود خاص بالملكية العقارية لأهميتها وخطورتها وأنها جاءت في قوانين متعددة ذكرت بعضها في القانون المدني وفي القانون الإداري والبعض الآخر في تشريعات متفرقة ، إلا أن أرتباط هذه القيود مع المصلحة العامة يجعلها وثيقة الصلة بالقانون الإداري أكثر منها بالقانون المدني .

إن تقيد الحق في الملكية الفردية للمصلحة العامة تبدو في قيود شتى منها لمقتضيات قانونية كنزع الملكية للمنفعة العامة والتأميم الذي يعد أقصى مراحل هذا التقيد وقيود لدواعي جزائية أو قيود على سلطات المالك لتحديد الملكية الزراعية بحد أقصى وتقليص سلطات المالك في الإستغلال. وبناءً على ذلك سوف ندرس هذا الفصل في بحثين، في المبحث الاول قيود تلغي حق الملكية الفردية للمصلحة العامة وفي الثاني قيود مقررة على الملكية الفردية لدواعي جزائية واجتماعية للمصلحة العامة وهي ما يأتي:

المبحث الأول

قيود تلغي حق الملكية الفردية للمصلحة العامة

حرصت التشريعات على مبدأ صون الملكية الفردية واعتبارها في الأصل ثمرة النشاط الفردي وحافزا على التقدم فضلا عن انها مصدر من مصادر الاقتصاد التي يجب تنميتها والحفاظ عليه، ومن أجل ذلك حظرت تلك التشريعات نزع الملكية الخاصة جبرا على صاحبها الأ للمصلحة العامة ، ومقابل تعويض عادل وفقا للقانون كما حظرت التأميم إلا لأعتبرات الصالح العام وبقانون ومقابل تعويض و نزع الملكية للمصلحة العامة العامة كتحصرف قانوني شبيه بالتأميم ويتفق معه إلى ان كل منهما يتم جبرا على المالك ويردان كقيد على حق الملكية الخاصة وان كانا يختلفان من حيث المحل ، فنزع الملكية على العقار ، في حين يكون محل التأميم المشاريع الخاصة أيا كان الشكل القانوني لهذه المشاريع ، كما إن الإجراءات الخاصة بنزع الملكية هي مجموعة إجراءات إدارية في حين يصدر قرار التأميم بقانون .. إن نزع الملكية للمصلحة العامة والتأميم كقيد على الملكية الخاصة سوف اتناولهما في مطلبين، المطلب الأول/ نزع الملكية للمصلحة العامة والثاني التاميم كقيد على الملكية الفردية للمصلحة العامة وكما يأتي:

المطلب الأول

قيد نزع الملكية الفردية للمصلحة العامة

ان نزع الملكية يعد من أخطر القيود التي تلجأ إليها الإدارة لاستيفاء مطالبها وخطتها لما فيه من طابع التجاوز على الملكية الفردية ولهذا فإنه لا يحق للسلطة التنفيذية بموجب قرارات إدارية انفرادية نزع الملكية ما لم يجر لها التشريع ذلك ، لذا فإن هذا التصرف يجب أن ينفذ تنفيذا في حدود القانون الذي يجيز هذا التصرف وينظم إجراءاته . وعلى هذا الأساس سندرس هذا المطلب في فرعين الاول سيكون ماهية نزع الملكية والثاني الأساس الدستوري والقانوني لنزع الملكية الفردية للمصلحة العامة وهي ماياتي:

الفرع الأول

ماهية نزع الملكية الفردية

لابد لنا في هذا الفرع التعريف و تحديد معنى نزع الملكية لغة ثم تعريفه اصطلاحا وتمييزه عن مما ينتشابه معه من قيود في نقطتين وهي الاتي:

أولاً: تعريف نزع الملكية الفردية للمصلحة العامة : لغة: النزع يأتي بمعنى القلع، وهو مصدر الفعل نزع، فيقال: نزع الشيء ينزعه نزع فهو منزوع وانتزعه اقتلعه فاقطلع، ونزع القوس اذا جذبها، (١) وقد فرق سيبويه بين انتزع ونزع فقال: انتزع استلب، ونزع حول الشيء عن موضعه وان كان على نحو الاستلاب (٢). والنزع الاخذ بالقوة ومنه نزع الملكية، أي اخذ الشيء بقوة السلطان دون رضا صاحبه (٣). ونزع نزعا قلع الشيء من مكانه، جذبه وقلعه، ويقال نزع الملك، ويقال نزع الشيء اي اقتلعه (٤) اذا فالنزع يدل على اخذ الشيء بالقوة من يد مالكة بدون رضاه.

اصطلاحاً:

اهتم الفقهاء بموضوع نزع الملكية للمصلحة العامة، وذلك لما له من دور في المسائل الحيوية، فهو يرتبط بالقرار الإداري، فلا يتم النزع الا بقرار اداري من الجهة المختصة، كما له ارتباط بالمنفعة العامة فوجودها يعد من الاسباب لاتخاذ قرار النزع، وقد عرفه الفقهاء ومنهم الفقيه الفرنسي (Auby) فقد عرفه بأنه “ امتياز للدولة يجيز لها إجبار شخص عام أو خاص على التنازل عن ملكية عقار او حق عيني عقاري لشخص عام أو خاص وذلك بمبادرة من شخص عام او خاص ويهدف المنفعة العامة وشريطة احترام الضمانات الموضوعية والإجرائية” (٥)

. أما الفقه المصري فقد تصدى لبيان المقصود بنزع الملكية، فقد عرفه (د. ماجد راغب الحلو) بأنه “ قيام السلطة الإدارية بحرمان المالك من عقاره جبراً لتخصيصه للمنفعة العامة مقابل تعويض عادل” (٦) أما (د . محمد سعيد أمين) فقد عرفه بأنه “ إجراء إداري يقصد به حرمان المالك من ملكه جبراً عنه بسبب المنفعة بشرط تعويضه عنه” (٧) أما (د . أحمد حافظ نجم) فقد عرفه بأنه “نقل ملكية العقارات الخاصة من الأفراد إلى الدولة جبراً عنهم تحقيقاً للمنفعة العامة وفي مقابل تعويض مادي عادل” (٨)

(١) محمد بن مكرم بن علي ابن منظور، لسان العرب، ج ١، ط ١، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٩٠.

(٢) د. ابراهيم مصطفى، المعجم الوسيط، ج ٢، مطبعة مصر، ١٩٦٠، ص ٩٢١.

(٣) د. محمد رواس قلعةجي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، بيروت، ١٩٩٦، ص ٤٤٨.

(٤) د. انيس ابراهيم، المعجم الوسيط، ط ٢، دار الامواج، بيروت، ١٩٩٥، ص ٩١٣.

(٥) Dallas, Auby(J.M) et Bon(p):Droid administrative

(٦) د. ماجد راغب الحلو، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف، الاسكندرية ٢٠٠٥، ص ٥٧٧.

(٧) د. محمد سعيد أمين، مبادئ القانون الإداري، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ١٩٩٧، ٦٦٥.

(٨) د. احمد حافظ نجم، القانون الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨١، ص ٣١١.

اما الفقه العراقي فقد بين المقصود بنزع الملكية من خلال تعريف الفقهاء العراقيين ومنهم (د.خالد رشيد) حيث عرفه على انه: " امتياز ممنوح للإدارة للحصول على ملكية العقارات المملوكة للأشخاص القانون الخاص أو الحقوق العينية الأصلية جبرا وتحويلها إلى الملكية العامة للدولة أو أشخاص القانون العام الأخرى تحقيقا للنفع العام ومقابل تعويض عادل يدفع مسبقا لصاحب العقار أو الحق العيني أو الأصلي وعلى وفق إجراءات خاصة ينظمها القانون " (١). (د. أما (د. مصطفى مجيد) فقد عرفه بأنه : " نزع الملكية الخاصة جبرا من مالكةا لتحل محلها ملكية عامة تحقيقا للنفع العام " (٢) ، كما عرفه (د ، سعيد عبد الكريم مبارك) بأنه : " إجراء يقصد به حرمان شخص من ملكه العقاري جبرا بدافع المنفعة العامة مقابل تعويض عادل يدفع إليه وفقا للقانون " (٣)، أما (د . عبد الباقي نعمة) فقد عرفه بأنه : " نزع ملكية العقار أو الحقوق العينية المقررة عليه بإجراء إداري يصدر بالإرادة المنفردة لإحدى الجهات الإدارية هادفة المنفعة العامة مقابل تعويض عادل يدفع مقدما" (٤)

ومن التعريفات السابقة لنزع الملكية يمكن القول بأن نزع الملكية هو : عملية نزع ملكية الأفراد الخاصة جبرا او طوعا لتحقيق مصلحة عامة ومقابل تعويض عادل .

كما ان البعض قد اكد على حالة الإجبار في نزع الملكية، والآخر ركز على اهمية العدالة في التعويض ، ومنهم من يرى بأن التعويض يجب أن يكون سابقا لنزع الملكية ،ويرى الباحث بأنه يمكن أن يكون نزع الملكية بطريقة طوعية دون اجبار وحصول اتفاق ارادي بين الإدارة ومالك الشيء في حال إذا حصل على تعويض عادل ومسبق عن نازع ملكه..

وتجدر الإشارة هنا إلى أن المشرع العراقي قد استعمل مصطلح (الاستملاك) بدلا من (نزع الملكية) ؛ للدولة على إجراءات الإدارة المتعلقة بنزع ملكية العقارات الخاصة وتحويلها إلى عامة جبرا عن مالكةا مقابل تعويض تحقيقا للمنفعة العامة .

(١) د.خالد رشيد الدليمي، نزع الملكية للنفع العام، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠١، ص١٧.

(٢) د. مصطفى مجيد ، شرح قانون الاستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ ، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٨١، ص٩.

(٣) د. سعيد عبد الكريم مبارك، شرح القانون المدني العراقي، الحقوق العينية الأصلية، ط١، دار الحرية للطباعة ، بغداد، ١٩٧٣، ص٤٥.

(٤) د. عبد الباقي نعمة عبدالله، نزع الملكية امتياز مقرر للإدارة، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، ع١٤م٢، ١٩٨٧، ص١٧٢.

ويتفق الباحث مع الرأي الذي يذهب الى ان الأدق والأجدر والأكثر صوابا إطلاق مصطلح (نزع الملكية للمنفعة العامة) ، إذ إن الاستملاك يمكن أن يرد على الشيء غير المملوك لأحد ، أما نزع الملكية فيرد على الأشياء المملوكة ، كما ورد تعريف الاستملاك صراحة في قانون الاستملاك الملغي رقم ٥٧ لسنة ١٩٦٠ في المادة (١) إذ جاء فيها "والاستملاك هو نزع ملكية العقار لنفع عام ولقاء تعويض عادل يعين بموجب القانون " ، وكذلك المادة (١) من قانون الاستملاك رقم ٥٤ لسنة ١٩٧٠ الملغي " الاستملاك نزع ملكية العقار والحقوق العينية المتعلقة به ، أو نزع الحقوق العينية الأصلية المتعلقة به فقط إذا كانت ملكية الرقبة تعود إلى الجهة المستملكة لأغراض النفع العام ولقاء تعويض عادل يعين بموجب القانون ، ويشمل لفظ العقار ذاته الحقوق العينية فيه" ، أما قانون الاستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ النافذ فلم ينص على تعريف الاستملاك بشكل صريح.

ثانياً: تمييز قيد نزع الملكية عن مايتشابه به من قيود .

ويعد نزع الملكية من أهم الامتيازات التي تمنح للإدارة ؛ وذلك لكي تستطيع أداء مهامها والقيام واجبها الرامي إلى تحقيق النفع العام وضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد ، إلا أن إجراء نزع الملكية ليس الإجراء الوحيد الذي تملكه الإدارة من أجل تحقيق أهدافها ، بل أن هناك وسائل أخرى كالتأميم والاستيلاء والمصادرة والحجز والحراسة الإدارية ، لذا سنتولى تمييز نزع الملكية عن تلك القيود وكما يأتي:

١- التمييز بين نزع الملكية والتأميم:

ان القيد ينشأ بنقاط عديدة ولكن هناك فروقات يختلف به احدهما عن الآخر ، فمن حيث المحل نزع الملكية في الاصل يرد على العقارات الخاصة المملوكة للأفراد، بينما يرد التأميم على المشروعات الانتاجية^(١) ، وإجراءات التأميم تكون اكثر تعقيدا من نزع الملكية لان التأميم يتعلق بمستثمرين اجانب او مشاريع دول أخرى.^(٢)

(١) عزيزة حامد الشريف، التأميم وتجربته في مصر، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧٥، ص ١٣٣ .
(٢) سالم عبدالله الخيتوتي، رقابة القضاء على قرارات نزع الملكية للمنفعة، دراسة مقارنة بين التشريع الليبي والتشريع المصري، رسالة ماجستير، مههد البحوث والدراسات العربية، القاهرة ٢٠١٠، ص ٢٤ .

٢- تمييز نزع الملكية عن المصادرة:

لتمييز نزع الملكية للمصلحة العامة عن المصادرة الادارية، فان المصادرة تكون على الاموال المنقولة بينما نزع الملكية يكون دائما على الملكية العقارية^(١)، كما ان المصادرة الادارية لا يتم اللجوء اليها الا في حالات الضرورة..

٣- تمييز نزع الملكية عن الاستيلاء:

هنالك اختلافات مهمة بين اجراء الاستيلاء من قبل الادارة واجراء نزع الملكية منها ان الاستيلاء يكون محدد بمدة زمنية وموقتا، اما اجراء نزع الملكية للمصلحة العامة يكون بدون تحديد مدة زمنية^(٢) كما يختلفون بالإجراءات الاخرى فان نزع الملكية يكون اكثر تعقيدا. ^(٣)

٤- تمييز نزع الملكية من الحراسة الإدارية.

يتميز نزع الملكية من الحراسة من حيث إجراءات كل منهما ، إذ إن إجراءات نزع الملكية تختلف عن إجراءات الحراسة ، كما أن الحراسة لا يترتب عليها نقل ملكية الأموال الخاصة إلى دولة ، على عكس نزع الملكية تنقل ملكيتها للدولة ، لذلك قد لا يترتب على فرض الحراسة تعويض في عكس نزع الملكية ، كما أن فرض الحراسة قد ينصب على الأموال المنقولة والعقارية ، أما نزع لكية فالأصل أنها تكون على الأموال العقارية . ^(٤)

٥- تمييز نزع الملكية من الحجز.

من حيث الإجراءات فإن إجراءات الحجز تختلف عن إجراءات نزع الملكية ، كما أن الحجز قد لا يترتب عليه تعويض ، بينما نزع الملكية يتبعه تعويض دائما ، كما أن الحجز يكون عادة لمدة زمنية مؤقتة ، أما نزع الملكية فيكون أوسع نطاقا وبصفة دائمة ونهائية. ^(٥)

(١) خالد رشيد الدليمي، نزع الملكية للنفع العام، مصدر سابق، ص ٣٢.

(٢) محمد عبد اللطيف، نزع الملكية للمنفعة العامة، دراسة تصليلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨، ص ٧.

(٣) محمد عبد الغني مهملات، الاستملاك والقضاء الإداري، دراسة مقارنة، كلية، جامعة دمشق، ٢٠٠٥ ، ص ٤٩.

(٤) عبد الحميد احمد، نزع الملكية في اطار قرارات المنفعة العامة والمصادرة والتأميم، ط١، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، ١٩٨٨، ص ٢٠٩.

(٥) ابها عبدالله با خطاب، قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة والرقابة القضائية عليها في اليمن، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠١٥، ص ١٤٥.

الفرع الثاني

التطور التشريعي لنزع الملكية الفردية للمصلحة العامة

ان الأساس القانوني لنزع الملكية نجده في القواعد الدستورية كونها تمثل قمة الهرم القانوني، فهي التي تضفي الصفة القانونية على بقية القواعد القانونية،^(١) ومنها القوانين العادية لذلك فان التشريعات المتعلقة بنزع الملكية تستند الى الدستور، وان الدستور يشير الى ان نزع الملكية لا يتم الا وفقا للقانون وهذا يعني ان نزع الملكية يتم بتشريع صادر من الهيئة المختصة ولا يمكن ان يصدر بقرار اداري من دون الاستناد الى نص تشريعي.

لذا سوف نبحث في هذا الفرع الاساس القانوني لنزع الملكية للمصلحة العامة في ضل التشريعات محل الدراسة، الفرنسي و المصري والاماراتي والتشريع العراقي وذلك على النحو الآتي:

أولاً: التطور التشريعي لنزع الملكية الفردية للمصلحة العامة في فرنسا:

ان موضوع نزع الملكية للمصلحة العامة قبل الثورة الفرنسية لم ينظم في اي تشريع يذكر، فمثلا كان للسادة الخيار في الاستيلاء على عقارات تابعيهم لأسباب عسكرية، أو نزع ملكية أحد الأشخاص لبناء حصن أو قلعة وذلك مقابل تعويض عن ذلك، و العديد من الأعراف أعطتهم الحق في إجبار رعاياهم أو تابعيهم على التخلي عن أملاكهم وترك عقاراتهم دون الحصول على تعويض، وفي هذه الفترة كان الملك هو المالك الوحيد للأراضي كلها وليس للأفراد حق الانتفاع فقط، فاذا اريد اقامة مشروع عام فان الأراضي تسترجع للمصلحة العامة، ويتم ذلك دون تعويض او بتعويض غير عادل لانه لا يخضع لاي ضوابط محده سلفاً.^(٢)

وهذا التعسف الذي ساد في فرنسا هو احد الاسباب لقيام الثورة الفرنسية، وكان اهتمام الثورة الفرنسية واضحاً فوضعت اساساً ومبادئ تكفل حمايتها وقد ظهر ذلك جلياً في اعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة ١٧٨٩ في المادة (١٧) التي تنص على "حق الملكية حق ممان لا يمكن انتهاكه، إلا إذا دعت الضرورة الى ذلك وبتعويض عادل"، وهذا امر يلمح الى امكانية نزع الملكية من قبل الادارة تكون بحاجة الية بدون رضا المالك^(٣)

(١) داحسان نعيم المبرجي، د. كطران نعمة زغير، درعد ناجي الجدة، ص ١٦٢.

(٢) د. عبد الحكيم فودة، نزع الملكية للمنفعة، دار الالفي القانونية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٣٢.

(٣) د. احمد سعييفان، الحريات العامة وحقوق الإنسان، دراسة تاريخية وفلسفية وسياسية وقانونية مقارنة، ج ٢، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠، ص ٣٢١.

تطورت التشريعات التي تنظم نزع الملكية للمصلحة العامة في فرنسا من خلال وضع الضوابط التي تحمي الملكية الفردية، ومن القوانين التي استعملت المصلحة العامة هو التشريع المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ إذ ورد نص خاص لنزع الملكية للمصلحة العامة، ذكر في هذا النص وجوب دفع تعويض عادل مقدما. اذ نصت المادة ٥٤٤ "بان لا يكره احد عن التنازل عن ملكه الا لغرض المنفعة العامة ومقابل تعويض عادل مقدما".^(١)

يعرف بعض الشراح القيود المقررة للمصلحة العامة بعبارة حقوق الارتفاق الادارية، ونصت المادة ٦٤٩ من القانون المدني الفرنسي على ان "حقوق الارتفاق التي يرتبها القانون الغرض منها المصلحة العامة او مصلحة المدن". وعالجتها أيضا المادة ٦٥٠ من القانون المدني الفرنسي التي ذكرت بعض الأمثلة على هذه الحقوق فقد نصت على أن " حقوق الإرتفاق المرتبة للمنفعة العامة أو البلدية يكون موضوعها المرفأ في الأنهار التي يمكن الملاحة منها وأنشاء الطرق أو إصلاحها ، والأعمال الأخرى العامة أو البلدية ، وكل ما يتعلق بهذا النوع من حقوق الإرتفاق بصيغة قوانين أو لوائح خاصة " .وفي هذا ما يدل على أن طبيعة حقوق الإرتفاق العامة أو الإدارية باعتبار إنها مقررة للمنفعة العامة أو ضرورية للنظام الاجتماعي ، إذ لا يمكن أن يوجد مجتمع منظم إذا لم تتوفر الوسائل اللازمة للحفاظ على المصلحة العامة .

كما ان نزع الملكية للمنفعة العامة يمثل أعتداء خطيرا على الملكية الفردية لا يبرره سوى تفضيل المصلحة العامة على المصالح الفردية^(٢)، وقرار نزع الملكية ذو طبيعة خاصة أي يمكن إعتباره عملا لانحيا في بعض الأحيان خصوصا في حالة بدء سريان ميعاد الطعن الذي يبدأ من تاريخ نشر القرار ، ولكنه يعد قرارا فرديا فيما عدا ذلك.^(٣)

توسع المشرع الفرنسي في فكرة المرفق العام في حالات نزع الملكية من أجل تحقيق المنفعة العامة نتيجة للربط بين فكرة المرفق العام والمنفعة العامة فقد أجاز المشرع الفرنسي نزع الملكية من أجل الصحة

(١) د.محمد عبد المنعم رياض، اثر القيود الادارية في تحديد حق الملكية في مصر، السنة الثانية، العدد الرابع، مطبعة الاجانب، القاهرة، ص ٥٣٠.

(٢) عيد سعيد دسوقي، حماية الملكية الخاصة في القضاء الإداري والدستوري، دراسة مقارنة دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢، ص ١١٠.

(٣) د.محمد عبد اللطيف، نزع الملكية للمنفعة العامة، مصدر سابق، ص ٧١.

العامة أو تحقيق أهداف إجتماعية كتوفير السكن لذوي الدخل المحدود بل أجاز نزع الملكية من اجل تجميل المدن. (١)

وذهب الفقه الفرنسي في تحديده لمفهوم المصلحة العامة إلى انه إذا كانت الدولة مهددة بخطر جسيم سواء تعلق ذلك بأمنها أو سيادتها أو نظامها العام أو مؤسساتها الدستورية ، فانه بإمكان السلطة المختصة التصدي لهذا التهديد لأي من هذه المصالح العامة ، طالما تهدف إلى المحافظة على سلامة الدولة وحماية المصلحة العامة من هذه الأخطار ، أن لفكرة المصلحة العامة مفهومان أحدهما سياسي والأخر قانوني ، ففي المفهوم السياسي لا تختلف المصلحة العامة في طبيعتها عن المصلحة الفردية فهي تحكيم بين مصالح مختلفة ، وهذا التحكيم يجري في ضوء اعتبارين الأول : أن المصلحة العامة هي مصلحة الجماعة الأكثر عدد ، وذلك ما يحدث في حالة الإستملاك ، مثلا إتاحة مرور طريق سير يضحى بمصلحة المالك لمصلحة الجماعة.

الثاني : أن المصلحة العامة تتحدد من حيث النوع الا من حيث الكم ، فالمرضى بمرض لا يشترط أن يكونوا أكثر عددا من جمهور الأصحاء ، لكن قيمة وصحة الفرد وحياة الإنسان تتغلب على قيمة المصالح المالية لمجموعة المواطنين^(٢) وهذا هو المعيار الكمي وكذلك المعيار المعنوي يشترط بحسب الزمان والمكان وكذلك مفهوم المصلحة العامة ، فهو مفهوم نسبي وليس مطلق يقبل الإضافة والحذف تبعاً للظروف الزمانية والمكانية التي توجد فيها الجماعة، أما المفهوم القانوني فان مفهوم المصلحة العامة لكي يكون قابلاً للإستعمال قانوناً يجب تحديد السلطات الصالحة للتحكيم بين المصالح الخاصة. ^(٣) إن المصلحة العامة في جوهرها هي تحكيم بين المصالح وليست قيمة مجردة وهي فكرة ترتبط بالشرعية إذ أن

(١) رشيد بو سكري، شرط المنفعة العامة في مسطرة نزع الملكية بين سلطة القضاء وكرهات الواقع منشور في قضايا العقود الادارية ونزع الملكية المنفعة العامة وتنفيذ الأحكام من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، مطبعة الامينة، الرباط، ٢٠٠٧، ص٢٠١٨.

(٢) د. جورج فوديل، بيار ولفولفية، القانون الإداري، ج١، ترجمة سعيد القاضي. المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، لبنان، ط١، ٢٠٠١، ص٤٣١.

(٣) عز الدين بو بكرعلي محمد، نزع الملكية للمنفعة العامة في القانون الليبي المقارن، رسالة ماجستير ،اكاديمية الدراسات العليا، فرع بنغازي، ٢٠٠٣، ص١

هدف المصلحة العامة شرط جوهري لشرعية العمل الإداري والإدارة لا تتخذ القرارات إلا من أجل المصلحة العامة. بعد تفهم فلسفة نزع الملكية للمنفعة العامة من قبل المشرع الفرنسي صدر قانون رقم ٨ إذار لسنة ١٨١٠ وأصبح لا يجوز نزع الملكية جبرا عن الأفراد إلا بقانون ومقابل تعويض عادل ، وقد أسفر صدور هذا القانون في حالات وضعت الإدارة فيها يدها على عقارات مملوكة للأفراد دون أتباع إجراءات نزع الملكية وهي ما يعبر عنها بنزع الملكية بطريق غير مباشر ، لأن العقار يصبح في هذه الحالة في حكم المنزوعة ملكيته ..

فقد صدرت عدة قوانين لنزع الملكية للمنفعة العامة في ظل دستور سنة ١٨٧٥ ، فقانون ٥ نيسان لسنة ١٨٨٤ حدد النظام العام كقيمة كبرى للمصلحة العامة يتمثل في حفظ الأمن والسكينة العامة والصحة كما إن المشرع عندما ينشئ مرافق عامة ، يضع موضوع المرفق في عداد عناصر المصلحة العامة فضلا عن تحديد الظواهر القانونية التي بموجبها تتحقق هذه الغاية أي تحديد السلطة التي لها صلاحية التدخل والوسائل الممكن استخدامها لتحقيق هذه الغاية (١).

كما صدر القانون رقم ١١ حزيران لسنة ١٩٣٨ والذي خول الإدارة الإستيلاء تحقيقا لاحتياجات البلاد . (٢)

إن تدخل دستور ١٩٤٦ الفرنسي لتحديد المصلحة العامة حينما وضعت مقدمته الصحة العامة والأمن وحماية الأسرة في مصاف غايات المصلحة العامة ، الا انه يعود للمشرع بصورة عامة تحديد منفعة معظم عناصر المصلحة العامة ، أما الإدارة فلها صلاحية تحديد غايات المصلحة العامة . (٣)

(١) محمد بكر حسين، نزع الملكية للمنفعة العامة، مكتبة السعادة، طنطا، ١٩٩١، ص٢٠.

(٢) مصطفى كبير، نظرية الاعتداء المادي في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٤٦، ص١٧.

(٣) انظر: دستور سنة ١٩٥٨ والتطور الذي حصل في تحديد المجال للمشرع واطلاق المجال للائحة.

ثانياً: التطور التشريعي لنزع الملكية الفردية للمصلحة العامة في مصر

ان الدساتير المصرية حرصت منذ دستور ١٩٢٣ م على مبدأ حماية الملكية الفردية باعتبارها في الأصل أساس النشاط الفردي ، و أنها مصدر من مصادر الدخل القومي التي يجب تتميتها والحفاظ عليها لتؤدي وظيفتها الاجتماعية في خدمة الاقتصاد ، ومن أجل ذلك أكدت الدساتير على حظر نزع الملكية الخاصة جبراً إلا للمصلحة العامة ومقابل تعويض عادل وفقاً للقانون^(١) -ويتم هذا بإجراءات استثنائية لنزع الملكية للعقارات مدامت تحتاج إليها الدولة على ان يتم ذلك وفقاً لضوابط معينة^(٢) وقد نصت المادة ٩ من دستور ١٩٢٣ م على أن : “ للملكية حرمة فلا ينزع عن أحد ملكه إلا بسبب المنفعة العامة في الأحوال المبينة في القانون وبالكيفية المنصوص عليها فيه وبشرط تعويضه تعويضاً عادلاً “ . وايضا نص دستوري اخر على ان “الملكية الخاصة مصونة ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا في الأحوال المبينة في القانون وبحكم قضائي ولاتنزع الملكية الا للمنفعة العامة ومقابل تعويض وفقاً للقانون “^(٣)

ثم جاءت تعديلات دستور ٢٠٠٧ م تؤكد على هذا المبدأ ، حيث نصت المادة (٣٤) منه على أن : “ الملكية الخاصة مصونة ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا في الأحوال المبينة في القانون وبحكم قضائي ، ولا تنزع الملكية إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض وفقاً للقانون وحق الإرث فيها مكفول “ . وبعد الغاء دستور ١٩٧١ حل محله دستور مصر لسنة ٢٠١٢ المعدل اذ نصت المادة ٣٥ منه على ان “الملكية الخاصة مصونة وحق الارث مكفول ، ولايجوز فرض الحراسة عليها إلا في الأحوال المبينة في القانون وبحكم قضائي ولاتنزع الملكية الا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل يدفع مقدماً وفقاً للقانون “وبالمقارنة بين النصين نلاحظ تجاهل دستور ١٩٧١ الملغي شرط ان يكون التعويض عادلاً وهذا نقص تشريعي تداركه المشرع المصري في دستور ٢٠١٢ المعدل حين نص على ان يكون التعويض عادلاً ويدفع مقدماً.

اما القانون المدني المصري فجاء متوافقاً مع كل ما جاء في نصوص الدساتير المتعاقبة ، حيث نصت المادة (٨٠٥) من القانون رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ م على أنه : “ لا يجوز أن يحرم أحد من

(١) د.صلاح الدين فوزي، المبسوط في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٩٨ ، ص٩٣٩.

(٢) انظر: مشروع قانون نزع الملكية رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ وما ورد في تقرير اللجنة المشتركة بشأنه.

(٣) انظر: المادة ٣٤ من دستور جمهورية مصر العربية لسنة ١٩٧٠.

ملكه إلا في الأحوال التي يقرها القانون وبالطريقة التي يرسمها ، ويكون ذلك مقابل تعويض عادل .”
(١)

وبعد التغييرات السياسية التي شهدتها مصر اثر ثورة تموز ١٩٥٢ وتحول مصر من النظام الملكي الى النظام الجمهوري (٢) صدر القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ التي نصت المادة الاولى منه على أن “يجري نزع ملك العقارات اللازمة للمنفعة العامة والتعويض عنه وفقا لاحكام هذا القانون” (٣)
ان الغاية من نزع الملكية هو تحقيق المصلحة العامة ذلك ان مصلحة الجماعة تقدم على مصلحة الفرد، فالدولة في حاجة دائمة الى اقامة العديد من المشروعات لمسايرة التطور، وعادة هذه العقارات تكون مملوكة للأفراد، ومن أجل ذلك شرعت قوانين نزع الملكية والتي ارتبطت بالمصلحة العامة فجميع التشريعات نزع الملكية اشترطت المصلحة العامة اساسا لها. (٤)

إن مصطلح المصلحة العامة هو مضمون مرن غير محدد فلا يندرج تحت صورة معينة وعلى الرغم من إن المشرع المصري قد حدد الأعمال التي تعد من أعمال المصلحة العامة إلا أنه لم يحصرها في القوانين فقط فعلى سبيل المثال منح المشرع المصري رئيس الوزراء سلطة إضافة مشروعات وأعمال أخرى إلى تلك الموجودة في القانون الإضفاء صفة المصلحة العامة عليها (٥) وفي الواقع العملي فان للإدارة سلطة تقديرية واسعة بالنسبة لتقرير المصلحة العامة فهي تقوم باختيار مكان تنفيذ المشروع ذي النفع العام ، دون رقابة القضاء عليها ، فكل ما أشترطه القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ إجازة نزع الملكية هو أن تكون ثمة مصلحة عامة يراد تحقيقها من وراء ذلك ، وقد أطلق القانون مجال التقدير في هذا الشأن لتقدير الإدارة التي لها أن تحدد العقارات مباشرة للمشروع الأصلي الذي قررت له صفة المصلحة العامة وكذلك العقارات التي ترى أنها مكتملة لأغراض المشروع (٦) . ونزع الملكية لا يقتصر على

(١) انظر: المادة ٩ من دستور جمهورية مصر العربية لسنة ١٩٢٣.

(٢) انظر: القرارات الصادرة بعد هذا التغيير منها قانون رقم ٢٥٢ لسنة ١٩٦٠ لمعالجة الخلل في قانون ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ الذي أوجب صدور قرار المنفعة من رئيس الجمهورية.

(٣) انظر قانون رقم ٥ لسنة ١٩٥٧ بشأن نزع الملكية للمنفعة العامة وهو القانون الذي يسري على نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة امام القضاء الوطني. ثم اصدر القانون ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ الذي اوجب صدور قرار المنفعة من رئيس الجمهورية.

(٤) د. وليد رمضان، طوابط نزع الملكية للمنفعة العامة والتعويض العادل عنها، ط١، دار الحفانية، ٢٠١١، ص٤١.

(٥) الفقرة الثانية من المادة الثانية من قانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ والمادة الثانية من قانون رقم ٢٢٢ لسنة ١٩٥٥.

(٦) انظر: المادة ٢ من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ ان يعد من اعمال المنفعة العامة في تطبيق احكام هذا القانون: (إنشاء الطرق والشوارع والميادين، مشروعات المياه والصرف الصحي، مشروعات الري، مشروعات الطاقة،.....)

العقارات اللازمة لمشروع النفع العام ، بل يمتد كذلك إلى أي عقار يلزم التحقيق غرض المشروع ، حيث نصت المادة ٧ من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ على أن “ كما يجوز أن يشمل نزع الملكية فضلا عن العقارات اللازمة للمشروع الأصلي أية عقارات أخرى ترى الجهة القائمة على اعمال التنظيم انها لازمة لتحقيق الغرض من المشروع او لان بقاءها بحالتها من حيث الشكل او المساحة لايتفق مع التحسين المطلوب..”

أما بالنسبة لسلطة تنظيم الإستيلاء المؤقت على العقار فقد تقرر من خلال القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ والقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ وقد حدد أولهما مدة الإستيلاء بما لا تتجاوز ثلاث سنوات، يبدأ سريانها من تاريخ الإستيلاء الفعلي على العقار وأن يعود إلى أصحابه بالحالة التي كان عليها عند الإستيلاء ، ولا يجوز من هذه المدة إلا عند الضرورة وبإتفاق ذوي الشأن على المدة الزائدة فإذا صار هذا الاتفاق متعذرا ، تعين قبل انقضاء المدة الأصلية بوقت ملائم ان تتخذ الجهة الإدارية الإجراءات التي يقضيها نزع ملكية العقار ، اما القانون الثاني اعتمد هذه القواعد ذاتها باستثناء ان مدة الإستيلاء تعتبر منتهية بانتهاء الأغراض التي توخاها أو بمضي ثلاث سنين من تاريخ الإستيلاء الفعلي أيهما أقرب^(١) . ويلاحظ أن الإستيلاء المؤقت يتحول إلى نزع ملكية نهائي إذا احتاجت الجهة المختصة إلى العقار مدة أطول من ثلاث سنوات وتعذر عليها الإتفاق مع المالك على تمديد المدة، كذلك إذا أصبح العقار غير صالح للاستعمال الذي كان مخصصا له على أن يعرض المالك تعويضا عادلا عند الإستيلاء المؤقت^(٢) . وهناك أحوال لا تدعو أغراض المنفعة العامة فيها إلى نزع ملكية العقار بل يحتاج الأمر إلى الإستيلاء المؤقت فقط ، والاستيلاء المؤقت يكون هذا نوع من الإيجار الجبري كما يجوز حصول الاستيلاء المؤقت حالا بدون الإجراءات التي نص عليها القانون اذ استجبت حالة طارئة تدعو لذلك.^(٣)

ثالثا: التطور التشريعي لنزع الملكية الفردية للمصلحة العامة في الامارات

- (١) انظر: المادة ١٨ من قانون ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ ، والمادة ١٦ من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ .
(٢) د. محمد علي عويضة ، القواعد الاجرائية في قانون نزع الملكية للمنفعة العامة في ضوء احكام القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ ، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠ ، ص١٨ .
(٣) د.محمد عبد المنعم رياض، اثر القيود الادارية في تحديد حق الملكية في مصر، مصدر سابق، ص٥٣٧ .

ان الأحكام العامة التي أوردها قانون المعاملات المدنية والتي تبين القيود التي ترد على حق الملكية التي يجب مراعاتها عند تطبيق أحكام القيود القانونية أو القيود الإرادية ، إذ تنص المادة ١١٣٩ من قانون المعاملات المدنية على ما يلي : وللمالك ان يتصرف في ملكة تصرفا مطلقا ما لم يكن تصرفه مضرا بغيره ضرر فاحش أو مخالفة للقوانين أو النظم المتعلقة بالمصلحة العامة أو المصلحة الخاصة وتبين المذكرة الايضاحية لقانون المعاملات المدنية المصدر التاريخي لهذا النص بالقول ، وقد استمد حكم هذه المادة من المواد ١١٩٢ ، ١٢٠٠ ، ١٢٠٩ ، من المجلة وشرحها لعللي حيدر والمواد ٥٧ - ١٣ من مرشد الحيران ، مع اضافة قيد تتطلبه المصلحة وهو التزام القوانين المتعلقة بها (١)

وبالرجوع إلى النصوص التي أشارت إليها المذكرة الايضاحية في مجلة الأحكام العدلية تتضح لنا الأحكام العامة التي تحكم القيود التي ترد على حق الملكية (٢)

وتبين المادة ١١٣٧ من قانون المعاملات المدنية معيار الضرر الفاحش الذي قد يلحق الغير من قيام المالك بالتصرف في ملكه فهي تنص على أن الضرر الفاحش هو ما يكون سببا لوهن البناء أو هدمه او يمنع الحوائج الأصلية اي المنافع المقصودة من البناء ، وقد بينت المذكرة الايضاحية لقانون المعاملات المدنية المصدر التاريخي لهذا النص بالقول وقد استمدت هذه المادة من المادة وه من مرشد الحيران والمادة ١١٩٩ من المجلة وشرحها لعللي حيدر (٣)

ووفقا للنصوص السابقة لا يحق للمالك ان ينصرف في ملكه تصرفا يضر بغيره ضررا فاحشا وتوضح مجلة الأحكام العدلية هذا النص بالقول فلو كان السفل لواحد ، والعلو الآخر ، فلصاحب العلو حق القرار على السفل ولصاحب السفل حق السقف في العلو يعني حق الستر من الشمس والتحفظ من المطر ، ولهذا ليس لأحدهما أن يفعل شيئا مضرا الا بإذن الآخر. (٤)

وتنص المادة ١١٣٨ من قانون المعاملات المدنية على أنه إذا تعلق حق الغير بالملك فليس للمالك ان يتصرف فيه تصرفا مضرا بصاحب الحق الا بإذنه ، . وقد بينت المذكرة الإيضاحية لقانون

(١) المذكرة الايضاحية لقانون المعاملات المدنية م ٨٢٠ .

(٢) مجلة الأحكام العدلية هي عبارة عن تقنين للمعاملات المدنية ماخوذ اساساً من المذهب الحنفي ، اما مرشد الحيران فهو تقنين قننه المرحوم قدري باشا على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان ولكن هذا التقنين لم يطبق..

(٣) المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية ص ٨٢٠ .

(٤) مجلة الأحكام العدلية تنص المادة ١١٩٢ من مجلة الأحكام العدلية على ما يلي : كل تصرف في ملك كيف شاء لكن إذا تعلق به حق الغير بمنع المالك من تصرف بوجه الاستقلال . فلو كان السفل لواحد ، والعلو الآخر ، فلصاحب العلو حق القرار على السفل ولصاحب السفل حق السقف في العلو ، بعني حق السقف من الشمس والتحفظ من المطر ، ولهذا ليس لأحدهما ان يفعل شيئا مضرا الا بإذن الآخر.

المعاملات المدنية المصدر التاريخي لهذا النص بالقول : « وقد استمدت هذه المادة من المادة ٥٨ من مرشد الحيران والمادة ١١٩٢ من المجلة . (١) ».

وفقا لهذا النص إذا تعلق حق الغير بالملك فلا يحق للمالك أن يتصرف في العين اذا كان هذا التصرف سيلحق الضرر بالغير ، إلا إذا وافق الغير على هذا التصرف . كما أن الحقوق والحريات العامة التي تضمنها دستور دولة الإمارات العربية المتحدة ، تناول الحقوق والحريات الاقتصادية ، وأيضا الحقوق والحريات الاجتماعية وذلك على النحو التالي : الحقوق والحريات الاقتصادية : تتضمن هذه الحريات إتاحة الفرصة للأفراد لممارسة الأنشطة الاقتصادية والتمتع بثمراتها ، بما يستلزم الإقرار بحق الأفراد في إنشاء وإدارة المشروعات الاقتصادية (حرية التجارة والصناعة وكذلك حرية الملكية بحيث تكون مصونة لا تمس ولا يمكن نزعها إلا للمصلحة العامة ومقابل تعويض عادل . وقد كفل الدستور الإماراتي حق الملكية ، حيث نصت المادة (٢١) منه على أن " الملكية الخاصة مصونة ويبيّن القانون القيود التي ترد عليها ولا ينزع من أحد ملكه إلا في الأحوال التي تستلزمها المنفعة العامة وفقا لاحكام القانون وفي مقابل تعويض عادل " كما حظر الدستور المصادرة العامة للأموال ، حيث نصت " أن المصادرة العامة للأموال محظورة ولا تكون عقوبة المصادرة الخاصة إلا بناء على حكم قضائي وفي الأحوال المنصوص عليها في القانون " .

ونص قانون رقم ٢ لسنة ٢٠٢٠ م بشأن ملكية العقارات للمنفعة العامة في إمارة الشارقة على ان " لا يجوز نزع ملكية عقار إلا للمنفعة العامة ، ومقابل تعويض عادل وفقا لأحكام هذا المرسوم بقانون ولائحته التنفيذية والقرارات الصادرة بموجبه " . وحدد المرسوم بقانون المنفعة العامة في إمارة الشارقة بما يأتي :

(١) المذكرة الايضاحية لقانون المعاملات المدنية ص ٨٢٠

- ١- مشروعات التخطيط العمراني وإعادة التأهيل والإحلال .
٢. إنشاء أو تطوير المشروعات العامة والبنى التحتية والمرافق العامة والخدمية والمباني الحكومية وما في حكمها .
- ٣- إقامة المحميات الطبيعية والمناطق الرعوية .
- ٤- تحديد وحماية مواقع التراث الثقافي المادي .
- ٥- نزع ملكية العقارات المحيطة أو المجاورة التي تؤثر سلباً على المشروعات العامة والبنى التحتية والمرافق العامة والخدمية والمباني الحكومية وما في حكمها ، أو على العقارات المنزوعة ملكيتها ، من حيث تحقيق المنفعة العامة أو الشكل أو المظهر الحضري أو المساحة أو التحسين التطوير المطلوب .

٦- تحقيق الأمن والسكينة والصحة والآداب العامة . (١)

ووفقاً للقانون يحظر على صاحب الحق بعد تبليغه بقرار نزع الملكية للمنفعة العامة القيام بما يأتي دون إذن مسبق من دائرة التخطيط والمساحة :

١. مباشرة أي تصرف من التصرفات القانونية التي من شأنها أن ترتب حقوقاً على العقار .
٢. إدخال أية تحسينات أو تغييرات على العقار مهما كان نوعها أو طبيعتها ، باستثناء الأعمال اللازمة للحفاظ على السلامة العامة .

ويقضي القانون أن تؤول ملكية العقار المنزوعة ملكيته للمنفعة العامة إلى الحكومة اعتباراً من تاريخ نفاذ قرار نزع الملكية (٢) وأجازت المادة رقم ١٢ لممثلي دائرة التخطيط والمساحة دخول العقار المنزوعة ملكيته للمنفعة العامة ومعاينته بعد نفاذ قرار نزع الملكية وتبليغ صاحب الحق به ، وفي حال كان العقار مشغولاً معين إخطار شاغليه قبل موعد الدخول بمهلة لا تقل عن ١٤ يوماً..

(١) انظر: المادة ١٠ من قانون رقم ٢ لسنة ٢٠٠٠ بشأن نزع الملكية للمنفعة العامة في إمارة الشارقة. متاح على الإنترنت - ١٠-٠٥-٢٠٢٠- https://www.albayan.ae/across-the-uae/news-and-reports/

٣٨٥٤٩٤٦?ot=ot.AMPPageLayout. تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٧/٩.

(٢) أقر فقهاء المسلمين العديد من القواعد الأصولية منها (يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام) الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف) ، درء المفاسد أولى من جلب المنافع .

رابعاً: الأساس القانوني لنزع الملكية الفردية للمصلحة العامة في التشريع العراقي.

ان المشرع العراقي اخذ أحكام هذا النوع من القيود من الشريعة الإسلامية التي توازن بين الحقوق الخاصة والعامة للأفراد والجماعة^(١)، أن نزع الملكية جبراً إجراء يخالف الأصل وهو صون الملكية الفردية المقررة في التشريعات لذلك فهو يعد إستثناء على المبدأ العام ، يجب تفسيره تفسيراً ضيقاً ، ولا يجوز الإلتجاء إليه الا طبقاً لنصوص قانونية تجيزه صراحة وفي حدود القيود التي تقصدها هذه التشريعات^(٢)

ان نزع الملكية الفردية للمصلحة العامة يشمل تهديداً خطيراً على الملكية الخاصة للأفراد فقد نصت عليه بعض الدساتير العراقية ، فقد نص القانون الأساسي العراقي لسنة ١٩٢٥ في المادة العاشرة منه على أن "حقوق الملكية مصونة فلا ينزع ملك أحد أو ماله إلا لأجل النفع العام في الأحوال والطريقة التي يعينها القانون وبشرط تعويض عنه تعويضاً عادلاً" . ونص دستور ٢٧ تموز ١٩٥٨ في المادة ١٣ منه على أن "الملكية الخاصة مصونة وينظم القانون أداء وظيفتها الإجتماعية ولا تنتزع إلا للمنفعة العامة مقابل تعويض عادل وفقاً للقانون" ونصت المادة ١٦ من دستور ١٩٧٠ على أن "لا تنتزع الملكية الخاصة إلا للمقتضيات المصلحة العامة ووفق تعويض عادل حسب الأصول الذي يحددها القانون" ، أما بالنسبة إلى قانون إدارة الدولة العراقية فقد نصت المادة السادسة عشرة على أن "الملكية الخاصة مصانة فلا يمنع أحد من التصرف في ملكه إلا في حدود القانون ، ولا ينزع عن أحد ملكه إلا لأغراض المنفعة العامة في الأحوال المبينة في القانون وبالكيفية المنصوص عليها فيه ، ويشترط تعويضه عنه تعويضاً عادلاً وسريعاً"

أما المادة (٢٣ ثانياً) من دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ فقد نصت على أن "لا يجوز نزع الملكية إلا لأغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل، وينظم بقانون". أما بالنسبة للقوانين المدنية فإن نص المادة (١٠٥٠) من القانون المدني العراقي يستند على نص المادة العاشرة من القانون الأساسي العراقي لسنة ١٩٢٥ ، إذ نصت على أن "لا يجوز أن يحرم أحد من ملكه إلا في الأحوال التي قررها

(١) د.مصطفى مجيد : شرح قانون الإستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ ، المكتبة الوطنية ، بغداد ، ١٩٨١، ص٥٤.

(٢) أن أول تشريع صدر بشأن الإستملاك في العراق كان النظام المؤرخ في ١٩١٨/٩/٢٠ ولم ينشر ، ثم النظام رقم ٢١ لسنة ١٩١٩ ثم البيان رقم ٨٨ لسنة ١٩٢٠ ثم القوانين ٩٢ لسنة ١٩٢٣ و ٦ لسنة ١٩٢٤ و ٢٥ لسنة ١٩٢٩ و ٤٧ لسنة ١٩٤٠ ، ثم صدر بعد ذلك قانون استملاك الأموال المنقولة رقم ٤٣ لسنة ١٩٣٤ الذي عدل بموجب القوانين ٣٩ لسنة ١٩٣٤ و ٢٥ لسنة ١٩٣٩ و ٤٧ لسنة ١٩٤٠ ثم صدر بعد ذلك القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٦٠ الذي الغيت بموجبه القوانين السابقة و عدل هذا القانون تعديلات عديدة إلى أن صدر القانون رقم ٥٤ لسنة ١٩٧٠ ، الذي عدل بموجب القانون ١٣٨ لسنة ١٩٧٠ و ٢٢٢ لسنة ١٩٧٠. نقلاً ص ١٢٣ .

القانون وبالطريقة التي يرسمها ، ويكون ذلك في مقابل تعويض عادل يدفع إليه مقدما “ وهذا يعني أن القانون المدني قد أجاز الإستملاك للنفع العام^(١)

ونص المادة ١٠٥٠ بأشترطه أن يدفع التعويض مقدما هو أوفق من نص المادة العاشرة من القانون الأساسي العراقي لسنة ١٩٢٥ . الحقيقة أن الدساتير اللاحقة على دستور ١٩٥٨ لم تشهد صدور قوانين للإستملاك بل تعديلات على القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٦٠^(٢) . حتى صدور دستور ١٩٧٠ الذي شهد ولادة قانون الإستملاك رقم ٥٤ لسنة ١٩٧٠^(٣)

وعرف هذا القانون الإستملاك ، بأنه “نزع ملكية العقار والحقوق العينية المتعلقة به للمصلحة العامة ولقاء تعويض عادل يعين بموجب القانون ويشمل لفظ (العقار) ، العقار ذاته والحقوق العينية فيه “ كما عرف هذا القانون النفع العام بأنه “ كل ما يتعلق بأعمال السلطة العامة لغرض اداء الخدمات العامة والأمور التي تعهدت بها الدولة بموجب معاهدة أو اتفاقية مصدقة ، بأستملاك عقارات تطبيقاً لبنودها”^(٤)

إلا أن هذا القانون لم يعدد الحالات التي تعد من قبيل الإستملاك لغرض المصلحة العامة بعكس ما كانت تنص عليه المادة الثانية من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٦٠ الملغي حيث أورد الحالات التي تعد من قبيل الإستملاك فيها للمصلحة العامة ، وقد ترك القانون ٥٤ لسنة ١٩٧٠ أمر تقدير المصلحة العامة إلى القضاء ، فالمحكمة هي التي تقرر وجود المصلحة العامة من عدمها في العقار المطلوب إستملاكه^(٥)

(١) وهذا النص تقابله المادة (٨٠٥) مدني مصري والمادة (٧٢٢) مدني سوري ، غير ان النص العراقي زاد عليه العبارة الأخيرة وهي (يدفع اليه مقدما).

(٢) . عدل القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٦٠ بالقوانين ١٣٢ لسنة ١٩٦٠ و ٧٢ لسنة ١٩٦١ و ٤٦ لسنة ١٩٦٤ و ٣٣ لسنة ١٩٦٥.

(٣) يرى بعض الفقه ، إن لفظ الأستملاك ينصرف إلى معنى طلب الملك أو أخذ ملكية المال من مالكة إلى مالك آخر ، في حين أن الغاية من الإستملاك في هذا القانون هو نزع الملكية جبرا عن مالكة لتحل محلها ملكية عامة.

(٤) تنظر: المادة ١ من من قانون رقم ٥٤ لسنة ١٩٧٠ ، و عدل هذا القانون بموجب قانون التعديل الخامس رقم ٢٢ لسنة ١٩٧٤ ، الذي الغى تعريف الاستملاك السابق بموجب المادة ١ من قانون التعديل

(٥) المحكمة المختصة في النظر في دعاوى الإستملاك هي محكمة البداية التي يقع العقار ضمن منطقتها طبقاً للمادة الأولى من القانون المذكور.

والقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ لم يعرف الإستيلاء وأما حدد أهداف القانون إلى تنظيم استيلاء العقار والحقوق العينية الأصلية المتعلقة به من قبل دوائر الدولة والقطاعين الأشتراكيين والمختلط ، تحقيقاً للأغراضها وتنفيذاً لخططها المشار إليها^(١).

أما بالنسبة للإستيلاء فهو وضع اليد على الملك من قبل السلطة المختصة ، أما الغرض نزع الملكية فيما بعد وهو الإستيلاء الدائمي أو أرجاعه إلى أصحابه بعد إنتقاء الغرض من وضع اليد عليه وهو الإستيلاء المؤقت^(٢).

فهناك حالات ينبغي على الحكومة أن تتدخل فيها وتقرر الإستيلاء المؤقت على الشيء المملوك ملكية خاصة للأفراد وتقوم باستعماله للمنفعة العامة لقاء تعويض على أن تقوم بإعادته إلى صاحبه بعد إنتهاء الغرض منه^(٣).

والدافع على هذا الإستيلاء النفعي هو ما تقتضيه ظروف الحرب أو حدوث كارثة مفاجئة كالفيضانات والزلازل ، أو الأمراض الوبائية ، أو قطع جسر أو هدم سد أو في سائر الأحوال المستعجلة ، و يجوز الإستيلاء المؤقت في غير الأحوال المتقدمة لمجرد خدمة مشروع ذي منفعة عامة^(٤) إن نصت المادة ٣٦ من قانون الإستيلاء رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ على أن " أولاً : الدوائر الدولة والقطاعين الأشتراكيين والمختلط في الحالات الإستثنائية الطارئة ، كالفيضانات أو نقشي وباء ، أن تقرر الإستيلاء المؤقت على أي عقار مدة تحدد بقرار الإستيلاء على أن لا تتجاوز (سنتين) من تاريخ القرار " . ان هذا الجواز وان كان مبني على المصلحة ودرء الأخطار فان القوانين السابقة على القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ قد اجازت الاستيلاء المؤقت^(٥).

(١) المادة الأولى من قانون رقم ١٢ لسنة ١٩٨١

(٢) نص قانون الإستيلاء رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ على الاستيلاء المؤقت في المادة ٢٦ بفقراتها.

(٣) قد عبر القانون اللبناني عن هذا النوع من الإستيلاء (بالاشغال المؤقت) وهو نوع من الإستيلاء الخاص بوضع اليد على العقار للمصالح العامة قانون الإستيلاء .

(٤) د. عبود عبد اللطيف البلداوي : مصدر سابق ، ص ٢٢٥ .

(٥) وردت عدة صور في القوانين من هذا الاجراء منها :

ب) ما ورد في الفقرة (١) من المادة السابعة عشر من قانون الإستيلاء رقم ٥٤ لسنة ١٩٧٠ من أن للدوائر المختصة في حالة حدوث فيضان أو نقشي وباء أو غيرها من الحالات الطارئة والمستعجلة أن تقرر الأستيلاء المؤقت على العقارات لمدة تحدد بقرار الاستيلاء بحيث لا تزيد عن سنتين من تاريخ الأستيلاء الفعلي.

ج) نصت المادة الثانية من قانون الاستعانة الضرورية رقم ٣٧ لسنة ١٩٦١ على أن الرؤساء الوحدات الإدارية السيطرة على سائر الممتلكات المبالغة الحوادث الفجائية..

وكذلك الاستيلاء الدائم الذي يمثل نوع من انواع نزع الملكية للمصلحة العامة وقد ورد فيه عدت صور منها الاستيلاء وفق قانون السلامة الوطنية إذ اجازت المادة (٤ الفقرة ١٣) من قانون السلامة الوطنية رقم ٤ لسنة ١٩٦٥، لرئيس الوزراء ان يمارس في المنطقة التي شملتها اعلان الطوارئ سلطة الاستيلاء ومن الصور الاخرى للاستيلاء الدائم، الاستيلاء على الاراضي الزراعية وفقا لنص الفقرة ١ من المادة ٦ من قانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠ حيث يتم الإستيلاء على الاراضي الزراعية يكون مجانا بالاستناد الى قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم ١٨٦ الصادر في ١٨/٥/١٩٦٩. وبعد الغاء دستور ١٩٧٠ جاء قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤ على أن " الملكية الخاصة مصادرة فلا أحد من التصرف في ملكه إلا في حدود القانون ، ولا تتزع عن أحد ملكه إلا لأغراض المنفعة العامة في الأحوال المبينة في القانون وبالكيفية المنصوص عليها ، ويشترط تعويضه عنه تعويضا عادلا وسريعا".^(١) ونصت المادة ٢٣ / ثانيا من دستور العراق النافذ لسنة ٢٠٠٥ على أن "لا يجوز نزع الملكية الا لأغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل ، وينظم ذلك بقانون " . ويلاحظ ان النصين جاءا بقواعد عامة مشتركة وبخاصة فيما يتعلق بأشترط التعويض العادل الا أنهما اختلفا من حيث أدائه فكان النص في قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية أوفق من نص المادة ٢٣ / ثانيا من دستور ٢٠٠٥ لأنه اشترط يجب أن يكون التعويض عادلا وسريعا.

يستخلص مما سبق من النصوص الدستورية والتشريعات المستندة من تلك النصوص أن حق الملكية الفردية من المبادئ الدستورية الأساس ، وأن النظام الإقتصادي في العراق يقوم على مبدأ الاعتراف بالملكية الفردية وضمن حرية الأفراد في التملك استجابة للحاجة، الا ان اجيز للسلطة العامة حق نزع الملكية كلها او بعضها جبرا على مالها للمصلحة العامة مقابل تعويض عادل.

المطلب الثاني

التأميم كقيد على الملكية الفردية للمصلحة العامة

ان التأميم من القيود التي تمس حق الملكية الفردية، ويمكن القول بصورة عامة أن التأميم عمل من أعمال السيادة يهدف إلى إبعاد المشروع المؤمم عن الإدارة الرأسمالية المستغلة لتحقيق مصلحة الجماعة عن طريق نقل ملكية المشروع الخاص باعتباره من وسائل الإنتاج من نطاق القطاع الخاص إلى نطاق القطاع العام وخلق نظام قانوني جديد في القطاع العام هو نظام المشروعات العامة ذات الطابع

(١) تنظر: المادة ١٦ من قانون المرحلة الانتقالية في العراق لسنة ٢٠٠٤.

الاقتصادي .لذا سنحاول ان نسلط الضوء في هذا المطلب على التعريف بالتأميم في الفرع الأول وجوانبه التشريعية في الدول المقارنة في الفرع الثاني وهي ما يأتي:

الفرع الأول

التعريف بالتأميم كقيد على الملكية الفردية للمصلحة العامة

ان التأميم هو اجراء تنقل به ملكية المشروعات الخاصة من افراد طبيعيين او اشخاص معنوية الى الشعب ممثلا بالدولة مقابل تعويض..وعلى هذا الأساس سنوضح تعريف التأميم لغة واصطلاحا في الفقرة الاولى وشروطه في الفقرة الثانية ومقتضياته في الفقرة الثالثة وكما ياتي:

اولا: تعريف التأميم لغة واصطلاحا:

لغة: ياتي التأميم بمعاني كثيرة في اللغة، فياتي بمعنى الاتباع فيقال: تأمم بفلان، ائتم به،اي اقتدى به وتبعه،فيقال: تأمم بالعلماء السابقين، وامم الشركة اي جعلها تابعة للدولة. (١)

اصطلاحا:

عرف الفقهاء للتأميم بتعريفات كثيرة، ، إذ إن التأميم يتأثر عادة بالوضع السياسي والاجتماعي القائم في الدولة ، وكذلك الانتماءات وكذلك تعدد الاتجاهات التي ينتمي إليها فقد عرفه الفقه الفرنسي على أنه “ تحول تتطلبه المصلحة العليا في حال أو نشاط يعد من أدوات الإنتاج من المجال الخاص إلى المجال العام التابع للدولة لاستغلاله للمصلحة العامة دون الخاصة “ .. اما (برنارد) فيقول : “ إن التأميم هو تحول المشروع من الأمة الخاصة إلى الأمة العامة ، أو تحوله من مجال الرأسمالية الخاصة إلى الاقتصاد العام مع الخضوع لسلطة ورقابة الجماعة ، قالتحول في الملكية والإدارة هو ما يميز التأميم” (٢)

أما الفقه المصري فيعرف التأميم بأنه : “ تحويل مشروع خاص على قدر من الأهمية الى مشروع عام يدار بطريقة المؤسسة العامة أو بشكل شركة تملك الدولة كامل أسهمها ، فهو إجراء يقوم على نزع ملكية المشروعات الخاصة ذات النفع الحيوي للأمة وتحويلها إلى ملكية الدولة “ (٣). وقد عرفه اخر بأنه : “ عبارة عن تصرف يصدر بإرادة الدولة المنفردة بما با من سيادة وفقا للضوابط الدستورية والتشريعية ،

(١) د.احمد مختار عبد الحميد عمر،معجم اللغة العربية المعاصرة، ج ١، ط١، عالم الكتب، القاهرة، ٢٠٠٨،ص١٢٠.

(٢) د.عزيزة حامد شريف، التأميم وتجربته في مصر، مصدر سابق، ص٥٦.

(٣) د.سليمان الطماوي،مبادئ القانون الإداري، الكتاب الثاني، ط١، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٩،ص١٢٧.

بمقتضاه يتم نقل ملكية مشروع أو مجموعة من المشروعات الخاصة كلياً أو جزئياً إلى الملكية العامة للدولة بهدف تحقيق المصلحة العامة^(١).

ومن التعريفات الأخرى بأنه : " إجراء تشريعي تنقل به ملكية مشروع أو أكثر من ملكية الأفراد أو الشركات الملكية الشعب وذلك مقابل تعويض أصحاب هذه المشروعات تعويضاً عادلاً عن الحقوق المستولى عليها"^(٢).

كما ان الفقه العراقي عرف التأميم بأنه "إجراء تنقل به ملكية المشروعات الخاصة من أشخاص طبيعيين كانوا او معنويين الى الشعب ممثلاً بالدولة مقابل تعويض عادل"^(٣)

ولم يعرف العراق التأميم بمفهوم المحدد انفاً، ونعني به نقل ملكية المشروع الخاص الى الشعب جبراً عن صاحبه، إلا في سنة ١٩٦٤. حيث صدر في هذه السنة القانون رقم (٩٩) الذي تم بموجبه تأميم شركات التأمين وإعادة التأمين وكذلك الشركات التي تضمنها الجدول المرفق بهذا القانون و الذي اشتمل على ثلاثين شركة منها شركة الاسمنت وشركة المواد البنائية، وشركات أخرى.

ثانياً: شروط التأميم القانونية للمصلحة العامة

١- يجب ان يكون التأميم بقانون:

ان التأميم مساس و قيد على الملكية الفردية وحرية الأشخاص في ممارسة الأعمال الصناعية والتجارية ، فإن القانون رهو وحده من يقرر قيام التأميم من عدمه كقاعدة عامة^(٤) ويمكن تطبيق هذه القاعدة بعد سن التشريع وصدوره ، وبناء على ما تقدم فإن التأميم لا يمكن أن يصدر قرارات من قبل الإدارة ، إلا أن الإدارة قد تستخدم سلطتها التقديرية لإصدار ما تراه مناسباً من القرارات التنفيذية لوضع القانون الذي قرر التأميم موضع التنفيذ ، ومن هنا يأتي دور القضاء الإداري في مراقبة القرارات التي

(١) د.احمد عبد الحسيب السنتريسي، حق الدولة في التأميم في الدساتير وآثاره على الاستثمار، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦.

(٢) د.السيد عبد الحميد احمد ،نزع الملكية في اطار قرارات المنفعة العامة والمصادرة والتأميم، ط١، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، ٢٠١٨، ص٣٧٨.

(٣) ناجي سليمان احمد الفلاح، النظام القانوني للتأميم، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة ال البيت، ٢٠١٦، ص٢٥.

(٤) انظر: : نص القانون رقم (٩٩) لسنة ١٩٦٤ ، والذي أمت فيه الحكومة العراقية فروع المصارف الأجنبية والمصارف غير الحكومية التي كانت تعمل في العراق وكذلك شركات التأمين ، منشور في جريدة الوقائع العراقية ع (٩٧٠) في ١٤/٧/١٩٩٤.

تصدرها الإدارة والمتعلقة بالتأميم ، إذ إنها تعد قرارات إدارية صادرة عن السلطة التنفيذية وتكون خاضعة لرقابة القضاء الإداري . (١)

٢- تحقيق مبدأ المساواة كأساس في قيد التأميم للمصلحة العامة

أن المشرع يملك سلطة تقديرية في تقرير المصلحة العامة، إذ ان القضاء لايجوز له ان يضع نفسه محل المشرع في تقدير المصلحة ، إلا أنه يجب على المشرع أن يكون حريصا ، كل الحرص على عدم الوقوع في شرك الخطأ البين في التقدير ، ويقع هذا الخطأ إذا ثبت أن المشرع قد ضيق نطاق الملكية الفردية إلى الحد الذي يصل إلى مخالفة نصوص الدستور التي تأخذ على عاتقها حماية الملكية الفردية^(٢) ، كما أنه يجب أن يأخذ بنظر الاعتبار مبدأ المساواة بين المواطنين والأجانب في البلد، وكذلك بين المواطنين أنفسهم ، فلا يجوز للمشرع أن يصدر قانوناً يتضمن تأميم مشاريع مملوكة لرعاية دولة معينة بالذات وموجهة إليهم حصراً دون ممتلكات مواطنيها من المشاريع وبلا مسوغ قانوني مشروع أو معقول ، فإن هذا التأميم ينطوي على التحيز والتمييز وعدم المساواة والعكس صحيح أيضاً^(٣)، لذا فلا يمكن أن يصدر مشروع قانون يخص التأميم وتكون أغراضه وغاياته لا تمت إلى المصلحة العامة بصلة ، وبعيدة كل البعد عن تحقيق العدل والمساواة ويمس حق الملكية الفردية بطريقة تحكمية وعنصرية وتمييزية .

٣- التعويض عن التأميم

إن جاز للسلطة العامة في الدولة المساس بحق الملكية الخاصة بالتأميم وبجدة تحقيق المصلحة العامة ومن خلال قانون سنته السلطة التشريعية فإن العدالة والمساواة والموازنة بين المصلحة الخاصة والعامة تقتضي ألا يكون التأميم دون مقابل ، وأن يكون هناك تعويض يدفع لصاحب المشروع نظير التأميم ، و كما أن التعويض يجب أن يكون (كاملاً وحالاً وفاعلاً) ، فيجب أن يدفع للمالك بصورة كاملة وفي مدة زمنية معقولة ، وعدم التسوية في الدفع ، وأن يكون فاعلاً ، فإن النقد يجب أن يكون بعملة قابلة للاستخدام ، وأيضاً يجب أن يكون تحويلها إلى الخارج ممكن^(٤)

(١) د . فوزي حسين سلمان، حق الملكية إزاء اتجاهات الدولة في التأميم والتخصيصية ، مصدر سابق ، صص ٥٨.

(٢) احمد عبد الحسيب السنتريسي، حق الدولة في التأميم في الدساتير، مصدر مسابق، ص ٩٣.

(٣) د. احمد خليفة السعيدان، القانون والسيادة وامتيازات النفط، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ١٩٩٧، ص ٢٦٠.

(٤) ناجي سليمان الفلاح، النظام القانوني للتأميم، مصدر سابق، ص ٤٥.

ثالثاً: مقتضيات التأمين كقيد على الملكية الفردية للمصلحة العامة

١- المقتضيات الاقتصادية

ان التأمين خير وسيلة في نقل ملكية وسائل الإنتاج ومن خلاله تعمل الدولة على اقتصادها من الاحتكار الخارجي ، والعمل على وضع جميع المشروعات في يدها من أجل تحقيق المصلحة العامة ، وتوحيد الخطط الاقتصادية وتسخير رؤوس الأموال الوطنية واستثمارها ، والعمل على تحقيق مصلحة كل المواطنين ، فالتأمين كخطوة أولى قد يعتمد إلى المرافق العامة ووسائل الإنتاج الضرورية كالنفط والبنوك^(١). ومن هنا أخذت السلطات التي تعتمد إلى تطبيق التأمين تنوي من خلاله الارتقاء بالمستوى المعيشي لكل الأفراد والعمل على تحقيق التوازن بين النشاط الاقتصادي الخاص والعام .

٢- المقتضيات الاجتماعية

ان التأمين نظام احتل مكانة مهمة بين التشريعات القانونية ، ان الهدف من هذا التشريع في الدولة تحقيق أهداف وغايات تعم بالفائدة على جميع افراد المجتمع من خلال محاولات القضاء على التفاوت الطبقي ، ومحاولة الحفاظ على استقرار المعاملات والأوضاع الاجتماعية وتحقيق العدالة الاجتماعية والسعي إلى انهاء الفوارق الطبقيّة وتقريب دخول الأفراد في المجتمع^(٢)

٣- المقتضيات السياسية

ان المشرع في بعض الأحيان يرى حماية الاستقلال في الدولة من إساءة استغلال الموارد الاقتصادية المتمثلة برؤوس الاموال^(٣)، كما أن المجتمعات المتحضرة والمنتظمة لا يمكن أن تقبل الاعتراف بالملكية إلا وفقاً لنظام الدولة السياسي ، فهي سلطة أمرة ومستقلة على الأشخاص والموارد ، فهناك دواعٍ سياسية للتأمين قد تدعو الدولة إلى تطبيقه ، فقد أدخلته بعض التجمعات السياسية ضمن برامجها وشعاراتها التي تنادي بها والتي تدعو بها إلى وجوب بسط النفوذ الوطني على الاستثمارات والمشروعات من أجل تحقيق النظام الجماعي^(٤). وتذهب النظم الجماعية إلى أن السيطرة على

(١) صفاء الحافظ ، القطاع العام وفاق التطور الاشتراكي في العراق، دار الفارابي، بيروت، ١٩٧١، ص١٧٨. مصدر

سابق ، ص ١٧٨

(٢) فتحي عبد الصبور، الآثار القانونية للتأمين والحراسة الإدارية على الأموال ، ط٢ ، عالم الكتب ، القاهرة، ١٩٩٧،

ص٣٦

(٣) د.عزت صديق طنبوس، نزع الملكية للمنفعة العامة ، مصدر سابق، ص٢٠٦.

(٤) صفاء الحافظ، القطاع العام وفاق التطور الاشتراكي في العراق، المصدر السابق، ص٧٨.

الإنتاج ووسائله من أهم الضمانات التي تعمل على تحقيق المصلحة العامة وضمان توفير العدالة الاجتماعية ، ومن أجل بناء مجتمع يتميز بالعدالة والكفاية يجب وضع رؤوس الأموال تحت سيطرة السلطة العامة والشعب بصورة الملكية الجماعية ، فعملية الإنتاج وتوزيع السلع والخدمات والنقل تقدم جميعا من خلال مشروعات تديرها وتشرف عليها الدولة . لذا ومن خلال ما تقدم فإن العلاقة بين النظام السياسي القائم نفسه في الدولة علاقة وثيقة من خلال ما يتبناه النظام من قواعد وأفكار تنعكس على الملكية الخاصة .

الفرع الثاني

التأميم في التشريعات المقارنة

ان التأميم هو نوع من الإجراءات التي تقوم بها السلطة العامة وبموجب هذه الإجراءات تنتزع هذه السلطات من المواطنين الافراد والاشخاص المعنوية ملكية العقارات او المشروعات الصناعية او التجارية لاعتبارات اهمها المصلحة العامة. وعلى هذا الاساس سنوضح قيد التأميم في التشريعات المقارنة، الفرنسي والمصري والاماراتي اضافة الى التشريع العراقي وكما يلي:

اولا: التأميم في التشريع الفرنسي:

ان استنقاء معظم التشريعات ذات التوجهات الجماعية غير الفردية نجد انها جعلت للتأميم اساسا وسندا قانوني ومن ابرز هذه التشريعات الدستور الفرنسي لسنة ١٩٤٦ .^(١) وهذه التشريعات اعتمدت فكرة ان التأميم اجراء لاغنى عنه في استئثار الدولة على المشروعات الاقتصادية والتي تكون على جانب من الاهمية على صعيد الدولة حيث ان نشاطها ليس لفئة معينة فقط ، بل يهم الجماعة بأسرها، وهذا التحرك من قبل الدولة هدفه الصالح العام^(٢).

وقد عبرت عن هذه الفكرة العامة الفقرة التاسعة من مقدمة الدستور الفرنسي لسنة ١٩٤٦ إذ نصت على أن " كل مشروع أكتسب صفة مرفق عام وطني أو كان يتمتع بأحتكار فعلي يجب أن يصبح ملكا للجماعة " . ووفقا لاتجاه الفقه والمجلس الدستوري ان هذه الفقرة لا تتعارض مع المادة ١٧ من إعلان

(١) انظر: نص المادة ٩ من مقدمة دستور ١٩٤٦ والمادة ٣٤-٩ من الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ .

(٢) د. السيد محمد المدني، مسؤولية الدولة في اعمالها المشروعة في القانون المصري، دراسة مقارنة، المطبعة العالمية، القاهرة، ص ١٩٥ .

١٧٨٩ والتي تنص على ان " حق الملكية حق مصون ومقدس " ذلك أن المادة ١٧ والفقرة التاسعة من مقدمة دستور ١٩٤٩، مكمّان لبعضهما البعض وإنه يتعين توافر شروط ثلاثة لاعمال الفقرة التاسعة وهي يجب أن يكتسب المشروع صفة مرفق عام ، ويتعين أن يكون نشاطه قد وصل إلى صورة الاحتكار ، وأن يكون الحرمان من هذا الحق مقابل التعويض عادل وسابق^(١).

أما طريقة تنظيم هذه المشروعات المؤممة فقد كان أمام المشرع سلوك طريقين أما دمجها في الإدارة وتوجيهها وتسييرها بموظفين بموظفين عوميين وهذه الحالة تأخذ شكل المركزية الرئاسية وأما عن طريق اللامركزية وهو نظام جديد يختلف عن الإدارة المركزية وهذه الطريقة هي ما اتبعها المشرع الفرنسي.^(٢)

ويتبين سن قائمة القوانين والمراسيم التي صدرت في الفترة التي أعقبت التحرير أن الإنتاج العقاري قد تم تأمينه ويظهر ذلك من خلال استعراض بعض تلك التشريعات والقوانين منها مرسوم ١٩ / كانون الثاني السنة ١٤٤ الخاص بتأميم معامل رينو للسيارات والذي أتخذ صفة المصادرة ومرسوم شباط ١٩٤٥ الذي أمد جميع أعمال النقل الجوي وقانون ١٨ نيسان ١٩٤٦^(٣) والتأميم لا يعني إنشاء مرفق عام جديد ذلك أن بعض المشروعات مرافق عامة قبل أن تؤم وأما يتضمن التأميم تحويل التزام المشروعات الخاصة إلى مشروعات عامة تظل بصفة عامة محكومة بنظامها القانوني السابق ، الا انه لا يمكن أن تطبق صفة مرفق عام على مشروعات لم تؤم يعد إلى أن تصدر ، يشير الأستاذ (فالين) إلى أن الدافع لتأميم مصانع رينو كان الجزاء الذي طالب به العمال لضررها في وقت الحرب وبذلك يستبعد صفة المرفق العام لهذه المصانع ويعتبر ما قامت به الدولة هو من قبيل المصادرة حيث لم يقصد بالتأميم صناعة أفضل أو توجيه الصناعة للخدمة العامة .^(٤)

إن إتجاه الدولة إلى التأميم مصدره في الواقع إرادة الجماعة ، فالدولة تقوم بعمل قانوني جائز إذ نص عليه صراحة في صلب الدستور ، وفرنسا عندما لجأت إلى التأميم لم تحرم القائمين بالنشاط من التعويض ، فسلكت سبيل ما يتبع في نزع الملكية تماما وإذا لم تنص الدولة في تشريعها المنشئ للتأميم

(١) د. عبد الحفيظ الشيمي، القضاء الدستوري وحماية الحريات الاساسية في القانون المصري و الفرنسي ، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠١، ص ٢٠٠.

(٢) د. السيد محمد المدني، مصدر سابق، ص ١٩٧.

(٣) د. جابر ابراهيم الراوي، التأميم في القانون الدولي والقانون العراقي، مجلس القضاء، العددان ٣، ٤، ١٩٧٥، ص ٣٥.

(٤) د. السيد محمد المدني، مصدر سابق، ص ١٩٧.

على التعويض كان على المحاكم أن تقضي به ، لأن التأميم يعد مصادرة النشاط مشروع قانوناً، ويرى الفقه الفرنسي ، إن المقدمة والنصوص التي تحيل إليها ، في جميع أحكامها لها طابع دستوري^(١) كما أشارت مقدمة الدستور الفرنسي الصادرة في ٤ أكتوبر ١٩٥٨ إلى نصوص إعلان حقوق الإنسان والمواطن مما يعطي لها قوة دستورية في النظام الدستوري الفرنسي^(٢) ونصت المادة ٣٤/١ من الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ على أن " يحدد القانون القواعد المتعلقة يتاميم المشروعات ونقل ملكية المشروعات من القطاع العام إلى القطاع الخاص " . ويتضح من النص أن الدستور الفرنسي أجاز صراحة التأميم وتخصيص المشروعات على حد سواء وتأسيساً على ما تقدم قرر المجلس الدستوري عام ١٩٨٢ دستورية قرار التأميم . والتأميم كقيد على الملكية الخاصة يترتب عليها توسيع ملكية الدولة على حسابها ، إلا أن الواقع في فرنسا قد أثبت أن القطاع الخاص وبالرغم من قرارات التأميم ظل يحتل مركز الصدارة فلا زالت الروافد الأساسية للإنتاج مملوكة للقطاع الخاص وهو الذي يقود عملية الإنتاج بشكل أساسي ومع ملاحظة أن ملكية الدول قد تركزت على القطاعات التي تتميز بعدم ربحيتها إلى درجة أنها لا تكفي لأجتذاب رأس المال الخاص.^(٣)

ثانياً: التأميم في التشريع المصري

ان اجراءات التاميم في مصر كان ياخذ شكل الاستيلاء من قبل السلطات العامة على المرافق العامة بعد نهاية الالتزام .^(٤)

حيث تقوم الدولة بنقل ملكية مشروع من الخاصة الى الملكية العامة في مرافق عهدت الدولة بادارتها الى الملتزم ومن ثم يكون تاميم هذا المرفق عن طريق الاستيلاء عليه من قبل الحكومة^(٥). وان المشرع المصري لم يتبنى فكرة التأميم الا عند تأميم بنك مصر بقانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٦٠ والبنك البلجيكي بالقانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٦٠ ومرفق تجارة الادوية بالقانون رقم ٢١٢ لسنة ١٩٦٠ وتأميم البنك الاهلي بالقانون رقم ٤ لسنة ١٩٦٠ واعتبر المشرع كل من هذه المؤسسات عامة .^(٦)

(١) انظر: المادتين ١٧،٢ من اعلان حقوق الإنسان الفرنسي.

(٢) د.عبد سعد دسوقي، مصدر سابق ص ٦٠٦.

(٣) د.عزير كاظم جبر، الملكية الخاصة وخصوصية التطبيق الاشتراكي في العراق، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٨٤، ص ٧٢.

(٤) د.فاروق عبد البر، دور مجلس الدولة المصري في حماية الحقوق والحريات العامة، ج ٢، ١٩٨٨، ص ٨٣٤.

(٥) د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني-حق الملكية، مصدر سابق، ٦٢٩.

(٦) د. فتحي عبد الصبور، الاثار القانونية للتأميم والحراسة الإدارية على الأموال، ط ٢، مصدر سابق، ص ٥٥.

وبرزت فكرة التأميم بدوافعها السياسية عند تأميم شركة قناة السويس بقانون رقم ٢٨٥ لسنة ١٩٥٦ رغم إنه ليس تأميم بالمعنى الدقيق ، لأنه أخذ صورة إسترداد الإلتزام الذي كان ممنوحة للشركة العالمية القناة السويس قبل نهاية مدته. (١)

وفي سنة ١٩٥٦ أخذ المشرع في تأميم شركتي السكر والتكرير بطريقة تتمثل في تصفية الشركتين بحكم القانون وإنشاء شركة جديدة من شركات الإقتصاد المختلط لتساهم الدولة بنصيب في رأس المال وتقوم بأغراض الشركتين المصنفتين قانونا وذلك بموجب القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٦. ان صدور قانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٦١ الذي قضى بتأميم المنشآت القطاع الخاص، وفي قانوني ١١٩، ١١٨ لسنة ١٩٦١ فان هذه القوانين اوجبت المساهمة من قبل الدولة براس المال ، ان الاثار المترتبة على التاميم طبقا للقوانين الانفة الذكر هو نقل ملكية اسهم الشركات التي تناولتها هذه القوانين، تحقيق الصالح العام. (٢)

وبعد صدور الميثاق الوطني الذي تبني التاميم في إحدى بنوده حيث امتدت قوانين التاميم الى كافة المجالات الصناعية والتجارية (٣) وقد تبني الميثاق التأميم بمعناه الدقيق الذي يهدف إلى خلق قطاع عام يقود العملية الإقتصادية والإنتاج مع الإبقاء على القطاع الخاص ليشترك في التنمية الشاملة بما يحقق الصالح العام ، إلا إن المشرع لم يأخذ بمبدأ التأميم في مجال الملكية العقارية الا انه مع وضع جدا الملكية الفرد الزراعية بما لايسمح بقيام الإقطاع ، وفي مجال ملكية المباني لم يأخذ المشرع المصري كذلك بفكرة التأميم وإنما أكتفي بتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر من خلال فرض القيود على استغلال الملكية وذلك بأصدار قوانين تخفيض الأجر وأصدار القانون رقم ١٦ لسنة ١٩٦٣ الذي وضع القواعد الكفيلة بتقدير الأجرة على أساس قانوني (٤)

اما دستور مصر لسنة ١٩٧١ فقد اجاز التأميم إذ نصت المادة ٣٥ منه على أن “ لايجوز التأميم الا الأعتبارات الصالح العام وبقانون و مقابل تعويض كما لم يقصد المشرع الدستوري المصري أن يجعل من حق الملكية حقاً عصياً يتمتع على التنظيم التشريعي الذي يقتضيه الصالح العام فنص الدستور في المادة ٣٢ منه على أن الملكية الفردية تتمثل في رأس المال غير المستغل وينظم القانون اداء وظيفتها

(١) د.فاروق عبد البر، مجلس الدولة المصري في حماية الحقوق والحريات العامة، مصدر سابق، ص٨٣٤.

(٢) د.شريف محمد عبد الرحمن احمد عبد الرحمن، مصدر سابق ، ص١٨٧.

(٣) د.احمد حلمي محمد، مصدر سابق، ص٣٩٣.

(٤) د.فتحي عبد الصبور، مصدر سابق، ص٤٥.

خدمة الإقتصاد القومي وفي اطار التنمية دون انحراف أو أستغلال ، ولا يجوز التعارض في طرق استخدامها مع الخير العام للشعب. مؤكدة بذلك الوظيفة الإجتماعية للملكية الخاصة ودورها في خدمة المجتمع وإن للمشرع الحق في تنظيمها على النحو الذي يراه محققا للمصالح العام .^(١)

. أما بالنسبة لدستور ٢٠١٢ المعدل فلم ينص على التأميم وهو ما يعبر عن فلسفة إقتصادية جديدة نصت عليها المادة ٣٧ من الدستور “ ويلزم النظام الإقتصادي بمعايير الشفافية والحوكمة ، ودعم محاور التنافسية وتشجيع الاستثمار ، والنمو المتوازن جغرافية وقطاعية وبيئية ، ومنع الممارسات الاحتكارية ، مع مراعاة الأتزان المالي والتجاري والنظام الضريبي العادل ، وضبط آليات السوق ، وكفالة الأنواع المختلفة الملكية ، والتوازن بين مصالح الأطراف المختلفة ، بما يحفظ حقوق العاملين ويحمي المستهلك “

ثالثا: التأميم في التشريع الاماراتي

ان دولة الإمارات العربية المتحدة من الدول الحديثة اذ لم يتبنى دستورها لسنة ١٩٧١ التأميم في طيات نصوصه كما ان قانون المعاملات المدنية هو الاخر لم يذكر التأميم في مواده وان دل ذلك على شيء فانه يدل على النهج الذي اختطه المشرع الاماراتي منذ نشأة هذه الدولة الفتية التي اعتمدت الاستثمار الاجنبي في استراتيجيات في بناء الدولة ومنحه كل التسهيلات والعمل على سن تشريعات لمصلحة المشروعات الخاصة وعدم المساس بها لتشجيع الاستثمار.. كما ان الدولة هي التي اخذت على عاتقها تطوير الاقتصاد والتنمية ودعم الاقتصاد الخاص وتشجيعه في جميع القطاعات ولهذا لم اجد تشريعا يتبنى التأميم ..

رابعا: التأميم في التشريع العراقي

ان العراق لم يعرف التأميم الا في سنة ١٩٦٤ حينها صدر القانون رقم ٩٩ الذي بموجبه تم تأميم مجموعة شركات تضمنها الجدول المرفق بهذا القانون والذي اشتمل على ثلاثين شركة منها شركات التأمين وشركات السمنت وباقي الشركات المدرجة بالجدول، وفي القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ الذي تم بموجبه تأميم البنوك والمصارف غير الحكومية وفروع المصارف الأجنبية الموجودة بالعراق،^(٢) الا ان

(١) حكم المحكمة الدستورية في ١٩٨٦/٦/٢١ ق١٣٩، ص٣٣٦.

(٢) د.محمد طه البشير، د.غني حسون طه، الحقوق العينية الأصلية-الحقوق العينية الاصلية، مصدر سابق، ص٦٨.

بعض الفقهاء يذهبون الى ان التأميم حصل عام ١٩٦١ في قانون رقم ٨٠ الذي حدد مناطق الإستثمار وضيق حدود الامتيازات النفطية الأجنبية ، وذلك رغم عدم اقتران أسمه بلفظ التأميم^(١)

والتأميم كان يهدف في تلك الفترة إلى وضع الأسس الصحيحة لنظام اقتصادي واجتماعي تدوب فيه الطبقة الإجتماعية وتحقيق العدالة الإجتماعية كما أن المشرع لم يغفل النص على الوظيفة الإجتماعية للملكية الفردية ودورها في تحقيق التضامن الاجتماعي، والأساس الدستوري للتأميم نجده في نص المادة ١٣ من دستور ١٩٥٨ التي نصت على أن " الملكية الخاصة مصونة وينظم القانون أداء وظيفتها الإجتماعية " يستنتج من ذلك قرار المشرع العراقي بالملكية الخاصة وحمايتها والذي يوضح التغيير الواضح الذي طرأ على مضمون مضمون حق الملكية الفردية في القانون العراقي كونها أصبحت وسيلة لادراك غاية وليست غاية في حد ذاتها^(٢)

وفي دستور ٢٤ نيسان لسنة ١٩٦٤ أمتت الحكومة في مجال المشروعات الاقتصادية عدة صناعات وشركات ومنها شركات التأمين . كما قامت بتأميم جميع البنوك والمصارف غير الحكومية بما فيها فروع المصارف الغير وطنية.^(٣)

اما في دستور ١٩٧٠ صدرت قوانين أمتت قسما من شركات النفط أهمها قانون الأول من حزيران لسنة ١٩٧٢ الذي اصبح بموجبه شركة نفط العراق المحدودة وتأسيس الشركة العراقية للعمليات النفطية^(٤) والحصة الشائعة لشركة إستاندر اويل ، وشركة نيو جيرسي آكسونا ، وشركة (موبيل اويل) الأمريكيين في شركة نفط البصرة^(٥) . وحصة شركة النفط الهولندية^(٦) . والحصة الشائعة للشركة المساهمة الأمريكية التي تملكها (مؤسسة كولبنكيان البرتغالية)^(٧) . وقد تضمنت هذه القوانين المبادئ العامة للتأميم من حيث التعويض ونقل ملكية الحصص المذكورة وجميع أموالها وحقوقها إلى الدولة^(٨).

(١) د.صفاء الحافظ، مصدر سابق، ص٧٦.

(٢) د.منذر عبد الحسين الفضل، مصدر سابق، ص٢٧٠.

(٣) القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤.

(٤) القانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٧٢.

(٥) انظر: نص المادة السادسة من قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية.

(٦) القانون رقم ٧٠ لسنة ١٩٧٣.

(٧) القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٧٣.

(٨) القانون رقم ١٠١ لسنة ١٩٧٣.

وأخيراً تأميم باقي الحصص الشائعة في عمليات شركة البصرة المحدودة وقد تمت بمقتضاه السيطرة الوطنية على الثروة النفطية^(١) وأياً كانت نصيب التأميمات التي جرت في العراق من الأهمية فإن من المؤكد ان الوظيفة الإجتماعية للملكية الفردية تشكل أساساً لقانون الأول من حزيران السنة ١٩٧٣ فان الحكومة اصدرت القانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٧٢ والذي أمم عمليات شركات النفط العراقية في المناطق المحددة لها بموجب القانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٦١^(٢)

لان المشرع العراقي اعتمد في قيامه بالتأميم إلى الأساس الدستوري المنصوص عليه في الفقرة (أ) المادة ١٦ من دستور ١٩٧٠ والتي تنص على أن " الملكية وظيفية إجتماعية تمارس في حدود أهداف المجتمع وخطط الدولة وفقاً لأحكام القانون " ، إلا إن هذا الأمر لم يستمر إلى النهاية بل أنتج النظام السياسي إلى تبني خصخصة القطاع العام وذلك من خلال نقل ملكية العديد المشاريع الحكومية إلى القطاع الخاص . في حين لم ينص قانون إدارة الدولة المرحلة الإنتقالية على الوظيفة الإجتماعية الملكية الخاصة ولم يتبنى التأميم وأكد على أن من مهام الحكومة العراقية الإنتقالية أن تتخذ خطوات فعالة لإنهاء آثار الأعمال القمعية التي قام بها النظام السابق والتي نشأت عن التشريد القسري ومصادرة الأموال المنقولة وغير المنقولة)^(٣)

كما لم ينص دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ على الوظيفة الإجتماعية للملكية للملكية الفردية وهذا ما يعبر عن فلسفة النظام الإقتصادي والسياسي في هذا الدستور فنصت المادة ٢٥ منه على أن " تكفل الدولة إصلاح الإقتصاد العراقي وفق وأسس إقتصادية حديثة وبما يضمن استثمار كامل موارده وتنويع مصادره وتشجيع القطاع الخاص ، وتنميته " ونصت المادة ٢٩ على أن " تكفل الدولة تشجيع الاستثمارات في القطاعات المختلفة وينظم ذلك بقانون " - نستنتج من النصوص اعلاه أن دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ لم يتبن فكرة التأميم.

(١) القانون رقم ٢٠٠ لسنة ١٩٧٥.

(٢) د. عبود عبد اللطيف البلداوي مصدر سابق، ص ٢٣٢.

(٣) المادة الأولى من قانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٧٢.

المبحث الثاني

قيود مقررة على الملكية الفردية لدواعي جزائية واجتماعية

ان القيود على الملكية الفردية بعضها يرد بشكل اجراء جزائي لايقابله اي تعويض وينتقل المال بموجبه الى الدولة ومن هذه القيود المصادرة وهي عقوبة موضوعها استيلاء الدولة على كل مال المحكوم عليه بهذه العقوبة أو بعضه ونقل ملكيته إلى الحكومة أو إلى شخص من أشخاص القانون العام ، فإذا شملت المصادرة المال جميعه كانت عامة ، وقد بطلت هذه العقوبة في معظم بلاد العالم ، أن المصادرة العامة في الأموال ممنوعة ، ولا تفرض المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي ، وتجاوز المصادرة العامة بقانون لقاء تعويض عادل .اما فرض الحراسة فهو اجراء تتخذه السلطة العامة تعين بمقتضاه حارسا من قبلها يقوم بادارة مرفق عام او ادارة اموال اشخاص معينين اقتضت المصلحة العامة وضع اموالهم تحت الحراسة كاجراء من من إجراءات الأمن كالأجانب والمعتقلين ومن في حكمهم .

ان المشرع يتدخل لفرض قيود تحد من سلطات المالك ليرسم الحدود التي يجب على المالك ان يراعيها في مزاولته لحقه ،فهذه القيود تعد قيودا عامة على سلطات المالك من شأنها ان تحد من استعمال ملكيته الخاصة واستغلالها والتصرف بها، بل يجب ايضا وفي الحدود المشروعة للملكية الفردية ان يكون استعمالها بقصد تحقيق وظيفة اجتماعية معينة الى جانب اشباع حاجاته الخاصة، وتتخلص هذه الوظيفة في مراعات المصلحة العامة للجماعة عند استغلال واستعمال هذه الملكية الفردية. وعلى هذا الأساس سندرس هذا المبحث في مطلبين الاول القيود الواردة على الملكية الفردية لدواعي جزائية والثاني القيود الواردة على الملكية الفردية لدواعي اجتماعية وكما ياتي:

المطلب الأول

قيود ترد على الملكية الفردية لدواعي جزائية

ان القيود التي يفرضها المشرع هدفها المصلحة العامة واذا تعارضت سلطات الملكية الفردية معها تقدم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، ومن القيود المفروضة على الملكية الفردية هي ليست الاعقوبة او اجراء جزائيا لا يقابله اي تعويض ،ومن هذه القيود المصادرة وفرض الحراسة على الاموال والممتلكات ،اذ ان المصادرة يترتب عليها الاستيلاء على مال المحكوم عليه وانتقال ملكيته إلى الدولة بدون اي تعويض، وبمعنى اخر هو نزع ملكية المال جبرا عن مالكة وإضافته إلى الدولة لثبوت صلته بالجريمة بدون مقابل، اما الحراسة وهو وضع المال المتنازع عليه تحت ادارة الحارس الى حين صدور

حكم قضائي. وسنبحث هذا المطلب في فرعين في الاول قيد المصادرة على الملكية الفردية للمصلحة العامة وفي الثاني قيد فرض الحراسة على الملكية الفردية للمصلحة العامة وكما يأتي:

الفرع الأول

قيد المصادرة على الملكية الفردية للمصلحة العامة

تمثل المصادرة مساسا بالملكية الفردية وسلب لسلطاتها وخصائصها، ومن اثارها حرمان المالك من ملكه وتحويله الى الدولة دون اي تعويض او مقابل، وسوف ابحت هذا الفرع في نقطتين الاولى التعريف بالمصادره والثانية قيد المصادرة في الدول الدول محل الدراسة نوكما ياتي:

اولا: التعريف بالمصادرة:

لمعرفة المقصود بالمصادرة لابد من تعريفها ومعرفة مايتشابه معها وخصائصها وكما ياتي:

١- تعريف المصادرة لغة وصطلحا:

لغة: ان المقصود من المصادرة في كتب اللغة سلب المال جبرا عن صاحبها، والمصادرة مشتقة من المصدر (صدر) وهو على وزن (فعل) وفيه معنى المنازعة^(١)، كما انها تعني المطالبة، فيقال صادره على شيء، اي طالب به، وصادرت الدولة الاموال عقوبة لصاحبها اي صادرتها واستولت عليها.^(٢)

اصطلاحا: عرف الفقه في فرنسا المصادرة بأنها: " نزع ملكية المال من ماله ونقلها للدولة بحسبانها غرامة دولية " ^(٣) عرفها فقيه اخر بأنها: " منع الجاني من الاستفادة من جريمته أو استيفاء الوسيلة التي تكه من معاودة مقارفتها ثانية " ^(٤)

وعرفها اخر على انها " الإستيلاء على مال المحكوم عليه وانتقال ملكيته إلى الدولة بدون أي تعويض " ^(٥) كما عرفت على إنها " نزع ملكية مال من شخص بدون عوض عقابا له على مخالفته

(١) انظر: ابن منظور، لسان العرب، ج٢، ص٤٤٩.

(٢) ابراهيم مصطفى، مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ج١، القاهرة، دار الدعوة، ص٥٠٩.

(٣) Roux ، Gour de droit crimmel fraçais ، ١٩٢٧ ، tom . ١ . p.٤٤١

(٤) نظر: مصطفى حباشي عليو، الضمانات الدستورية والقضائية لحماية حق الملكية الخاصة، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠١٧، ص٤٧٠.

(٥) د.علي حسين الخلف، د.سلطان عبد القادر الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٣، ص٤٣٨.

للقوانين” (١). كما عرفت على أنها “ نزع ملكية شيء معين ثبت صلته الجريمة وأضافته إلى ملك الدولة بدون مقابل “ (٢)، و يمكن تعريفها بأنها “ نزع ملكية المال جبرا عن مالكه وأضافته إلى ملك الدولة بغير مقابل “ (٣)

في مصر فقد عرف الفقه المصادرة تعريفات عدة منها (د . فتحي سرود) بأنها : “ نزع ملكية المال جبرا عن مالكه وأضافته إلى الدولة بغير مقابل “ (٤)، كما عرفها (د . عمر السعيد) بأنها : “ نزع ملكية شيء معين ثبت صلته بالجريمة وأضافته إلى ملك الدولة بدون مقابل” (٥) و (د . عادل عبد العال) فقد عرفها بأنها “ التجريد ، أي الحرمان الدائم من الأموال بامر صادر عن محكمة او سلطة مختصة” (٦) . أما (فوزية عبد الستار) فقد عرفتها بأنها “ عقوبة مالية تتمثل في نزع ملكية المال قسرا وإدخاله في ملك الدولة بلا مقابل ” (٧).

وعرفت محكمة النقض المصرية المصادرة وبينت أنواعها بقرارها الصادر سنة ١٩٦٦ “ المصادرة اجراء الغرض منه تملك الدولة أشياء مضبوطة ذات صلة بالجريمة قهر على صاحبها وبغير مقابل “، وهي عقوبة تكميلية في الجنايات والجنح إلا إذا نص القانون على غير ذلك ، فلا يجوز التحكم بها إلا على شخص تثبت إدانته وقضى عليه بعقوبة أصلية ، وقد تكون المصادرة وجوبية يقتضيها النظام العام لتعلقها شيء خارج بطبيعته عن دائرة التعامل ، وهي على هذا الاعتبار تدبير وقائي لا مفر من أتخاذه في مواجهة الكل ، فقد تكون المصادرة في بعض القوانين من قبيل التعويضات المدنية إذا نص على أن “يؤول المال المصادر إلى المجنى عليه أو خزانة الدولة لما سميت الجريمة من أضرار ... “ (٨). وعرف الفقه العراقي المصادرة بانها “نزع ملكية الشيء جبرا عن مالكه وأضافته إلى ملك الدولة “.

(١) د. عبود عبد اللطيف البلداوي، مصدر سابق، ص ٢٣٣.

(٢) د. عيد سعد دسوقي، مصدر سابق، ص ٥٢٨.

(٣) د. محمود احمد حلمي، مصدر سابق، ص ٢٦٣.

(٤) د. احمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص ٦١٠.

(٥) د. عمر السعيد رمضان، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢، ص ٦٣٢.

(٦) د. عادل عبد العال خراشي، استرداد الأموال والاصول المنهوبة المتحصلة من جرائم الفساد، في ضوء اتفاقية الامم المتحدة ومكافحة الفساد والقانون الوضعي والاسلامي، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٦، ص ٧١.

(٧) د. فوزية عبد الستار، شرح قانون مكافحة المخدرات، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠، ص ٩٨.

(٨) حكم محكمة النقض في ١٧/٥/١٩٦٦، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ١٧، رقم ١١٥، ص ٦٣٩.

ومن خلال ماسبق من تعريفات فقهية وتشريعية فإن الباحث يذهب مع الكثير ممن عرفوا المصادرة بانها: اجراء بموجبه يتم حرمان المالك من ملكه جبرا وبدون تعويض او مقابل.

٢- تمييز المصادرة عن مايتشابه معها من قيود

وتقترب المصادرة من قيود أخرى ترد على الملكية الفردية لذلك سوف نميزه عنها وكما يأتي:

• اختلاف المصادرة عن نزع الملكية للمصلحة العامة .

إن نزع الملكية للمنفعة العامة هو امتياز تختص به الإدارة لضمان تقديم الخدمات الضرورية للأفراد ، وإقامة مشروعات جديدة ، وتحسين الموجود منها فهي تضحية بالملكية الخاصة في سبيل المصلحة العامة وتختلف مع المصادرة التي هي عقوبة تفرض على الأشخاص . لذلك نجد أصولها في القوانين الجنائية. وهي جزاء لجريمة تتمثل بترك فعل أو فعل . كما إن نزع الملكية الفردية للمنفعة العامة هو إجراء لا يكون إلا بتعويض صاحب الملكية تعويضا عادلا ولكن المصادرة لا يترتب عليها أي تعويض ، لأنها جزاء وان محل المصادرة يكون في الغالب مالا منقولاً^(١) متحصلا من جريمة ، أو أشياء خطرة ارتاء المشرع أو الإدارة سحبها ، نظرا لخطورتها على الأمن الاجتماعي ، في حين إن نزع الملكية للنتع العام ينصب على عقار أو حق عيني أصلي تحقيقا للنتع العام .

إن نزع الملكية للمنفعة العامة تختلف عن إجراءات عقوبة المصادرة ، لأن نزع الملكية الفردية للمصلحة العامة يتم وفق إجراءات خاصة بقرار إداري . في حين أن المصادرة تصدر بحكم قضائي إذا كانت مصادرة خاصة ، وبقانون ، أو قرار إداري إذا كانت مصادرة عامة.

• اختلاف المصادرة عن التاميم

ان المصادرة تختلف عن التاميم مما يجعل الخلط بينهما امر غير جائز، لكن تاميم بعض المشاريع عقب الحرب العالمية الثانية هو الذي دفع الكثيرين الى هذا اللبس اذ ان تاميم حصل باجراءات المصادرة مما ادى الى ذهاب بعض الفقهاء الى القول بان التاميم يشبه المصادرة او ان اجراءات التاميم تكون عقابية^(٢) تشبه المصادرة. ولكن التاميم يختلف تماما عن المصادرة من حيث الغرض والمحل اذ ان محل المصادرة هو إجراء عقابي بحكم قضائي على الاشياء المنقولة المستعملة في ارتكاب الجريمة من

(١) هناك قرارات عديدة صادرة عن مجلس قيادة الثورة عالجت مصادرة الأموال المنقولة و منها القرار رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٢ ، والقرار رقم ١٦٤ لسنة ١٩٩٤ ، ورقم ٤ لسنة ١٩٩٥ ، إذ تختص محكمة القضاء الإداري بنظر المنازعات الناشئة بصدها ومن أحكام هذه المحكمة حكمها المرقم ٢٠ / قضاء إداري / ١٩٩٣ في ٤/١٢/١٩٩٣ .

(٢) د.محمود احمد حلمي محمد ، مصدر سابق، ص٢٦٣ .

الملكية الفردية^(١) اما محل التاميم هو نشاط او اجراء الاقتصادي لاستعماله في سبيل المصلحة العامة اما من حيث الغرض فان الغرض من التاميم هو تحويل المشروعات الخاصة الى عامة والهدف هو المصلحة العامة اما الغرض من المصادرة هو هدف عقاب الجاني بمصادرة ملكه الخاص لمعالجة الجريمة.

٣- خصائص المصادرة وانواعها

تمتاز المصادرة بعدة خصائص ومن اهمها الاثار التي تترتب عليها وتؤدي الى حرمان المالك من ملكه الخاص وتحوله الى الدولة دون تعويض والميزة الاخرى في المصادرة هي المحل التي ترد عليه، والمصادرة تكون على المنقولات كاصل عام ومع ذلك فان العقار ممكن ان يكون محل للمصادرة، وذهب الفقهاء في عدة اتجاهات في ورود المصادرة على العقار، اذ يرى البعض منهم ان المصادرة يمكن ان ترد على العقار اذ يمكن ضبطه ووضعه في الحجز ومن ثم مصادرته^(٢)

اما الجانب الاخر من الفقه فانه يذهب باتجاه ان لايمكن للعقار ان يكون محلا للمصادرة اذ يرى ان المنقول وحده يمكن ان يرد محلا للمصادرة.

ومن خصائصها المهمة الإلجبار فهي لا تتوقف على موافقة صاحب الملكية، اذ يمكن للجهة المختصة بفرضها متى ما تحققت شروطها. وتقوم الادارة بفرضها بواسطة السلطة العامة بأصدار قرار قرار اداري بالمصادرة كما ان الحكم القضائي الصادر من الجهة القضائية المختصة يمكن أن يكون اداة المصادرة.^(٣)

تنقسم المصادرة الى عدة اقسام واهم هذه التقسيمات من حيث شمول المصادرة الى عامة وخاصة فالمصادرة العامة المصادرة التي تشمل جميع ممتلكات الشخص ، أي كل ما بذمته المالية وقد عرفت الشرائع القديمة هذا النوع من المصادرة ، أما في الوقت الحاضر فلم تعد التشريعات الحديثة تجيزها أو تأخذ بها ؛ وذلك لتعديها إلى الأشخاص الآخرين الذين لديهم حقوق في هذه الأموال ، أي أنها تتجاوز شخصية العقوبة^(٤)

(١) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٣، ص ٧٦٧.

(٢) د. محمد نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مصدر سابق، ص ٤٧٢.

(٣) د. مصطفى حباش عليو، مصدر سابق، ص ٤٧٢.

(٤) د. محمد نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مصدر سابق، ص ٧٧٢.

أما المصادرة الخاصة فهي المصادرة التي ترد على شيء معين مملوك للجاني كان معدة الاستعماله في جريمة ما أو متصلا بها ، لذا فإنها تعد أحيانا عقوبة تبعية ، وعقوبة أصلية أحيانا أخرى (١)

أما من حيث المصدر فتنقسم الى نوعين ادارية وقضائية تكون المصادرة إدارية إذا فرضت من خلال قرارات إدارية تصدرها السلطة العامة ، وذلك عندما يخولها المشرع بذلك من خلال تشريع صادر عن السلطة التشريعية ، وقد يكون من خلال مراسيم جمهورية تصدر عن السلطات المختصة بإصدارها كوسيلة لمصادرة الأموال المنقولة أو غير المنقولة^(٢)، ومن أهم الأمثلة على المصادرة الإدارية في فرنسا هي القرارات التي تصدرها اللجان الإقليمية للأرباح غير المشروعة^(٣) ، أما القضائية فهي التي تفرض بحكم قضائي صادر عن المحكمة المختصة متضمنة مصادرة كل أو بعض أموال المحكوم عليه نتيجة لارتكابه إحدى الجرائم ، وتعد عقوبة عينية تتجه إلى ذات الشيء المراد مصادرته في الحكم القضائي . (٤)

أما النوع الآخر من التقسيمات فهو التقسيم على أساس الالتزام فتقسم المصادرة الى مصادرة جوازية ومصادرة وجوبية، فالمصادرة الجوازية هي المصادرة التي تقع على الأشياء التي يستخدمها الشخص في ارتكابه الجريمة كالألات والأسلحة ، وكذلك الأشياء التي قد يحصل عليها الجاني من خلال ارتكابه الجريمة كالهدية أو المقابل الذي يحصل عليه القاتل ، وهنا تكون المصادرة ناتجة عن ارتكابه لجريمة تبعية ، فلولا ارتكابه للجريمة لما حصلت المصادرة . أما الوجوبية : فهي المصادرة التي تتخذها السلطات العامة في الدولة لمصادرة الأشياء التي تعد حيازتها أو

(١) د. عمر السعيد رمضان، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مصدر سابق، ص ٦٨٢.

(٢) ومن القوانين التي تضمنت المصادرة الإدارية في العراق ، قانون اللاجئيين رقم (١١٤) لسنة ١٩٥٩ الملغي وكذلك قانون المتأمرين على سلامة الوطن ومفسي نظام الحكم رقم (٧) لسنة ١٩٥٨ ، وكذلك المراسيم كالمرسوم الجمهوري رقم (٢٣) لسنة ١٩٥٨ الخاص بمصادرة أموال العائلة المالكة ، وكذلك قرار مجلس الحكم رقم (٨٨) الصادر في ١٥/١١/٢٠٠٣ ، الذي تضمن مصادرة الأموال المنقولة وغير المنقولة العائدة لكبار حزب البعث المنحل والمسؤولين في النظام السابق والأجهزة الأمنية .

(٣) ممدوح صديق السيد درويش ، دور القضاء الإداري في حماية الملكية الفردية. دراسة مقارنة بين القانونين الفرنسي والمصري ، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ١٩٩٦، ص ٧ .

(٤) د . عمر سالم ، المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية طبقا لقانون العقوبات الفرنسي الجديد ، ط ١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٥ ، ص ٩٨٨ .

صنعها أو تداولها أو استعمالها أو بيعها جريمة قائمة بذاتها ، وتحرم الدولة اقتناءها أو ممتلكها واستعمالها من قبل الأفراد ، وتكون تلك الأشياء غير مشروعة وفقا للوجهة الجنائية^(١)

ثانيا: المصادرة في التشريعات المقارنة:

ان نظرية الظروف الاستثنائية في فرنسا تجيز لسلطة ادارية او سياسية بخرق مبدا الشرعية اذا توافرت بعض الشروط بهدف استمرارية المرافق العامة .^(٢)

لذلك فان قانون ١١ تموز ١٩٣٨ يسمح خلال فترة الحرب وعندما تستدعي الظروف الاستثنائية ذلك، أن تخذ إجراءات مقيدة للحريات وهو يجيز بشكل خاص إلى مصادرة الأموال وتنظيم بيعها وتشريع أستهلاكها وغالبا استعمل قانون ١٩٣٨ المصادرة بحق أموال الأشخاص المضربين ، حتى وأن كان خارج فترات الحرب الخارجية وهذا الإجراء يجد اساسه القانوني في القانون الصادر في ٦ كانون الثاني ١٩٥٩ الذي سمح بالمصادرة المشار اليها في قانون ١٩٣٨ في زمن السلم شرط أن تكون هذه المصادرة ضرورية لتأمين حاجات الدولة اما قانون ٦ كانون الثاني لسنة ١٩٥٩ كان يرمي الى حماية البلد ضد كل اعتداء تتعرض له وبذلك يسمح للسلطة العامة في حلة التهديد باتخاذ الاوامر والإجراءات واعلان حالة التعبئة العامة التي تسمح للحكومة باستدعاء الاشخاص والاموال .^(٣)

اما في التشريع المصري فان الدساتير تضمنت المصادرة وشروطها واحكامها ،فدستور سنة ١٩٣٤ الذي نصت المادة ١٠ منه على ان "عقوبة المصادرة العامة للأموال محظورة" وبعد الغاء هذا الدستور صدر الاعلان الدستوري للقوات المسلحة لسنة ١٩٥٣ بجل جميع الأحزاب ومصادرة جميع اموالها لمصلحة الشعب^(٤) ، بعد ذلك صدر القانون رقم ٦٤٨ لسنة ١٩٥٣ بشأن الاموال المصادرة ،ثم صدر دستور ١٩٥٦ ونص في المادة (٢٧) منه على أن " المصادرة العامة للأموال محظورة ولا تكون عقوبة المصادرة الخاصة الا يحكم قضائي " تم صدر دستور ١٩٧١ ونص في المادة ٣٦ منه على أن "المصادرة العامة للأموال محظورة ، ولا تجوز المصادرة الخاصة الا بحكم قضائي " ، اما قانون

(١) د. السيد عبد الحميد احمد، مصدر سابق، ص ٣٠٨.

(٢) د.وجدي ثابت غبريال، السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٨، ص ٢٣.

(٣) د. احمد سليم سعيفان، الحريات العامة وحقوق الإنسان، ج ١، المصدر السابق، ص ٣٩٥.

(٤) د. محمد ماهر ابو العينين، الحقوق والحريات العامة وحقوق الإنسان في قضاء واقضاء مجلس الدولة وقضاء النقض الدستورية العليا، الكتاب لاول، المركز القانوني للاصدارات لقانونية، القاهرة، ٢٠١٣، ص ٥٤

العقوبات المصري^(١) أشار المشرع صراحة في المادة ١/٣٠ من قانون العقوبات الى وجوب عدم الإخلال بحقوق الغير الحسن النية عند الحكم بالمصادرة كعقوبة تكميلية جوازية . ويقصد بالغير حسن النية ، كل شخص لا يعد فاعلة أو شريكا في الجريمة . فالمصادرة كعقوبة لا تجوز إلا إذا كان الشئ محل المصادرة مملوكة للجاني في الحالات التي تكون فيها المصادرة عقوبة تكميلية وجوبية و رغم أن القاعدة في المصادرة كعقوبة تكميلية أنها جوازية ، كما سبق أن ذكرنا ، إلا أن المشرع قد نص على اعتبارها وجوبية في حالات معينة . ومن أمثلة ذلك : ما تنص عليه المادة ١١٠ من قانون العقوبات (في مجال الرشوة والجرائم الملحقة بها) ، بأنه يحكم في جميع الأحوال بمصادرة ما يدفعه الراشي أو الوسيط على سبيل الرشوة طبقا للمواد السابقة .

كما نصت المادة ٤٠ من دستور ٢٠١٢ المعدل على أن “ المصادرة العامة محظورة ، ولا تجوز المصادرة الخاصة الا يحكم قضائي “ وهو نقل حرفي لنص المادة (٣٦) من دستور ١٩٧١ الملغي ، وتستنتج من النصوص الدستورية السابقة انها تكاد تكون واحدة ، وتجمع على أن المصادرة العامة للأموال غير دستورية ، وكذلك المصادرة الخاصة لا تجوز إلا بحكم قضائي.

ويلاحظ أن المصادرة في الحالات السابقة قد اصطبغت بطابع سياسي إن الهدف منها في الأساس هو حماية الثورة .^(٢)

اما المشرع الاماراتي فقد اقر جميع الحقوق والحريات العامة التي تضمنها دستور دولة الإمارات العربية المتحدة ، تناول الحقوق والحريات الاقتصادية ، وأيضا الحقوق والحريات الاجتماعية وذلك على النحو التالي : الحقوق والحريات الاقتصادية : تتضمن الحريات إتاحة الفرصة للأفراد لممارسة الأنشطة الاقتصادية والتمتع بثمارها يستلزم الإقرار بحق الأفراد في الاشياء وإدارة المشروعات الاقتصادية “ حرية التجارة والصناعة كذلك حق الملكية بحيث تكون مصونة ولا يمكن مسها الا للمصلحة العامة و مقابل تعويض عادل ” . وقد كفل الدستور الإماراتي حق الملكية ، حيث نص على أن “ الملكية الخاصة مصونة ويبين القانون القيود التي ترد عليها ولا ينزع من أحد ملكه الا الأحوال التي تستلزمها المنفعة العامة وفقا الأحكام القانون وفي مقابل تعويض عادل “^(٣)

(١) انظر: قانون العقوبات المصري الرقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ المادة ١/٣٠ .

(٢) د. محمد صلاح عبد البديع، الحماية الدستورية للحريات العامة بين المشرع والقضاء ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص٢٩٦ .

(٣) انظر: المادة ٢١ من دستور الإمارات العربية لسنة ١٩٧١ .

كما حظر الدستور المصادرة العامة للأموال ، حيث نص على أن ” المصادرة العامة للأموال محظورة ، ولا تكون عقوبة المصادرة الخاصة الا بناء على حكم قضائي وفي الأحوال المنصوص عليها في القانون “ (١)

اما قانون العقوبات الاتحادي -الذي نص على ان”تحكم المحكمة عند الحكم بالإدانة بمصادرة الأشياء والأموال المضبوطة استعملت فيها أو كان من شأنها أن تستعمل فيها أو كانت محلها أو التي تحصلت من الجريمة . فاذا تعذر ضبط أي من الأشياء أو الأموال حكمت المحكمة بغرامة تعادل قيمتها ، وذلك كله دون الإخلال بحقوق الغير حسن النية .” (٢)

في ظل اول تشريع عراقي وهو القانون الاساس العراقي لسنة ١٩٢٥ نص على أن “ولأيجوز فرض القروض الاجبارية ولا حجز الاموال والاملاك ولا مصادرة المواد الممنوعة إلا بمقتضى القانون” (٣) في القانون الأساسي لسنة ١٩٢٥ صدرت عدة قوانين تنص على المصادرة منها،قانون الكمارك رقم ٥٦ لسنة ١٩٣١ الذي نص على مصادرة البضائع بقرار من موظف الكمارك (٤)

كما نص القانون على مصادرة كل شي بموجب أحكام هذا القانون من قبل اي موظف كمارك لمنع تهريب البضائع (٥)والشيء المصادر حسب هذا القانون يكون ملكا للدولة (٦)

ولم تعالج الدساتير المتعاقبة لسنة ١٩٥٨،١٩٦٣،١٩٦٤،المصادرة بنص صريح وانما صدرت بعض القوانين مثل السلامة الوطنية رقم ٤ لسنة ١٩٦٥ لمعالجة المصادرة، فقد نصت هذه القوانين على ان لرئيس الوزراء في المنطقة التي شملها اعلان الطوارئ سلطات واسعة .

و عالج قانون العقوبات العراقي المرقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ وفي المادة ١٠١ التي نصت على ان”فيما عدا الأحوال التي يوجب القانون فيها الحكم بالمصادرة يجوز للمحكمة عند الحكم بالإدانة في جنائية او جنحة أن تحكم بمصادرة الأشياء المضبوطة التي تحصلت من الجريمة او التي استعملت في ارتكابها أو التي كانت معدة لاستعمالها فيها . وهذا كله بدون اخلاص بحقوق الغير الحسن النية ويجب

(١) انظر:المادة ٣٩ من دستور الامارات العربية المتحدة لسنة ١٩٧١.

(٢) انظر:المادة ٨٢ من قانون العقوبات الامارات الاتحادي رقم ٣ لسنة ١٩٨٧.

(٣) انظر:(المادة ١٠ الفقرة ٢) من القانون الأساسي لسنة ١٩٢٥.

(٤) انظر:المادة ١٥٩ من القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٣١.

(٥) انظر: المادة ٥٥ المعدلة من القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٣١.

(٦) انظر:المادة ١٦٠-١٦١ المعدل من القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٣١.

على المحكمة في جميع الأحوال أن تأمر بمصادرة الأشياء المضبوطة التي جعلت اجرا لارتكاب الجريمة^(١)،

أن المصادرة التي استخدمها النظام السياسي في ظل دستور ١٩٧٠ تمثلت بالاعتداء على حقوق الأفراد وتجريدهم من ملكهم ، ومن دون مقابل ، وبغير وجه حق أنطوت على مساس خطير بالحق في الملكية الفردية وتتنوع أسباب المصادرة فقد تكون بناء على حكم قضائي غير مستوفي شروط التقاضي وخاصة الأحكام الصادرة من محكمة الثورة والتي كانت تتولى محاكمة المواطنين بتهم سياسية وخصوصا بالنسبة للمنتمين إلى الأحزاب السياسية المعارضة والتي كانت تتضمن أحكام بمصادرة الأموال المنقولة وغير المنقولة لعقوبات تبعية بحق هؤلاء المعارضين^(٢) وقد تكون المصادرة بسبب التمييز الديني أو العرقي فقد قام النظام السياسي في ظل دستور ١٩٧٠ بتهجير عشرات الالاف من العراقيين إلى خارج العراق وأسقط عنهم الجنسية^(٣) ورحلهم إلى خارج العراق ، وقامت الحكومة بمصادرة اموالهم وعقاراتهم وباعتها بالمزايدة العلنية^(٤) وقد خول مجلس قيادة الثورة المنحل وزير الداخلية صلاحية بيع الأموال المصادرة وتصفية كافة الحقوق العائدة إلى المسافرين على أن يقيد بدل بيع الأموال والحقوق في حساب خاص يفتح في مصرف الرافدين ويصرف على إجراءات التنفيذ من بدل بيع الحقوق العائدة إلى المسفر ، وتم تشكيل لجان من قبل دوائر الأمن لتصفية هذه الاموال.^(٥)

اما في دستور عام ٢٠٠٥ لم يعالج المشرع المصادرة ولم يشر اليها صراحة ففي المادة ٢٣ من الدستور المذكور انفا نصت على ان:

“اولا: الملكية الخاصة مصونة، ويحق للمالك الانتفاع بها واستغلالها والتصرف بها، في حدود القانون.

ثانيا: لا يجوز نزع الملكية الا لأغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل، وينظم ذلك بقانون” .

(١) انظر: المادة ١٠١ من قانون العقوبات العراقي المرقم ١١١ لسنة ١٩٦٩.

(٢) جمال ناصر جبار الزيداوي، العدالة الانتقالية في العراق، هيئة دعاوى الملكية انموذجا، دار الكتب والوثائق، بغداد، ٢٠١٢، ص ٨٢.

(٣) قرار ٦٦٦ في ايار لسنة ١٩٨٠.

(٤) قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١٣٧٢ في ١٨/١٠/١٩٨١ القاضي بمصادرة املاك ل ٩٩ مواطنا من كربلاء وتسجيلها باسم وزارة المالية بادعاء كونهم من التبعية الإيرانية.

(٥) قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم ١١٣١ في ١٨/٨/١٩٨٠.

ويعتقد الباحث ان قيد المصادرة من القيود الخطيرة على الملكية الفردية فكان احرى بالمشرع ذكرها بنص صريح تفاديا لتأويل الادارة في تنفيذها وعدم التعسف في استعمال هذا الامتياز من قبل الادارة والنص عليها في متن الدستور اسوة بنظيره المشرع الاماراتي عندما ذكرها صراحة في المادة ٣٩ من دستور الامارات العربية المتحدة لسنة ١٩٧١ المعدل على ان "المصادرة للاموال العامة محضورة، ولا تكون عقوبة المصادرة الخاصة الا بناء على حكم قضائي وفي الأحوال المنصوص عليها في القانون".

الفرع الثاني

قيد فرض الحراسة على الملكية الفردية للمصلحة العامة

تعد الحراسة من القيود الشديدة الوطأة على الملكية الفردية، اذ انها تحرم المالك من العناصر الموجودة بالملك، حيث تغل يد صاحب المال، فلا يمكنه التصرف به او إدارته، بل عليه تسليم المال إلى الحارس المعين الذي يشرف عليها ويتولى إدارتها. وسنقوم بتقسيم هذا الفرع إلى نقطتين الأولى سنتولى التعريف بالحراسة اما النقطة الثانية فسوضح موقف التشريعات المقارنة من الحراسة وكما يلي:

اولا: التعريف بفرض الحراسة:

لتوضيح المقصود بالحراسة لابد من بيان المدلول اللغوي والاصطلاحي لها ومعرفة انواعها وكما يأتي:

١- تعريف فرض الحراسة لغة واصطلاحا:

• الحراسة لغة:

• ان الحراسة تدل على مدلولات عديدة في اللغة ،فقد تاتي بمعنى حفظ الشيء، مثل يحرس الشيء او يحفظه^(١)، او تاتي بمعنى التقييد، مثل وضعت فلان تحت الحراسة، اي تم منعه من مغادرة بيته او وطنه او التصرف بماله.^(٢) والحارس يعينه القضاء او الادارة او بالاتفاق بين المتخاصمين.

• الحراسة اصطلاحا:

أن الحراسة انواع متعددة وليست نوعا واحدا بل أنواع ، لذا فإن معناها اختلف عند الفقهاء وفقا للمفهوم الخاص لكل واحد منهم عن الحراسة ، وحسب القانون المدني فقد يقصد بها : " غل يد الفرد من أمواله فلا يملك التصرف فيها ولا إدارتها ، ويتولى الحارس ذلك نيابة عنه ، فهو الذي يدير المال

(١) انظر: ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ص ٤٨،

(٢) د. احمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، ج ١، ط ١، عالم الكتب، القاهرة، ٢٠٠٨. ص ٤٧١.

ويقبض الإيراد ويودعه لحساب الخاضع للحراسة أو يصرف لهذا الأخير نفقة شهرية مقدرة للإنفاق منها على شؤون العيش ، ويتولى الحارس نيابة عنه الوفاء بالتزامه وديونه ، وفي حدود الأموال الموجودة تحت يده الحساب الخاضع “ (١)

، وعرف الفقه الإداري الحراسة الإدارية بأنه “ الإجراءات الذي تتخذه جهة الإدارة و الذي يدار بطريق الالتزام على المرفق العام يترتب عليه رفع يد الملتزم مؤقتا عن إدارة المشروع ، وذلك في حالة وجود ما يهدد توقف المرفق جزئيا اوكلها ولو بدون خطأ من الملتزم أو عدم قدرته على إدارته ، أو ارتكابه مخالفات جسيمة تهدد سير المرفق وتجعل الملتزم غير أهل لإدارته “ (٢)

ومن جانب آخر عرفت الحراسة بأنها “ إجراء تتخذه جهة الإدارة تعين بمقتضاه حراسة من قبلها ليقوم بإدارة مرفق عام ، أو إدارة أموال لأشخاص معينين اقتضت المصلحة العامة وضع أموالهم تحت الحراسة كإجراء من إجراءات الأمن كالأجانب والمعتقلين ومن في حكمهم “ (٣)

كما أن الحراسة الإدارية تفرض في حالات منها : إذا حصل توقف كلي للمرفق العام أو جزئي وإن لم يكن هناك خطأ من قبل الملتزم . عدم مقدرة الملتزم على إدارة المرفق العام، أو إن حصل تقصير جسيم من قبل الملتزم في إدارته للمرفق .

نلاحظ ان الحراسة الإدارية لا يترتب عليها انتقال ملكية الأشياء كباقي أنواع الحراسات ، وإنما ينوب الحارس عن صاحب المال في إدارة الأموال ، فضلا عن أنه لا توجد مدة محددة لوضع المرفق العام تحت الحراسة ، فالإدارة تملك سلطة تقديرية في تحديد الفترة حتى لو كانت تزيد عن المدة التي تم تحديدها في العقد (٤) ، إلا أن العقد لا لاينتهي ولا تسقط حقوق الملتزم الأصلي ، بل يتم رفع اليد عن إدارة المرفق العام، وإن حصلت خسارة مالية فسيتحملها الملتزم ، إن كان فرض الحراسة ناتج عن إهماله وتقصيره . (٥)

(١) د.مراد محمود حيدر، الحراسة القضائية، مدلولها وخصائصها واحكامها، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠١٠، ص١٠.

(٢) د.سليمان احمد الطماوي، الاسس العامة للعقود الادارية، دراسة مقارنة، ط٥، دار الفكر العربي، ١٩٩١، ص٥١٨.

(٣) د.فاروق عبد البر، دور مجلس الدولة المصري في حماية الحقوق والحريات العامة، ج٢، دار النهضة العربية، ص٤١٦.

(٤) د. حسن محمد احمدجودة، سلطة الدولة في فرض الحراسة وظوابطها القانونية والدستورية في النظام القانوني المصري، اطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ١٩٩١، ص١٣٩.

(٥) د.محمود عاطف البنا، حدود سلطة الضبط الاداري، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، ج٣، ٤٤، السنة ٤٨، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٨٠، ص٥١٨.

٢-أنواع فرض الحراسة

هنالك أنواع عديدة من الحراسة ومنها:

• الحراسة القضائية: وهي نوع من أنواع الحراسة التي تكون عندما ينشأ النزاع بين طرفين على مال معين ولم يتم الاتفاق بينهما في تعيين حارس في المال المتنازع عليه ، يذهبون الى القضاء، ليفرض حارس على المال، ويترتب على هذا النوع من الحراسة غل يد المالك من ادارة ملكه أو التصرف فيه ، إلا أنها لا تؤدي إلى نقل ملكيته الدولة^(١)

• الحراسة الاتفاقية: تكون الحراسة من هذا النوع مبنية على أساس الاتفاق المبني بين طرفي النزاع علي المعين منقول ام عقاريثور عليه نزاع بينهما ، فإن الطرفين يتفقان على أن يعهد بهذا المال الى شخص اخر يكون حارسا عليه لتولي المحافظة عليه على أن يتعهد برده كاملا إلى الذي ثبت له الحق ، ويكون هذا النوع من الحراسة محكومة بالقواعد الاتفاقية التي اتفق عليها يان إعمالا للمبادئ العامة وقواعدها كون العقد يعد شريعة المتعاقدين^(٢)

• الحراسة القانونية: وهي نوع آخر من أنواع الحراسة والتي يكون فرضها استنادا إلى النصوص القانونية ففي حالات معينة لا يستوجب فيها القانون وضع الأموال والممتلكات تحت الحراسة ؛ لضرورة يراها ويكون بمقتضاها المال تحت الحراسة بحكم القانون .

• الحراسة الادارية: وهي احدانواع الحراسة الني تفرض من قبل الادارة، والتي تتخذ الإدارة حارسا يتولى إدارة المرفق العام الذي ارتأت الإدارة أن المصلحة العامة تقتضي أن يكون تحت الحراسة التي تفرضها الإدارة على الأملاك الخاصة لبعض الأشخاص كالمعتقلين والأجانب بدواع أمنية أو غايات تقتضيها المصلحة العامة^(٣)

ثانيا: فرض الحراسة في التشريعات المقارنة: نظم المشرع الفرنسي فرض الحراسة في القانون الفرنسي نوعين من الحراسة على الملكية الفردية في الظروف العادية هي الحراسة المدنية والحراسة الجنائية^(٤)

(١) د.مراد محمود حيدر، الحراسة القضائية، مدلولها وخصائصها واحكامها، مصدر سابق، ص٤٣.

(٢) د.ابراهيم سيد أحمد، الحراسة فقها وقضا، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٣، ص١١.

(٣) د.عيد سعيد دسوقي، مصدر سابق، ص٤٣١.

(٤) د.ابراهيم الشربيني، حراسات الطواريء، دار المعارف، مصر، ١٩٦٤، ص٣١.

وكان المشرع يهدف من تقرير هذه الحراسة هو الضغط على المتهم كي يحضر للمحاكمة لذلك الفقهاء يقولون ان فرض الحراسة هو ليس غاية في ذاته، وانما لتحقيق تمكين المحكمة المختصة بنظر الدعوى الجنائية في مواجهة المتهم (١)

أما في الظروف الاستثنائية ومنها ظروف الحرب فقد وضع المشرع على المستوى القضائي والتشريعي فرض الحراسة على املاك رعايا الدول المشاركة بالحرب، وهو ما يعرف بحراسة الحرب، وينتفي الحاجة لهذا التشريع في الظروف العادية كما ان هذا التشريع لم يمس الملكية الخاصة للفرنسيين وغير الفرنسيين الغير اعداء في الاراضي الفرنسية.

اذ لم ينص قانون الأحكام العرفية لسنة ١٨٤٩ على فرض الحراسة، اما قانون سنة ١٩٣٦ الذي نص على ان "توريد المخصصات العسكرية اللازمة لتأمين حالة البلاد يكون للحصول عليها عن طريق الاتفاق الودي فان لم يجد فعن طريق الاستيلاء".

عندما اراد المشرع الفرنسي تقرير الحراسة قام بالنص عليها رغم نصه على إمكانية اللجوء للاستيلاء المنصوص عليه في القانون رقم ١١ تموز ١٩٣٨ (٢)

كما أن قانون رقم ١١ لسنة ١٩٣٨ الخاص بتنظيم الأمة وقت الحرب لم يتضمن نصا بشأن فرض الحراسة على الأموال ، ومن ثم فإن الملكية الفردية الفرنسيين لم يتعرض للمساس عن طريق فرض الحراسة وهو ذات الأمر المسلم به للأجانب المقيمين في فرنسا وذلك لتحملهم بالالتزامات ذاتها الواقعة على الفرنسيين والخاصة بتنظيم الأمة وقت الحرب وذلك وفقا للمرسوم بقانون الصادر في ١٢ نيسان ١٩٣٩ .

تناول قانون حالة الاستعجال الصادر في نيسان ١٩٥٠ حالة الاستعجال البسيطة والتي تضمنت حالة الإستيلاء على الاملاك طبقا لقانون ١١ تموز ١٩٣٨ بشأن تنظيم الأمة وقت الحرب في مناطق إعلان حالة الاستعجال (٣). وهذا التشريع ايضا لم يعطي السلطة التنفيذية فرض الحراسة على الملكية الفردية .

(١) انظر: المادة ٣٧ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسية .

(٢) انظر: مرسوم ١ ايلول سنة ١٩٣٩ بشأن فرض الحراسة على الرعايا الأعداء مع عدم الإخلال بالجوء الى الاستيلاء طبقا لقانون تنظيم الأمة وقت الحرب.

(٣) د.صبري محمد السنوسي، الاعتقال الاداري-الحرية الشخصية ومقتضيات النظام العام، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٥، ص ١٧٥.

ان الدساتير المصرية السابقة على دستور ١٩٧١ الملغي لم تنص على فرض الحراسة اذ نصت المادة ٣٤ منه " الملكية الخاصة مصونة ولايجوز فرض الحراسة عليها الا في الأحوال المبينة في القانون وبحكم قضائي...." (١)

أما دستور ٢٠١٢ المعدل فقد نص على ان"الملكية الخاصة مصونة، وحق الإرث فيها مكفول ولايجوز فرض الحراسة عليها الا في الأحوال المبينة في القانون وبحكم قضائي...". (٢)

وعرفت المحكمة الدستورية العليا الحراسة الإدارية بانها"تدبير قضائي مؤقت بطبيعته يقصد به التحفظ والوقاية ، ويفرض لمصلحة المجتمع كله ... " والواضح ان الحراسة من نصوص القانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧١ هو لتنظيم فرض الحراسة، وهي كما اسلفنا في التعريف السابق هي إجراء قضائي مؤقت يقصد به التحفظ والوقاية ويفرض للمصلحة العامة، ويقصد منه تثبيت أُنقنامة الأفراد ، وشل حركة رأس المال عندما يتحرك صاحبه للأضرار بمصالح البلد ، وذلك في الحالات التي حددتها المادتان ٢ و ٣ من هذا القانون وانهما ينصرفان إلى أنواع من الأعمال من شأنها الحاق الضرر بالبلد وأمنه وسلامته . (٣)

ان المشرع المصري استهدف من من فرض الحراسة ابان الحرب العالمية هو حماية البلاد ثم تطورت بعد ذلك لتحقيق غايات واغراض اخرى ومنها حماية النظام السياسي وثم تطور هذا الغرض بحيث استخدم قيد فرض الحراسة لتغيير الهيكل الإجتماعي وخدمة فلسفة النظام الاقتصادية والسياسية بالتحول للنظام الاشتراكي. (٤)

ان القانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٦٤ الذي نص في المادة ٢ منه بان تؤول ممتلكات الافراد التي فرضت عليهم الحراسة بمقتضى احكام قانون الطوارئ الى الدولة. (٥)

اذ نصت المادة رقم ١ منه على ان"ترفع الحراسة عن أموال الأشخاص الطبيعيين الذين فرضت عليهم الحراسة بمقتضى أوامر جمهورية طبقاً لأحكام قانونالطوارئ". ونص القانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧١

(١) د.عيد دسوقي، مصدر سابق، ص ٤٣٠.

(٢) انظر: المادة ٣٥ من دستور جمهورية مصر العربية لسنة ٢٠١٢.

(٣) حكم المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم ٢٣١ لسنة ٢٠٠٤ قضائية، دستورية، ٢٠٠٤/٣/٧ ج ١١/١١ دستورية، ص ٣٧١.

(٤) د.ماجد راغب الحلو، النظم السياسية والقانون الدستوري، مصدر سابق، ص ٨٧٤.

(٥) د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني-حق الملكية، مصدر سابق، ص ٦٢٥.

بشان فرض الحراسة وتنظيمها، على انه يجوز فرض الحراسة على أموال لأشخاص كلها او بعضها، وهذا خطر يمكن ان يصيب الملكية الفردية .

ان التعديل الدستوري لسنة ٢٠٠٧ صدر القانون رقم ١٩٤ لسنة ٢٠٠٨ ونصت المادة ٢ منه على أن " مع عدم الإخلال بأحكام المواد الثالثة والرابعة والخامسة من هذا القانون ، يلغى القانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧١ بتنظيم فرض الحراسة وتأمين سلامة الشعب ، وقانون حماية القيم من العيب الصادر بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٨٠ " وهو ما يعني الغاء هذين القانونين بكامل احكامهما وتضمن القانون أنه بالنسبة للتحقيقات والشكاوي المقيمة بجهاز المدعي العام ، ولم يتم التصرف فيها تحال لأدارة الكسب غير المشروع بوزارة العدل لتتولى التصرف فيها وفقا لأحكام القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٧٥ في شأن الكسب غير المشروع ، وقد أكتسب هذا القانون زخما كبيرا وفعالا عقب ثورة ٢٥ يناير ٢٠١١ (١) اذ ان قرار مجلس الوزراء رقم ١١٤١ لسنة ٢٠١٣ (٢) قد شكل لجنة من مجلس الوزراء لادارة اموال الاخوان المسلمين الموضوع اليد عليها ماليا واداريا لحين صدور أحكام قضائية باتة. (٣)

نظم المشرع الاماراتي فرض الحراسة القضائية في قانون المعاملات المدنية رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ في الفصل الخامس وعرف القانون الحراسة القضائية بأنه " عقد يعهد الطرفان المتنازعان إلى طرف آخر هو (الحارس) بمال ليقوم بحفظه وإدارته على أن يقوم برده مع غلته إلى من يثبت له الحق فيه". (٤)

وإذا اختلف المتنازعان في تسمية الحارس ولجأ أحدهما أو كلاهما إلى القضاء جاز للقضاء أن يتولى عن المتنازعين تسمية الحارس القضائي ، والحارس القضائي هو الشخص الذي يتم تعيينه عن طريق القضاء لتولي مهمة حراسة الأموال أو المنقولات إلى أن يفصل القضاء في شأنها .ونصت المواد في قانون المعاملات المدنية الاماراتي حيث نصت المادة (٩٩٨) على أن "إذا اتفق المتعاقدان على وضع المال في يد شخصين أو أكثر فلا يجوز لأحدهم الانفراد بحفظه أو التصرف في غلته بغير قبول الباقيين" . وفي المادة مادة (٩٩٩) "يجوز لأحد المتنازعين على مال عند عدم الاتفاق أن يطلب من

(١) د.عبد سعد، مصدر سابق، ص٤٦٦.

(٢) انظر:نشر الجريدة الرسمية العدد/٤٠ مكرر (ب) ف٢٠١٣/٣/٨.

(٣) د.عبد الفتاح مراد، التعليق على الدستور المصري لسنة ٢٠١٣، الهيئة القومية لدار الكتب والوثائق المصرية، ص٢٨٣.

(٤) انظر؛ المادة ٩٩٧ من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ٥ لسنة ١٩٨٥.

القاضي دفعا لخطر عاجل أو استنادا لسبب عادل تعيين حارس يقوم باستلام هذا المال لحفظه وإدارته وتحويله ممارسة أي حق يرى فيه القاضي مصلحة للطرفين” . وفي مادة أخرى نص القانون على “ تجوز الحراسة القضائية على أموال الوقف في الأحوال التالية إذا تبين أن الحراسة إجراء لا بد منه للمحافظة على ما قد يكون لذي الشأن من حقوق : ١- إذا كان الوقف شاغرة أو قام نزاع بين المتولين على وقف أو بين متول وناظر عليه أو كانت هناك دعوى مرفوعة بعزل المتولي وتنتهي الحراسة في هذه الأحوال إذا عين متول على الوقف سواء أكان بصفة مؤقتة أم بصفة نهائية . ٢- إذا كان الوقف مدينا . ٣- إذا كان أحد المستحقين مفلسا وتبين أن الحراسة ضرورية لصيانة حقوق الدائنين فتفرض الحراسة على حصته إلا إذا تعذر فصلها فتفرض على أموال الوقف كله” (١)

كما أكد القانون في احكامه ،إذا لم يتفق أطراف النزاع على شخص الحارس تولى القاضي تعيينه . على المعهود يبذل التزامات الحارس وحقوقه ،والمال في يد الحارس أمانة ولا يجوز له أن يتجاوز في مهمته الحدود المرسومة له وإلا كان ضامنا و يحدد الاتفاق أو الحكم الصادر بفرض الحراسة حقوق الحارس والتزاماته وما له من سلطة والا طبقت أحكام الوديعة والوكالة بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع طبيعة الحراسة والأحكام المنصوص عليها في هذا الفصل . على الحارس أن يحافظ على الأموال المعهودة إليه وأن يعنى بإدارتها ويجب أن يبذل في كل ذلك عناية الرجل المعتاد .

وفي المادة (١٠٠٥) من قانون المعاملات المدنية التي نصت على أن “لا يجوز للحارس في غير أعمال الحفظ والإدارة أن يتصرف إلا برضاء أطراف النزاع أو بإذن من القاضي ما لم تكن هناك ضرورة ملحة يخشى معها على الغلة أو المال المنقول الفساد أو الهلاك . زله أن يتجاوز : كان ضامنا - مآدر بفرض اماته وما له ديعة والوكالة بيعة الحراسة” . و يلتزم الحارس بأن يوفي ذوي الشأن بالمعلومات الضرورية التي تتعلق بتنفيذ مهمته وبأن يقدم الحساب عنها في المواعيد وبالطريقة التي يتفق عليها الطرفان أو يأمر بها القاضي ، للحارس أن يحتسب المبالغ التي صرفها مصرف المثل في أداء مهمته .

(١) انظر: المادة ١٠٠٠ من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ٥ لسنة ١٩٨٥.

إذا اشترط الحارس اجرا استحققه بإيفاء العمل وإن لم يشترطه وكان ممن يعملون بأجر فله أجر مثله . وفي مادة اخرى نصت على أن " الحارس أن يتخلى عن مهمته متى أراد على أن يبلغ أصحاب الشأن وأن يتابع القيام بالأعمال التي بدأها حتى تبلغ مرحلة لا تلحق ضررا بأطراف النزاع" (١) إذا مات الحارس أو عجز عن القيام بالمهام المكلف بها أو وقع خلاف بينه وبين أحد أصحاب الشأن ولم يتفق الطرفان على اختيار غيره فللقاضي أن يعين حارسا يختاره بناء على طلب أحد الطرفين لمتابعة تنفيذ مهمته ، تنتهي الحراسة بإتمام العمل أو باتفاق ذوي الشأن أو بحكم القاضي وعلى الحارس عندئذ أن يبادر إلى رد ما في عهده إلى من يتفق عليه ذوو الشأن أو يعينه القاضي..

كما أكدت المحكمة الاتحادية العليا أن القضاء المستعجل يختص بالحكم بفرض الحراسة القضائية على منقول أو عقار متى قام في شأنه نزاع ، ما يخشى معه " خطرا عاجلا من بقاء المال تحت يد حائزه ، وهو يخضع لتقدير محكمة الموضوع متى كان سائغا . ورفضت طعن شركاء في عقار ضد حكم قضى برفض دعواهم بشأن فرض الحراسة القضائية على العقار على سند عدم جواز نظر الدعوى السابقة الفصل فيها .

ان المشرع العراقي لم يسم صراحة فرض الحراسة او وضع اليد ولكن ظهرت هذه القيود بصور وتسميات اخرى منها التجميد وهو إجراء يقصد منه وضع اليد على الأموال الخاصة وإعطاء أدارتها لجهة ما ثم بيعها (٢) وهو إجراء شبيه بفرض الحراسة في التشريع المصري الذي سبق الإشارة إليه ومن القرارات التي طبق فيها التجميد على الأموال الخاصة ،منها حالة تجميد ممتلكات واموال اليهود الذين تم اسقاط الجنسية عنهم ، فصدر القانون رقم ٥ لسنة ١٩٥١ (قانون مراقبة ادارة اموال اليهود المسقطه جنسيتهم العراقية) . ووجب هذا القانون التصرف بالاموال إعتبارا من تاريخ نفاذ القانون و وفقا لأحكام القانون والأنظمة التي تصدر بموجبية وتتولى دائرة الامانة العامة لمراقبة وادارة أموال الافراد المسقطه جنسيتهم ادارة هذه الأموال والمحافظة عليها والتصرف بها وتصفياتها طبقا للأنظمة الصادرة (٣)

وقد قرر قانون مراجعة وادارة أموال اليهود رقم ١٢ لسنة ١٩٥١ على أنه " إذا عاد العراقي من اليهود قبل انتهاء مدة الشهرين من تاريخ البيان الذي تصدره البعثات الدبلوماسية ... تعاد اليه أمواله المجمدة أما إذا لم يرجع بعد أنتهاء المدة فيعتبر كأنه ترك العراق نهائيا وتسقط عنه الجنسية ...

(١) انظر :المادة ١٠٠٩ من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ .

(٢) د. عبود عبد اللطيف البلداوي، مصدر سابق، ص ٢٣٦ .

(٣) انظر:المادة الثانية الفقرة (د)من قانون رقم ١٢ لسنة ١٩٥١ .

“ . وقد صدر النظام رقم (١٣) لسنة ١٩٠١ بشأن إدارة أموال اليهود الذي أعطى للأمين العام سلطة وضع اليد على جميع الأموال العائدة للشخص المسقط عنه الجنسية والتصرف بها وتصفيته وتصفيته اعماله التجارية وبيع غير المنقول من الأموال العائدة له لدفع الحقوق المترتبة عليه للخزينة ودوائر الدولة ، وتقسيم العرصات أو بيعها أو إزالة شيوعتها إذا وجدت مصلحة تقضي بذلك (١) ويبدو أن قرارات مجلس قيادة الثورة المنحل قد أخذت بوضع اليد أو فرض الحراسة دون تسميته صراحة وذلك عندما قرر بأن تتولى السلطة المالية إدارة العقارات العائدة إلى العراقيات اللاتي التحقن بأزواجهن المسافرين وتسجل المبالغ المستحصلة من إستغلال العقارات المذكورة في حسابات خاصة (٢) كما وسع النظام السياسي من نطاق المصادرة عندما تشمل أحكام المصادرة المنصوص عليها في القرار ١١ : في ١٩٩٩/٩/٧ المعدل بالقرار ٢٣٢ في ٦ / ٣ / ١٩٧٤ على من يحكم عليه بجريمة إجمامه عن الإخبار على أي جريمة من جرائم التجسس أو التخريب أو الجرائم الماسة بأمن الدولة الخارجي أو الداخلي ..

يرى الباحث ان الانظمة الشمولية التي حكمت العراق واستخدمت هذا القيد كعقوبة سياسية على الافراد واملاكهم الخاصة فكان لزاما على المشرع العراقي بعد التحول السياسي الذي حدث في العراق بعد ٢٠٠٣ ان ينص على فرض الحراسة بشكل واضح وصريح ومباشر من خلال تشريع قوانين اسوة بنظيره الفرنسي والمصري وان يكون هدف فرض الحراسة لتقييد راس المال لمصلحة البلد ولا يكون فرض الحراسة غاية بحد ذاته وانما للضغط على المتهم للمثول امام القضاء ..

المطلب الثاني

قيود ترد على سلطات الملكية الفردية لدواعي اجتماعية

وهي قيود ترد على سلطة المالك في استعمال حقه ، أو في استغلاله ، أو التصرف فيه ، وهي على نوعين : قيود قانونية مقررة بنص القانون ، وقيود إرادية تفرضها الإرادة . أ القيود القانونية : وهي قيود أقرها المشرع إما حماية للمصالح العامة عندما تتعارض مع المصالح الخاصة - حيث إن الضرر الخاص يتحمل في سبيل دفع الضرر العام - وإما رعاية المصلحة خاصة هي أولى بالرعاية من حق المالك عند التعارض بينهما ، وإلى هذا أشارت المادة ٧٧٣ من القانون المدني ، حين ذكرت أن « على

(١) انظر: المادة الثالثة الفقرة (د) من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٥١ .

(٢) انظر: قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ١١٩٤ في ١١/٢ / ١٩٨٣ المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٢٩٦٨ في ١٩٨٣/١١/٢١ .

المالك أن يراعي في استعمال حقه ما تقضي به القوانين والمراسيم والقرارات المتعلقة بالمصلحة العامة أو بالمصلحة الخاصة « ، وكذلك ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري ، انه حيث يتعارض حق الملكية مع مصلحة عامة ، فالمصلحة العامة التي تقدم ، فما ينبغي أن تقف الملكية حجر عثرة في سبيل تحقيق المصلحة العامة ، ولا يدخل هذا في وظيفتها الاجتماعية « . لذا سوف نبحث في هذا المطلب القيود القانونية الذي وضعها المشرع في الدول المقارنة، في فرعين الاول القيود الواردة على سلطة الاستعمال لدواعي إجتماعية وفي الثاني القيود الواردة على سلطة الاستغلال لدواعي إجتماعية وهي ماياتي:

الفرع الأول

قيود ترد على سلطة الاستعمال لدواعي إجتماعية

أن حق الملكية الفردية يعد حقا مطلقا اي انه يخول صاحب الحق على الشيء سلطات غير محدودة او غير مقيدة وهذا مايميز الملكية عن بقية الحقوق العينية الأخرى (١) وهذا ماجاء به المشرع العراقي في التشريعات في تعريف حق الملكية بقوله ان"الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفا مطلقا فيما يملكه عينا ومنفعة واستغلالا فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتاجها ويتصرف عينها بجميع التصرفات الجائزة" (٢) أن هذا الطابع تغير في الانحسار في اغلب النظم الحديثة حتى في تلك الدول الاكثر فردية وبدات القيود تحد من اطلاق هذا الحق واخذت النظم الجماعية وماتقنضية من قيود واخضاعها للمصلحة العامة وماترتب على هذا النهج من تغيير في طبيعة الملكية الفردية بوصفه حقا فرديا مطلقا الى حق ذو طبيعة اجتماعية(٣)

ان التزام صاحب الحق في استعمال حقة في الملكية الفردية لا يكفي في سبيل تحقيق الوظيفة الإجتماعية، بل يعتبرأستعماله غير مشروع رغم التزامه هذه الحدود ، و ذلك إذا كان قد اصابه الغلو في هذا الإستعمال وهي النظرية المعروفة(بنظرية التعسف في استعمال الحق) (٤) وان اختلاف موقف التشريعات من تبني فكرة (التعسف في استعمال الحق) يرجع الى الاختلاف في التوجهات الاقتصادية

(١) د.عبد المنعم فرج الصدة، مصدر سابق، ص٢٦.

(٢) انظر: المادة ١٠٤٨ من القانون المدني العراقي.

(٣) د.نزيهه الصادق المهدي، مصدر سابق، ص٦٤٩.

(٤) د.عيد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني-حق الملكية، مصدر سابق، ص٦٨٧.

للدول ، المهم أن مختلف القوانين الحديثة قد اثرت هذه النظرية وان اختلفت في الأخذ بها في قوانين الدول المختلفة كل حسب فلسفتها وتوجهها.. وان المشرع الفرنسي لم يتبنى إدخال نظرية (التعسف في استعمال الحق) في القانون المدني الفرنسي، الا انها تعد من الدول التي ساهمت في بناء هذه الفكرة التعسف في استعمال الحق والفضل يعود في ذلك إلى القضاء والفقهاء الفرنسي الذي يعتبر الحقوق نسبية وليست مطلقة وإن كل حق يواجه عنصرين : عنصرا شخصيا ، وعنصرا اجتماعيا ويضيف بان المظاهر الذاتية لحق الملكية مهما بلغ عن استئثار صاحبه به ، إلا إنه في الواقع وضع لصالح خدمة المجتمع ومصالحته، فحق الملكية الفردية اليوم له وظيفة إجتماعية ، وان كل صاحب حق يجب أن يوجه اهتمامه في استعمال حقه فيما لا يسبب الضرر للآخرين ، ويجب أن تبقى هذه الحقوق في نطاق الوظيفة الإجتماعية التي وجدت من أجل تلك الحقوق فاذا اخرج صاحب الحق عن وظيفة الحق الإجتماعية فإنه يعد مسيئاً في استعمال حقه ويترتب عليه من جراء ذلك المسؤولية . (١)

اما القضاء الفرنسي طبق هذه النظرية، نظرية التعسف في استعمال الحق في الملكية الذي كان يعتبرها اكثر الحقوق اطلاقا. كما ان المحاكم الفرنسية طبقت نظرية التعسف في استعمال الحقوق الإجتماعية ،مثلا طبقتها في نطاق الحقوق الخاصة،اي التعسف باتخاذ قرارات التي يقوم بها اغلبية مجموعة المالكين المخالفة للمصلحة العامة. (٢)

اما المشرع المصري فقد اخذ بنظرية التعسف في استعمال الحق وذلك عندما نصت المادة الخامسة من القانون المدني المصري على ان "يكون استعمال الحق غير مشروع في الاحوال الاتية:

- ١- اذا لم يقصد سوى الاضرار بالغير
- ٢- اذا كانت المصالح التي يرمى الى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها

٣- اذا كانت المصالح التي يرمى لها غير مشروعة". (٣)

كما ان الفقه يرى الاخذ بمعيار المصلحة العامة لتوسيع العمل بنظرية (التعسف في استعمال الحق) للتقييد سلطة الاستعمال ويكون البحث في ضوء الوظيفة الإجتماعية، ولم يعد المجتمع يعترف

(١) د.سعيد مبارك، التعسف في استعمال الحق، دراسة مقارنة في الانظمة القانونية الكبرى ،مجلة القانون المقارن، العدد ٢١، لسنة ١٩٧٩ ص ٢٩.

(٢) حكم محكمة السين المدنية ١١٣٠: اثار اليه:د.سعيد مبارك مصدر سابق، ص ٣٣.

(٣) للمزيد من معايير هذه النظرية في القانون المصري، ينظر د.عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص ٨٣٤.

بالملكية الفردية لإشباع حاجات المالك الخاصة فقط لذلك يعتبر المالك متعسف في استعمال حقه في كل مرة يخرج فيها في إستعماله لحق الملكية عن الوظيفة الإجتماعية لهذا الحق أو عن الغرض الاجتماعي المحدد له إلى جانب إشباع حاجاته الخاصة وبذلك أضيفت إلى نية الإضرار بالغير أو عدم توازن المنفعة أو عدم مشروعيتها صفة من العمومية تتيح للقاضي الأخذ بمعيار الوظيفة الإجتماعية الجديدة المضيق للحدود لاستعمال الملكية (١)

كما اضاف المشرع المصري معيارا اخر ماخوذ من الشريعة الإسلامية وهو معيار مادي اضافة للمعايير الثلاثة الواردة في القانون المدني وهو(تعارض استعمال الحق مع مصلحة عامة جوهرية) (٢) وهذا المعيار يسمح بتقييد حق الملكية الخاصة صيانة للمصلحة العامة واداء للوظيفة الإجتماعية... (٣)

اما المشرع الاماراتي نظم في قانون المعاملات المدنية نظرية التعسف في استعمال الحق في المادة ١٠٦ حيث تنص على أن :

١- يجب الضمان على من استعمل حق استعمالا غير مشروع

٢ - ويكون استعمال الحق غير مشروع :

أ- إذا توافر قصد التعدي

ب - إذا كانت المصالح التي اريد تحقيقها من هذا الاستعمال مخالفة الأحكام الشرعية الإسلامية أو القانون أو النظام العام أو الآداب

ج- إذا كانت المصالح المرجوة لا تتناسب مع ما يصيب الآخرين من

د- إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة .“

وواضح أن هذه النظرية تبين لنا معايير التعسف لا على سبيل الحصر وإنما على سبيل المثال وهذا مستفاد من الفقرة (د) والتي تنص على أن الشخص يكون متعسفا في استعمال حقه “ إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة”

(١) د.نزيهه محمد الصادق المهدي، مصدر سابق، ص٦٦٧.

(٢) الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج٦، ص١٥.

(٣) د.سعيد مبارك، مصدر سابق، ص٥٧.

وهذا خلافا للمادة الخامسة من القانون المدني المصري التي تضع ثلاثة ضوابط للتعسف وهذه الضوابط مماثلة لما جاء في الفقرة ١ ، ب ، ج من نص المادة ١٠١ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي ، لكن الضوابط الثلاثة التي وردت في المادة الخامسة من القانون المدني المصري وردت على سبيل الحصر وليس على سبيل المثال خلافا لما جاء في نص المادة ١٠١ من قانون المعاملات المدنية ومن الحالات التي اعتبرها القانون تعسفا من المالك في استعمال ملكه ما جاء في نص المادة ١١٣٩ من قانون المعاملات المدنية حيث تنص على أن حجب الضوء عن الجار تبعد ضررة فاحشة ، فلا يسوغ لأحد أن يحدث بناء بسد به نوافذ جاره سدة بمنع الضوء عنه والا جاز للجار ان يطلب رفع البناء دفعة ٤ استعمال حقه لتوافر نية الأضرار لديه ويستدل على نية الأضرار من قيام المالك بهذا العمل الذي يلحق الضرر بالجار دون ان يعود على باية فائدة (١)

. لم يحدد قانون المعاملات المدنية المسافة التي يجب ان تراعي عند فتح المطلات المواجهة أو المنحرفة ، وإنما وضع قانون المعاملات المدنية وفقا لنص المادة ١١٣٩ معيارا عامة في هذا الشأن ، وهو أن الجار عند البناء يجب الا يترتب على هذا البناء حجب الضوء عند جاره . ومن صور التعسف الصارخة وفقا لهذا النص اذا قام الجار بالبناء وترتب على هذا البناء سد نوافذ بيت جاره سدة بمنع الضوء عنه ، في هذه الحالة يكون الجار الذي قام بالبناء متعسفا في استعمال حق ، وعليه بحق للجار ان يطلب رفع البناء الذي أدى إلى سد نوافذه بشرط أن يؤدي سد هذا النوافذ الى حجب الضوء عن الجار ، أما إذا كان الجار له نوافذ اخرى تؤدي إلى اضاءة هذا المكان فلا يحق له ان يطالب برفع البناء لعدم وج الضرر ولقد وضحت المادة ١٠١ من قانون المعاملات المدنية صور التعسف ويمكن أن يتحقق التعسف عند قيام المالك مباشرة حق وفقا للصور التي عدتها المادة ١٠١ من قانون المعاملات المدنية وهذه الصور في :

١- اذا توافر قصد التعدي : وهذه أول صورة من صور التعسف في استعمال الحق ، فإذا كان المالك يقصد باستعماله حق الملكية قصد التعدي أي الحاق الضرر بالجار دون ان يعود عليه هذا الاستعمال لحقه بأية منفعة أي إذا توافر لدى المالك عند استعماله لملكه نية الإضرار بالغير ، فإن المالك يكون متعسف في استعمال حق الملكية .

(١) الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج٦، ص١٥.

٢- إذا كانت المصالح التي يهدف المالك الى تحقيقها غير مشروعة :

والفقرة الثانية من المادة ١٠٦ من قانون المعاملات المدنية تنص على ويكون استعمال الحق غير مشروع (ب) إذا كانت المصالح التي اريد تحقيقها من هذه الاستعمال مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية أو القانون أو النظام العام أو الآداب ، وتقول المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد " وإذا كان المعيار في هذه الحالة مادية في ظاهره فإن النية كثيرا ما تكون هي النافية لصفة المشروعية عن المصلحة (١) فإذا استعمال المالك ملكه بهدف تحقيق مصلحة غير مشروعة ، فإن المالك يكون متعسفا في استعمال حق ملكيته ، وبالتالي تتحقق مسئولية المالك من هذا الاستعمال قبل الجار إذ لحق الجار ضررا من هذا الاستعمال " (٢)

٣- رجحان الضرر على المصلحة رجحانا كبيرة :

وفي هذه الصورة من التعسف تتحقق إذا كانت المصالح المرجوة لا تتناسب مع ما يصيب الآخرين من ضرر .. (٣)

نظم القانون المدني العراقي (نظرية التعسف باسعمال الحق) متأثرا بالفقه الاسلامي (٤) اذ نصت المادة ٦ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على ان "الجواز الشرعي القانوني ينافي الضمان ، فمن أستعمل حقه إستعمالا جائزا لم يضمن ما ينشأ عن ذلك من الضرر " .
الا أن المشرع قيد المبدأ الوارد في المادة السادسة من القانون المدني النافذ حيث نص في المادة السابعة على أن :

١- من استعمال حقه استعمال غير جائز وجب عليه الضمان

٢- أستعمال الحق غير جائز في الأحوال التالية :

أ- إذا لم يقصد بهذا الإستعمال سوى الإضرار بالغير .

(١) د. سعيد مبارك ، مصدر سابق ، ص ٥٧ .

(٢) تعلق المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية على هذا النص ص ٨٢١ بالقول : تعتبر هذه المادة حجب الضوء عن الجار ضررا فاحشا ، ولهذا فلا يسوغ لأحد أن يحدث بناء يسد به نوافذ بيت جاره سدة بمنع الضوء والا جاز الجار ان يطلب رفع البناء دفع للضرر . و الجار ان يطالب بإزالة هذا الضرر ، المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية ص ٨١ تعلق على الفقرة الثانية من المادة ١٠١ وهي تنص على أن « ويكون استعمال الحق غير مشروع (١) إذا توافر قصد التعدي ، بالقول : « واول هذه الضوابط هو استعمال الحق دون ان يقصد من ذلك سوى الإضرار بالغير وهو معيار ذاتي استقر الفقه الاسلامي على الأخذ به ، والجوهري في هذا الشأن هو توفر نية الأضرار ، ولو افضى الاستعمال الى تحميل منفعة لصاحبه وبراعي ان هذه النية تستخلص من انتفاء كل مصلحة من استعمال الحق استعمالا يلحق الضرر بالغير متى كان صاحب الحق على بينة من ذلك ..

(٣) المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية ص ٨١ .

(٤) القاعدة في الفقه الاسلامي تقضي (الجواز الشرعي ينافي الضمان) ٩١ ، مجلة الأحكام العدلية .

ب- إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الإستعمال إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مطلقا مع ما يصيب الغير من ضرر يسببها.

ج- إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الإستعمال إلى تحقيقها غير مشروعة . ويتضح من نص الفقرة (٢ - ١) أن المعيار المقرر هنا هو معيار شخصي وهو قصد أو نية الإضرار بالغير) اما الفقرة (٢ - ب) فتقضي اجراء موازنة بين المصلحة التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها نتيجة الإستعمال لحقه والضرر الذي يصيب الغير والمعيار هنا معيار موضوعي يتمثل في وجوب رجحان كفة الضرر الذي يصيب الغير على المنفعة التي تعود إلى صاحب الحق . واعتبرت محكمة التمييز لجوء صاحب الحق إلى طرق غير قانونية للحصول على حقه تعسفا في إستعمال الحق^(١)، وإتجاه المحكمة هو اعتبار التعسف في استعمال الحق صورة من صور الخطأ التقصيري^(٢). والحالات الواردة في المادة المذكورة واردة على سبيل المثال لا الحصر ، لذلك فكل إستعمال الحق ينطوي على إنحراف عن الغاية الإجتماعية للحق يعد تعسفا في إستعمال الحق ،

ويتضح مما سبق ان المشرع قصر نظرية التعسف في استعمال الحق في حالات الاستعمال لغاية الاضرار بالمصالح الخاصة للأفراد ويرى الباحث ان يوسع المشرع في تطبيق هذه النظرية التعسف في استعمال الحق على الاستعمال بهدف الاضرار بالمصلحة العامة.

الفرع الثاني

قيود ترد على سلطة الاستغلال لدواعي اجتماعية

ان سلطة الاستغلال تأخذ صوراً عديدة ، منها الاستغلال المادي، ويقوم المالك باستغلال ملكه استغلالاً مادياً مباشراً ، او استغلالاً قانوني و يقوم المالك باستغلال ملكه بصورة غير مباشرة عن طريق منح الانتفاع بها الى الغير نظير مقابل.

وسلطة الاستغلال تختلف في اشكالها ايضاً تختلف في محلها فاما يكون محلها ملكية المباني او يكون محلها ملكية زراعية ،ومن القيود الموضوعية على مالك المباني هي قيود عقد الايجار

(١) د. سعيد مبارك، مصدر سابق، ص ٦١.

(٢) قرار محكمة التمييز رقم ٢٤٦٦/ح/١٩٧٧ اشار اليه د. سعيد مبارك، مصدر سابق، ص ٦٦.

التي تحدد أركانها المختلفة، اختلفت آراء الفقهاء الفرنسيين حول حق السكنى وطبيعة ذلك الدستورية، حيث أصدرت السلطة العامة في فرنسا قرارات بقوة القانون، بالاستيلاء على المساكن الشاغرة وتحويلها إلى ماوى للمشردين وافر المجلس الدستوري بشرعيتها (١)

والأساس الدستوري لحق السكنى استخلصه المجلس الدستوري من مقدمة الدستور الفرنسي التي تنص على (أن توفر الأمة الظروف اللازمة لتقدم الفرد والأسرة وكذلك تكفل للجميع وعلى الأخص الأطفال والامهات ... الحماية الصحية والأمن المالي و الراحة) وقد أستنتج المجلس الدستوري إن كفالة هذه الحقوق تقتضي بالضرورة توافر المسكن المناسب". . (٢). ويتردد في القوانين الفرنسية التأكيد على أن حق السكنى هو أحد الحقوق الدستورية و ورد ذلك في قانون ٢٢ / ٦ / ١٩٨٢ المنظم لحقوق وواجبات المستأجرين والمؤجرين ، وكذلك القانون رقم ٤٦٣ لسنة ١٩٨٩ الصادر في ٦ / ٧ / ١٩٨٩ والمتعلق بتحسين العلاقات الإيجارية .

وقد رأى بعض الفقهاء إن هذا التأكيد ذو قيمة رمزية ويعبر عن هدف المشرع في أن يجد كل مواطن سكن يأوي إليه ، وأن الأمر لا يتعلق بالترام قانوني محدد . وتأثر بهذه الاعتبارات فقد قيدت القوانين الفرنسية الصادرة في إيجار الأماكن حق المؤجر في طلب إنهاء عقد الإيجار وذلك عندما يكون المؤجر في حاجة شخصية له ولمن يعولهم أو الاضطرابه الأسباب مالية لبيع عقاره المؤجر (٣)

وتسري عقود الإيجار النافذة على المالك الجديد للعقار ولو لم يكن لسند الإيجار تاريخ ثابت بوجه رسمي سابق على تاريخ انتقال الملكية وهذا يمثل تطبيقاً للنزعة الاجتماعية الإجتماعية الحديثة في العقد وأنعكاس للوظيفة الاجتماعية للملكية الفردية وقد اقره الفقه والقضاء الفرنسيين رغم عدم وجود نص في قانون الإيجار الفرنسي.

، وذهب الفقه الفرنسي في استغلال ملكية الاراضي الزراعية ليس خاصاً لنص المادة ٥٤٤ من القانون المدني الفرنسي فقط، بل لابد على المالك الزراعي في إستغلاله لملكه ان يراعي القيود التي يفرضها القانون الزراعي ومنها المادة ٣٤ منه ،ومن الالتزامات الاخرى قانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٢ قانون تجديد وتوحيد عقود ايجار الملكية الزراعية لصالح الفلاحين والتحول في فلسفة المشرع الفرنسي وتوجهه

(١) د. احمد عبد العال ابو قرين، مصدر سابق، ص ٥٩.

(٢) انظر: المواد ١٠، ١١، من دستور جمهورية فرنسا لسنة ١٩٤٦.

(٣) LA families et ledroit ligament REV ،Jacqueline Rubeline -Devichi

الاقتصادي والسياسي والاجتماعي الى للنظم الاشتراكية ، صدرت قوانين جديدة تدعو إلى تقييد ملكية المالك الزراعية.

كذلك تغيرت طبيعة الملكية الفردية من حق مطلق الى حق له وظيفة اجتماعية اثره الهام في تغيير طبيعة العقد باعتباره الاداة القانونية لاستغلال الملكية بحيث لم يعد خاضعا لسلطان الارادة او قاعدة العقد شريعة المتعاقدين. بل اصبح خاضعا لأحكام قانونية منظمة له او محددة لشروطه.

فالتشريع الفرنسي نص على امتداد عقود الإيجار الزراعية بقوة القانون، فنص القانون على حق المستاجر في تجديد ايجار الاراضي الزراعية بصفة دائمة. (١)

اما المشرع المصري فلم يكتف بالنصوص الواردة في القانون المدني المنظمة لعقد الايجار بل شرع العديد من القوانين بفرض المزيد من القيود على سلطة استغلال المالك (٢)

وحيث إن الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية تبرز على الأخص في مجال الإنتفاع بالأعيان المؤجرة كثرت القيود التي تتزاحم في نطاق مباشرة المالك لسلطته المتعلقة باستغلال ملكه ، وهي قيود قصد منها المشرع مواجهة الأزمة المتفاقمة الناشئة عن قلة المعروض من الأماكن المهيأة للسكن وغيرها وما ترتب عليها من ارتفاع أجرة الأماكن ، من هنا عمد المشرع إلى مواجهة هذه الأزمة بتشريعات استثنائية مؤقتة - لا يجوز التوسع في تفسيرها أو القياس عليها - خارجة على القواعد العامة مستهدفا على الأخص تقييد حرية المؤجر في تقدير الأجرة واعتبار العقد معتداً بقوة القانون بذات شروطه المدة والأجرة غير إن ضراوة الأزمة جعلت التشريعات الإنسانية متصلة حلقاتها مترامية في من تطبيقها ، محتفظة بذاتها واستقلالها عن القانون المدني ، متعلقة أحكامها النظام العام لايبطل كل اتفاق على خلافها(٣)

كما نصت المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ على أن مع عدم الإخلال بحكم المادة ٨ من هذا القانون ، لا ينتهي عقد إيجار المسكن بوفاة المستأجر أو تركه العين ، إذ بقي فيها زوجته أو أولاده أو أي من والديه الذي كانوا يقيمون معه حتى الوفاة أو الترك ، وفيما عدا هؤلاء من أقارب المستأجر نسبة أو مصاهرة حتى الدرجة الثالثة ، يشترط لاستمرار عقد الإيجار أقامتهم في المسكن مدة سنة على الأقل سابقة على وفاة المستأجر أو تركه العين ، أو مدة شغله للمسكن أيتهما أقل .

(١) انظر : القانون الفرنسي الصادر سنة ١٩٤٥

(٢) د. نزيهه محمد الصادق المهدي، مصدر سابق، ص٧٠٧.

(٣) د. عاطف سالم عبد الرحمن، دور القضاء الدستوري في الإصلاح السياسي والاجتماعي والاقتصادي، دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة بين مصر والولايات المتحدة الأمريكية، الرحمة للطباعة، القاهرة، ٢٠١٠، ص٧٩٦.

ولا يعتبر بقاء المستأجر في هذه الحالة تجديدا ضمينا للعقد بل أمتداد قانونية ، والمؤجر لا يستطيع إنهاء العقد الا لسبب من اسباب الاخلاء المذكورة في القانون ، ذلك أن الامتداد القانوني لا يعد قيда على المستأجر بل هو قيد على سلطة المالك لمصلحة المستأجر (١)

فالمادة (٢٩) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ قضت باستمرار عقد إيجار المسكن لصالح أقارب المستأجر بالمصاهرة حتى الدرجة الثالثة الذين أقاموا معه في العين مدة سنة على الاقل سابقة على تركه يضع العين أو مدة شغله لها أيهما أقل (٢)

والتطور التشريعي المهم جاء بالقانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ بشأن سريان احكام القانون المدني على الأماكن التي لم يسبق لتأجيرها أو الأماكن التي انتهت أو تنتهي عقود إيجارها دون أن يكون لأحد حق البقاء فيها ، وهذا التشريع بداية العودة إلى الوضع الطبيعي في هذا المجال . وقد جاء القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ ايشمل تعديل الفقرة الثانية من المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ اذ حذف القانون حكم النقل الإيجار إلى الشريك في حالة ترك المستأجر للعين . (٣)

اما في ما يخص استغلال الملكية الزراعية لا يوجد نص في القانون المدني المصري يلزم المالك بزراعة الارض، ولكن المشرع نص على بعض القيود في قانون الاصلاح الزراعي تلافيا للنقص الحاصل في القانون المدني (٤)

قيدت سلطة الاستغلال المادي والقانوني ،فالاستغلال المادي قيدت سلطته من خلال الزام المالك بزراعة ارضه بنفسه وان يبذل العناية الواجبة لذلك وعلى هذا لايجوز للمالك المستفيد ايجارها على غيره ضمانا لتحقيق الأهداف المقصودة من التوزيع واذا اخل بهذا الالتزام سوف يتم استرداد الارض منه والغاء قرار التوزيع الصادر لمصلحته . (٥)

كما قيد المشرع المصري سلطة الإستغلال بتحديد الحد الأقصى للانتفاع أو الحيازة وبذلك أدخل المشرع تعديلات متتالية على قانون الإصلاح الزراعي بحيث أصبح ينص على أنه لا يجوز لأي شخص

(١) د.فاضل حبشي، الامتداد القانوني لعقود الايجار، اطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٦٢، ص٢٧٦.

(٢) د.حسن محمد هند ود.نعيم عطية،الفلسفة الدستورية للحريات العامة،دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٦، ص٦٦٩.

(٣) د.هشام محمد فوزي، رقابة دستورية القوانين امريكا ومصر مع تحليل الأحكام الدستورية في البلدين، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٦، فص٤٧٥

(٤) اكتفت المادة ١/٦١٣ مدني مصري على الزام المستأجر باستغلال الارض على الوجه المألوف وجعلها صالحة للنتاج.

(٥) انظر:المادة ٣٢ من قانون الاصلاح الزراعي رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢.

هو وأسرته التي تشمل زوجته وأولاده القصر أن يحوزوا بطريق الإيجار أو وضع اليد أو بأي طريقة أخرى مساحة تزيد على خمسين فدانا من الأراضي الزراعية وما في حكمها ، ويدخل في حساب هذه المساحة بما يكون للشخص هو وأسرته مالكين لها واضعين اليد عليه بنية التملك من الأراضي المشار إليها ولو لم تكن في حيازتهم الفعلية في الحالتين كما لا يدخل في حساب تلك المادة ما يكون للشخص أو أي فرد من أفراد أسرته موك في أدارته وتاجيره من الأراضي المشار إليها ، ويقع باطلا كل عقد يترتب عليه مخالفة هذه الأحكام (١)

ولذلك ذهب جانب من الفقه المصري إلى أنه كان الأجر بالمشرع أن يصدر تشريع دائم يقضي بامتداد عقود الإيجار الزراعية بصفة دائمة بحيث لا يجوز أخراج المستأجر من الأرض الزراعية بعد انقضاء المدة المتفق عليها ، إلا لأسباب محددة يوردها على سبيل الحصر ويحيط حق المستأجر بضمانات قوية (٢)

من هنا أستجاب المشرع المصري لهذه الاعتبارات وقام بتعديل المادة ٣٥ من قانون الإصلاح الزراعي بحث أصبحت عقود الإيجار الزراعية تمتد تلقائيا إلى مدة غير محددة لمصلحة المستأجر وبذلك أصبح الان الامتداد القانوني العقود الإيجار الزراعية يتميز بالامتداد الدائم بقوة القانون لمدة غير محددة بحيث تمتد هذه العقود تلقائيا بقوة القانون وبذات الطبيعة والشروط والضمانات بغض النظر عما يتفق عليه المتعاقدان في العقد ، ولما كان هذا النص نسا أمرا يتعلق بالنظام العام المتعلقة بمصلحة عامة وهي بقاء المستأجر في الأرض حماية له وضمانا لحسن الإستغلال الزراعي فان كل اتفاق خلاف ذلك يقع الأمتداد ولو صدر القانون بعد الاتفاق على إنهاء العقد (٣)

نظم المشرع الاماراتي قانون الايجار في اطار تنظيمي اساسي ينظم العلاقة بين المستأجرين والمالكين .و يحدد الالتزامات والمتطلبات الاجرائية للتعامل مع النزاعات في دولة الامارات العربية المتحدة ، توجد الاحكام المتعلقة بقانون الايجارات بموجب القانون الاتحادي رقم ٥ لعام ١٩٨٥ بشأن المعاملات المدنية ، في حين ان بعض الامارات لديها قوانين موسعة بموجب مراسيم المحلية تحدد المواد التزامات مختلفة على الاطراف مع ترك المجال لاتفاقيات بينية . ومن هذه القوانين بين موجرين ومستأجرين العقارات في امارة دبي حيث نصت على أن (تسري أحكام هذا القانون على العقارات

(١) ينظر: المادة ٣٧ من القانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ .

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني-حق الملكية، مصدر سابق، ص ١٣٥٤ .

(٣) المذكرة الإيضاحية لقانون ٥٢ لسنة ١٩٦٦ .

المؤجرة في الإمارة ، بما في ذلك الأراضي الزراعية ، ويستثنى منها المنشآت الفندقية والعقارات التي يقدمها الأشخاص الطبيعيون أو الاعتباريون لسكن العاملين لديهم دون تقاضي بدل إيجار عنها .^(١) وفي مادة اخرى نصت (٢٧) " الا ينتهي عقد الإيجار بوفاة المؤجر أو المستأجر وتستمر العلاقة الإيجارية مع ورثة المتوفي منهما ، إلا إذا رغب ورثة المستأجر إنهاء العلاقة الإيجارية على أن لا يتم الإنهاء إلا بعد انقضاء مدة لا تقل عن ثلاثين يوماً من تاريخ إخطار المؤجر بتلك الرغبة أو انتهاء العقد".^(٢)

وتنص المواد اخرى على انه ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك يكون المالك مسؤولاً عن صيانة القطعة المؤجرة واي عيوب أو اضرار تحدث نتيجة عدم كفاية الصيانة . في حين ان المستأجر مسؤول عن صيانة الوحدة كشخص عادي بالإضافة إلى الامتناع عن أي تعديلات أو تغييرات جوهرية في موضوع عقد الإيجار دون موافقة المالك . عندما يكون احد الطرفين مهملًا ، تلزم المواد الطرف الخاطئ بالتعويض عن الخسائر وفقاً لتقدير المحكمة . ومع ذلك ، يمكن الاستماع الى جميع النزاعات الناشئة على سبيل قانون ايجار على وجه الحصر من قبل لجنة تسوية المنازعات العقارية الايجارية . يعرف قانون المعاملات المدنية عقد الايجار بأنه منحة ملكية كائن محدد الفترة محددة لفترة محددة . لا تميز المقالات بين عقود الايجار التجارية والسكنية فيما يتعلق بالصيانة ، كما ان صيانة الوحدة المعنية لذلك ، ستطبق المحكمة تلك القواعد العامة على جميع اتفاقيات الإيجار ، مع الاعتراف بتدابير الرعاية المختلفة المطلوبة لكل منها .

كما نص قانون المعاملات المدنية على ان " في حالة التاجير لعنصر ما ، يكون العقد الإيجار الحق في التمتع به كما متعاقد عليه ، اذا كان المستأجر يتجاوز هذا الحق فقد يكون ومع ذلك اذا لم ينص الاتفاق على مدى التمتع المتاح للمستأجر ، فيجب ان يكون ذلك معقولاً وفقاً للغرض الذي تم تصميم العقار به"^(٣) من الالتزامات العامة لا يجوز للمؤجر ان يتدخل او يعطل المستأجر مع تمتعه بالعقار المؤجر خلال فترة عقد الايجار . المؤجر مسؤول ايضاً عن تصرفات عديده قد تمنع المستأجر من الاستمتاع بالعقار كما هو متعاقد عليه ما لم يكن المستأجر على علم بوجود عيب معين قبل عقد الإيجار يجب على المؤجر أن يضمن المستأجر من جميع العيوب في الممتلكات التي قد تؤثر بشكل كبير على استمتاعه إذا كان المستأجر محروماً من التمتع بالعقار لاي من الاسباب المذكورة ، فإنه

(١) انظر: المادة ٣ من قانون رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٧ لامارة دبي لتنظيم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين

(٢) انظر: المادة ٢٧ من قانون رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٧ لامارة دبي.

(٣) انظر: المادة ٧٧٧ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٤ .

يحق له اما الركود أو تخفيض الإيجار . بالإضافة إلى ذلك ، يحق للمستأجر التعويض عن الأضرار التي لحقت به مستأجر من ناحية أخرى ، لا يجوز للمستأجر لا يتجاوز قدرته على التمتع كما هو منصوص عليه في الاتفاقية ، او وفقا لمعايير العقار المعقولة . لا يجوز للمستأجر ادخال أي تغييرات أو تعديلات دون اذن من المؤجر . يجب على المستأجر القيام باعمال ترميم و تنظيف متكررة تكون عادة من مسؤولية المستأجر . اخيرا ، لا يجوز المستأجر منع المؤجر من القيام بواجباته ، مثل اعمال الصيانة وما إلى ذلك . العمل التدريجي كما ذكر سابقا وفقا للمادة ٧٧٠ ووفقا للمادة ٧٧٨ من قانون المعاملات المدنية ، لا يجوز للمؤجر إجراء أي تغيير جوهري في موضوع عقد الإيجار دون موافقة المؤجر . قد يقوم المستأجر بإجراء التعديلات اللازمة فقط لاصلاح المبنى ، ولا يجب أن يحدث أي ضرر نتيجة لهذه التعديلات ، المستأجر مسؤول عن أي تعديلات أو أضرار قد احدث بسبب ذلك . بشكل أساسي ، يضع عقد الإيجار المستأجر على الثقة الهدف العقد . تنعكس هذه العلاقة في حكم المحكمة حيث أعربت عن انه " بموجب عدد من مواد قانون المعاملات المدنية يمكن استنتاج "أن وضع المستأجر في عقد الإيجار هو منصب الوصي في علاقة ائتمانية حيث يتحمل مسؤولية أي نقص أو تدهور أو خسائر تكبدها نتيجة الإهمال أو خرقه المتعمد " .^(١) علاوة على ذلك ، لا يجوز للمستأجر إدخال اي تعديلات جوهريه على موضوع عقد الايجار دون إذن من المؤجر . ومن ثم، اذا المستأجر ينتهك هذا الالتزام ، فسيكون مسؤولا عن عدم الالتزام

اما المشرع العراقي في القانون المدني من خلال تنظيمه عقد ايجار الدور والاماكن المعدة للسكن لم يضعف من سلطات المؤجر ولم تستخدم هذه العقود لخدمة المؤجر او المستاجر في العلاقة القائمة بالعقد، على النحو الذي يغير من الوضع الطبيعي للالتزامات في العقود. ولكن بعد التطورات السياسية والاقتصادية والاجتماعية، وازدياد سكان المدن والزيادة الحاصلة في الطلب على اماكن السكن الذي ادى بدوره في ارتفاع اسعار الايجار مما سبب عدم تكافؤ في العلاقة الايجارية^(٢)

تدخل المشرع العراقي في تنظيم إيجار العقار بتشريعات من خلال قوانين خاصة بغية الموازنة بين مصلحة المورج والمستأجر لما يقوم بينهما من تعارض يقتضي التوفيق^(٣) فالمشرع قيد من سلطات

(١) انظر: المادة ٧٧٩، ٧٧٨، من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٤ .

(٢) د.نزيهه محمد الصادق المهدي، الملكية في النظام الاشتراكي، مصدر سابق، ص٧٠٧.

(٣) د.منذر عبد الحسين الفضل، مصدر سابق، ص٤٩

المؤجر وخرج عن القواعد العامة وخاصة في تحديد الأجرة وتحديد مدة الإيجار ، وبالتالي تقييد حرية المؤجر في تقدير بدل الإيجار في قوانين مسابقة على القانون رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ النافذ (١) وحدد القانون رقم ٨٧ لسنة ٧٩ (النافذ الحد الأقصى لبذل الإيجار (٢) فقد نصت الفقرة الأولى من المادة الرابعة من القانون على أنه " ١- لا تزيد الأجرة السنوية للعقارات المشمولة بهذا القانون في العقود التي تبرم بعد العمل به على أسس النسب الثابتة من القيمة الكلية في العقارات أو الشقق المعدة لأغراض السكن أو في العقارات أو الشقق المعدة للسكن المؤجرة لغير أغراض السكن كالمكاتب والدوائر والمدارس والأقسام الداخلية والنوادي" (٣)

إن قانون رقم ٥٦ لسنة ٢٠٠٠ المعدل لقانون رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ النافذ وإن أخذ بالقاعدة العامة في نفاذ التشريع إلا إنه نص على حالتين إستثنائيتين حدد لنفادهم . آجلا يلي النشر، الحالة الأولى ما نصت به الفقرة (٥) من المادة الثالثة والتي تعطي للمؤجر وللمستأجر طلب تقدير القيمة الكلية العقار المأجور مرة اكل (٤)سنوات بما يؤدي إلى تعديل هذه الأجرة ، والحالة الثانية الحكم الذي نصت عليه الفقرة (١٤) من المادة العاشرة وهي تحديد الامتداد القانوني للعلاقة الإيجارية ب (١٢) سنة (٥) والفقرة (١٤) التي يحيل إليها النص هي الفقرة التي تجعل أجل الأمتداد (١٢) سنة وهو النص الجديد الذي جاء به المشرع بموجب التشريع رقم (٥) لسنة ٢٠٠٠ المعدل للقانون رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ وهذا التعديل رخص للمؤجر إنهاء العلاقة الإيجارية إذا مضت على عقد الإيجار مدة (١٢) سنة ويلاحظ أن إمتداد الإيجار كان بحكم القانون وبذات شروط عقد الإيجار الأصلي ولكن لمدة غير محددة وأنه يلزم الموجر دون المستأجر بخلاف الامتداد الاتفاقي الذي يلزم الطرفين كما لا يؤدي موت

(١) نصت الفقرة الأولى من المادة الثالثة الى (تحديد الحد الأقصى لبذل الإيجار السنوي ٧ بالمئة قيمة الدار بالنسبة لمحلات السكن....) ينظر قانون ايجار العقار رقم ٦٧ لسنة ١٩٧٣ المعدل.

(٢) د.جعفر الفضلي،الوجيز في العقود المدنية، البيع،الإيجار، المقاوله،دراسة في ضوء التطور القانوني ومعزة بأحكام القضاء،العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ط٢، ص٢١٨.

(٣) صدر قرار لمجلس قيادة الثورة المنحل رقم ٤٥ في ١٩٩١/٥/٢١ اضاف للمادة الرابعة من قانون الايجار رقم ٨٧ لسنة ٧٩ مايلي(بحق للمؤجر أو المستأجر أن يطلب من دائرة الضريبة العقار اعادة تقدير القيمة الكلية للعقار المأجور بعد اتهاء كل ٥ سنوات على تاريخ عقد الإيجار).

(٤) انظر:الفقرة (٢)مادة ١٥ من قانون رقم ٥٦ لسنة ٢٠٠٠.

(٥) د.منذر عبد الحسين الفضل، مصدر سابق، ص ٢٨٥.

المستأجر إلى انتهاء عقد الإيجار بل يبقى ممتدة أمتداداً قانونياً لمصلحة من كان مقيماً معه سواء كان من ورقته أو من الأشخاص الذين يحق لهم السكن معه (١)

ومن أهم القيود القانونية التي كانت مفروضة على سلطات المالك في إستغلال ملكه هو تقييد حقه في طلب تخليّة المأجور وأنها عقد الإيجار. (٢)

إذ إن الأمتداد القانوني لعقد الإيجار يخالف القواعد العامة في القانون المدني (فالمتعاقدين إذا أتفقا على مدة ينتهي بها الإيجار فإنه ينهي بانتهائها عقد الإيجار (٣) ، وبالتالي لا يجوز للمستأجر البقاء في المأجور دون موافقة المؤجر والا اعتبر غاصية وجاز الحكم عليه بالتخليّة. (٤)

كما وضع المشرع العراقي قيوداً على حرية المالك في تأجير ملكه أو عدم تأجيره فقد أوجبت المادة ١٦ من قانون إيجار العقار ٨٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل أن يجعل الأولوية في إستئجار المسكن الذي أخلاه الموظف بسبب نقله للموظف الجديد الذي حل محله إذ نصت المادة ١٦ على أنه "يجوز لمن تقل من العاملين في الدولة ، أو لدى الأشخاص المعنوية أو نسب للعمل في مدينة أخرى ، أن يشغل المسكن الذي كان يشغله سلفه بشروط عقد الإيجار السابق نفسها ، طبقاً لأحكام هذا القانون ، على أن يتحمل الأجرة من تاريخ أخلاء المأجور فعلاً " .

ومن أستقرأ النص اعلاه يتضح الخرق الواضح لقاعدة نسبية أثر العقود والتي لا تمتد حقوق العقد والتزاماته الغير عاقدية وبذلك يكون المشرع العراقي قد تجاوز على هذه القاعدة عندما أجاز أن يمتد أثر العقد للأشخاص لم يكونوا طرفاً فيه. (٥)

(١) وقد اخذ المشرع بهذا القيد في المادة الثامنة من قانون مراقبة إيجار العقار رقم ٦ لسنة ١٩٥٨ الملغي وفي المادة الحة بن قانون تنظيم إيجار العقار رقم ٦٧ لسنة ١٩٧٣ التي نصت على الاستثنائية التي اوردتها على سبيل الحصر والمتعلقة بالنظام العام التي يجوز فيها للمؤجر طلب التخليّة من المستأجر ثم جاء قرار مجلس قيادة الثورة رقم ١٢٠ في ٩/١١/١٩٧٥ مقيدة السلطات الموجر في طلب تخليّة المأجور فنصت المادة الأولى من القرار على ان دعوى المؤجر بصرف النظر عن صفته ، بأخلاء دار السكن المؤجرة ، وذلك لمدة ثلاث سنوات من تاريخ نفاذ هذا القرار و شنتى من ذلك دعاوي الاخلاء بسبب عدم دفع بدل الإيجار . المزيد د . منذر عبد الحسين الفضل : مصدر سابق ، ص ٢٨٥ .

(٢) نصت المادة ٧٧٩ من القانون المدني العراقي على انه (١ - ينتهي الإيجار بانتهاء المدة المحددة في العقد دون حاجة إلى تنبيه بالاخلاء ما لم يكن مشترطاً في العقد أن الإيجار يمتد إلى مبشرة اخرى محدودة أو غير محدودة عند عدم التنبية بالاخلاء في ميعاد معين قبل انقضاء مدة الإيجار . ٢ - فإذا لم تحدد مدة الإيجار أو كان العقد لمدة غير محددة طبقت المادة ٧٤١ .

(٣) جعفر الفضلي : مصدر سابق ، ص ٢٩١ نقلاً عن د . سعدون العامري : الوجيز في العقود المسماة عقدي البيع والإيجار ، ط ١٩٧ ، ص ٣٠٥ .

(٤)

(٥) د. جعفر الفضلي، المصدر السابق، ص ٢٠٩ .

أن قانون ٥٦ لسنة ٢٠٠٠ تعديلا بارزا وكبيراً على الصعيد الكمي والنوعي ، ويمكن القول أن روح القانون قد تغيرت كلياً بهذا التشريع ، وبخاصة في تحديد نطاق تطبيق القانون بالعقارات المدنية المؤجرة الأغراض السكنى للعراقيين مع استثناء العقارات المكتمل بناؤها في ١/١/١٩٩٨ أو بعده من الأحكام الخاصة بالمدة والأجرة وجعل الامتداد القانوني الأقصى العقد الإيجار بأثني عشر سنة ونخلص من هذه الأحكام أنها محاولات لتلطيف بعض احكام القانون رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ وهذا يعكس احساس المشرع مدى الحيف الذي وقع على المؤجر في ظل هذا القانون. (١)

ويرى الباحث بان الدولة هي المسؤلة عن حل مشاكل السكن وليس من الانصاف تحميل المؤجر وزر هذه المشكلة اي مشكلة السكن وليس صحيحا ايضاً الاستناد الى مقتضيات التضامن الاجتماعي والوظيفة الاجتماعية للملكية الفردية، والافضل ان تقوم الدولة وخاصة بعد تغيير النظام السياسي وتبني النهج الديمقراطي ببحث جوهر مشكلة السكن ووضع الحلول اللازمة لها وليس بوضع قيود استثنائية على سلطات المؤجر .

اما بالنسبة للاراضي الزراعية وقيود استغلالها فان المشرع العراقي لم يضع قيوداً على سلطات المالك والاقطاع قبل ثورة تموز لعام ١٩٥٨ سوى النصوص الواردة في القانون المدني. (٢)

ثم قام المشرع باصدار قوانين الاصلاح الزراعي في العراق إذ حدد قانون الإصلاح الزراعي رقم ٣٠ السنة ١٩٥٨ (المعدل) حق تملك الأراضي الزراعية بالنسبة للعراقيين ، وأورد قيوداً على حرية تملكهم فجعل الحد الأقصى في الأراضي التي يحوز تملكها أو الإحتفاظ بها الف دونم بالنسبة للأراضي التي تسقى سبياً أو بالواسطة ويالفي دونم في الأراضي التي تسقى ديمة أو ما يعادل هذه النسبة منهما ، ويكون تملك ما زاد على هذا الحد باطله لا يجوز تسجيله (٣)

ثم صدر قانون الإصلاح الزراعي رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠ الذي خفض الحد الأعلى للملكية الزراعية كما جاء بقواعد جديدة لتوزيع الأرض وأولي الأهمية للقطاع التعاوني " (٤) . فضلاً عن وضع أسس جديدة لتوزيع الأراضي على الفلاحين ، والقانون أستثنى البساتين من أحكام تحديد الملكية الزراعية

(١) د.جواد كاظم وحسين عذاب السكيني، العلاقة الإيجارية في ضوء قانون رقم ٥٦ لسنة ٢٠٠٠، مجلة القانون المقارن، العدد/٣٦ السنة ٢٠٠٥ ص ١١٠/١١١.

(٢) د.منذر عبد الحسين الفضل مصدر سابق، ٧٨.

(٣) انظر: المادة الاولى من قانون الاصلاح الزراعي رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٨ المعدل.

(٤) انظر: المادة ٢ من قانون ١١٧ لسنة ١٩٧٠.

وأجيز لمن يمتلك بستانا تفوق مساحته الحد الأعلى الوارد في المادة (٢) حق الإحتفاظ به تشجيعا للبهستنة كونها جزءا مهما من الثروة الوطنية. (١)

وهذا التقييد للملكية الزراعية يجد اساسه الدستوري في نص المادة (١٦) من الدستور العراقي لسنة ١٩٧٠ التي قضت بأن الحد الأعلى للملكية الزراعية يعنيه القانون وما فاض عن ذلك يعتبر ملكا للشعب وإن أهم ما جاء به قانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠ ما نصت عليه الفقرة (ب) من المادة الثالثة عشر من القانون المذكور على أن " كل ارض زراعية مفوضة بالطابو أو ممنوحة باللزما أو موقوفة وفقا غير صحيح يثبت أن صاحبها لم يزرعها بنفسه أو بغيره موسمين متتالين بعد نفاذ هذا القانون دون عذر قانوني صحيح تعتبر محلولة وتسجل أميرية صرفه بعد قيام اللجان بالتحقيق والفصل في الموضوع واكتساب قراراتها الدرجة النهائية " ..

ويرى الباحث ان على المشرع ايجاد حلول سريعة وجادة لان اغلب النصوص معطلة في مايتعلق بالقيود المفروضة على الاراضي الزراعية وان المشرع قد قيد بقاء ملكية الارض الزراعية بشرط استغلالها من صاحب الارض وحددت بموسمين متتالين، والدليل على ان القوانين معطلة وغير مفعلة ان معظم الأراضي الزراعية متروكة دون زراعة بل الادهى من ذلك قيام اصحاب الاراضي بتجريفها وتفتيتها الى قطع اراضي سكنية على سبيل الشيوخ وهذا يرتب عليهم المسؤولية وخاصة بعد التغيير عام ٢٠٠٣.

(١) الاسباب الموجبة لقانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠.

الفصل الثالث

رقابة القضاء على قيود الملكية الفردية

يعد القضاء مصدر من أهم المصادر التي تعمل على صيانة حق الملكية الفردية والحقوق التي تنتفرع منها ، إذ إن الحماية لا تقتصر على نوع معين من أنواع الملكية دون غيرها ، فالقضاء ظل حاميا زمتنا طويلا للملكية الفردية تجاه جميع الاعتداءات التي قد تتعرض لها ، فعلى القضاء أن يستمر ويطور رقابته وحمايته لها، والعمل على إزالة القيود التي تفرضها السلطة العامة والتي غالبا لا يوجد أي مبرر لها ، وتتجلى تلك الحماية في إلزام السلطات العامة والإدارة بالخضوع للدستور والقانون دائما وفي جميع أعمالها وتصرفاتها وإن أي خروج عن مقتضاه يبيح للقضاء التحرك والتدخل لضمان حقوق الأفراد وحررياتهم وتوفير الحماية اللازمة لها عن طريق رقابة وفحص وتدقيق الأعمال التي يقوم بها .

ويمكن القول أن حماية أحكام الدستور وضمان احترامها من خلال الرقابة الدستورية تفوق في الأهمية إعداد الدستور وإقراره إذ بغير هذه الرقابة يفقد الدستور كل أهمية في حماية حقوق الأفراد ويجب أن تقتصر الرقابة الدستورية على مخالفة القانون أو التعليمات للنص في الدستور ، فالقضاء الدستوري يستهدف حماية الدستور وصيانته من كل خروج على أحكامه ، سواء أكان هذا الخروج من جانب السلطة التشريعية أم من جانب السلطة التنفيذية . لذلك يقال أن الأصل في القضاء الدستوري إنه قضاء دستوري لا قضاء مشروعية ، فولايته لا تمتد وأختصاصه لا ينعقد إلا إذا كان مبنى الطعن على القانون أو التعليمات وجود عيب دستوري ، أي يتعلق بمدى اتفاق القانون أو التعليمات مع الدستور فإذا كان الطعن على النص التشريعي قانونا كان أم تعليمات إستنادا إلى مخالفته لقانون عادي فإنه يخرج عن نطاق رقابة الدستورية التي يباشرها القضاء الدستوري ، ويدخل في نطاق رقابة المشروعية التي يختص بها القضاء الإداري ، والأصل إن القضاء الإداري يراقب استخدام الإدارة لسلطتها التقديرية ما دام قرارها في حدود القانون ، وليس للقضاء الإداري سلطة التعقيب على القرار الذي تتخذه الإدارة في هذا الشأن ما دام قد خلا من أساءة استعمال السلطة وابتغى وجه المصلحة العامة إلا أن هذا لا يعني أبدا أن سلطة الإدارة مطلقة وإن الرقابة القضائية تكون في هذه الحالة منعدمة ، بل إن الرقابة القضائية موجودة دائما على جميع التصرفات الإدارية والاختلاف في طبيعتها وأن تفاوتت في مداها ، وهي تتمثل في هذا المجال التقديري في التحقق من ان التصرف محل الطعن يستند الى سبب موجود ماديا وصحيح قانونيا وأنه يستهدف الصالح العام ، غير أن القضاء يذهب أحيانا في حمايته لحق الملكية ضد تعسف الإدارة إلى

أبعد من رقابة أحترام الإدارة القانون ، فيراقب استخدام الإدارة لسلطتها التقديرية ، أي أنه يتجاوز مراقبة المشروعية الى مراقبة الملائمة ، ويبرر القضاء ذلك بالقول بأن الملائمة تعد في بعض الحالات أحد عناصر المشروعية التي يجب التعرض لها لمعرفة مدى مشروعية القرار .

وبناء على ما تقدم سوف اقوم بتقسيم هذا الفصل الى مبحثين الاول سندرس رقابة القضاء الدستوري على قيود الملكية الفردية اما الثاني ساتناول فيه رقابة القضاء الإداري والقضاء العادي على قيود الملكية الفردية وهي ما يأتي:

المبحث الأول

رقابة القضاء الدستوري على قيود الملكية الفردية

إن الرقابة على دستورية القوانين تحتاج إلى وجود دستور وسموه على بقية القواعد القانونية الأخرى الموجودة في الدولة ، وهذا لا يكفي ما لم توجد جهة تقوم بممارسة الرقابة على القوانين لبيان مدى أنفاقها مع أحكام الدستور ، على أن هذه الجهة يجب أن تتمتع بالإستقلال التام في مواجهة السلطات العامة الدولة حتى تستطيع القيام بدورها بصيانة القواعد الدستورية وحماية الحق في الملكية الخاصة وتبدو أهمية الرقابة القضائية على أعمال السلطة التشريعية صدور العديد من الأحكام القضائية بعدم دستورية بعض النصوص القانونية التي ترد كقيود على الملكية الخاصة في مايتعلق بنزع الملكية للمصلحة العامة والتأميم والمصادرة و فرض الحراسة وسلطات المالك في استعمال واستغلال ملكه ،وتأتي أهمية هذه الأحكام من إنها تواكب التطورات الإقتصادية والإجتماعية المساندة في المجتمع والنظرة الحديثة للدولة إلى الملكية الخاصة ، كما إنها علامة واضحة على حدوث تغير في المفهوم القانوني للحق في الملكية الخاصة . لذا يقتضي تقسيم المبحث على مطلبين سنبحث في المطلب الأول رقابة القضاء الدستوري في مايتعلق بنزع الملكية والتأميم فيما الثاني رقابة القضاء الدستوري في مايتعلق بالمصادرة وفرض الحراسة وهي ما يأتي:

المطلب الأول

رقابة القضاء الدستوري في ما يتعلق بنزع الملكية والتأميم

ان الدساتير في اغلب الدول اهتمت بالملكية الفردية اهتماما واسعا باعتبارها محور الحقوق والحريات فكانت التشريعات التي وضعتها نصت على عدم تقييد الملكية الفردية الا للمصلحة العامة وبتعويض عادل. وبما ان الملكية لايجوز التفریط بها او تبديد قيمتها، فكان من الضروري تقيدها خوفا

من من الاضرار بحقوق الاخرين وذلك لان الملكية اصبحت مزيجا من الفردية والوظيفة الاجتماعية اذ لم تعد حقا مطلقا وبامكان الادارة التدخل لتقيدها للمصلحة العامة.

وعلى هذا الأساس سنبحث دور القضاء الدستوري في اظهار حدود السلطة التقديرية التي يملكها المشرع في موضوع تنظيم القيود الواردة على الملكية الفردية للمصلحة العامة ومنها قيود نزع الملكية للمنفعة العامة وقيود التاميم في التشريعات محل الدراسة وفي فرعين وهي ماياتي:

الفرع الأول

رقابة القضاء الدستوري في ما يتعلق بنزع الملكية

ان القضاء في الدول محل البحث حرصت اشد الحرص على عدم نزع الملكية الفردية الا للمصلحة العامة وبتعويض عادل تطبيقا للدساتير في هذه الدول وقوانينها، فذهب غالبية الفقه الفرنسي إلى أن المجلس الدستوري ذات طبيعة قانونية وليست سياسية ، لأن أعضاءه لم يختاروا عن طريق الانتخاب على خلاف المجالس التشريعية ، كذلك لا يسألون أمام أيه جبهه على خلاف السلطة التشريعية أو التنفيذية ، وهم في ذلك أشبه بأعضاء مجلس الدولة ، ولقد أنتهى أصحاب هذا الرأي إلى أن المجلس الدستوري هيئة قضائية إذ يبحث دستورية القوانين ويطبقها وتتمتع قراراته بقوة الشي المقضي به ، فلا يجوز الطعن فيها أمام أية جهة وتلزم سلطات الدولة ، والرقابة السياسية على دستورية القوانين ، أما أن تعهد إلى هيئة متخصصة للنظر فيها ، وأما أن عهد إلى هيئة غير متخصصة ، وهذا هو الأغلب : أي أن هذه الهيئة بالإضافة إلى نظرها في مسائل أخرى ، تنظر في الرقابة على دستورية القوانين (١)

ان المجلس الدستوري الفرنسي اكد على انه ساهر على حماية الملكية الخاصة، ولايسمح باي مساس بها ووضع شروطا واجبة الاثباع عند التعرض للملكية الفردية، وهي ان نزعها لايمكن ان يكون الا بتطبيق المصلحة العامة، كما يجب ان يتضمن تعويضا عادلا ومجزيا، وان يكون سابقا لنزع الملكية. (٢)

اصبح من المسلمات حرمان الافراد من حق الملكية الفردية للمصلحة العامة في اغلب الدول لكن المجلس الدستوري يبقى ساهرا على تأمين تحقيق الشروط التي من خلالها يمس حق الملكية الخاصة وقد أختصر المجلس الدستوري الفرنسي هذا الشروط بثلاثة من خلال قراره (٢٦٨-٨٩ n) في

(١) د. منذر الشاوي، القانون الدستوري، نظرية الدستور، مصدر سابق، ص ٨٥ .

(٢) Olivier Dahammel - Yves Meeny . Dictionnaire - Lere Edit P.U.F. paris ، ١٩٩٢ - p

١٩٨٩/١٢/٢٩ ، الذي أكد على إن وضع اليد على الملكية الخاصة ، يجب أن تفرضه المنفعة العامة بالدرجة الأولى ثم أن يكون التعويض عادل وأن يكون سابقا لقرار وضع اليد وتحويل الملكية ، وبفعل حاجة الدول الى التطور تضطر من خلال سياستها الى التوسل بالقانون للمساس بالملكية الفردية وكفلت للذين يعارضون ذلك التوجه اللجوء الى القضاء الدستوري لالغاء القانون المراد تطبيقه لعدم الدستورية لانه يمس احد الحقوق التي ضمن الدستور حمايتها^(١)

ان المجلس الدستوري الفرنسي اكد ان الذي يتمتع بالقيمة الدستورية ليس حق الملكية كما صوره اعلان حقوق الإنسان في تلك المرحلة بل حق الملكية كما يتصور اليوم من ان الملكية الفردية لم تعد مطلقة بل ان لها وظيفة اجتماعية.

اما المحكمة الدستورية العليا في مصر وضعت عددا من الاحكام بشأن نزع الملكية الفردية للمصلحة العامة واهم تلك الاحكام هو ان الملكية لايجوز نزعها الا للمصلحة العامة، والتعويض العادل لأصحابها اضافة الى ذلك ان يكون هذا التعويض جابرا للأضرار التي نشأت عن تعطيل استغلالها ، ولئن جاز القول إن الأصل في ان سلطات المشرعين في مواضع تنظيم الحقوق ، إنها سلطات تقديرية يفاضل المشرعون من خلالها بين بدائل متعددة مرجحة من بينها ما يراه أكفل لتحقيق المصلحة العامة المشروعة التي قصد حمايتها ، إلا أن الحدود التي يبلغها هذا التنظيم لا ينبغي بحال أن تتجاوز - بحدودها دواعي المنطقية والا جاز القول بانطوائها على ما يعتقد (سلبا) للملكية من اصحاب الحق، بالتالي لايجوز العدوان على الملكية بما يعتبر إقتحاما مادية لها ، ايا كانت الفترة التي تمتد اليها نزعها ، ولا إمتناع المزايا التي تنتجها أو ترتبط بمقوماتها ، بل إن إيثار هذه المزايا عن يملكون ، يعدل - في الآثار التي يرتبها الإستيلاء على ملكهم فعلا ، ذلك أن المشرع حين يسلب الملكية من ثمارها وملحقاتها الفعلية على الأموال محلها ، ولا يفترض عندئذ أن المشرع يعيد تنظيم الملكية في إطار الوظيفة الاجتماعية، وترتيب الأوضاع الاقتصادية وتتصل بمصالح وطنية ، ذلك أن الملكية الفردية التي لا تقوم على الإستغلال ، ولا تناقض طرق استخدامها الصالح العام لجموع المواطنين يجب حمايتها على ما تقضي به المادة ٣٢ من الدستور لتظهر الملكية ومصادرتها على طرفي نقيض ، بأعتبار أن وجودها وعدمه لا يمكن أن يتلاقيا في ان أن واحد ، ولأن الملكية لا تنزع عن أصحابها الا المنفعة عامة

(١)Olivier Dahammel - Yves Meeny . Dictionnaire - Lere Edit P.V.F. paris - ١٩٩٢ .

ومقابل تعويض عادل وفقا للقانون ، وهو ما نص عليه الدستور في المادة ٣٥ التي تقضي بأن التأميم لا يجوز الا لأعتبار متعلق بالمصلحة العامة العام وبقانون و مقابل تعويض (١)

كما ان القضاء الدستوري في مصر اقر بوجود ان يكون السبب سابقا على القرار فتخلف ركن السبب في القرار الصادر بنزع الملكية يجعله معدوم، ان قرار المصلحة العامة انما يمثل ركن السبب في القرارات الادارية بنزع الملكية للمصلحة العامة، بحيث اذا لم يودع قرار نزع الملكية خلال سنتين من تاريخ نشر قرار المصلحة العامة، وكان من شان عدم الإيداع زوال مفعول المصلحة العامة، فان قرار نزع الملكية يكون معيبا لمخالفته القانون لفقدانه ركن السبب. (٢)

كما بينت المحكمة الدستورية في مصر ان كل القيود على الملكية يجب ان يتناسب بالاعراض التي يتوخاها، ان كل تغيير يتصل بالملكية الفردية، ينبغي ان يقابل بتعويض عادل، لان الملكية لايجوز الاستيلاء عليها قسرا وبدون تعويض. (٣)

كما ان القضاء الدستوري تبني مبدأ التعويض العادل فقد جاء في حكم المحكمة الدستورية “ إن التعويض الذي قرره المادة الثانية من القرار بقانون رقم ١٤١ لسنة ١٩٨١ عن الأموال والممتلكات التي من قاعدة الرد العيني ينحدر إلى حد يباعد بينه وبين القيمة لتلك الأموال والممتلكات والتي زادت على ما أقرت به المذكرة الإيضاحية للقرار بقانون - سالف الذكر -- أضعافا مضاعفة ، الأمر الذي يزيله وصف التعويض بمعناه السالف بيانه كشرط لازم لسلامة النص التشريعي المطعون به من الناحية الدستورية ، وبالتالي يكون هذا النص فيما قضى به من إقرار بيع تلك الأموال والممتلكات بغير رضا مالكيها وان التعويض عنها تعويضا كاملا منطوية على أعتداء على الملكية لمخالفته حكم المادة ٣٤ من الدستور التي تنص على أن الملكية الخاصة مصنونة مما يتعين معه الحكم بعدم الدستورية المادة الثانية من القرار قانون رقم ٤١ لسنة ١٩٨١ المطعون عليه فيما نصت عليه من إستثناء الأموال والممتلكات التي أشارت اليها من قاعدة الرد العيني مقابل التعويض الذي حددته “ (٤)

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم ٦ لسنة ١٧ ق، دستورية، جلسة ١٩٩٦/٥/٤، ج٧، دستورية، ص ٥٧٤ متاح على الإنترنت <http://sccourt.gov.eg> تاريخ الزيارة ٩/٨/٢٠٢١.

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم ١٤ لسنة ٤ ق، تنازع جلسة ١٩٨٣/٥/١٩، ج٣، ص ٤٠٥. اشار اليه د.عيد دسوقي، مصدر سابق، ص ٦١١.

(٣) حكم المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم ١ لسنة ٤ ق، دستورية، جلسة ١٩٧٥/٢/١، ج١، ص ٢٠٣. اشار اليه د.عيد دسوقي مصدر سابق، ص ٦١٣.

(٤) حكم المحكمة الدستورية العليا، جلسة ١٩٨٦/٦/٢١، طعن، (١٣٩- ١٤٠)، مجموعة احكام المحكمة الدستورية العليا، ج٣، ص ٢٣٦ متاح على الإنترنت <http://www.sccourt.gov.eg> تاريخ الزيارة ٨/٩/٢٠٢١ .

اما الرقابة في دولة الإمارات العربية المتحدة فقد صدر دستور دولة الامارات العربية المتحدة في ١٨ يوليو عام ١٩٧١ م ، وقد نص هذا الدستور بين نصوصه إنشاء المحكمة الاتحادية العليا كهيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها . وأعطى الدستور الاماراتي حق الرقابة على دستورية القوانين للمحكمة الاتحادية العليا ، وذلك باعتبارها الجهة التي تسهر على ضمان سيادة الدستور الاتحادي . وأوضح الدستور الاماراتي الاختصاصات المختلفة لهذه المحكمة ، سواء في ذلك فيما يتعلق بدورها كمحكمة تنازع او كمحكمة دستورية او كمحكمة ذات اختصاص تأديبي وجنائي ^(١) وقد أوضح الدستور وقانون انشاء المحكمة الاتحادية العليا تشكل المحكمة واختصاصاتها وأصول الطعن وطرق الطعن واثار الحكم الصادر للمحكمة ، كما ان الدستور الإماراتي اخذ بفكرة مركزية الرقابة ، ويتجلى ذلك في انه عهد بالرقابة على دستورية القوانين الاتحادية والمحلية الى المحكمة الاتحادية العليا وحدها دون سائر الجهات القضائية الأخرى باعتبار أنها تمثل قمة الجهاز القضائي في الدولة وتنفيذا لما جاء في المادة ٩٦ من الدستور جاء قانون انشاء المحكمة الاتحادية العليا الصادر عام ١٩٧٣ والمعدل بالقانون الاتحادي رقم ٤ لعام ١٩٨٤ متضمنة المبادئ التي تحكم تشكل المحكمة الاتحادية العليا.

وقد أجاز الدستور للسلطات الاتحادية الطعن في دستورية التشريعات الصادرة عن احدى الامارات الاعضاء لمخالفتها للدستور الاتحادي او للقوانين الاتحادية ن حيث انه يجوز لكل سلطة من هذه السلطات الطعن بعدم الدستورية .

إلا أن هناك بعض من الفقه ذهب الى ان المجلس الوطني الاتحادي يستطيع تخطي التشريعات المحلية المخالفة للدستور واسقاطها من الاعتبار ، وذلك عند النظر في القوانين الاتحادية ، ويستطيع النص في القوانين الاتحادية على ما يلغي التشريعات المحلية المخالفة دون الحاجة . الى طعن في هذه التشريعات بعدم الدستورية وعندما يكون الخلاف يعرض الأمر على المحكمة الاتحادية العليا . وذهب بعض الفقه الى ان من حق المجلس الوطني الاتحادي رفع الدعوى مباشرة اما المحكمة الاتحادية العليا للطعن في دستورية التشريعات المحلية عند مخالفتها للدستور او القوانين الاتحادية ، إلا أن هذا لا يعني أن حق كل عضو من اعضاء المجلس برفع الدعوى وانما هذا الحق مقرر للمجلس ككل فيتم الطعن باسم المجلس وبناء على قرار يصدره في هذا الشأن . ويملك القضاء الاتحادي أيضا الطعن بعدم و

(١) د.رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، دراسة مقارنة، دراسة تحليلية للقضاء الدستوري في مصر، دار اليسير، القاهرة، ٢٠٠٤، ص

مجلة أحوال القانون والمحاكم دستورية القوانين الاتحادية والتشريعات المحلية واللوائح عموماً لمخالفتها أحكام الدستور (١)

ويملك القضاء المحلي في الامارات هذا الحق ايضاً حيث أجاز الدستور وقانون انشاء المحكمة الاتحادية العليا في اية محكمة من محاكم الاتحاد او الامارات الأعضاء إحالة طلب بحث دستورية القوانين والتشريعات واللوائح عمومة أثناء دعوى منظورة أمامها إلى المحكمة الاتحادية العليا ويتم ذلك بناء على دفع مقدم من احد الخصوم في دعوى منظورة أمامها وإما من تلقاء نفسها اذا توافرت لديها أسباب جدية تحملها على الشك في بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه على المنازعة المطروحة أمامه كذلك حق الأفراد في الطعن بعدم الدستورية .

ويحق للأفراد الطعن بعدم دستورية القوانين واللوائح اتحادية كانت أو محلية حيث ان حق الأفراد يقتصر على الدفع الفرعي أثناء نظر دعوى معروضة على القضاء أي انه يوجد نص قانوني يراد تطبيقه مشكوك في دستوريته وبالتالي فانه لا يحق للأفراد اللجوء للمحكمة الاتحادية العليا بطريق الدعوى الأصلية للطعن في دستورية القوانين او اللوائح وهذا يتجلى من خلال ماجاء به الدستور المادة (٩٩) وقانون إنشاء المحكمة العليا . (٢)

والقضاء الاتحادي المتمثل بالمحكمة الاتحادية العليا قد تصدت لصيانة الملكية الفردية واصدرت الكثير من الاحكام اضافة الى محاكم النقض منها هذا الحكم " للمدعيتان،.....، اقامتا على الطاعنة (بلدية دبي) الدعوى رقم ٧٧٦ لسنة ٢٠٠٦ " مدنى بطلب الحكم بالزامها بان تؤدي اليهما مبلغ ١٠.٥٠٠.٠٠٠ درهم تعويضا لهما عما أصابهما من أضرار من جراء قرار الاخيرة ملكيتهما للأرض والمباني المملوكة لهما والمبينة الحدود بالاوراق ، والفوائد بواقع ٢ % سنويا من تاريخ ١-٩ وحتى تمام السداد ، وقالت في بيان ذلك انهما المالكتان للأرض المنزوعة عن طريق الشراء من ورثة وحسب المعلومات التخطيطية انهما قد اجرتا المبنى سنويا عن المدة من ٢٠٠٢-٦-١ الى ٢٠٠٣ ٥-٣١ بأجرة قدرها ٢٥٠٠٠٠ درهم بموجب عقد ايجار مؤرخ ٢٠٠٥-٥-٨ ، واستمر عقد الايجار بذات الأجرة المتفق عليها الى ان اخطرتهما المدعى عليها (دائرة بدبي) بتأثر قطعة الأرض بكاملها بالتخطيط وانه قد صدر قرار بنزع ملكيتهما لتلك الأرض والمباني المقامة عليها للمنفعة

(١) بحث قانوني متكامل عن رقابة القضاء الدستوري في مصر والإمارات، متاح على الأنترنت <https://www.aYwallaw.com/10547> ..تاريخ الزيارة في ١١/٩/٢٠٢١.

(٢) د.محمد كامل عبيد، نظم الحكم، دستور الامارات دراسة تحليلية مقارنة لدستور الامارات، اكااديمية شرطة دبي، ٢٠٠٢،

العامّة وقدرت لهما تعويضا مقابلًا لذلك قدره ٧٥٣٥٨٧ درهم ، ولما كان هذا التعويض غير عادل ولا يتناسب مع القيمة الفعلية لقطعة الأرض والبناء ، نظرا للموقع المميز للأرض والمبنى ، وان التعويض يقل بكثير عن الثمن المدفوع في قطعة الأرض وقت الشراء ، إضافة الى ما طرأ من زيادة أسعار العقارات في الآونة الأخيرة بالنظر الى النهضة العمرانية الحضارية المتجددة ، مما حدا بهما الى التظلم اداريا من هذا التقدير للمدعى عليها ، حيث زادت هذا التعويض الى مبلغ ٩٨٠٥٨٧ درهما دون بيان الاساس في هذا التقدير ، وان كلا التقديرين تقل عن القيمة الحقيقية للعقار ، كما أنذرت المدعي عليها مستأجر المبنى باخلاته وبقطع خدمات الماء والكهرباء والاتصالات عن المبنى في موعد أقصاه ١-٩-٢٠٠٥ مما اضطره الى ترك العين واخلائها رغم ان اجرة تلك العين كانت تمثل للمدعيتان (المطعون ضدهما) موردا معيشيا هاما لهما . حكمت المحكمة حضوريا بعدم قبول ادخال النائب العام شكلا وبإلزام المدعى عليها (بلدية) بأن تؤدي للمدعيتين مبلغ ٣٦٤٥٨٢٣ درهما والفوائد بواقع ٩ % سنويا من تاريخ صيرورة الحكم نهائيا وحتى تمام السداد طعنت المدعيتين على هذا الحكم بالاستئناف رقم ٣١٣ لسنة ٢٠٠٨ مدني ، كما طعنت المدعي عليها على هذا الحكم بالاستئناف رقم ٣٢٠ لسنة ٢٠٠٨ مدني وبعد ان ضمت المحكمة الاستئنافيين ليصدر فيهما حكم واحد ، حكمت بتاريخ ٢٦-٥-٢٠٠٨ بتأييد الحكم المستأنف . طعنت المدعى عليهما بلدية على هذا الحكم بالتمييز المائل بموجب صحيفة اودعت قلم كتاب هذه المحكمة ٢٠٠٨-٦-٢٩ طلبت فيها نقضه^(١).

اما القضاء الدستوري في العراق فهو حديث النشأة اذ لم يكن هناك قضاء دستوري بمعنى الكلمة قبل تاسيس المحكمة الاتحادية العليا، والمحكمة العليا في ظل القانون الاساس لسنة ١٩٢٥ والساتير التي اتت بعده لم تشكل واقعا ولم تباشر اعمالها..

ان القضاء اكد حمايته للملكية الفردية من خلال الاحكام التي اصدرتها المحكمة الاتحادية العليا ومن هذه الاحكام ما ذهبت اليه المحكمة في نطاق قضائها بنزع الملكية الى دستورية المادة ٣٧ من قانون الأستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ التي تلزم استملاك ما لا يتجاوز ربع مساحة أرض العقار بدون بدل إذا ثبت لهيأة التقدير تحسين موقع أو منفعة القسم المتبقي منه وزيادة قيمته بسبب الأستملاك وان المادة ٣٨ من القانون المذكور التي ألزمت مالك العقار المستملك جزء نفسه بدفع قيمة ما يكمل ربع المساحة العمومية للأرض قبل الأستملاك إذا كانت المساحة المستملكة بدون بدل تقل عن ربع المساحة

(١) طعن رقم ١٨٤ لسنة ٢٠٠٨ (طعن مدني) صادر عن محكمة دبي في ٢٣/١١/٢٠٠٨. متاح على الإنترنت عبر موقع: <https://data.uselessonline.com>. تاريخ الزيارة في ١١/٩/٢٠٢١.

العمومية للعقار وثبت لهيئة التقدير أن الاستملاك يؤدي الى تحسن موقع أو منفعة القسم المتبقي منه وزيادة قيمته.

وقررت المحكمة في عام ٢٠٠٧ إذ جاء فيه ... "إن الملكية الخاصة مصونة ضمن أحكام المادة ١٦ من دستور جمهورية العراق الصادر في ١٩ تموز ١٩٧٠ (المؤقت الملغي) وفي ظل المادة ٣٢ من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ النافذ ، اذا لا يجوز لأي تشريع أن يخالف هذا الحكم الدستوري وينزع الملكية دون سند قانوني ... لذا يكون قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) الملغي ، رقم ١٣٩ الصادر في ١٠/١/١٩٨٢ قد صدر مخالفة الدستور مما يقتضي إلغاءه" (١)

وفي قرار اخر للمحكمة الاتحادية العليا قضت بأن " لا يعد القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٩٨ قانون بدل إيجار الأراضي الزراعي المشغولة للأغراض العسكرية مخالفة للدستور لأنه لم يترتب عليه نزع ملكية ، وأضافت إلى أن وزارة الدفاع ليست جهة تشريعية وبالتالي تكون الخصومة غير متوجهة كما أضافت أن الفقرة ثانية من المادة ٣٣ من الدستور ، والتي تنص على أن لا يجوز نزع الملكية إلا لأغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل ، وينظم ذلك بقانون لا تطبق على موضوع الدعوى ، لأن حكم تلك الفقرة ينطبق باجر المثل " (٢)

وجاء في حكم المحكمة الاتحادية العليا بدستورية المادة ٢١ من قانون حياة دعاوي الملكية رقم ١٣ السنة ٢٠١٠ التي نصت على أن " تسري أحكام هذا القانون على القرارات الصادرة من الهيئة التمييزية والتي قضت برد الدعوى كون الاطفاء قد صدر وفقا للقانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٧٦ ويحق لمن ردت دعاوها إقامتها مجددا ... وحيث أن الغاية المقصودة من تشريع القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠١٠ هو ضمان حقوق المواطنين الذين انتزعت عقاراتهم خلافا للقانون وتعويضهم تعويضا عادلا بما يحقق جبر الضرر عنهم ولحماية المال العام والحفاظ عليه وحيث أن المادة ٢١ من القانون أنفا شرعت الغرض من ضمن مواد القانون المذكور أعلاه وحيث أن المادة ٢٣ / ثانيا من دستور جمهورية العراق ٢٠٠٥ قد نصت على أن لا يجوز نزع الملكية إلا لأغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل . وينظم ذلك بقانون لذا فإن نص المادة ٢١ من القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠١٠ تكون متفقة مع أحكام من

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا: جلسة ١٩٨٦/٦/٢١ طعن ٥، ق ١٣٩، ١٤٠، ج ٣، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، ص ٢٣٦ متاح على الإنترنت <https://www.sccort.gov.eg> تاريخ الزيارة ٩/١٢/٢٠٢١.

(٢) قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ٥/اتحادية/٢٠٠٧ في ٢/٧/٢٠٠٧، متاح على الإنترنت عبر موقع: <https://www.iraqfsc.iq.> تاريخ الزيارة ٨/٣١/٢٠٢١.

الدستور ولا تتعارض معها كما أنها لا تتعارض مع المادة ٢٧ من الدستور طالما أن الغاية من القانون هو حماية حقوق المواطنين الذين^(١) انتزعت عقاراتهم خلافا للقانون وبنفس الوقت الحماية المال العام والحفاظ عليه ومن ثم تكون دعوى المدعي غير مستندة على سند من الدستور إذا ما أحسن تطبيق المادة ٢١ من قانون الملكية العقارية رقم ١٣ لسنة ٢٠١٠ بتطبيق التوازن بين مصلحة الدولة ومصلحة المواطن وذلك بمراعاة ما ورد في الأسباب الموجبة لتشريع القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠١٠ ومواده ومنها المادة ٢١ وهي ضمان حقوق المواطنين الذين أطفأت حقوق التصرف في الأراضي التي كانت منفعتها لهم ورقبتها للدولة لأغراض المنفعة العامة ولحماية المال العام والحفاظ عليه وذلك بالزام المحاكم واللجان التي تنظر الدعاوى وفقا لأحكام المادة ٢١ من قانون هيئة دعاوي الملكية رقم ١٣ السنة ، ٢٠١٠ بالتحقق من توفر التعويض العادل (بتاريخ إجراء عملية الاطفاء وفقا للقانون رقم ٥٣ السنة ١٩٧٩ وليس في الوقت الحاضر استنادا الأحكام المادة (٢٣ / ثانية) من الدستور”^(٢)

كما ان المحكمة الاتحادية العليا قررت”.... عدم دستورية قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم ٨٠٠ لسنة ١٩٨٩ ؛ لأن تطبيقه يتعارض مع مفهوم التعويض العادل المنصوص عليه بالمادة ٢٣ من الدستور ، وإن مفهوم التعويض العادل ورد في المادة (١٣ / رابعا) من قانون الاستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ ... وحيث إن قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ٨٠٠ لسنة ١٩٨٩ جعل تقدير التعويض تاريخ وضع اليد أو طلب الاستملاك أيهما أسبق فإن التقدير بموجبه يتعارض ومفهوم التعويض العالي المنصوص عليه في قانون الاستملاك....”^(٣)

وينتقد الفقه العراقي المحكمة الاتحادية العليا باقرارها دستورية قانون الاستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ ، حيث اكدت المحكمة الى ان المادتين ٣٧،٣٨ من قانون الاستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ لا يتعارض مع حكم المادة (٢٣ / ثانيا) من دستور جمهورية العراق وتشكلان تطبيقا سليما له ذلك أن التعويض العادل الذي قصده النص الدستوري قد تحقق في تحسين موقع أو منفعة القسم المتبقي من العقار وزيادة لقيمته بسبب الأستملاك ، وكذلك الحال عند دفع المستملك منه ما يكمل قيمة المساحة قيمة أو في منفعة الجزء غير المستملك وهذه العمومية للعقار ، لأن ذلك يمثل الزيادة التي حصلت في

(١)المادة ٢٧ اولا (على ان للاموال العامة حرمة، وحمايتها واجب على كل مواطن)

(٢)قرار المحكمة الاتحادية العليا:ررقم ١ /اتحادية/٢٠١٢ في ٢٠١٢/٣/٥ متاح على الإنترنت عبر موقع. <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة في ٢٠٢١/٨/٣١.

(٣) قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ٢١ /اتحادية/٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٥/٢٦ متاح على الإنترنت عبر موقع: <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٨/٣١.

الزيادة في القيمة أو في المنفعة التعويض العادل للمستملك منه الذي قصده النص الدستوري المشار اليه ، والا تكون أمام حالة أضرار غير مشروع بجانب المستملك على حساب الجهة المستملكة .^(١)

ويذهب الفقه الى ان القانون نقل شرط التعويض العادل من اختصاص الادارة المقيد الى سلطتها التقديرية وهي نفس النقطة التي تم الطعن في القانون المذكور، وبذلك اصبح التعويض مرتبط بارادة الادارة ، لكن هذا لا يمنع من القول ان المحكمة الاتحادية العليا قد اسست مبادئ وقواعد جوهرية في إجراءات نزع الملكية للمصلحة العامة ومنها انه لايجوز نزع الملكية الفردية الا من خلال سند قانوني وإجراءات قانونية وتكون مقترنة بتعويض عادل، وهذا يدل على حرص المحكمة وتأكيدا على حماية الملكية الفردية وقدسيتها..

الفرع الثاني

رقابة القضاء الدستوري في مايتعلق بالتأميم

ان القضاء الدستوري في الدول محل الدراسة منع اي اعتداء على الملكية الفردية واطرها بحماية كاملة وشاملة ولم يجوز المساس بها الا وفقا للقانون، واكد على هذا النهج المجلس الدستوري الفرنسي بان كل الحقوق الأساسية واولها حق الملكية الفردية الذي يعد من أهم حقوق الإنسان الذي يتمتع بقيمة دستورية عالية^(٢) ، كما قرر المجلس أيضا أنه إذا كان حق الملكية الفردية قد تطور منذ إعلان حقوق الانسان لعام ١٧٨٩ وحتى وقتنا هذا سواء من حيث امتداد تطبيقه او في مجالات تطبيقه في الملكية الفردية أم لتعرضه لقيود فرضتها المصلحة العامة ، فقد رأى بأن المبادئ التي أوردها إعلان حقوق انسان تتمتع بالقوة الدستورية ، إذ يعد حق الملكية الخاصة من أهم الحقوق الأساسية ، وإن المحافظة عليه يعد من أسمى أهداف الدولة ، وهو يتساوى في هذا المقام مع حقوق الأفراد في الأمن الحرية ؛ وذلك من حيث ما تتمتع به السلطة من امتيازات أو من حيث ما يتمتع به أصحاب تلك الحقوق من ضمانات أساسية^(٣).

وقد قضى المجلس الدستوري بمخالفة القانون للدستور ، إذ إنه نص على تأميم بعض من المشروعات ، حيث أسس حكمه على أن التعويض الذي نص القانون عليه للمساهمين لا يتطابق مع

(١) قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ٢٥/اتحادية/٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/١/٨ متاح على الإنترنت عبر موقع.

<https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة في ٢٠٢١/٨/٣١.

(٢) د . السيد عبد الحميد أحمد مصدر مسابق ، ص ٢٩

(٣) قرار المجلس الدستوري الصادر في ١٩٨٢/١/١٦ ، أشار إليه : د . عيد سعد دسوقي ، مصدر سابق ، ص ٦٠٧

إعلان حقوق الإنسان والمواطن ومبادئه ، كما أنه يجب أن يكون ترسيخ حق الملكية الخاصة من خلال دستور عام ١٩٥٨ ، فقد قرر المجلس وعرض وأكد الأسس التي يجب أن يراعيها القانون في احتساب مبالغ التعويض لكي يأتي متوافقة مع الدستور (١)

وقد أكد المجلس الدستوري ضرورة أن يكون التعويض عن التأميم منصفًا وعادلاً ، وأن يتم التقدير التعويض وقت التأميم دون أن يكون هناك احتمال تأثير التأميم على القيمة الفعلية للسندات (٢) ومنذ ذلك الحين أخذ المجلس الدستوري الفرنسي بالعمل على تطبيق فكرة الخطأ البين الظاهر في تقدير الوقائع والظروف عند سن القانون . وقد أخذ المجلس بالعمل على تطبيق هذه الفكرة عند ممارسة رقابته في تقدير الضرورة التي يعتمدها المشرع وهو في صدد تنظيم بعض الموضوعات كالتأميم. (٣)

وقد رأي جانب من الفقه الفرنسي بان المجلس الدستوري بأحكامه التي أصدرها حاول أن يوازن ويوازن بين فكرتين : الأولى هي تمسكه بالمفهوم الفردي لحق الملكية الخاصة وأن هذا الحق كان ولا الأفكار والمبادئ ذاتها التي تبناها إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي ، أما الثانية فإن المجلس قد اتجه إلى إعطاء المشرع سلطة تقييد حق الملكية الخاصة بالشكل والمستوى الذي لا يؤدي إلى تفرغها من مضمونها أو إهدارها (٤) ، وذلك بالمقارنة مع بعض الحقوق الأخرى كحرية الرأي التي تكون سلطة المشرع في تنظيمها مقيدة لجعلها أكثر فعالية (٥).

اما القضاء الدستوري المصري فقد اوضحت المحكمة الدستورية العليا في مايتعلق بالتأميم حيث قررت بأن "التأميم هو نقل ملكية اموال المشروع الخاص الى الدولة باكملها او بعضها وفقا لما يقرره القانون، والأصل فيه اقتترانه كاصل في التعويض توديه الدولة لأصحابه.. " (٦)

حيث جاء في حكم لها " لم يشأ المشرع أن يتخذ تأميم المشروعات جزئيا أو كليا ، صورة تقل ملكيتها مباشرة الى الدولة بقصد تصفيته بحيث تنقضي تبعاً لذلك شخصيتها الاعتبارية التي كانت لها

(١)مدحت أحمد محمد يوسف غنايم ، الاتجاهات الحديثة في رقابة دستورية القوانين في الأنظمة اللاتينية (فرنسا ومصر) ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، ٢٠١٤ ، ص ٦٨ .

(٢) د . أحمد عبد الحبيب المستترسي ، مصدر سابق ، ص ١٨٠ .

(٣) د . عبد الحفيظ الشيمي ، مصدر سابق ، ص ٣٧٧ .

(٤) أشار إليه : د . السيد عبد الحميد أحمد ، مصدر سابق ، ص ٤٣ .

(٥) Cest dire qu'on considère plus dans propriété que la valeur qu'elle représente ، V.H.CAOITANT : Les grands arrest de la jurisprudence civil ، op cit.p. ١٢

أشار إليه : د . عيد سعد الدسوقي ، مصدر سابق ، ص ١٠٨ .

(٦) حكم المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم ١ لسنة ٤ ق دستورية، جلسة ١٩٧٥/٢/١، ج١، عليا، ص ٢٠٣ .

قبل التأميم ، وإنما رأى أن يكون تأميمها عن طريق نقل ملكية أسهمها جميعا أو جزء منها حسب نطاق التأميم الى الدولة مع الإبقاء على شخصيتها الاعتبارية التي كانت تتمتع بها قبل التأميم بحيث تظل التأميم هذه المشروعات محتفظة بنظامها القانوني وذمتها المالية مستقلين عن شخصية وذمة الدولة ، وتستمر في مباشرة نشاطها ، وتبقى بالتالي مسؤولة وحدها مسؤولية كاملة عن جميع الإلتزامات التي تحملتها قبل التأميم “ (١)

كما قضت المحكمة الدستورية العليا بالطعن الذي قدم بمدى دستورية القرار بقانون رقم (١١٧) لسنة ١٩٦١ والذي تناول تأميم بعض المنشآت والشركات ، إذ جاء فيه : “ إن القرار بقانون رقم (١١٧) لسنة ١٩٦١ بشأن تأميم بعض الشركات والمنشآت ، بعد أن نص في الفقرة الأولى من المادة الأولى منه على تأميم الشركات والمنشآت المبينة بالجدول المرفق به ومن بينها الشركة المصرية المتحدة للملاحة البحرية ، حرص في مادته الثانية على تعويض أصحاب المشروعات المؤسسة وبين كيفية أداء التعويض إليهم فنص على أن تتحول أسهم الشركات ورؤوس أموال المنشآت المؤممة إلى سندات رسمية على الدولة لمدة خمس عشرة سنة ... ، كما أفصح المشرع في المذكرة الإيضاحية للقانون مقاصده واعتبارات المصلحة العامة التي تبغاها من إصداره ، فأشار إلى أن الهدف من التأميم هو توسيع قاعدة القطاع العام بحسابه ضرورة قومية لتوجيه الاقتصاد القومي توجيهها مؤثرا ومفيدا لخطة التنمية بما يكفل المضي بها قدما نحو الغايات المقصودة منها ، مما يقتضي حشد القوي الفنية والإمكانات المادية اللازمة لها ، دون ترك أعبائها وتحويل احتياجاتها قد يتجه بجهوده وفق الاحتياجات التي تملئها مصالحه الخاصة ، وفي ذلك ما قد يقيم العثرات امام خطة التنمية ، لما كان ذلك فإن ما ذهب إليه المدعون من أن ذلك القرار بقانون قضي بتأميم الشركة المملوكة لهم لم يستهدف الصالح العام ، وأن تأميمها قد تم بغير مقابل بما ينطوي على مصادرة للملكية الخاصة التي كفلها الدستور يكون غير سديد “ (٢)

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة الرابعة من القرار بقانون رقم ٧٢ لسنة ١٩٩٣ الخاص بتأميم بعض المنشآت والشركات ، إذ تضمنت النص على جعل أموال أولاد وزوجات مالكي تلك المنشآت والشركات ضامنة للوفاء بالاللتزامات التي تزيد عن أصول هذه

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم ٦٧ لسنة ٤ ق دستورية بجلسة ١٩٨٥/٢/٢، ج٣، دستورية، ص ١٢٢ اشار إليه د. فاروق عبد البر، مصدر سابق، ص ٨٦٣.

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في ١٩٨٣/٢/٥ والصادر في القضية رقم ١٨ لسنة ١ ، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ، ج ٢ ، قاعدة رقم ١٣ ، ص ٧٧ ، أشار إليه : مصطفى حباشي عليو ، الضمانات ستورية والقضائية لحماية حق الملكية الخاصة ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ٢٠١٧ ، ص ٥٤٢.

المنشآت والشركات ، وقد أسست المحكمة قضاءها على أساس أن الأولاد والزوجات ليس لهم علاقة بها ، ولم يترتب عليهم أية مسؤولية عنها ، فضلا عن شموله لجميع ما يملكه الأولاد والزوجات ، ولو لم يكن مصدرها عديم الصلة بتلك المنشآت أو الشركات وأصحابها ولا شأن لهم بها ، إذ يترتب على ذلك حرمان هؤلاء ملكيتهم الخاصة لتلك الأموال وجبرا عنهم إلى الحد الذي قد يصل إلى تجريدهم من كل ما يملكون ، ولاسيما إن استغرقت الديون لجميع تلك الأموال ، فإن لم يعد ذلك تأميمة لتلك المنشآت والشركات أو المشروعات ، كما ولا يعد نزع الملكية للمنفعة العامة ، فإن نص القانون المطعون فيه يمثل اعتداء على الملكية الخاصة للأفراد ، ومخالفة لنص المادة ٣٤ من الدستور والتي تقضي وتؤكد على أن الملكية الخاصة مضمونة^(١)

تبنى جانب من الفقه ، في مجال تحليله لأحكام المحكمة الدستورية العليا في مصر ومن أجل تأكيد تبني فكرة الغلط البين ، إلى أنه من المسلم به أنه لا علاقة بين رقابة الغلط البين في التقدير في المجال الدستوري ، وبين رقابة ضرورة أو عدم ضرورة التشريع ، إذ أن الأخيرة تقضي ترخيص المشرع في الوقت المناسب التشريع المناسب الذي يراه لازما لتنظيم مسألة ما ، ولكن إذا تدخل المشرع الذي ينظم المسألة ، فإن تقديره للمفاضلة بين البدائل المختلفة وأختياره أحداها ، يخضعه للرقابة الدستورية ، للوقوف على مدى تحقق الحل الذي أختره من أجل المصلحة العامة ومدى ملائمة اجتماعيا وسياسيا ، ومدى التزامه بالضوابط والقيود التي حددها الدستور^(٢) ، ولذلك تجد أن قضاء المحكمة الدستورية العليا مستقر على أن الملاممة لا تمنع من أخضاع القوانين للرقابة الدستورية إذا تعرضت لأمر نظمها الدستور ووضع لها ضوابط محددة^(٣).

وجاء في حكم المحكمة الدستورية العليا “ أن السلطة التقديرية التي يملكها المشرع في مجال تنظيم الحقوق مقيدة بالقيود التي فرضها الدستور ، ومن بينها ألا يكون التنظيم التشريعي للحق مؤدية إلى مصادره و .. - ومن المقرر أن حق الملكية نافذ في مواجهة الكافة ، وإن حصانته تدرأ عنه كل عدوان أيا كانت الجهة التي صدر عنها وأنه لا يجوز نزع الملكية من ذويها - سواء عن طريق

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا رقم ٦٧ لسنة ٤ ق الصادر في ٢/٢/١٩٨٠ ، مجموعة احكام المحكمة ستورية العليا ، ج ٣ ، ص ١٢٢ ، أشار إليه : د . فاروق عبد البر ، دور المحاكم المصرية في حماية الحقوق الحريات ، ج ٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص ٨٤٧ .

(٢) د.محمد طاهر ابو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، دراسة تطبيقية في مصر، ج٢، دار ابو المجد للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٦، ص١١٦ .

(٣) حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم ٥ لسنة ١ق دستورية في ١٦/٥/١٩٨١ ، ج١، ص١٩٥ .

التأميم أو غيره - الأ في الأحوال التي يقررها القانون ، وبالكيفية المنصوص عليها فيه ، ومقابل تعويض عادل معادلا لقيمتها الحقيقية من تاريخ نزعها ، ١٠٠٠" (١).

أن المحكمة الدستورية العليا في رقابتها على دستورية القوانين واللوائح لا تتقيد بالوصف الذي يضعه المشرع على القواعد التي يسنها ، متى كان بطبيعتها تتنافى مع هذا الوصف وتنطوي على أهدار للحقوق التي كفلها الدستور (٢)

وتأسيسا على ما تقدم ، تكون المحكمة قد استقرت في قضائها على رقابة الملاءمة السياسية للتشريع ، بل وأكدت بوضوح فكرة التناسبية في مجال رقابتها على دستورية القوانين، وهما الفكرتان اللتان يمكن أن تؤسس لرقابة الغلط البين في التقدير في المجال الدستوري (٣). المدة الشركات وانتهت المحكمة في قضائها - الى أن النص التشريعي المطعون فيه (الفقرة الأولى من | الأولى من القرار بقانون رقم ١٣٤ لسنة ١٩٩٤) والتي تقضي بأن جميع اسهم رؤوس أموال والمنشآت التي الت ملكيتها الى الدولة وفقا لأحكام القوانين ١١٧ ، ١١٨ ، ١١٩ لسنة ١٩٤١ واكم القوانين التالية ، يعوض اصحابها من مجموع ما يمتلكه من اسهم ورؤوس أموال في جميع هذه الشركات. والمنشآت بتعويض أجمالي قدره خمسة عشر الف جنيه مالم يكن مجموع ما يمتلكه فيها أقل من ذلك ، فيعوض عنه بمقدار هذا المجموع - لا يقوم على تعديل التعويض المستحق عن التأميم وإنما يستهدف مصادرة ملكية السندات المستحقة لأصحاب المشروعات التي تزيد عن الحد الأقصى المنصوص عليه فيه ، ومن ثم يكون قد تعرض للملكية الخاصة التي صدائها الدستور (٤)

استنادا إلى ما تقدم ، أن المحكمة الدستورية العليا في قضائها المتميز في مجال حماية حقوق الملكية الفردية - اعتمدت نظرية الغلط البين في مجال الرقابة القضائية ، تأكيدا لمبدأ الشرعية الدستورية ، وكفالة احترام الحقوق والواجبات العامة ، وإن لم تستعمل هذه المحكمة عبارة الغلط البين في التقدير صراحة ، إذ العبرة بالأثر المترتب على الأخذ بهذه النظرية والمتمثل في توسيع نطاق الرقابة القضائية الدستورية (٥).

(١)الحكم الصادر في في ١٥/٥/١٩٩٣ مجموعة الأحكام، ج٥، المجلد الثاني، قاعدة رقم ٦/٢٦، ٥، ٤، القضية رقم ١٨ لسنة ١٣ ق دستورية، ص٣٠٤. أشار اليه محمد ابو العينين، مصدر سابق ، ص١١٧.

(٢)حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم السنة ١ ق دستورية في ٢٣/١٩٨٥، ٢٥، لسنة ٢ ق دستورية، ٣٢ لسنة ٢ ق دستورية في ٢/٣/١٩٨٥ المجموعة، ج٣، ث١٦٢.

(٣)د.ماهر ابو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، مصدر سابق، ص١٢٠.

(٤)القضية رقم السنة ١ ق دستورية، المجموعة، ج٣، ص١٦٢.

(٥) د.ماهر ابو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، المصدر السابق، ص١٢٣.

اما بالنسبة للمشرع العراقي فلم يتبن التاميم في دستور ٢٠٠٥ اذ لم ينص على الوظيفة الاجتماعية للملكية الفردية وهذا ما يعبر عن فلسفة النظام السياسي والإقتصادي في ظل هذا الدستور فنصت المادة ١٥ منه على أن (تكفل الدولة إصلاح الإقتصاد العراقي وفق وأسس إقتصادية حديثة وبما يضمن استثمار كامل موارده وتنويع مصادره وتشجيع القطاع الخاص وتنميته) ونصت المادة ٢٦ على ان "تكفل الدولة تشجيع الاستثمار في القطاعات المختلفة وينظم ذلك بقانون".

نستنتج من ذلك ان القضاء الدستوري الذي نشأ بتأسيس المحكمة الاتحادية العليا، بانها مارست الرقابة على حماية الملكية الفردية لما يتعلق نزع الملكية للمصلحة العامة دون التاميم تماشياً مع السياسة الجديدة للمشرع وفلسفته. كذلك المشرع الاماراتي لم يتبن التاميم لا في دستوره ولا قوانينه النافذة فبذلك حذى حدو نظيره العراقي في هذا المجال.

المطلب الثاني

رقابة القضاء الدستوري في ما يتعلق بالمصادرة وفرض الحراسة وسلطة الاستغلال

للملكية الفردية

ظهر دور القضاء الدستوري بشأن القيود التي ترد على الحق في الملكية الفردية في ما يتعلق منها بقوانين فرض الحراسة والمصادرة الإدارية من خلال بسط رقابته الدستورية بشأن الدعاوي التي وصلت إليه والخاصة ببعض النصوص الواردة في القوانين المذكورة ، وقد أرسى القضاء الدستوري عدداً من المبادئ من خلال القضاء بعدم دستورية بعض النصوص الواردة في القوانين سالف الذكر ، كما تعد القضايا الدستورية المتعلقة بالعلاقات الإجارية مجالاً خصباً لحماية الحق في الملكية الخاصة بلحاظ أن حق المالك يكون حينئذ كحق مقابل لحق المستأجر ويبرز دور القضاء الدستوري من هذا المجال من خلال الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية وبوجه خاص في مجال الأسكان ، حيث تتزاحم كثرة من القيود في نطاق مباشرة المالك لسلطته مجال أستغلال ملكه ، وهي قيود قصد بها مواجهة الأزمة المتفاقمة الناشئة عن قلة المعروض من الأماكن المهيأة للسكن مقابل زيادة الطلب عليها.

لذا سوف ابحث هذا المطلب في فرعين في الفرع الاول: رقابة القضاء الدستوري في ما يتعلق بالمصادرة وفرض الحراسة في التشريعات المقارنة اما الثاني فسيكون: رقابة القضاء الدستوري في ما يتعلق في سلطة الاستغلال للملكية الفردية في التشريعات المقارنة وهي ماياتي :

الفرع الأول

رقابة القضاء الدستوري في ما يتعلق بالمصادرة وفرض الحراسة

ان قيدي المصادرة وفرض الحراسة كما اتضحت لنا تمثل مساسا خطيرا بالملكية الفردية واعتداء عليها، لذا لا بد من ايجاد ضمانات ووضع ضوابط كفيلة بضمان عدم انحراف السلطات العامة والادارة عن جادة الصواب والزامها بمبدأ المشروعية، لذا سوف نسلط الضوء على رقابة القضاء الدستوري على المصادرة في فقرة اولى وعلى رقابته على فرض الحراسة في فقره ثانية وهي ماياتي:

اولا: رقابة القضاء الدستوري على المصادرة في التشريعات المقارنة:

قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية بعدم دستورية المادة التاسعة من القانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٤٧ الخاص بتنظيم الرقابة على العمليات النقدية ، والذي نص على أنه في الحالات التي لم يتم الحصول فيها على الإذن برفع الدعوى يجوز حينها لوزير المالية أو لمن يخوله مصادرة المبالغ المالية موضوع المخالفة وذلك اعتبارا من نفاذ الدستور في ١١/٩/١٩٧١ ، إذ جاء فيه “ ... تأسيسا على ما قرره المادة التاسعة من القانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٤٧ المعدلة بالقانون رقم ١١١ لسنة يجوز لوزير المالية أو لمن يوبه مصادرة المبالغ موضوع المخالفة ، قد أضحى مخالفة للمادة ٣٦ من دستور سنة ١٩٧١ ، التي تقضي بحظر المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي ويتعين لذلك القضاء بعدم دستورية المادة التاسعة من القانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٥٣ فيما تضمنته من إجازة المصادرة الإدارية ، وذلك ما لم تكن هذه المصادرة تمت بالاتفاق بين الجهة الإدارية والمخالف مقابل تنازل الجهة الإدارية عن الدعوى على النحو الذي أجازته المشروع عند إصداره القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٧٦ بتنظيم التعامل بالنقد الأجنبي بنصه في الفقرة الثالثة من المادة الرابعة عشرة على أن للوزير المختص أو من ينيبه في حالة عدم الطلب أو في حالة تنازله عن الدعوى إلى ما قبل صدور الحكم فيها أن يصدر قرارا بالتصالح مقابل مصادرة المبالغ أو الأشياء موضوع الجريمة “ (١)

لذا فقد أصبحت المصادرة بقرار يصدره الوزير أو من يخوله في ذات الشأن مخالفا للدستور قضت المحكمة أيضا بعدم دستورية الفقرة الثالثة من المادة ١٢٤ من قانون الكمارك رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ وذلك بنص سيها : “ ولا يترتب على الصلح رد البضائع المضبوطة في الجرائم المشار بها

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في ٢٠٠٤/٣/٧ في القضية رقم ١٠٥ لسنة ٢٤ ق دستورية، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، ج ١١، القاعدة رقم ٧٩، ص ٤٨٥. اشار اليه:مصطفى حباشي عليو، مصدر سابق، ص ٤٨١.

، وإنما يجوز رد وسائل النقل والمواد التي استخدمت في التهريب “ ، وقد بينت المحكمة قضاءها دعائم معينة ، إذ إن عدم رد البضائع والمواد التي تم ضبطها إلى أصحابها وفقا لنص الفقرة المادة ١٢٤ من قانون الكمارك معناه حلول الدولة ملهم في ملكيتها وإيالة تلك البضائع إليها دون مقابل ، وهذا مفاده مصادرتها بشكل وجوبي وبقوة القانون ، وإن هذه المصادرة التي أكدها الشرع كآثر ناتج عن التصالح بين كل من الإدارة والممولين لا يمكن عدّها تدبيرة احترازية متصلا مباشرة بأشياء تشكل خطورة إجرامية تعوّء إلى صنعها أو استعمالها أو التعامل بها يعد جريمة بذاتها ، لا ترتعن مصادرة هذه الأشياء بفرض دوبة أصلية، ومن ثم سحبها من التداول والتعامل حرصا من الآخرين بها ولو أن الآخرين كانوا يملكونها وكان حسن نيتهم ثابتة ، وكانت واقعة الاتهام التي أأسندتها النيابة العامة إلى المدعى عليه لا علاقة لها بأشياء تم حظر التعامل بها من قبل المشرع ، بل أن عيناها متعلق بتهريب البضائع الأجنبية بقصد الاتجار بها ، فإن عدم إعادته إلى مالكيها بعد ضبطها يعد عقوبة جنائية لقيام الصلة بين المصادرة والجريمة التي أرتكبت ، كما أنه تعد عقوبة عينية تقع على أموال بذاتها تتمثل بأشياء تم ضبطها اتصالا بتهريبها ، وكان لابد من صدورها بحكم قضائي ، ويؤيد ذلك أن هذه المصادرة ووفقا لما مبين في المادة ٣٤ من الدستور إما أن تكون عامة تشمل جميع ما بذمة الشخص المالية وهذه لا يجوز فرضها إطلاقا ، وأما أن تكون واقعة على شيء معين أو مجموعة أشياء محددة بذواتها ، وهذه المصادرة هي المصادرة الخاصة التي لا يمكن أن تقع إلا بحكم قضائي ، حتى وإن كانت جزاء مدنية ناتجا عن مخالفة الأنظمة الكمركية النافذة ؛ وذلك إن المصادرة بهذا الشكل تشمل حقوق فردية ذات قيمة مالية صانها الدستور وكفل حمايتها ، ومن ثم فلا يجوز المساس بها أو انتهاكها إلا من خلال الحق في التقاضي كي لا تتحسر أو تتحجب عنها ضماناتها الجوهرية وفي مقدمتها الحق في الدفاع ؛ وذلك ليتم الفصل في تلك الحقوق سواء بإثباتها أو نفيها وفق نظرة شاملة ومحايده تحييطها ووفقا لضوابط وقياسات خلدها المشرع سلفا^(١).

(١) المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم ٦ سنة ١٧ قضائية دستورية عليا، بتاريخ ١٩٩٦/٥/٤، مجموعة احكام المحكمة الدستورية العليا، ج٧، القاعدة رقم ٣٤، اشار الية د.مصطفى حباشي عليو، مصدر سابق، ص٥٤٦. أشار إليه : مصطفى حباشي عليو ، مصدر سارق « ، « من ١٤٧٨ ينظر كذلك لمزيد من الأحكام القضائية حول المباشرة عبد الحميد حسن محمد ، حماية الحقوق والحريات في أحكام المحكمة الدستورية العليا ، الروحية دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ١٩٩٩ ، بل ٢٧٧ ٢٧٨ .

أما القضاء الدستوري العراقي فإن عددا كبيرا من الطعون التي قدمت إلى المحكمة الاتحادية العليا والمتعلقة بالمصادرة قد ردت ؛ وذلك لأسباب تتعلق بالشكلية ومن ثم فإن المحكمة لم تخض في الجوانب الموضوعية للطعن (١)

لكن من قراراتها بهذا الشأن والتي نظرت فيها القرار الذي أصدرته المحكمة الاتحادية العليا لدى النظر بالطعن المقدم ضد قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) المرقم ١٢٤ والصادر بتاريخ ٨/٢ /١٩٩٨/ والذي تضمن مصادرة خمسون بالمئة من الأموال المنقولة وغير المنقولة العائدة لمورث المدعين وإلى أولاده وزوجاته ، إذ قررت المحكمة : “ ... وجد أن ادعاء وكيل المدعين يتضمن طلب الحكم بالإلزام المدعى عليهما إضافة لوظيفتهما بتأديتهما إلى موكليه قيمة الأموال المصادرة العائدة إلى مورث موكليه وإلى زوجاته وأولاده بموجب قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم (١٢٤) في ٨/٢ /١٩٩٨/ ، البالغة ثمانمائة مليون دينار بعد الحكم بعدم شرعية ذلك القرار والحكم بإلغائه ، وحيث إن قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم ١٢٤ في ٨/٢ /١٩٩٨/ والذي بموجبه تم مصادرة (٥٠%) من الأموال المنقولة وغير المنقولة العائدة إلى مورث المدعين وإلى زوجاته وأولاده قد تم تنفيذه وذلك بمصادرة تلك الأموال ، لذا فإن القرار المذكور لم يعد قائمة وأصبح بحكم المنتهي ولا يجوز بعد ذلك البت في دستوريته من عدمه وتكون دعوى وكيل المدعين بالنظر إلى شرعية قرار المصادرة المشار إليه أعلاه بعد نفاذه وانتهاء حكمه خارج اختصاص هذه المحكمة المنصوص عليه في المادة الرابعة من قانون المحكمة الاتحادية العليا المرقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ ؛ لأن الفقرة الثانية من المادة الرابعة من القانون حصرت صلاحية هذه المحكمة بالفصل في المنازعات المتعلقة بشرعية القوانين والقرارات والأنظمة والتعليمات والأوامر الصادرة من أية جهة تملك حق إصدارها والغاء التي تتعارض منها مع أحكام قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية وإن القرار المطعون فيه لم يكن متعارضة مع أحكام القانون المذكور ، كما أنه لم يكن متعارضة مع أحكام المادة (٩٣) من الدستور الدائم لسنة (٢٠٠٥ص) التي حصرت اختصاصات هذه المحكمة ، وإن الفقرة الأولى منها قصرت اختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة وليس المنتهية حكمها كما هو الحال في موضوع هذه الدعوى “ . (٢)

(١) ينظر على سبيل المثالية القرار رقم (١٨ / اتحادية تمييز / ٢٠٠٩) والصادر في ١٨/٦/٢٠٠٩ ، وكذلك القرار رقم (٦ " اتحادية تمييز / ٢٠٠٩) في ١٥/٧/٢٠٠٩ .

(٢) القرار الذي أصدرته المحكمة الاتحادية العليا، ذو العدد ٢٢/اتحادية/٢٠٠٦ بتاريخ ٥/٣/٢٠٠٧. اشار اليه: القاضي جعفر كاظم المالكي، مصدر سابق، ص ٣٥.

ومن الأحكام القضائية التي أصدرتها المحكمة الاتحادية العليا التي يمكن عدّها من الأحكام المتعلقة بالمصادرة حكمها بعدم دستورية (ف ٣) من قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) ذي الرقم ٢٢١ بتاريخ (٢٠٠١/١٠/١٤) ، إذ حرم هذا القرار حق الطاعن في إرث والدته بحجة أنه كان عاقبة لها قبل وفاتها ، إذ جاء في قرارها “ ... وجد أن المدعي يطلب في دعواه إلغاء قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) المرقم ٢٢١ المؤرخ في ١٠/١٤ / ٢٠٠١ بالنسبة إلى حرمانه من حقه الشرعي كوارث لوالدته المتوفية (ز) وذلك لمخالفته للدستور ، ولدى الرجوع إلى القرار المذكور وجد أن الفقرة الثالثة منه نصت بأن « يحرم (ن) ابن المنصوص عليها في البند (ثانية) من هذا القرار من وراثتها بعد وفاتها عقابة على عقوبه لها وتوزع حصته على بقية ورثتها كل حسب استحقاقه الشرعي » وحيث إن قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) المرقم ٢٢١ المؤرخ في ١٠/١٤ / ٢٠٠١ قد صدر في ظل الدستور المؤقت ، وإنه أي الدستور المؤقت كان قد تبني في أحكام الشريعة الإسلامية وعدم مخالفة أحكامها ، وحيث إن الشريعة الإسلامية حددت الحالات التي يحرم منها الوارث من الإرث وليس من بينها عقوب الوالدين ، وبذلك تكون الفقرة الثالثة من قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المشار إليه أعلاه قد جاء خلافاً لأحكام الدستور ، وحيث إن من اختصاص هذه المحكمة استناداً إلى الفقرة الثانية من المادة الرابعة من القانون رقم ٣٠ لسنة (٢٠٠٥) قانون المحكمة الاتحادية العليا الفصل في المنازعات المتعلقة بشرعية القوانين والقرارات والأنظمة والتعليمات والأوامر الصادرة من أي جهة تملك حق إصدارها وإلغاء ما يتعارض منها مع أحكام الدستور ، عليه واستناداً إلى ذلك قررت هذه المحكمة الحكم بإلغاء الفقرة الثالثة من قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم ٢٢١ المؤرخ في (١٠/١٤ / ٢٠٠١) بحيث ينال المدعي من إرث والدته المتوفية (ز) من الدار موضوع الدعوى ووفقاً للاستحقاق الشرعي وتحمل المدعي عليهما مصاريف الدعوى والرسوم القانونية ، وصدر الحكم بالاتفاق حمكة ثابتة لا يقبل الطعن استناداً لأحكام الفقرة (ثانياً) من المادة ٥ من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥^(١).

يلاحظ أن القضاء الدستوري العراقي متمثلاً بالمحكمة الاتحادية العليا قد حاول وعلى الرغم من حالات عدم الاستقرار القانوني والاجتماعي والسياسي والموجات والاضطرابات التي عصفت في البلاد أن تبسط رقابتها على دستورية القوانين وإن تمارس دورها المهم منذ ولادتها الأولى على الرغم أنه لم تمض

(١) المحكمة الاتحادية العليا رقم ٥/اتحادية/٢٠٠٧ المؤرخ في ٢/٧/٢٠٠٧ منشور على الموقع: <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة في ٧/٩/٢٠٢١.

على نشأتها إلا سنوات قليلة فقط ، إلا أننا نؤيد بانها تمثل ضمانة مهمة و فعالة في حماية الملكية الخاصة لاسيما في ظل وجود التقلبات الاجتماعية والسياسية والاقتصادية في البلاد.

ثانيا: رقابة القضاء الدستوري في ما يتعلق بفرض الحراسة في التشريعات المقارنة

من الأحكام القضائية المهمة التي أصدرها القضاء الدستوري في ما يتعلق في الحراسة الحكم الذي أكد فيه على وجوب تخصيص تقويض للأشخاص الذين تعرضوا إلى فرض الحراسة على أملاكهم في الحدود التي ينص عليها القانون ، وقد قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية بعدم دستورية الفقرة الثانية من القرار بقانون رقم ١٤١ لسنة ١٩٨١ ، إذ إنه يتضمن النص على :

“ ... وبالنسبة للأشخاص الذين غادروا البلاد مغادرة نهائية ولم يعودوا إلى الإقامة فيها خلال المدة المنصوص عليها في القانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٧٤ المشار إليه ، فيعوضون عن تدابير الحراسة طبقا لأحكام القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧١ في الحدود المنصوص عليها ” ، إذ إن القانون المذكور قد تضمن قاعدتين أساسيتين :

أولهما : من الأموال المملوكة ملكية خاصة لهؤلاء الأشخاص الذي تم فرض الحراسة عليها بمقتضى قرارات جمهورية يتم رفع الحراسة عنها ،

وثانيهما : عادية تلك الأموال إلى الدولة ويمقابل تعويض يقدر بطريقة إجمالية وبمبلغ قدره ٣٠٠٠٠٠٠ جنية .

اقل من هذا المبلغ ، أما أن زادت فلا يتم رفع وزيادة مبلغ التعويض ، وهذا ان دل على شيء فإنما يدل على ان مازاد عن الحد المذكور يعد ايلا " إلى ملكية الدولة ودون مقابل ، أي كأنه استيلاء من قبل الدولة عليه .^(١)

فقد قضت المحكمة بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة ٣ من القانون المذكور ، كما قضت المحكمة الدستورية العليا في حكم الآخر لها بعدم دستورية الفقرة الثامنة من المادة السادسة قرار بقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٨١ المتعلقة بتصفية الأوضاع التي تنشأ من فرض الحراسة رات المحكمة أن تؤسس حكمها على ركائز أساسية وثابتة ، إذ إنها ترى بأن دعوى الاستحقاق لها اجل محدد تزول وتنقضي بانقضائه ، وهذا قائما على أساس أن حق الملكية الخاصة له ك تميزه عن غيره من الحقوق الأخرى العينية الشخصية أصلية كانت أم تبعية ، إذ إن حق هو حق دائم ، وان هذه الديمومة لا تنقضي بعدم

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا الدعوى رقم (٩٨) آذار ١٩٩٢ ، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ، ج ٦ ، قاعدة رقم (١٩) ، ص ١٩٨ ؛ أشار إليه : مصطفى حباشي عليو ، ٥٦٥-٥٦٦.

الاستعمال أو الترك ، فإن المالك يستطيع أن دعواه أمام القضاء مطالباً بها مهما مرت مدة من الزمن وإن طال ما لم يتم كسبها من قبل وفقاً للقانون ، فإن الملكية الخاصة يجب أن تبقى محمية من قبل القانون والقضاء دون أن تنتقيد وأن تبقى وسائل حمايتها قائمه معها سواء أكانت العقارية أم منقولة .^(١)

وقضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية المادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية في ابن رقم ٩٩ لسنة ١٩٦٣ الذي اقتضى عدم قبول أي طعن يقدم ضد التدابير والأعمال التي يرتها الجهة القائمة على تطبيق جميع القرارات الصادرة بفرض الحراسة على الأموال المملوكة ن الأشخاص ، وذلك فيما نص عليه بعدم جواز استماع أية جهة قضائية أية دعوى تقدم إليها يكون الغرض منها الطعن في أي تدبير أو قرار أو تصرف أو عمل أو إجراءات معينة قامت بها تلك الجهات كانت متعلقة بتطبيق الحراسة وفرضها على أموال بعض الهيئات أو الأشخاص^(٢) . ومن أحكامها أيضاً ما قضت به بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة ١ من القرار بقانون المرقم ١٤١ لسنة ١٩٨١ الذي من الأولاد البالغين وغيرهم من الورثة ضمن العائلة التي كانت قد خضعت لفرض الحراسة ، إذ جاء في حكمها “ إن الأوامر الصادرة في شأن الحراسة بالاستناد إلى أحكام قانون الطوارئ رقم ١٩٢ لسنة ١٩٥٨ قد تضمنت فرضها على أموال بعض الأشخاص الطبيعيين وعائلاتهم ، مثلما نص على ذلك الأمر رقم ١٤٠ لسنة ١٩٦١ الذي تضمن فيمن شملتهم الحراسة النص على والد المدعين وعائلته ، إلا أن هذه الأوامر جميعها لم تتضمن أي تحديد للمكفول المقصود بالعائلة بصوره صريحه في مجال تطبيق الأوامر الصادرة يفرض الحراسة ، وحيث أن النص في الأوامر الصادرة في فرض الحراسة على لفظ (العائلة) دون لفظ (الأسرة) مما يدل على أن العائلة المعنية بفرض الحراسة هي غير (الأسرة) بمفهومها المقرر في القانون المدني والتي يتسع محلولها طبقاً لأحكام هذا القانون ليشمل كافة الأقارب الذين يجمعهم اصل مشترك ، ... ، وكان المقصود بالعائلة في مجال تطبيق أوامر فرض الحراسة المشار إليها هم : الزوج والزوجة والأولاد القصر من تاريخ فرض الحراسة ، كانت الفقرة الثانية من المادة الأولى من القرار ... قد تضمن نصها اعتبار الأولاد البالغين وغيرهم من الورثة ... ضمن العائلة التي خضعت

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (١٣٠) لسنة (٥ قضائية دستورية) ، ج ٥ ، قاعدة رقم (١٤) الصادر في ١٩٩٣/٢/٦ ، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ، ج ٥ ، قاعدة رقم (١٤) ، ص ١٩٢ ؛ أشار إليه : د . فاروق عبد البر ، دور المحكمة المصرية العليا في حماية الحقوق والحريات ، مصدر سابق ، ص ٨١٢ .

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (٢) لسنة (٥ قضائية دستورية) ، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ، ج ١ ، قاعدة رقم (٣٩) الصادر في ١٩٧٦/٧/٣ ، ص ٤١٤ ؛ أشار إليه : مصطفى حباشي عليو ، مصدر سابق ، ص ٥٧٤ .

للحراسة ، مع انهم لا يدخلون في العائلة طبقا لمفهومها الصحيح ويخرجون بالتالي من مجال تطبيق القرار بقانون رقم ١٤١ لسنة ١٩٨١ ، فإن حكم الفقرة المذكورة في ما تضمنته من اعتبار الأولاد البالغين وغيرهم من الورثة ، الذين عناهم النص ، ضمن العائلة) التي خضعت للحراسة يكون في واقع الأمر قد تغول على أموال لأشخاص لم تشملهم أوامر فرض الحراسة ، ولم تكن تتسحب عليها آثارها وإخضاعها ابتداءً ويحكم جديد للأحكام التي تضمنها القرار بقانون رقم ١٤١ لسنة ١٩٨١ بتطبيقه الأوضاع الناشئة فرض الحراسة على أموال الأشخاص الطبيعيين وعائلاتهم من زوجات وأولاد قصر ، الأمر الذي يشكل عدوانا صارخا على الملكية الخاصة بالمخالفة لما تقضي به المادة ٣٤ من الدستور في صون الملكية الفردية وعدم فرض الحراسة عليها بغير حكم قضائي مايغيب النص المطعون فيه في هذا الخصوص ويوصم بعدم الدستورية” (١).

الفرع الثاني

رقابة القضاء الدستوري على سلطة الاستغلال للملكية الفردية

يبرز دور القضاء الدستوري من خلال سلطات الملكية الفردية وبوجه خاص سلطة الاستغلال في الملكية الفردية، حيث تتزاحم القيود على المالك في نطاق استغلال ملكه، وهي قيود قصد بها مواجهة الازمة المتفاقمة الناشئة في مجال الاسكان وقلة المعروض من الأماكن المهيأة للسكن مقابل زيادة الطلب عليها. حيث اختلف المجلس الدستوري الفرنسي والفقهاء وثار الجدل بينهما حول حق السكنى وطبيعة الدستورية وقد برز هذا الخلاف على ما اصدرته الحكومة الفرنسية من قرارات بقوة القانون، بالاستيلاء على المساكن الشاغرة التي تركها مالكيها لاتخاذها مساكن للمشردين. وقد عرضت هذه القرارات على المجلس الدستوري الفرنسي الذي قضى بشرعيتها ، معتبرة أن حق المواطن في مسكن كريم ، حق دستوري يتوازى مع حق الملكية وربما يتفوق عليه وان كان الدستور الفرنسي لا ينص صراحة على حق السكن كحق دستوري إلا أن المجلس الدستوري قد أستخلص وجود هذا الحق في مقدمة الدستور الفرنسي لسنة ١٩٤٦ ومن المواد ١٠ و ١١ التي نصت على أن “توفر الأمة الظروف اللازمة لتقدم الفرد والأسرة وكذلك تكفل للجميع وعلى الأخص الأطفال والأمهات الحماية الصحية والأمن المادي والراحة ... “ وقد أستنتج

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (١٨ و ٩٩) لسنة (٣) قضائية دستورية) ، الصادر في ١٩٨٩/٣/٤ ، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ، ج ٤ ، قاعدة رقم (٢٢) ، ص ١٤٨ ؛ أشار إليه : د . فاروق عبد البر ، دور المحكمة المصرية العليا في حماية الحقوق والحريات ، مصدر سابق ، ص ٨٠٦.

المجلس الدستوري أن كفالة هذه الحقوق يقتضي توافر المسكن المناسب . وقد لاحظ البعض أن الحق في مسكن كريم قد قرر لمصلحة الفرد وليس للمصلحة العامة وهو ما يختلف عن نزع الملكية العامة ، كما أن المدين هو فرد خاص وهو مالك المسكن ، وبالتالي فإن هذا القضاء يحمل في طياته بذور الثورة على الأفكار الفردية في مجال الملكية الخاصة والتي تهيمن على القضاء العادي ، ورأى هذا الاتجاه ان المالك الذي يتم الإستيلاء على عقاره طبقا لهذه التشريعات ، يصبح مجرد حائز السند ملكية أكثر من كونه صاحب حق (١)

اما القضاء الدستوري المصري فقد تعرض الى عدم دستورية بعض النصوص القانونية لقانون الإيجار رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ والقانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ .

وعليه طبقت المحكمة الدستورية العليا عدة معايير في احكامها في علاقة المؤجر والمستاجر ومن هذه المعايير هو معيار عدم اثناء المستاجر على حساب افقار مالك العقار، و طبقت معيار اخر وهو عدم جواز تجاوز الحدود المنطقية لتنظيم حق الملكية الفردية من اصحابها وضربت صوراً لذلك مثل العدوان عليها مايفقدها قيمتها، او اقتحامها ماديا او اقتلاع مزاياها بما يؤدي لسيطرة اخرين عليها او تعطيل بعض جوانبها (٢)

كما استخدمت معيارا اخر وهو معيار الضرورة وهو المعيار الذي برر القوانين الاستثنائية، لذلك لامجال من الاحتجاج بعدم المساواة . (٣)

وسوف اتناول هذه المعايير بالتناوب وكما ياتي:

أولاً: معيار عدم اثناء المستاجر على حساب افقار مالك العقار:

وقد قضت المحكمة بعدم دستورية المادة ٥ من القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨١ الخاصة بتنظيم المنشآت الطبية ، فيما أنطوت عليه من أستثناء تنازل الطبيب أو ورثته من بعده عن حق أجارة العين المتخذة مقرا لعيادته الخاصة الطبيب مرخص له بمزاولة المهنة ، من الخضوع لحكم المادة ٢٠ من

(١)Helen Paliat . I. Objectif Constitutionnel de droit a un logement decent . Vers le Constat ٢١ de deces du deces du droit de propriete Dalloz ، ١٩٩٥ chrp ٢٨٣ .

اشار اليه:د.احمد عبد العال ابو قرين، مصدر سابق، ص ٦٠.

(٢)د.هشام محمد فوزي، مصدر سابق، ص ٤٦٧.

(٣)انظر:الدعوى رقم ٦٣ لسنة ١٣ قضائية دستورية، جلسة ١٩٩٣/٣/٢٩، ج ٢/٥، ص ٢٢٦. اشار اليه:د.فاروق عبد البر، مصدر سابق، ص ٧٦٠.

القانون رقم ١٣٦ في شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر يجز والمستأجر .

وأكدت المحكمة أن ذلك يؤدي إلى حصول المستأجر على حقوق لا يسوغها مركزه في مواجهة المؤجر مما يعد إثراء للمستأجر وإمتناع للمالك ، وتفضيلاً للمستأجرين من الأطباء على من عداهم من المستأجرين رغم تماثل مراكزهم القانونية مما يخالف مبدأ المساواة (١)

وذهبت المحكمة إلى أن النص المطعون به ، لم يلتزم بالقواعد التي تنظم التنازل بوجه عام ، والتي تضمنتها المادة ٢٠ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ ... بل أسقطها بتمامها ، ليمتنع على المالك بعدئذ الخيار بين حقين كفلتهما المادة ٢٠ من هذا القانون ، هما أن يحصل على ٥٠ % من مقابل التنازل إذا أراد إعمال آثاره أو أن يستعيد العين من مستأجرها بعد أداء تلك القيمة مع انتهاء العلاقة الايجارية التي ارتبطا بها في شأنها.

واكثر المواد التي أثارت العديد من الأحكام الموضوعية هي المادة ٣٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة شأن تأجير الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر من استمرار عقد إيجار ١٩٧٧ في وبيع الاماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر من استمرار عقد الإيجار المسكن - عند ترك المستأجر الأصلي له - لصالح أقاربه بالمصاهرة حتى الدرجة الثالثة الذين امر به في العين المؤجرة مدة سنة سابقة على ترك العين أو مدة شغله لها أيهما أقل دستورية ذات المادة والفقرة فيما تضمنته من استمرار عقد المسكن عند وفاة المستأجر الأصلي . (٢) واعتبرت المحكمة أن ذلك النص يسمح لأقارب المستأجر تارك العين أو المتوفي - بالمصادر بالتحايل لسلب حقوق المؤجر في ملكه مما يمثل تعدياً على الملكية وإثراء لمستأجر العين وأفكار لمالكها (٣)

ووفقاً لذات المنطق أصدرت المحكمة حكمها بعدم دستورية أمتداد العقد الأقارب المستأجر نسبا والذي يترك العين أو يتوفاه الله (٤). في البداية أشارت المحكمة إلى أن السلطة التقديرية التي يملكها المشرع في موضوع تنظيم الحقوق ، لازمها أن يفاضل بين بدائل متعددة مرجحة من بينها ما يراه أكفل

(١) انظر الدعوى رقم ١١ لسنة ١٦ ق دستورية، جلسة ١٩٩٥/٧/٣، ج٥، ص١٢٢، اشارة للقرار: د. عيد سعيد دسوقي، مصدر سابق، ص٨٩.

(٢) انظر: الدعوى رقم ٦ لسنة ٩٩ ق دستورية، جلسة ١٩٩٥/٣/١٨، ج٦، ص٥٤٢، اشارة اليه: د. علي عوض حسن، مصدر سابق، ص٧٦.

(٣) انظر: الدعوى رقم ٣ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٩٧/١/٤.

(٤) الدعوى رقم ١١٦ لسنة ١٨ ق دستورية ، جلسة ١٩٩٧/٨/٢ .

لتحقيق المصالح المشروعة التي قصد الى حمايتها ، إلا أن الحدود التي يبلغها هذا التنظيم لا يجوز بحال أن ينفلت مداها الى ما ي أخذ الملكية من أصحابها وأنطلاقاً من هذه الجزئية واصلت المحكمة تحليلها وصولاً إلى المعنى الذي يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية^(١) ولعل من أهم أحكام المحكمة الدستورية العليا على الإطلاق والتي أسهمت في استقرار معاملات المجتمع وتعاملت معه بحرفية شديدة ، هو الحكم الذي انتهى إلى عدم دستورية نص الفقرة الثالثة من المادة ٣٤ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ بشأن تأجير وبيع الاماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر و المتاجر فيما لم يتضمنه من النص على انتهاء عقد الإيجار الذي يلتزم المؤجر بتحريره لمن لهم الحقي في شغل العين بانتهاء إقامة آخرهم بها سواء بالوفاة أو التركاه .^(٢)

واستخلصت المحكمة في حكمها العديد من المبادئ منها إن المادة ١٩ مقروءة على هدي سابق أحكام المحكمة بعدم دستورية أجزاء منها أصبحت تقرأ كالاتي (لا ينتهي عقد ايجار المسكن بوفاة المستاجر أو تركه للعين إذا بقي فيها زوجه أو أولاده أو أي من والديه الذين كانوا معه حتى الوفاة أو الترك) . وتتص فقرتها الأخيرة على أنه وفي جميع الأحوال يلتزم المؤجر بتحرير عقد المن لهم الحق في الاستمرار في شغل العين ، ويلتزم هؤلاء الشاغلون بطريق التضامن بكافة أحكام العقد. ذهبت المحكمة الى علم مخالفة نص المادة الأولى للشريعة الإسلامية لان عقد الإيجار فيما يحق أن يكون مؤقتة إلا أن هناك خلافاً بين فقهاءها حول المدة التي يوقت فيها ، و أن مد العقد على حسب الفقرة الأولى يحقق الوظيفة الإجتماعية للملكية والقول بغير ذلك سيؤدي لأثارة الحقد بين فئات المجتمع فيهدر التضامن الإجتماعي ، ثم عاد الحكم وأكد عدم دستورية الفقرة الأخيرة من المادة ٢٩ فيما لم يتضمنه من النص على إنهاء عقد الإيجار الذي يلتزم المؤجر بتحريره لمن لهم الحق في شغل العين بانتهاء إقامة آخرهم بها سواء بالوفاة أو الترك ، فيرفض الحكم انتقال العقد مثلاً من الأب لأبنه وهكذا حتى لا يحدث التأييد المنهي عنه ، ان أحداث آثار ضاره بفئات المجتمع من جراء تطبيق حكم عدم الدستورية بأثر رجعي قررت المحكمة تطبيق الحكم بأثر فوري إعمالاً للرخصة المقررة لها بقانونها ، وفي ذلك محاولة من المحكمة لتضييق آثار حكمها قدر الإمكان^(٣)

(١) انظر : الدعوى رقم ٣ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٩٧/٤١١٩٩٧٠١٨٠ الموسوعة الدستورية ، الكتاب الأول ، محمد ماهر ابو العينين ، و د . عبير حسين السيد حسين : مصدر سابق ، ص ٢٨٦ وما بعدها . للمزيد ينظر د . رفعت عيد سعيد : الوجيز في الدعوى الدستورية ، مصدر سابق ، ص ٢٨٩ .

(٢) انظر: الدعوى رقم ٧٠ لسنة ١٨ ق دستورية، جلسة ٢٠٠٢/١/٤

(٣) د. هشام محمد فوزي، مصدر سابق، ص ٤٦٤. فاروق عبد البر، مصدر سابق، ص ٧٤.

وقضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة ٣٤ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ وذلك فيما نصت عليه من استمرار شركاء المستأجر الأصلي للعين التي كان يزاول فيها نشاط تجارية أو صناعية أو مهنية أو حرفية في مباشرة ذات النشاط لها بعد تخلي هذا المستأجر عنها وبسقوط فقرتها الثالثة في مجال تطبيقها بالنسبة الى هؤلاء الشركاء (١)

ثانياً: معيار عدم تجاوز الحدود المنطقية لتنظيم حق الملكية :

وقد أكدت المحكمة في حكمها أن العدوان على الملكية في أن المشرع آثر بالنص المطعون فيه أن ينقل منفعة العين المستأجرة الى ورثة المستأجر جملة ودون قيد ، أو أعتداد بما إذا كان الورثة يباشرون في هذا المكان المهنة أو الحرفة ذاتها التي قام عليها مورثهم ، أم كانوا يزاولون غيرها ، وما إذا كانوا يعتمدون عليها كلية في معاشهم بوصفها مورداً رئيسياً أو وحيداً لرزقهم، وأن النص المطعون فيه يمكن الورثة من استلاب العين المؤجرة من خلال مكثهم فيها وأستغلالها في عين نشاطها السابق أو غيره ، ثم من بعدهم الى ورثتهم ، ولا يتحولون عنها إلا بعد أنتهايمهم من المؤجر مقابله لتركها ، كما أن النص المطعون فيه أنحدر بحقوق المؤجر الى مرتبة الحقوق محدودة الأهمية وأصطفي ورثة المستأجر الأصلي بمعاملة تفضيلية تقدم المنفعة العجلوية على مخاطر المفاصد وتره عواقبها ، وتلحق بالمؤجر وحده الضرر البين الفاحش حال أن دفع المضرة أوني أتقاء السوءاتها وشررها. (٢)

أوضحت المحكمة أنه لا يجوز تقييد حق الملكية بما يجاوز الحدود المنطقية التي تعتد فيها الوظيفة الإجتماعية للملكية وأكدت أن النص يفترض لانتقال منفعة العين المؤجرة من مستأجرها الأصلي الى شركائه في النشاط ذاته أن يكون هذا المستأجر قد تركها فعلاً بعد قيام هذه الشركة ، متخلفاً عن الاستمرار فيها لصالح هؤلاء الشركاء ، وكان ينبغي بالتالي أن يكون هذا التخلي مبرراً القيام حق المؤجر في طلب إخلاءها ، إلا أن المشرع رفض ذلك وقرر نقل منفعة العين المؤجرة الى هؤلاء الشركاء أخذ بحق الملكية ، أن النص لا يحول دون أنتقال الأجرة من الشركاء الذين الت اليهم حقوق المتاجر الأصلي الى من يشركونهم معهم بعد استعمالها ، الأمر الذي من المنصور معه أطراد اتصال أجيال بالعين لا يفارقونها ، ومن ثم لا ترد لصاحبها أبداً ولو كان في أمس الحاجة اليها ، مما ينحسر بحقوق المؤجر الى مرتبة الحقوق محدودة الأهمية ، ليعلو عليها مصالح المستاجر دون مسوغ .

(١) انظر: الدعوى رقم ٤ لسنة ١٥ ق دستورية، جلسة ١٩٩٦/٧/٦، ج ١٩٩٦، ٢، ص ١٥٤. اشار اليه: د. فاروق عبد البر، مصدر سابق، ص ٧٨.

(٢) انظر: الدعوى رقم ٤٤ لسنة ١٧ ق دستورية، جلسة ١٩٩٧/٧/٢٢. اشار اليه: د. فاروق عبد البر، مصدر سابق، ص ١٨.

ثالثاً: معيار الضرورة:

ومعيار الضرورة، استخدمته المحكمة للتوصل الى ما قضت به من رفض الدعوى المرفوعة طعنا على دستورية المادة الاولى من قانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شان تاجير وبيع الاماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر ، والتي قصرت فقتها الأولى سريان أحكام الباب الأول من القانون على عواصم المحافظات والبلاد المعتبرة مدقة بالتطبيق لأحكام القانون رقم ٥٢ لسنة ٩٧٥ ...) . وذهبت المحكمة إلى إن المشرع أصدر لأجل مواجهة أزمة الأسكان الحادة عدة تشريعات إستثنائية قصر سريانها أصلا على المدن بحيث لا تنطبق على القرى إلا أستثناء وعلى ضوء الضرورة المرتبطة بأوضاعها وظروفها الخاصة ، وذلك خلافا للمدن التي أفصح الواقع العملي عن أن أزمة الأسكان واقعة في نطاقها أصلا (١)

اما القضاء الدستوري العراقي تعرض لحق السكنى بقرار المحكمة الاتحادية العليا بالطعن في المادة ١٥ من قانون ايجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل، (٢)

اذ بين المدعي بان اعطاء الشريكة بالعقار الحق بالاستمرار باشغال المشتغل وهو جزء من العقار المزال شيوعه بعد البيع، بصفة مستأجرة سيؤدي الى انقاص قيمة العقار عند البيع ، إذ لا أحد يشتري عقارا بمبالغ ضخمة وهو مشغول بمستأجر ولا يستطيع أخراجه منه لمدة ١٢ سنة حسب قانون إيجار العقار ، وبالتالي فهو لا يستطيع أن يتصرف به كما يشاء وهذا يعد إستغلالا وخسارة كبيرة له ، وعليه فإن المادة ١٥ من قانون إيجار العقار غير شرعية وتخالف المادة (٢ أولا- با وج) والمواد ١٤ و ١٦ و ١٩ من الدستور (٣)

وأنتهي المدعي إلى إن المادة المطعون بشرعيتها تحرم الشريك الذي لا يشغل العقار في أن يعامل معاملة عادلة مثل الشريك الذي يشغل العقار ويرغب بالاستمرار في أشغاله بصفة مستأجر بعد البيع ، كما يحرم الشريك الذي لا يشغل العقار من أن يعامل معاملة عادلة في الإجراءات القضائية

(١) انظر: الدعوى رقم ٢٥ لسنة ١١/ق دستورية في ١٩٩٢/٥/٢٧ ، ج٥ ، مجلد الاول، ص ٣٦٤، اشار اليه: د.محمد ماهر ابو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، مصدر سابق، ص ٧٣.

(٢) انظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا العدد ١١٢/اتحادية-اعلام/١٤ في ٢٠١٥/٤/١٢. اشار اليه: د.محمد ماهر ابو العينين، مصدر سابق، ص ١٠٨.

(٣) نصت المادة (٢ أولا : ب- لا يجوز سن قانون يتعارض مع مبادئ الديمقراطية ، ج- لا يجوز من قانون يتعرض مع الحقوق والحريات الواردة في هذا الدستور) ، نصت المادة ١٤ على أن العراقيون متاون أمام القانون دون تمييز ونصت المادة ١٦ على أن (تكافؤ الفرص حقي مكفول لجميع العراقيين ، وتكفل الدولة اتخاذ الإجراءات المناسبة لتحق ونصت المادة ١٩ - سادسا : لكل فرد الحق في أن يعامل معاملة عادلة في الإجراءات القضائية والإدارية

والإدارية ، لذا طلب الحكم بعدم شرعية المادة ١٥ من قانون إيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل وجدت المحكمة إن المدعي أقام دعواه بالذات دون التقيد بالمادة ٢٠ من النظام الداخلي للمحكمة الإتحادية العليا التي أوجبت أن تقدم الدعاوي والطلبات إلى المحكمة بواسطة محام ذي صلاحية مطلقة و أن خصومة المدعي للمدعى عليهما لا تصح ، لأن الطعن تضمن عدم شرعية المادة ١٥ من قانون إيجار العقار أي عدم دستورتيتها وإن من شروط الدعوى أن يكون المدعي عليه خصما يترتب على أقراره حكم بتقدير صدور قرار منه وأن يكون محكومة أو ملزمة بشيء على تقدير تبوت الدعوى حسب المادة من قانون المرافعات المدنية وحيث إن الطعن بعدم دستورية نص في القانون يلزم أن يخاصم به من شرع أو النص فيه وحيث إن المدعي عليهما لم يكونا كذلك فتكون الدعوى قد أقيمت خلافا للشكلية القانون النظام الداخلي للمحكمة والأحكام قانون المرافعات المدنية وبناءا عليه قرر الحكم برد المرسومة في الدعوى . ويلاحظ أن قرار المحكمة قد أستند على أسباب شكلية لرد الدعوى دون الخوض في الأسباب الموضوعية .

المبحث الثاني

رقابة القضاء الإداري والقضاء العادي على قيود الملكية الفردية

من مهام القضاء الإداري النظر في المنازعات الإدارية ، فيراقب مشروعية أعمال الإدارة في إجراءات فرض قيود على الملكية الفردية، وله أن يحكم بإلغاء قراراتها غير المشروعة ويقضي بالتعويض عن تصرفاتها الضارة المخالفة للقانون ، غير أن القاضي الإداري إذا كان ينظر في مشروعية العمل الإداري فهذا لا يعني إن له الحق كأصل عام أن يبحث في عنصر ملاءمة هذا العمل وتناسبه مع تحقيق الهدف الذي صدر من أجله ، كما ليس للقضاء الإداري أن يصدر للإدارة أوامر أو توجيهات أو يلزمها باتخاذ موقف معين حتى وإن كان هذا الموقف نتيجة منطقية لما قضى به من عدم مشروعية قرار الإدارة .

مع ملاحظة أن وجود قضاء متخصص في مجال الإدارة لا يعني سقوط حق القضاء العادي في الرقابة على تصرفات الجهاز التنفيذي في الدولة إذ يظل للقضاء العادي سلطة وأختصاص الفصل في المنازعات الخاصة بأعمال الغصب أو التعدي على الملكية الفردية وكذلك المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها ولكن ليس باعتبارها سلطة عادية ، فله أن يحكم على جهة الإدارة بالتعويض المادي لصالح أحد الأفراد إذا ما أعتدت على حق من حقوق ملكيته وكان ذلك الأعتداء يدخل في حدود اختصاص القضاء العادي وعلى هذا الأساس سابتح هذا المبحث في مطلبين، الأول رقابة القضاء الإداري على قيود الملكية الفردية اما المطلب الثاني فسوف اخلصه لدراسة رقابة القضاء العادي على قيود الملكية الفردية وهي ما يأتي:

المطلب الأول

رقابة القضاء الإداري على قيود الملكية الفردية

ان القيود التي يمارسها القضاء الإداري مع سلطة الإدارة التقديرية في المنازعات الإدارية ، التي حكمتها لم تخل من ضعف وتغرات سمح للإدارة مباشرة سلطاتها التقديرية بشكل تحكمي، فضلا عن أن كل القيود لم تعد لوحدها تتلائم مع المنازعات التي تظهر في المجالات الحديثة ، وبخاصة المجال الاقتصادي الذي يتسم بالمرونة والحرية ، الأمر الذي قد يفضي الى أتساع وكبر حجم المخاطر والتهديدات التي تحيط بحقوق الأفراد وحررياتهم وانتهج الفقهاء في سعيهم التضيق والحد من السلطة

التقديرية للإدارة من حيث الطبيعة والدرجة لسيط رقابة القضاء على قرارات الإدارة إلى أبعد الحدود الممكنة وسنبحث في هذا المطلب موضوعين وفي فرعين، في الفرع الأول رقابة القضاء الإداري في مايتعلق بنزع الملكية اما الفرع الثاني رقابة القضاء الإداري في مايتعلق بقيد التأميم والمصادرة وهي ما ياتي :

الفرع الأول

رقابة القضاء الإداري في مايتعلق بنزع الملكية

ان المجلس الدستوري الفرنسي أنشأ نظرية الغلط البين التي لم يكن الفقه الإداري ان يتوقعها وذلك عبر فرض المجلس الدستوري رقابته على عنصر الملاءمة التي كانت بمنأى عن رقابة القضاء لتتال جوهر السلطة التقديرية للإدارة بحيث اختفت فكرة وجود اعمال ادارية لاتخضع لرقابته كونها من سلطة الادارة التقديرية. (١)

كما امتدت رقابة مجلس الدولة - رقابة الغلط البين في التقدير - الى الأخطاء التي تقع في تقييم الوقائع ذاتها أو التكيف القانوني إذا لم تكن هناك نصوص قانونية أو إذا كانت هذه النصوص غير محددة أو واضحة ويصعب لأسباب فنية أعمال الرقابة العادية عليها ، كالأمر التي تحتاج الى تقييم القدرة الفنية لأحدى الشركات أو القضايا الخاصة في المجال الاقتصادي ، كالقضايا المتعلقة بين كلفة الدين والكلفة الحقيقية للخدمة المقدمة ، ومجال الفائدة الاقتصادية الكافية والمسائل المتعلقة بالجوانب العمرانية ، كمنح رخص البناء وإختيار المواقع وحمايتها لاعتبارات بيئية وحضارية وجمالية وأثرية حيث اعطى القضاء الإداري هذا المجال أهتماما خاصا وحاول من خلال رقابته للغلط البين المساهمة في حماية البيئة من التوازن بين حماية الحق في الملكية الخاصة وحماية الأمن القومي وأقامة نظام عام بيئي يستطيع الفرد التمتع فيه ببيئة طبيعية وصحية خالية من التلوث . وبذلك أستطاع القاضي الإداري من استخدام فاعلية الخطأ البين أن ينتقل لا اراديا من الرقابة الدنيا الى الرقابة الاعتيادية والتي تجعل من القضاء في أعلى سلم للإدارة في مواضيع يفترض بأن تتمتع فيها الإدارة بحرية تصرف عالية ، وبهذا الشكل قيدت سلطة الإدارة التقديرية .

(١) د.ماهر صالح الجبوري، غلط الإدارة البين في تقدير الوقائع معياره رقابة القضاء عليه، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، العدد الاول والثاني، المجلد التاسع، ١٩٩٠، ص١٨٨.

وتصدى مجلس الدولة الفرنسي في قضائه لرقابة مدى شرعية القرارات الإدارية التي تتخذها الإدارة في مجال نزع الملكية للمنفعة العامة ، وحاول فحص عيب إساءة استعمال السلطة وعيب الانحراف بها ، وقد قرر مجلس الدولة الحد من سلطة الإدارة التقديرية في هذا المجال لاسيما بعد ازدياد تدخل الدولة في المسائل العقارية والاقتصادية^(١) ؛ وذلك من أجل إحكام رقابته على قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة ومنها القضية المشهورة (Ville Noavelle - Est) ، وتتخص هذه القضية بأن الإدارة أرادت أن تنشئ مدينة سكنية على الجانب الشرقي لمدينة (ليل) في شمال فرنسا محاولة للقضاء على أزمة السكن وتوافق هذا مع إرادة إدارة التعليم الجامعي في الكليات خارج المدينة ، فحصل توافق لدمج المشروعين ، وبناء عليه يتم دمج المواطنين مع الطلبة ، أحد أهداف المشروع ، وقد تضمن المشروع هدم ما يقارب ٨٨ منزلا ، وقد طعن بقرار الإدارة أمام المحكمة الإدارية في مدينة (ليل) وقد أصدرت المحكمة قرارها بإلغاء قرار المنفعة العامة^(٢). ومن القضايا التي عرضت على مجلس الدولة الفرنسي قضية (Perez) ، وكانت القضية تتعلق بنزع ملكية حديقة مملوكة ملكية خاصة ؛ وذلك لأجل إنشاء ميدان ، وكان هذا القرار يتضمن نزع ملكية الحديقة وقد رأى المجلس أنه يمس ظروف معيشة المالك ؛ لذلك ألغى مجلس الدولة القرار ؛ لأن المصلحة التي أرادت الإدارة تحقيقها مصلحة محدودة جدا ، فالحديقة واقعة في مدينة غنية جدا بالمساحات الخضراء المحمية ، كما أن سكانها محدودين لا يتجاوز عددهم ثلاثمائة نسمة^(٣). ومن القضايا التي نظر فيها مجلس الدولة الفرنسي أيضاً قضية (جراسان) التي تتلخص بأن الإدارة أصدرت قرارا بإنشاء مطار على إقليم إحدى القرى الصغيرة التي تبعد عن مدينة بوانيه ٥٠ كم تقريبا مدعية تحقيق المنفعة العامة ، وقد رفض المجلس صفة المنفعة العامة التي تضمنها القرار لإنشاء المطار ، إذ برر موقفه بالقول : “ إن هذا المشروع لا يعني بالحالات العقلية للأوساط الاقتصادية في المنطقة المهمة بتطوير أعمال الطيران والتي هي تحت تصرفها من جهة ، ومن جهة أخرى يوجد على بعد أقل من ٥٠ كم مطار بوانيه المزود بالأعداد الضرورية والإمكانات الممنوحة لأعضاء نادي الطيران المحلي لممارسة الرياضة الحيوية في أفضل

(١) د.نبيلة عبد الحليم كامل، دور القضاء في الرقابة على شرط المنفعة العامة في حالة نزع الملكية، الاتجاه الحديث

لمجلس الدولة في مصر وفرنسا، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص١٩

(٢) رمضان صلاح امين علي نجم، دور القضاء الإداري في رقابة السلطة التقديرية للإدارة، دراسة مقارنة، اطروحة

دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ٢٠١٦، ص٥١٥.

(٣) نقلا عن: ابها عبدالله با خطاب، قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة، مصدر سابق، ص٤٥١.

الظروف ليست ذات طبيعة واحدة بمراعاة الضعف الشديد في نسبة سكان البلدة الذين يمكنهم ممارسة هذا النشاط، إضافة إلى الأرض المنزوع ملكيتها لا تتوافق مع الموارد المالية لقرية^(١)، وفي هذه القضية يمكن القول بأن الأمر يتعلق برقابة شبه ملائمة، حيث يتبنى القاضي الموقف الذي أدى إلى أن يحل تقديراته الشخصية على تقديرات الإدارة وينتهي الحكم إلى إلغاء تقرير المصلحة العامة.

أما القضاء الإداري المصري فإن موقفه من رقابة الغلط البين، إذ لا يوجد في التطبيق القضائي الإداري المصري إتجاه مستقر يمكن وصفه بالشمول الذي عليه الآن في التطبيق الإداري الفرنسي وإنما تبني هذين القضاءين تطبيقاً فريداً ومشابهاً إلى هذه الفكرة في مجال الرقابة على القرارات التأديبية^(٢)، كما مارس رقابة فعالة على القرارات التي تصدرها الإدارة والتي تمس الملكية الخاصة مسايرة بذلك نظيره الفرنسي، فقد ألغى قرارات إدارية شابها عيب الانحراف في استعمال السلطة، إذ قضت محكمة القضاء الإداري بأن امتناع قلم المرور عن تسليم رخصة السيارة لصاحبها الشرعي على الرغم من أن جميع شروطها متوافرة ومستهدفة بذلك تمكين إحدى الجهات الحكومية من الحصول على المستحقات المالية تجاه طالب الترخيص وعدت المحكمة ذلك انحرافاً في استعمال السلطة^(٣). وقد أيدت المحكمة الإدارية العليا الاتجاه الذي ذهب إليه محكمة القضاء الإداري، إذ ألغت قرار ضبط إداري أصدرته الإدارة يقضي بإغلاق أسواق خاصة في يوم الاثنين فقط من كل أسبوع، وذلك بهدف تحقيق رواج للأسواق العمومية^(٤). كما ألغت المحكمة الإدارية العليا المصرية قراراً تضمن إساءة استعمال السلطة، إذ جاء فيه أن تصرف الجامعة في جزء من الأرض التي وهبتها لها إحدى المحافظات لإقامة مباني الكليات والمعاهد والمنشآت والمرافق اللازمة للجامعة وذلك بالمخالفة لشرط الجهة الواهبة بالمنع من التصرف في الأرض الموهوبة لها، لا يجوز للجامعة بعد التصرف في الجزء من الأرض أن تعود وتمنع ملكية بعض الأفراد لاستكمال المنشآت: أساس ذلك عدم تحقق الاعتبارات

(١) د. أحمد يسري، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩١، ص ٦٤٣.

(٢) د. رمضان محمد بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية وموقف مجلس الدولة المصري منها، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٤، ص ١٣.

(٣) حكم محكمة القضاء الإداري في الجلسة ١٤/٦/٩٥٤ مجموعة السنة الثالثة، ص ١٥٢٩، أشار إليه: د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، دعوى الفاء القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، ط ١، المركز الدولي للإصدارات القانونية، ٢٠٠٨، ص ٤٠٠.

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (١٠٩) بتاريخ ١٦/٢/١٩٨٠، مجموعة نعيم، ص ٥٠٥، أشار إليه: د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مصدر سابق، ص ٤٠١.

التي من أجلها أجاز الدستور والقانون اتخاذ إجراءات نزع ملكية العقارات الخاصة بالأفراد في هذه الحالة ينطوي على إساءة استعمال السلطة وتجاوز في تطبيق أحكام الدستور والقانون ؛ لمساسها بالملكية الفردية في غير الأحوال المقررة وتشويه للغاية التي قامت عليها فكرة التضحية بالمصالح الشخصية لحساب الصالح العام ، وإذا صدر القرار المطعون فيه محتويا على هذه المثالب والعيوب فإنه يكون قرارا باطلا جديرا بالإلغاء^(١).

أما القضاء العراقي فالأمر يختلف فيه نوعا ما ، إذ إن المشرع العراقي قد استند على الدستور عندما شرع قانون الاستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ المعدل ، إذ إن هذا الدستور أكد على حرمة وصيانة الملكية الخاصة^(٢)

كما أن المشرع العراقي قد أخرج قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة من اختصاص القضاء الإداري وجعلها من اختصاص القضاء العادي ، وزاد على ذلك يجعل تحقق المنفعة العامة مسألة مفترضة في أي طلب تقدمه الإدارة لنزع الملكية الخاصة^(٣)، مما حرم الأفراد من أهم ضمانات يوفرها القضاء الإداري ضد احتمالات انحراف الإدارة بالسلطة أو تعسفها في استعمالها في غير أغراض المصلحة العامة ، وأغراض النفع العام ، فإن لم يكن هناك قضاء إداري متخصص عند صدور أول قانون لنزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة في العراق وهو القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٣٤ ، فالآن يوجد قضاء إداري متخصص يمكن أن يبسط رقابته على مدى صحة ومشروعية القرارات الإدارية المتعلقة بنزع الملكية للمنفعة العامة ومدى تحقق النفع العام فيها ، كما الحال في رقابته للقرارات الأخرى التي تقع ضمن اختصاصاته كقرارات فرض العقوبات الانضباطية على الموظفين ، لذا فقد ضعف أو غاب دور القضاء الإداري العراقي في هذا المجال ، إلا إننا يمكن أن نورد بعض قراراته المتعلقة في التملك أو الملكية الفردية إلى جانب بعض قرارات القضاء العادي وقرارات هيئة دعاوى الملكية العقارية ومن قرارات

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا، جلسة ١٨ شباط طعن رقم (٢٤٤١) لسنة، ٣ق، اثار اليه:ابها عبدالله با خطاب، مصدر سابق، ص٤١٧.

(٢) انظر : نص المادة (١٦ / ج) من دستور جمهورية العراق لعام ١٩٧٠ الملغي.

(٣) انظر : نص المادة (٧) من قانون الاستملاك رقم (١٢) لسنة ١٩٨١ المعدل النافذ .

كما أننا نلاحظ بأن الأحكام القضائية التي تصدرها المحاكم المختصة بمراقبة قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة في العراق لا تنصب على مراقبة مدى تحقيق المنفعة العامة ، بل تقتصر على مراقبة الشروط المنصوص عليها في المادتين (١٠ و ١٢) من قانون الاستملاك ، ينظر : نص المادة (١) من تعليمات تسهيل تنفيذ قانون الاستملاك رقم (١) لسنة ١٩٨١ الصادرة استنادا إلى أحكام المادة (٦٤) من قانون الاستملاك رقم (١٢) لسنة ١٩٨١ .

القضاء العراقي بهذا الشأن قرار محكمة التمييز والذي جاء فيه (... ولما كانت المساحة المطلوب استملاكها مستوفية للغرض من الاستملاك وهو تنفيذ الشارع فإن حق المستملك على أخذ هذه المساحة عينة وبدون بدل لا يتعدى هذا الحق إلى المساحة المكتملة للربع والمطالبة بقيمتها ، أما المادة الحادية عشر فقد جاءت بحكم مستقل يقتصر سريان حكمها على العقارات المشمولة بفقراتها (أ، ب ، ج) والتي تزداد قيمتها بسبب الاستملاك وبموجبها تستوفي أمانة العاصمة أو البلدية من صاحب العقار مبلغة معينة فقط وهو ربع الفرق بين قيمتي العقار المقدره قبل الاستملاك وبعده مقابل زيادة قيمته)^(١) .

وقد كان سبب الطعن بقرار الإدارة أن الإدارة تستطيع أن تنتزع ربع مساحة العقار ، إلا أنها قد أرادت (استملاك) نزع مساحة تقل عن ربع مساحة العقار الكلية وتطالب المالك بدفع الفرق المكمل الربع المجاني ، إلا أن المحكمة (محكمة البداية) قد قدرت المساحة المراد نزع ملكيتها (استملاكها) بشكل مغاير فيه وبشكل منفصل ، بينما كان الأصل هو احتساب القيمة الحقيقية للجزء المستملك على ضوء المساحة الكلية للأرض قبل النزع ، كما قد أكدت محكمة التمييز على وجوب تعويض أصحاب العقارات والأموال التي تنتزع منهم ، وأن يكون التعويض مقدرة في الوقت الذي يتم نزع ملكية العقاريكون من قبل لجنة من الخبراء)^(٢) كما يجب أن يكون مقدرة على أساس المتر المربع الواحد ولايجوز تقديره جملة واحدة^(٣) .

أما إذا تكون العقار من طوابق عديدة وكان كل طابق منه مبني بمواد تختلف عن الطابق الآخر ، فهنا يجب تقدير قيمة المتر المربع عن كل طابق بشكل مستقل عن الآخر^(٤) .

(١) حكم محكمة التمييز ، رقم (١٠ / هيئة عامة / ١٩٧٢) ، مجلة القانون المقارن ، ع (٤-٥) ، السنة الخامسة ١٩٧٢ ، ص ٣٧٣ .

(٢) حكم محكمة التمييز ، المرقم (٢٢٤١ / حقوقية ٩٦٤) والصادر في ١٢/٢٩/١٩٦٤ ، منشور في قضاء محكمة التمييز ، مج (٢) ، مطبعة الإدارة المحلية ، بغداد ، ١٩٦٨ ، ص ٣٣٩ .

(٣) حكم محكمة التمييز ، المرقم (١٥١٠ / المدينة ثانياة عقار / ١٩٧١) ، والصادر في ١٠/٢٦/١٩٧١ ، منشور في النشرة القضائية ، م (٢) ، ع (٤) ، ١٩٧٣ ، ص ٢٢٢ .

(٤) حكم محكمة التمييز ، المرقم (٣٢٠ / مدينة ثانياة عقار / ١٩٧٢) ، والصادر في ٥ / ١٠ / ١٩٧٢ ، منشور في النشرة القضائية ، س (٣) ، ع (٢) ، ١٩٧٤ ، ص ٢٤٩ ..

و يمكننا أن نورد بعض القرارات التي أصدرتها محكمة القضاء الإداري المتعلقة بالملكية الفردية فقد ألغت المحكمة قرارة صادرة عن وزارة الإسكان والإعمار الذي تضمن عدم تسجيل العقار باسم المدعية وتمليكها إياه ، وقررت إلزام المدعى عليه (وزير الإسكان والإعمار) إضافة لوظيفته بتمليك المدعية للعقار وتسجيله باسمها وفقا للشروط القانونية (١).

وفي قرار ثان أصدرته ذات المحكمة تضمن إلغاء القرار الإداري الذي أصدرته مديرية التسجيل العقاري العامة والتي رفضت فيه تسجيل عقار كان قد اشتراه المدعيان باسمهما ، وألزمت وزير العدل إضافة لوظيفته بتسجيل العقار في سجلات التسجيل العقاري باسم المدعيان (٢).

لقد كرس القضاء الإداري العديد من المبادئ القضائية التي يجب على الإدارة الالتزام بها في حال نزع الملكية للمنفعة العامة ومنها ، يجب على الإدارة اتباع الأصول والإجراءات القانونية وإلا عد قرارها معيبا وعرضة للإلغاء ، لذا يجب أن تكون المصلحة التي تتحقق من نزع الملكية مصلحة عامة وغير محددة ، و يمكن للإدارة أن تتجاوز بعض الأشكال غير الجوهرية عند إصدارها للقرارات الإدارية المتعلقة بنزع الملكية للمنفعة العامة كما يجب أن يحصل صاحب الملكية الخاصة على تعويض مجز عندما تنزع ملكيته الخاصة و أن يصدر القرار الإداري من السلطة المختصة بإصداره .

الفرع الثاني

رقابة القضاء الإداري في ما يتعلق بقيد التأميم والمصادرة

ان التأميم والمصادرة كما اتضح لنا تمثل مساسا بالملكية الفردية واعتداء عليها وعليه لا بد من وجود ضمانات كفيلة بضمان عدم انحراف السلطات العامة والادارة ، هنا يأتي دور القضاء الإداري في حماية الملكية الفردية، لذا سنسلط الضوء على هذه الرقابة في نقطتين وكما يأتي:

أولاً: رقابة القضاء الإداري في ما يتعلق بقيد التأميم :

يمس التأميم حق الملكية الخاصة في جوهرها وقد يشمل العقارات والمنقولات وقد ينال الحقوق المعنوية والمادية ، لذا على القضاء الا يتغافل عن مراقبة التأميم وما يتعلق به من إجراءات تمس الملكية

(١) قرار محكمة القضاء الإداري المرقم (٢٠٠٤/٦١) والصادر في ٢٠٠٤/٦/١ ، أورده : كاوه ياسين سليم ، دور القضاء الإداري في حماية الحقوق والحريات العامة ، دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ٢٠١ ، ص ٣٥ .

(٢) قرار محكمة القضاء الإداري المرقم (٢٠٠٤/١١/) والصادر في ٢٠٠٤/٣/٣١ .

الفردية . ، لذا قد يثار تساؤل في هذا الصدد وهو تساؤل وجيه ، إن كان التأميم لا يمكن أن يكون إلا بقانون تسنه السلطة التشريعية وهو في ذات الوقت يمثل قيودا كبيرا وخطيرا على الملكية الفردية ، فما هو الدور الذي يمكن للقضاء الإداري أن يؤديه لحماية الملكية الفردية في هذا المجال ؟ وللإجابة عن هذا التساؤل يمكن القول بأن الإدارة لا بد أن تصدر قرارات إدارية لتضع قانون التأميم موضع التنفيذ وتسهل تنفيذه ، هذا من جهة ، وللقضاء الإداري أن يراقب مدى مشروعية تلك القرارات ومطابقتها للقانون وعدم انحراف الإدارة في استعمال سلطتها من جهة أخرى^(١) ، فالقضاء الإداري كان ولا يزال هو الحصن الحصين في توفير أقصى الضمانات لحق الملكية الفردية^(٢).

أحاط مجلس الدولة الفرنسي الملكية الخاصة بسياج منيع من الحماية ، فقد أجاز له المشرع بسط رقابته على قرارات الإدارة التي تصدر بصورة مخالفة للضوابط والشروط التي أقرتها قوانين التأميم ، كأن ترفض الإدارة إعادة الملكية الخاصة لأصحاب المشاريع التي طبق عليها التأميم بطريقة خاطئة ، أو أن تمد أثر التأميم وتوسع نطاقه ليمس مشاريع لم يقصد المشرع تأميمها ، فقد قضى المجلس بقبول الطعن بالقرارات الإدارية التي تصدرها اللجان الإدارية التي تختص بتحديد نطاق الأموال التي تخضع للتأميم والتي أصدرت برفض إعادة الممتلكات والأموال التي يشملها التأميم ولم تخضع له ، إلى مالكيها السابقين وبما يخالف قانون التأميم^(٣).

وقد قضى المجلس بقبول الطعن بالقرار الذي أصدرته الإدارة بإدخال بعض مشاريع الكهرباء مع المشاريع المؤممة ، وقد أصدرته الإدارة مخالفة لقانون تأميم منشأة نقل الغاز والكهرباء الخاصة وتوزيعها ، لذا فقد قضى بإلغاء تلك القرارات.

أما القضاء المصري فقد ألغت محكمة القضاء الإداري المصرية أحد قرارات لجان التقييم " قيما تضمن من إدخال الأرض الزراعية في هذا القرار من نطاق تقييم منشأة السيد ... وقد أقامت المحكمة

(١) وقد قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية في أحد أحكامها بأنه « ... وحيث إن البين من القواعد التي تضمنتها المادة (٣٥) من دستور (عام ١٩٧١) إن التأميم لا يتم إلا بقانون و مقابل تعويض و بشرط أن يتغيا تحقيق الصالح العام ... ومن ثم كان التأميم عملا تشريعية لا إدارية ، متخذا شكل قانون وليس صادرة في حدوده ... حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (١٠) لسنة ١٧ ق والصادر بتاريخ ١/٣/١٩٩٧ ، تقلا عيد الحبيب السنتريسي ، مصدر سابق ، ص ١٢٠

(٢) د . فوزي حسين سلمان ، حق الملكية إزاء اتجاهات الدولة في التأميم والتخصيصية ، مصدر ، ص ١٦٤ .

(٣) ممدوح صديق السيد درويش، دور القضاء الإداري في حماية الملكية الفردية، دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ١٩٩٦ ، ص ٨٥٨.

قضاءها على أن مقطع النزاع ينحصر في تفسير المقصود بمنشأة العطور وما إذا كانت الأرض الزراعية المزروعة بنباتات عطرية تدخل ضمن هذه المنشأة فيكون قرار لجنة التقييم صادر في حدود اختصاصها أم أن هذه الأرض لا تدخل في هذا النطاق ومن ثم يكون قرار اللجنة منوى المخالفة أحكام قانون التأميم ، وقد خلص الحكم إلى أن العنصر الأساسي لتلك المنشأة القائم على تصنيع العطور دون الأرض الزراعية محل المنازعة ؛ لأنها وإن كانت تمتد المصنع بنبات العطر الذي يقوم على تصنيعه إلا أنها ليست عنصراً أساسياً من عناصر المنشأة ، إذ ليس من المستحيل أن يعمل المصنع بدونها ، كما أن العرف التشريعي جرى على أن الأرض الزراعية لا يرد عليها تأميم كقاعدة عامة ، وإنما يرد عليها تحديد الملكية لقوانين الإصلاح الزراعي ، وبذلك يكون قرار لجنة التقييم قد أدخل الأرض الزراعية محل المنازعة ضمن نطاق منشأة مورث المدعيين المؤممة يكون قد وقع منعماً ، ولا يمكن أن يحسن ضد الإلغاء مهما طاللت المدة الزمنية عليه “ (١) . وقد أيدت المحكمة الإدارية العليا حكم محكمة القضاء الإداري الذي سبق ذكره إذ قالت : “ ... ولا تعد مهمة لجان التقييم سوى تحديد أسعار أسهم بعض الشركات التي تتخذ شكل الشركات المساهمة وتقييم رؤوس أموال المنشآت التي لم تتخذ هذا الشكل التقييم أموالها وخصومها توصة التحديد قيمة التعويض الذي قد يستحق قانوناً لأصحابها مقابل تأميمها فإذا تجاوز عمل هذه اللجان هذا النطاق بأن تناول ما لا يدخل في نطاق التأميم أو استبعد ما يدخل في هذا النطاق وقع قرارها الأثر ... “ (٢) . ومن الأحكام التي أصدرها القضاء الإداري بهذا الخصوص أيضاً ما جاء فيه : “ ... عدم جواز ما لم يقصد المشرف تأميمه واستبعاد عناصره من الأموال المؤممة ... قراراتها بهذا الخصوص الأحجية لها ... “ (٣) .

أما في التشريع العراقي حري بنا الإشارة إلى أن القضاء الإداري العراقي لم يصدر أي حكم قضائي متعلق بمنازعات التأميم أو القرارات الإدارية التي تصدرها الإدارة وتكون ذات علاقة مباشرة به ، ويعود ذلك لأسباب منها أن العراق لم يجر أي تأميم بعد عام ١٩٧٢ وهو العام الذي أجرت فيه الدولة

(١) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ٦/٧/١٩٨٣، ق٤٩٤، أشار إليه: د. عبيد سعيد دسوقي، مصدر سابق، ص٥٩٧.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٢/١/١٩٨٥، ق٢٥٥٦، السنة ٣٠، بند ٦٦، ص٣٨٤، أشار إليه: د. السيد عبيد الحميد احمد، مصدر سابق، ص٤١٣.

(٣) قرار المحكمة الإدارية العليا بالطعن رقم ٦٤١ لسنة ٤٨ ق الصادر في ١/٣/١٩٧٩. أشار إليه: د. مجدي متولي، مبادئ القضاء المصري، القضاء الدستوري، القضاء الإداري، القضاء العادي، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٩٦، ص١١٧٦.

عمليات تأمين خاصة بالشركات النفطية ، لذا فإن اختصاص القضاء الإداري وولايته لا يمكن أن تتسحب وبأثر رجعي إلى المنازعات التي تكون قد أثرت في تلك حقبة الزمنية..

ثانيا: رقابة القضاء الإداري في مايتعلق بالمصادرة :

أرسى القضاء الإداري مبادئ كثيرة في مجال المصادرة حيث تخضع المصادرة الإدارية في فرنسا إلى رقابة مجلس الدولة الفرنسي ، فالقرارات التي تصدر عن اللجان الإقليمية للمصادرة يطعن بها أمام المجلس الأعلى للأرباح غير المشروعة ، وهذه الأخيرة طعن بقرارها أمام مجلس الدولة الفرنسي ، فقد مارس مجلس الدولة دورا فعالا في بسط رقابته على القرارات الخاصة بالمصادرة ، وحاول أن يكفل ضمانات مهمة للخاضعين لقرارات المصادرة ، وضمن هو تطبيق القانون عليهم طبقا سليما ، وقد قرر المجلس في أحد قراراته بأنه “ ... من حق أصحاب الشأن الاطلاع على الملف قبل صدور قرار المجلس الأعلى للأرباح غير المشروعة بشأن المصادرة ، ولا يحق لهذا المجلس رفض اطلاع ذوي الشأن عليه متى طلب منه ذلك ، ولما كان الثابت ان الطاعن لم يطلب الاطلاع على الملف أمام المجلس الأعلى للأرباح غير المشروعة فإن الحكم على قراره بالبطلان لعدم مشروعية الإجراءات يكون في غير محله واجب الرفض “ (١).

وقد ظهرت المصادرة الإدارية في القانون الفرنسي استثناء من القاعدة العامة التي تقضي بوجود أن تكون المصادرة بحكم قضائي ، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة الرابعة من القانون رقم (٣/٥/١٨٤٤) والتي تنص على حظر بيع أو عرض أو شراء أو نقل أو قنص الحيوانات أو الطيور في الأوقات المحظورة والا تمت مصادرتها ، وكذلك النص على مصادرة الأسلحة المستعملة في الصيد بدون الحصول على التراخيص اللازمة من إدارة الغابات ، وكذلك اختصاص البلدية وسلطاتها في إمكانية مصادرة الأطعمة الفاسدة التي يتم عرضها للبيع في الطرقات العامة.

وأكد المجلس على ضرورة الالتزام باطلاع صاحب الملكية على ملف القضية وأهميته . كما قد ألغى مجلس الدولة الفرنسي قراره أصدره مجلس الأرباح غير المشروعة ؛ وذلك لأن المجلس لم يتعرض صراحة على اعتراض الشخص المصادرة أملاكه في عدم صحة الحسابات التي أجريت على أجزاء الأرباح غير المشروعة التي حقها ، وقد عد المجلس هذه الحالة تتعلق المالك . ونرى بأن مجلس

(١) Jolloz ١٩٤٦ MM . Rouchon - Mayeral - precite . CE٢٦

اشار اليه:ممدوح صديق السيد درويش، مصدر سابق، ص ٥٨٣.

الدولة الفرنسي بإلغائه لهذا القرار يكون قد وفر ضماناً مهمة جداً للأفراد فضلاً عن ذلك فقد ألزم المجلس الأعلى للأرباح غير المشروعة أن يفصل في الدفوع الجوهرية التي يقدمها الخصوم في الدعوى ، وتطبيقاً لذلك فقد ألغى مجلس الدولة الفرنسي أحد القرارات التي أصدرها المجلس الأعلى للأرباح غير المشروعة بقوله : “ إن المجلس الأعلى للأرباح غير المشروعة قد أغفل ما ساقه الطاعن من أدلة على أن الجزء من أرباحه الذي عد غير مشروع قد تم حساب عناصره بطريقة خاطئة ، ومن شأن ذلك فيما لو صح أن يعدل في المبلغ المصادر ، وهو بذلك يكون قد أغفل الفصل في دفاع جوهرى ، الأمر الذي يتعين معه إلغاء القرار ” (١)

أما القضاء الإداري المصري فقد أعطى موضوع المصادرة اهتماماً بالغاً ، بحيث أنه أكد على أن يكون القرار الإداري الذي يتضمن المصادرة سليماً بجميع أركانه ، إذ أكدت محكمة القضاء الإداري بأن المحكمة الجنائية ليست لها ولاية أو اختصاص في إصدار قرار أو حكم المصادرة في الحالات التي لا يوجد فيها إذن مسبق من وزير المالية في إقامة الدعوى الجنائية ، إذ إن المشرع قد عقد الاختصاص للسلطة الإدارية المتمثلة بوزير المالية أو من يخوله ، قضت المحكمة “ ... إن المشرع قد منع النيابة العامة من رفع الدعوى العمومية أو اتخاذ أي إجراء بالنسبة لجرائم التهريب إلا بعد الحصول على إذن من وزير المالية والاقتصاد ، فإذا لم يصدر هذا الأذن امتنع على النيابة العامة اتخاذ إجراء بالنسبة إلى هذه الجرائم أو رفع الدعوى العمومية عنها ، وقد أجاز المشرع في هذه الحالة لوزير المالية والاقتصاد أو لمن ينيبه أن يصدر قراراً بالمصادرة ، وهذا القرار الإداري يصدره الوزير استناداً إلى سلطته العامة وليس للنيابة العامة أو المحكمة الجنائية أية ولاية بالنسبة إلى هذا القرار ، ومن ثم يكون قرار مدير عام الإدارة العامة للنقد بوصفه تائبة عن الوزير بمصادرة المبلغ موضوع الدعوى قراراً إدارية اكتملت له كل مقومات القرار الإداري ، ولقد حرص المشرع على وصف المصادرة في هذه الحالة بأنها مصادرة إدارية وليست قضائية ” (٢)

وقد حرص القضاء الإداري المصري في أحكامه على مراقبة ركن السبب في قرارات المصادرة ، وكذلك التسبب ، إذ إنه وسيلة فعالة تمكن القضاء والأفراد من مراقبة أعمال الإدارة وقبلها ، وقد جاء في حكم المحكمة القضاء الإداري “ وإن كانت الإدارة غير ملزمة ببيان أسباب قرارها إلا حيث يوجب القانون

. أشار إليه : ممدوح صديق السيد درويش ٣١. p. C.E.٥ juillet ١٩٤٦. Demoisile . Rec Dalloy . Op.cit (١)

، مصدر سابق ، ص ٥٨٤ .

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم (٤٩٠) السنة (١٧ ق) ، بتاريخ ٢٠/٤/١٩٦٥ .

ذلك عليها ، إلا أنها إذا ما تكررت أسبابا ولو في غير الحالات التي القانون ذكر أسبابها فيها تكون خاضعة لرقابة محكمة القضاء الإداري^(١). وقد تصدت المحكمة الإدارية العليا المصرية لقرارات الإدارة التي كان فيها حيف وجور وتعدي على الأملاك الخاصة للأفراد ، إذ ألغت المحكمة القرار الإداري السلبي المتضمن مصادرة الأموال الخاصة وعدم ردها إلى مالكيها ودون سند أو سبب قانوني صحيح ، إذ جاء فيه “ ... إن حبس الإدارة للأموال والممتلكات المتبقية واستمرار التحفظ عليها وحرمان أصحاب الحق فيها من الانتفاع بها أو التصرف فيها دون سبب مشروع أو مبرر سائغ أن جهة الإدارة قد أضمرت مصادرة الأموال مصادرة عامة وفي هذه الحالة تكون قد خالفت أحكام الدساتير المتعاقبة والمبادئ الدستورية العامة التي حظرت المصادرة العامة مطلقة ، ولم تجز المصادرة إلا بحكم قضائي ... ويكون امتناع جهة الإدارة عن رد تلك الأموال والممتلكات إلى أصحاب الحق فيها واستمرار حبسها عنهم منذ ذلك الحين يشكل ولا ريب قرارا إدارية سلبية بالامتناع ، يدخل في عداد القرارات الإدارية التي أشارت إليها الفقرة الأخيرة من المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة الصادر بقانون رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ ... ، وهذا القرار لكل ما اعتراه من عيوب سبق ذكرها ، معيب بعبء عدم المشروعية الجسيم الذي ينحدر به إلى درجة الانعدام “^(٢).

أما القضاء الإداري العراقي فقد كان حاميا لحقوق الأفراد وحياتهم ومصالحهم على اختلافها وانواعها ، وقد أصدر العديد من القرارات والأحكام الإدارية التي إن دلت على شيء إنما تدل على الجهود الكبيرة المبذولة من قبله ، وسهره الدائم لتوفير أوسع الضمانات وأهمها ، ويدل على ان الأحكام التي أصدرتها كل من محكمة القضاء الإداري ومحكمة قضاء الموظفين ، إلا أننا نأمل من القضاء الإداري العراقي أن يكون أكثر قداما واندفاعا في مجال حماية الملكية الملكية الفردية، وندعو المشرع العراقي أيضا إلى إطلاق يد القضاء الإداري ومنحه صلاحيات أكثر تضاهي صلاحيات القضاء الإداري في الدول المقارنة كفرنسا ومصر ، ولاسيما في مجال المصادرة، إذ إن الملكية الفردية في العراق تعرضت إلى مساس كبير خلال الفترات الزمنية في ظل الحكومات السابقة ؛ وذلك لمعالجة في الأخطاء التي

(١) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بتاريخ ١٥/٥/١٩٤٨ ، مجموعة أحكام القضاء الإداري، ج٢، ص١٨٦. إشاراليه: أشار إليه : د . محمد مرغني خيري ، القضاء الإداري مجلس الدولة ، قضاء الإلغاء ، ج ١ ، مكتبة عبد السلام ، القاهرة ، ١٩٩٣ ، ص ٢٩٩ .

(٢) (٢) حكم المحكمة الإدارية في الطعن رقم (٥ ، ٩) لسنة (٢٥ ق) ، بتاريخ ٢٥ / ٥ / ١٩٨٥ مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا ، بند (١٧٢) ، ص ١١٢ أشار إليه : ممدوح صديق السيد درويش ، مصدر سابق ، ص ١٢٧ - ١٢٨ .

وقعت بها وممارستها الحكومات المتعاقبة وما أسفرت عنه من ممارسات عنصرية وانتهاكات ، وقد أثرت بشكل سلبي على الملكية الخاصة وحياة المواطنين ، والتي يجب أن تبقى ماثلة للعيان كي لا تقع فيها الحكومات الحالية واللاحقة ، ومن قرارات محكمة القضاء الإداري القرار الذي أصدرته المحكمة بالطعن الذي قدمه المدعي (ه . ع) بالدعوى رقم ١٢ قضاء إداري / ٢٠٠٦ ، والذي ادعى فيه بأن وزارة المالية قد أصدرت قرارا اداريا ضده برقم (٨٠١ // ٢٠٠٦) بتاريخ ١٠/٣/٢٠٠٦ ، وقد تضمن هذا القرار مصادرة أمواله المنقولة وغير المنقولة بناء على كتاب صادر عن أمين عام مجلس الوزراء ذي الرقم (ق / ٢٦٥٠ / ٦٠ / ق) بتاريخ ٢١/٢/٢٠٠٦ ، وبعد أن حددت المحكمة موعدا للمرافعة ودعت الطرفين لحضورها والاستماع الدعوى المدعي ودفوع المدعى عليه ، أصدرت المحكمة قرارها المرقم (١١٢/٢٠٠٦) في ١١/١٠/٢٠٠٦ ، وقد قررت رد دعوى المدعي شكلا لإقامتها خارج المدة القانونية المحددة (١)

وكذلك أصدرت محكمة القضاء الإداري حكما قضائيا ألغت فيه قرارا اداريا تضمن امتناعها عن رد قطعة الأرض المملوكة للطاعن مع المنحة المالية ، إذ كان القرار معيباً ومضمناً مصادرة مبطنة للملكية الخاصة ، إذ جاء فيه “ ... ويكون القرار المطعون فيه والمتضمن الامتناع عن إعادة قطعة الأرض والمنحة المالية إلى المدعي مخالفة القانون ومشوبة بعيب التعسف في استعمال السلطة بمقتضى المادة ٧ / ثانيا / ٢ ، من قانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل ، عليه قرر إلغاء قرار المدعى عليه إضافة لوظيفته وإلزامه بتخصيص قطعة الأرض السابقة إلى شخص آخر وتسجيلها باسمه في دائرة التسجيل العقاري ، وكذلك إعادة المنحة المالية له “ (٢)

ومن الأحكام القضائية التي أصدرتها محكمة القضاء الإداري والمتعلقة بالمصادرة أيضا حكمها الصادر في ١٣/٤/٢٠٠٥ ، والذي تضمن فيه ” رد الدعوى التي أقامتها المدعية والتي طالبت فيها برد

(١) قرار محكمة القضاء الإداري المرقم (١١٢/٢٠٠٦) بتاريخ ١١/١٠/٢٠٠٦ أشار إليه : القاضي جعفر كاظم

المالكي ، المرجع في قضاء المحكمة الاتحادية العليا ، ط ١ ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، ٢٠١١ ، ص ١٨٩ .

(٢) حكم المحكمة الصادر في ٢٣/١١/١٩٩١ ، ع ٧ ، قضاء إداري ، ١٩٩١ ، غير منشور . أشارت إليه : ساكار حسين كاكه مه ، مسؤولية الموظف العام الممتنع عن تنفيذ الأحكام القضائية ، دراسة تحليلية مقارنة ، ط ١ ، المركز العربي للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ٢٠١٨ ، ص ١٤٨ .

المصوغات الذهبية التي تملكها والتي تمت مصادرتها بالاستناد إلى قرار صادر عن مجلس قيادة الثورة (المنحل " (١)

المطلب الثاني

رقابة القضاء العادي على قيود الملكية الفردية

حرصت التشريعات المقارنة على توفير العديد من الضمانات التي تكفل حق الملكية الفردية في مواجهة تعسف الإدارة من إجراءات نزع الملكية للمصلحة العامة، ومن أهم هذه الضمانات اعطاء دور مهم لجهة القضاء في إجراءات نزع الملكية الفردية وسلطة الفصل في المنازعات المتعلقة بهذه الإجراءات.

لذلك سوف نقسم هذا المطلب الى فرعين، في الفرع الأول رقابة القضاء العادي على نزع الملكية في التشريعات المقارنة وفي الفرع الثاني اختصاص القضاء العراقي في رقابته على نزع الملكية وكما يأتي:

الفرع الأول

رقابة القضاء العادي على إجراءات نزع الملكية في التشريعات المقارنة

يعهد القانون الفرنسي الى القضاء العادي بتحديد التعويض في حالة تعذر الاتفاق بين الجهة نازعة الملكية والمالك ويختص قاضي نزع الملكية بهذه المهمة، اضافة الى اختصاصه في نقل الملكية، تخضع إجراءات نزع الملكية في فرنسا خلال المرحلة القضائية لتدخل القضاء العادي المتمثل في (قاضي نزع الملكية) ، ويعتبر تنظيمه أحد الابتكارات المهمة للأمر الصادر في ٢٣ / أكتوبر / ١٩٠٨ م ، حيث تكفل هذا الأمر بتحديد دور قاضي نزع الملكية ، والذي اختص باصدار أمر نزع الملكية وبتحديد التعويض عن نزع الملكية لأصحاب العقارات المنزوعة ملكيتهم^(٢). لذلك أن نتناول اختصاص قاضي نزع الملكية في إصدار أمر نزع الملكية ، وتحديد التعويض ، وذلك على النحو الآتي :

اولاً: إصدار أمر نزع الملكية :

(١) حكم محكمة القضاء الإداري رقم (٨٥/٢٠٠٠) الصادر بتاريخ ١٣/٤/٢٠٠٥ ، غير منشور أشار إليه : د . نجيب

خلف أحمد ، ود . محمد علي جواد كاظم ، مصدر سابق ، ص ٢٢٨

(٢) R.Chapus، Droit administration general، op.cit، p١٩

أوجب القانون الفرنسي تدخل السلطة القضائية لنقل ملكية العقارات المنزوعة للمنفعة العامة ، سواء أكان بالاتفاق الودي بين الجهة نازعة الملكية والمالك ، أو يأمر بصدر من القاضي المختص ، ففي الحالة الأولى يقتصر دور القاضي على مجرد إثبات هذا الاتفاق دون أن يكون مختصا بفحص الإجراءات المتخذة ، أما إذا تعذر الاتفاق بين الجهة نازعة الملكية وذوي الشأن على نقل الملكية فإنه يتم " اللجوء لقاضي نزع الملكية ليأمر بدوره بنقل الملكية وتحديد التعويضات المقررة ^(١) . حيث أكد المشرع الفرنسي على أنه : " إذا لم يقع اتفاق ودي يصدر الأمر بنقل ملكية العقارات أو الحقوق العينية العقارية بناء على وثائق تؤكد استكمال الشروط الواردة في الفصل الأول وخلال ثمانية أيام العملية إعداد هذه الوثائق بأمر من القاضي الذي سيتم تحديده في المادة ١٢ لاحقا ، فيصرح هذا القرار بالحيازة إلى نازع الملكية شريطة أن يراعي الأحكام الواردة في الباب الثالث والمادة ٣٢ من هذا الأمر " ^(٢) . ويتحدد اختصاص قاضي نزع الملكية في أنه من ناحية لا يجوز له أن يتعرض لمشروعية القرارات الإدارية السابقة ، والتي تدخل في المرحلة الإدارية لنزع الملكية ، لأن ذلك من اختصاص القضاء الإداري ، فإذا لم يتم إلغاء أي قرار إداري من قبل القضاء الإداري ، أو لم يتم سحبه من الجهة الإدارية ، أصبح كأن لم يكن ، فإن القرار يتمتع بقرينة المشروعية ، فلا يجوز لقاضي نزع الملكية أن يتعرض له ، سواء أكان قرار تقرير المنفعة العامة أو أي قرارة آخر ، وبمعنى آخر لا يجوز لقاضي نزع الملكية أن يتعرض لملاءمة نزع الملكية . ويقتصر دور قاضي نزع الملكية في هذه الحالة في التأكد من استيفاء الإجراءات السابقة على المرحلة القضائية ، أي التأكد من وجود القرار المقرر للمنفعة العامة والتحقق السابق القرار الحصر ، وجميع الإجراءات اللازمة في المرحلة الإدارية ^(٣) . ويصدر أمر نزع الملكية من قاضي نزع الملكية في جلسة علنية وبدون تدخل من النيابة العامة أو من الأطراف ، ويتعين على القاضي أن يشير صراحة في أمر نزع الملكية إلى أن الإجراءات الضرورية ، قد روعيت ، وأن يوضح في الأمر أنه قد تم إرفاق كل المستندات والوثائق اللازمة بالملف ، وأن يشير في الأمر إلى رأي مندوب التحقيق و تاريخ

(١) د. محمد عبد اللطيف، مصدر سابق، ص ١٠٧

(٢) انظر: المادة ٦ من المرسوم رقم ٥٨-٩٩٨ الصادر في ٢٣ تشرين ١٩٥٨ بشأن اصلاح القواعد الخاصة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة..

(٣) د. سعد محمد خليل، مصدر سابق، ص ١٥٦.

المحضر الذي أقفل به التحقيق الجزئي ، ويتعين أن يشير كذلك إلى كل عقار أو جزء من عقار يكون مطلوب نزع ملكيته ، وأن يحدد الأشخاص المنزوعة ملكيتهم^(١).

وترتب على أمر نزع الملكية آثار عدة من أهمها^(٢) ، نقل ملكية العقار المنزوع ملكيته إلى نازع الملكية أي إلى الجهة الإدارية وتصبح هي المالك الجديد للعقار و يحتفظ المالك بحق الانتفاع بعقاره في حالة عدم دفع التعويض أو لم يتم ايداعه و حق المالك المنزوعة ملكيته في التعويض من تاريخ نقل الملكية ، بعد دفع مبلغ التعويض يصرح للإدارة بتسلم العقار و تطهير العقار من كافة الحقوق العينية ، الاستعمال والانتفاع والسكنى والحكر والارتفاق وذلك بعد دفع التعويض .

ثانيا - تحديد التعويض

يرجع الاختصاص القضائي في موضوع نزع الملكية ونقلها والتعويض عنها في فرنسا إلى قانون ٨ مارس ١٨١٠ م ، حيث منح المشرع للقاضي الحق في تحديد مبلغ التعويض للعقارات المتنوعة ملكيتها ، ووفي ٧/٧/ ١٨٣٣ م صدر القانون الذي تم بموجبه نقل الاختصاص إلى نظام المحلفين ، غير أن هذا النظام عدل سنة ١٩٣٠ م بلجنة فض المنازعات في موضوع نزعر الملكية والتي أصبحت مختصة بتقدير التعويض^(٣) وأخيرا صدر الأمر في ٢٣ / ١٠ / ١٩٥٨ م الخاص بتعديل بعض القواعد المتعلقة بنزع الملكية للمنفعة العامة ، والذي أعاد الاختصاص فيه مرة أخرى إلى القضاء العادي في حالة أنه عدم الاتفاق بين النازع والمنزوع ملكيته ، حيث نصت المادة ١٢ من هذا القانون على انها حالة عدم الاتفاق الودي تحدد هذه التعويضات في كل مقاطعة من قبل قاضي محكمة معينة موجودة في المقاطعة أو قاضي محكمة في أهم منطقة إدارية ، وفي هذا الشأن يقوم الرئيس الأول للقضاة بمحكمة الاستئناف بتعيين القضاة أو المأمورين القضائيين اللازمين لتنفيذ تلك المهمة ، ويسري هذا التعيين لمدة خمس سنوات^(٤).

(١) عزت صديق طنبيوس، مصدر سابق، ص ٢٤٦.

(٢) للمزيد في هذا الموضوع ينظر: د. عزت صديق طنبيوس، مصدر سابق، ٢٥٥، د. محمد عبد اللطيف، مصدر سابق، ص ١١٤.

(٣) د. بسعد محمد خليل، مصدر سابق، ص ٢٢٨.

(٤) المادة ١٢ من الامر رقم ٩٩٧-٥٨ الصادر في ٢٣ تشرين ١٩٥٨ بشأن اصلاح القواعد الخاصة بنزع الملكية للمنفعة العامة في فرنسا.

والقاضي المختص بتقدير التعويض هو وحده قاضي نزع الملكية الذي يقع العقار في دائرة اختصاصه حتى لو صدر أمر نزع الملكية من قاضي آخر ، حيث تقوم الإدارة أو صاحب الشأن بحسب الأحوال بإرسال كتاب موصي عليه بعلم الوصول إلى سكرتير قاضي نزع الملكية في المحافظة التي يوجد فيها العقار ومحل النزاع ، ويرفق الطالب بخطابه صورتين من مذكرته^(١). وعلى قاضي نزع الملكية الذي تم اختياره أن يحدد التعويض بطريقة واضحة ، على أن تغطي تلك التعويضات كامل الضرر المباشر والمادي الناجم عن نزع الملكية ، وعلى أن لا يشمل التعويض عن نزع الملكية أي تعويض آخر يستحق لذوي الشأن^(٢).

والقاضي يختص علاوة على تحديد التعويض الرئيسي ، بتحديد التعويض عن التبعية، أو في حالة التعويض العيني يتولى القاضي إثبات هذا الاتفاق ، كما أن له الحق في النظر في إعادة التقدير السابق في حالة عدم الإيداع والنظر في حالات الاستيلاء الجزئي والكامل^(٣)

أما المشرع المصري لم يساير المشرع الفرنسي في منح الاختصاص للقضاء العادي في إجراء نزع الملكية، إضافة إلى ذلك فإن القضاء العادي يختص بشكل رئيسي بالفصل في المنازعات المتعلقة بنزع الملكية للمصلحة العامة، إذ أكد القانون رقم ٥ لسنة ١٩٠٧ الخاص بنزع الملكية للمصلحة العامة يوجب على المدير أو المحافظ أن يعلن بالطريق الإداري كلا من : الملاك المبينة أسماؤهم في قرار نزع الملكية ، والجهة طالبة نزع الملكية ، وذلك للحضور أمامه للمارسة على قيمة الثمن^(٤)

فإذا اتفقت الجهة طالبة نزع الملكية مع الملاك بموجب محضر رسمي يتم فيه الاتفاق ، اعتبر ذلك بمثابة عقد رسمي ، أما إذا رفض الملاك الاتفاق أو الحضور فإن للمدير أو المحافظ عقب هذا الاجتماع أن يعد كشف بأسماء وألقاب ومحل إقامة الملاك الذين تأخروا عن الحضور أو الذين لم يحصل الاتفاق معهم على الثمن ، ويبين فيه العقارات المنزوعة ملكيتها من أربابها ، ويرسل الكشف التعويض إلى رئيس المحكمة المختصة ، الذي أوجب عليه القانون أن يقوم بتعيين أهل الخبرة الأمر

(١) د. عزت صديق طنيس، مصدر سابق، ص ٢٦٨.

(٢) د. محمد عبد اللطيف، مصدر سابق، ص ١٤٢.

(٣) د. سعد محمد خليل، مصدر سابق، ص ٢٣٨.

(٤) حيث نصت المادة ٦ من قانون رقم ٥ لسنة ١٩٠٧ الخاص بنزع الملكية للمصلحة العامة على ان ((يرسل المدير أو المحافظ في ظرف الاربعة ايام التي تلي الاعلان الامر العالي خطابا مسجلا الى طالب نزع الملكية والى ذوي الشأن من اصحاب الاملاك يكلفهم بالحضور أمامه في ميعاد قدره عشرة ايام على الاكثر للمارسة على قيمة الثمن)).

الصادر بنزع الملكية وباقي الأوراق المتعلقة بتقدير التثمين العقارات المبينة في الكشف المتقدم ذكره ، أو قيمة التعويضات التي قد تكون مستحقة لذوي الشأن الآخرين وهم أصحاب الحقوق على العقار (١) واشترط القانون تفضيل أهل الخبرة المنتخبين من أعيان المدينة أو المديرية ، ويحدد رئيس المحكمة الموعد الذي ينتهون فيه من التقدير وتقديم التقرير بشرط ألا تزيد هذه المدة عن خمسة عشر يوما من تاريخ معاينة أهل الخبرة للعقار المنزوع ملكيته (٢) وكان القانون يوجب على أهل الخبرة أداء اليمين امام رئيس المحكمة ولا يحق لأي طرف الطعن في أحدهم (٣) وبعد انتهاء أهل الخبرة من تقدير التعويضات يعدون تقريرا بذلك ، ويتم إرساله إلى المدير أو المحافظ وذلك لإعلان الجهة طالبة نزع الملكية للقيام بإيداع الثمن الذي قدره أهل الخبرة في خزينة المحكمة (٤)

يعلن هذا القرار اداريا إلى ذوي الشأن مع تكليفهم بالتخلي عن العقارات في ميعاد خمسة عشر يوما ، ومتى انقضى هذا الميعاد يجوز أخذها بالقوة ، ويجوز للطرفين الطعن في عمل أهل الخبرة بالطرق المعتادة أمام المحكمة الابتدائية وذلك في خلال الثلاثين يوم التالية ليوم إعلان القرار الوزاري ومتى انقضى هذا الميعاد يصبح عمل أهل الخبرة نهائيا (٥).

ثم ألغي القانون رقم ٥ لسنة ١٩٠٧ م وذلك بصدور القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ م وأهم ما جاء فيه أنه أوكل إلى المصلحة القائمة بإجراءات نزع الملكية تقدير التعويضات التي تراها مناسبة لتلك العقارات ، والتي تقرر نزع ملكيتها للمنفعة العامة ، ثم تقوم بإخطار الملاك وأصحاب الشأن بهذا الغرض بخطاب موصي عليه بعلم الوصول .. وأجاز المشرع لذوي الشأن من الملاك وأصحاب الحقوق الاعتراض على مقدار التعويض ، ويقدم الاعتراض إلى المصلحة القائمة بإجراءات نزع الملكية ، والتي تقوم بالتحقيق في المعارضات التي يقدمها أصحاب الشأن طبقا لما عليه في هو منصوص المادة ٧

(١) عصمت عبد الله الشيخ، مبادئ ونظريات القانون الإداري امتيازات الإدارة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠١، ص ٣٢٩.

(٢) المادة ١٠ من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٠٧ الخاص بنزع الملكية للمنفعة العامة.

(٣) المادة ١١ من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٠٧ الخاص بنزع الملكية للمنفعة العامة.

(٤) المادة ١٧، ١٦، من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٠٧ الخاص بنزع الملكية للمنفعة العامة.

(٥) المادة ٢٠، ١٩ من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٠٧ الخاص بنزع الملكية للمنفعة العامة

من القانون ذاته وذلك لتقرير دفع قيمة التعويض المستحق ، ويكون قيام المصلحة بأداء التعويض في هذه الحالة على مسؤوليتها (١).

ثم ترسل المصلحة القائمة بإجراءات نزع الملكية المعارضات المقدمة عن قيمة التعويض خلال خمسة عشر يوما من تاريخ انقضاء المدة المنصوص عليها في المادة السابعة إلى رئيس المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها العقارات ، ليحيلها بدوره في ظرف ثلاثة أيام الى القاضي، الذي ينتدبه لرئاسة لجنة الفصل في هذه المعارضات (٢).

وتشكل لجنة الفصل في المعارضات الخاصة بالتعويضات برئاسة قاض يندبه رئيس المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها العقارات ، وعضوية اثنين من الموظفين الفنيين ، أحدهما المصلحة طالبة نزع الملكية يختارهما وزير الأشغال العمومية بالاتفاق مع الوزير المختص (٣) وتختص هذه اللجنة بالفصل في الخلاف الذي يقوم بين المصلحة وذوي الشأن على التعويضات المقررة لهم عن نزع الملكية ، وهذا الفصل يعتبر فصلا في خصومة والطعن في قرارات هذه اللجنة أمام المحكمة الابتدائية ليس استثناء بل هو طعن من نوع خاص في قرارات لجنة إدارية (٤)

وهذه اللجنة ليست جهة قضائية تفصل في الخلاف ولا يعتبر حكمها حكما ابتدائي ، وأيضا لم تكن جهة قضائية مختصة بإعادة تقدير التعويض في حالة اختلاف جهة الإدارة مع ذوي الشأن على تقدير التعويض كما هو الحال في التشريع الفرنسي والملاحظ أن لجنة الفصل في المعارضات الخاصة بالفصل في الخلاف بين المصلحة نازعة الملكية وذوي الشأن بالنسبة للتعويضات ، مشكلة من جهات إدارية بما فيها الجهة طالبة نزع الملكية ، دون إشراك الملاك في هذه اللجان ، لذلك فإن قرارات هذه اللجنة ستكون منحازة إلى جهة الإدارة ، ومؤيدة لكل ما قدرته جهة الإدارة من تعويضات ، وبالتالي ستكون قراراتها مجحفة في حق الملاك . وعند صدور القانون الحالي رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ م أو كل المشرع مسألة تقدير التعويض إلى لجنة تشكل بكل محافظة بقرار من وزير الأشغال العامة والموارد المائية وتتكون من مندوب عن هيئة المساحة رئيسا وعضوية مندوب عن كل من مديرية الزراعة ومديرية

(١) انظر: المادة ٦ من القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ بشأن نزع الملكية للمنفعة العامة

(٢) انظر: المادة ١١ من القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ بشأن نزع الملكية للمنفعة العامة.

(٣) انظر: المادة ١٢ من القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ بشأن نزع الملكية للمنفعة العامة

(٤) انظر: المادة ١٣ من القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ الخاص بنزع الملكية للمنفعة العامة.

الإسكان والمرافق، ومديرية الضرائب العقارية بالمحافظة ، بحيث لا تقل درجة أي منهم عن الدرجة الأولى ، وبحيث يتم تغيير أعضاء هذه اللجنة كل سنتين (١)

وقد أصاب المشرع عندما أوكل إلى اللجنة المذكورة مسألة تقدير التعويض ، ولكن يعاب على هذه اللجنة أنها لجنة إدارية مشككة من جهات إدارية بما فيها الجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية . وكان الأحرى بالمشرع المصري أن يشرك في هذه اللجنة ممثلا عن ملاك العقارات طالبي التعويض كعضو في اللجنة ، ما دام أنه أشرك ممثلا عن الجهة القائمة بنزع الملكية ، لكي تتحقق العدالة والمساواة بين الطرفين ، وأن يوكل رئاسة هذه اللجنة إلى قاض ينتدب من المحكمة وعلى أن تقوم هذه اللجنة بتقدير التعويض في حالة عدم الاتفاق بين جهة الإدارة وأصحاب الشأن على التعويض المطلوب ، ويكون قرار اللجنة قرارا قضائيا يطعن فيه أمام محكمة الاستئناف.

الفرع الثاني

رقابة القضاء العادي على إجراءات نزع الملكية للمصلحة العامة في التشريع العراقي

أن المشرع العراقي أخرج قرارات نزع الملكية للمصلحة العامة من اختصاص القضاء الإداري وجعلها من اختصاص القضاء العادي ، وزاد على ذلك يجعل تحقق المنفعة العامة مسألة مفترضة في أي طلب تقدمه الإدارة لنزع الملكية الفردية . (٢)

أبتعد القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ عن التطرق لأغراض النفع العام نتيجة لأخراجه سلطة التحقق من وجود النفع العام في طلب الاستملاك من رقابة القضاء العادي مما حرم الأفراد من ضمانه نص عليها الدستور فضلا عن تعرضهم لأحتمالات تعسف وأنحراف الإدارة في استعمال سلطتها تلك لغير الأغراض المتوخاة منها ولغير أغراض المصلحة العامة (٣)

ومن المعلوم أنه لايجوز نزع الملكية الا اذا كان ذلك تحقيقا لمصلحة عامة ، ولم نجد تعريفا للمنفعة العامة في قانون الاستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ وتعديلاته وإنما جاء في نص المادة ١ "أولا : ضمن اهداف القانون الى انه يهدف الى تنظيم استملاك العقار والحقوق العينية الأصلية المتعلقة به من قبل دوائر الدولة والقطاع العام تحقيقا لاغراضهما وتنفيذا لخططها ومشاريعها)، على خلاف قانون

(١) نقض مدني ، جلسة ١٩/٣/١٩٧٠ ، بالطعن رقم ٣٢ ، لسنة ٣٦ ق.

(٢) انظر: نص المادة ٧ من قانون الاستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ النافذ.

(٣) اشارت المادة ٦٣ /ي من دستور ١٩٧٠ الى ان حق التقاضي مكفول لجميع المواطنين.

الاستملاك رقم ٥٤ لسنة ١٩٧٠ الملغي الذي عرف في مادته الأولى النفع العام بأنه (كل ما يتعلق بأعمال السلطة العامة لغرض أداء الخدمات العامة والأمور التي تعهدت بها الدولة بموجب معاهدة او اتفاقية مصدقة بأستملاك عقارات تطبيقا لبندوها “ .

ان عبارة (تحقيقا للاغراض وتنفيذ الخطط والمشاريع) جات عامة ومطلقة دون تحديد والا انه يفهم من ذلك أن صلاحية دوائر الدولة والقطاع العام في الاستملاك يجب ان تتوافق مع اغراض تلك الدوائر التنفيذ مشاريعها وخططها المرسومة وفق اهداف قوانينها والتي تسعى الى تحقيق النفع العام وليس تحقيق مصالح ذاتية لتلك الدوائر وقضت المحكمة الاتحادية العليا بان استملاك الأراضي لأغراض تنفيذ الطرق العامة لايتعارض مع أحكام المادة ٢٣ من الدستور ، لان هدفه تحقيق المنفعة العامة لقاء تعويض ، ولايعتبر مصادرة للأرض (١) .

و ورد في نصوص القانون وخاصة المواد (١ / اولو٤ و ٩ و ٢٢) من قانون الاستملاك رقم ١٢ السنة ١٩٨١ باعتبارها الجهة المستمكة ولم نجد تعريفا لها وخصها بعبارة (دوائر الدولة والقطاع العام) وترك تفسيرها لجهات قانونية وقضائية لتحديد مفهومها ، على عكس ماورد في المادة الأولى من قانون الاستملاك رقم ٥٤ لسنة ١٩٧٠ المعدل الذي عرف المستمك بأنه “ السلطة التي يحق لها الاستملاك وتشمل الدوائر الرسمية وشبه الرسمية والمؤسسات والشركات والمنشآت العامة والمصالح الحكومية الأخرى “ وبهذا التعريف فقد شمل المشرع الدوائر الرسمية وشبه الرسمية والقطاع العام .

أن تفسير دوائر الدولة واضح قانونا إذ يقصد بذلك دوائر الدولة المرتبطة بالوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والتي تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المادي والاداري والتي لها حق الخصومة. اما القطاع العام والقطاع الاشتراكي فقد حل احدهما محل الأخر في القوانين تبعا لسياسة الدولة الاقتصادية ونظرا لأن مفهوم مصطلح القطاع العام ومصطلح القطاع الاشتراكي

لم يعرفا او يحدد بشكل دقيق في القوانين والقرارات التي مر ذكرها . فان مجلس الدولة قد وجد أن المقصود هو “ الدوائر والمؤسسات والمنشآت والشركات والهيئات العامة التي تملكها الدولة والتي تمارس نشاطا اقتصاديا وتتعامل على اسس اقتصادية كالدوائر والمؤسسات والمنشآت والشركات العامة

(١) قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٧ / اتحادية / ٢٠٠٩ بتاريخ ٢٠٠٩/٧/١٥ منشور في أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا للاعوام ٢٠٠٨-٢٠٠٩ ، المجلد الثاني نيسان ٢٠١١ ص ١٠ .

الزراعية والصناعية والتجارية والمؤسسات والمنشآت العامة التي تقدم خدمات النقل والاسكان والمواصلات وكذلك يضم القطاع الاشتراكي جميع النشاطات التي تتولى الدولة تمويلها وادارتها والقطاع التعاوني " (١)

لذا فان حق الاستملاك قد اعطى لجهات معينة بموجب القانون حصرا وهو حق خاص لايجوز تخويله الى أي جهة اخرى الان عدم جواز نزع الملكية هو الأصل وان نزعها لمقتضيات المصلحة العامة ووفق تعويض عادل هو استثناء من هذا الأصل يجب أن يتم حسب الأصول التي يحددها القانون فاذا سمي القانون الجهات التي يحق لها طلب نزع الملكية واستهلاك الملك الخاص فتعتبر هذه التسمية اصلا من جملة أصول القانون لايجوز تجاوزها أو التوسع فيها وبذلك تكون هذه التسمية قد وردت على سبيل الحصر لاعلى سبيل المثال (٢)

لكن الاستملاك الذي كان يقوم به النظام السياسي في ظل دستور ١٩٧٠ كان يتم بأساليب غير قانونية وخلافا لقانون الإستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ حيث كان يجري الإستملاك بموجب قرارات لمجلس قيادة الثورة المنحل أو بناء على كتاب من ديوان رئاسة الجمهورية يقضي بأستملاك العقارات لتحقيق مصلحة النظام السياسي وليس المصلحة العامة . المهم أن هذه القرارات كانت تقضي بالأستملاك وتتضمن نسا يشير إلى منع الاعتراض على أحكامها في المحاكم الأعتيادية وتمنع المحاكم من سماع الدعاوي الناشئة من تطبيق هذا القرار.

و أن القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ لم يشترط وجوب قيام المحكمة المختصة بالتحقيق من قيام المصلحة العامة كغرض مستهدف للأستملاك ، كما تنحصر مهمة محكمة الإستئناف بصفتها التمييزية - مراقبة الأحكام المتعلقة بنزع الملكية كونها أحكام قضائية.

ولمعالجة للإشكالات التي خلفتها قرارات مجلس قيادة الثورة المنحل الإرتجالية وإنصافا لمن تم الإعتداء على أملاكه عدوانا أنشأ قانون إدارة الدولة للمرحلة الإنتقالية هيئة دعاوي الملكية بموجب المادة ٤٩ فقرة (أ) منه التي نصت على تأسيس الهيئات الوطنية مثل الهيئة الوطنية للتزاهة العامة والهيئة العليا لحل نزاعات الملكية العقارية . .

(١) قرار مجلس الدولة رقم ١٠ / ١٩٨٩ في ٣٠ / ١١ / ١٩٨٩ منشور في فتاوى مجلس الدولة (١٩٨٠ - ١٩٨٤)

منشورات مركز البحوث القانونية (١٤) بغداد ، ١٩٨٧ مطبعة وزارة العدل ص ١٣٧

(٢) قرار محكمة تمييز العراق رقم ٣٥٢ / هيئة عامة اولي أ ٧٥ وفي ٢٤ / ١٢ / ١٩٧٥ منشور في مجلة العدالة العدد

الأول بالسنة الثانية ، ١٩٧١ ص ١٢١

أما بالنسبة للقانون رقم ٢ لسنة ٢٠٠٦ فطلت بموجبه هيئة حل نزاعات الملكية العقارية محل هيئة دعاوي الملكية العراقية .^(١) وجاء في المادة ١ البند ثالثا على امر غاية في الاهمية هو التزام وزارة المالية بدفع التعويضات بموجب القرارات الصادرة وفقا لأحكام القانون وحدد القانون النطاق الزمني فأوجبت أن تكون العقارات المشمولة بقانون الهيئة بالفترة ممن ١٧/٧/١٩٦٨ ولغاية ٩/٤/٢٠٠٣ أما حيث النطاق الموضوعي للقانون فقد نصت المادة الرابعة على أن (٢- العقارات المستولى عليها بدون بدل أو المستملكة بغبن فاحش المتبعة للإستملك ويستثنى من ذلك العقارات المستولى عليها وفق قانون الإصلاح الزراعي وقضايا التعويض العيني أو الإستملك لأغراض المصلحة العامة . وبذلك فإن القانون قد استثنى العقارات المستملكة لأغراض المصلحة العامة كفتح طريق أو بناء مستشفى وتم فعل ذلك ، وكذلك أستثنى القانون دعاوي التعويض العيني من الشمول بأحكامه وعد الألتفاتة الأهم في هذا القانون المبادئ التي تسير عليها اللجان القضائية وتفصل بموجبها في الدعاوي المنظورة أمامها والتي تختلف اختلافا جذريا مع اللوائح السابقة التي لم تمنح الملاك الحاليين للعقار أي تعويض مقابل إعادة العقار الى المالك الأصلي^(٢).

أما البند ١٤ من المادة السادسة فقد عالج دعاوي الإستملك حيث نص على : -

اولا: إذا كان العقار قد إستملك خلافا للتعاملات القانونية أو فيه غبن فاحش أو لم يستخدم للنفع العام عندئذ يكون للمالك الأصلي خياران هما :

١- إعادة ملكية العقار بأسمه وفي هذه الحالة يلزم التسديد بدل الإستملك الذي أستوفاه مقومة بالذهب وبما يعادل قيمة الذهب بالدينار العراقي وقت إقامة الدعوى أمام الهيئة.

٢- تعويضه عن الفرق بين بدل الإستملك الذي أستوفاه في الدعوى الإستملكية والقيمة الحقيقية للعقار وقت الإستملك مقومة بالذهب وبما يعادل قيمة الذهب بالدينار العراقي وقت إقامة الدعوى أمام الهيئة .

ثانيا: - إذا كان العقار قد أستملك خلاف التعليمات القانونية أو فيه غبن فاحش أو استخدام للنفع العام عندئذ يعوض المالك الأصلي وفق أحكام الفقرة (ب) - من البند الرابع عشر من هذه المادة. (١)

(١) انظر: نص المادة ١ من قانون رقم ٢ لسنة ٢٠٠٦.

(٢) انظر: الفصل الثالث المادة/٦ بفقراتها وبنودها الخمسة عشر من قانون رقم ٢ لسنة ٢٠٠٦ .

ونص القانون على قبول الطعن بالأحكام الصادرة من اللجان القضائية بطريق إعادة المحاكمة أي طريق أعتراض الغير وفق الأحكام الواردة في قانون المرافعات. (١)

أما بالنسبة لقانون رقم ١٣ لسنة ٢٠١٠ فقد جاء بمبادئ ونصوص قانونية أهمها نص المادة (٣ فقرة أولاً - د) التي نظمت حالات الأستملاك التي صدرت بها قرارات من اللجان القضائية في ظل قانون هيئة حل النزاعات الملكية العقارية رقم ٢ لسنة ٢٠٠٦ وكذلك ما نصت عليه الفقرة (هاء) بقولها (العقارات التي أنتزعت ملكيتها بموجب أوامر النظام السابق أو قرارات مجلس قيادة الثورة المنحل خلافا للقانون بأثر رجعي على القرارات التي صدرت في ظل هيئة حل نزاعات الملكية العقارية رقم ٢ لسنة ٢٠٠٦ . ومن خلال النصين السابقين نجد أن القانون قد سرت نصوصه بأثر رجعي في الحالات الآتية:

أولاً : حالات الأستملاك التي صدرت بها قرارات من قبل اللجان القضائية والتي لم تكتسب الدرجة القطعية أي لم يصدر بها قرارات من قبل الهيئة التمييزية .

ثانياً : العقارات التي أنتزعت ملكيتها من قبل النظام السابق سواء بالمصادرة أو بغيرها من الوسائل غير القانونية وصدرت بها قرارات في ظل القانون السابق رقم ٢ لسنة ٢٠٠٦ .

وبناء على ما تقدم يمكن لأي طرف (مدعي أو مدعى عليه أن يقيم دعوى جديدة يطلب فيها إعادة النظر في القرار الصادر في الدعوى إستناداً للقانون رقم ٢ لسنة ٢٠٠٦ والنظر في الدعوى مجدد إستناداً إلى القانون رقم (١٣) لسنة ٢٠١٠ وهذا النص على الأثر الرجعي ولجميع القرارات يضعف الثقة في قرارات الهيئة كما أنها تتعارض مع قاعدة عامة وهي حجية الشيء المقضي فيه . وقد أرسى هيئة دعاوي الملكية العديد من المبادئ القانونية في مجال نزع الملكية وهذا يتضح من قضاء الهيئة التمييزية فقصت في قرار لها أنه يتعين على اللجنة القضائية الأستفسار من الجهة المستملكة فيما إذا كانت بحاجة العقار من عدمه (٢).

(١) تتشكل الهيئة القضائية من رئيساً للجنة وعضوية كل من مدير دائرة التسجيل العقاري أو من ينوب عنه وموظف قانوني برشحه رئيس الهيئة من العاملين فيها أو من لديه ممارسة في العمل القانوني أو مهنة المحاماة مدة لا تقل عن عشر سنوات على أن يكون دور العضوين الآخرين في تشكيل اللجنة دوراً استشارياً مسانداً لعمل القاضي وفي حالة ما ابدى رأياً مخالفاً فإن لهم الحق في تدوين مخالفتها في ورقة مستقلة ، أي أن القرارات تصدر من القاضي رئيس اللجنة انفصالية فقط ، والقرارات الصادرة عن اللجان القضائية قطعية وملزمة ما لم يطعن فيها أمام الهيئة التمييزية ، على أن الهيئة التمييزية تتكون من سبعة قضاة من الذين مارسوا العمل القضائي في محكمة التمييز يرشحهم مجلس القضاء الأعلى السنة ٢٠١٠ على تشكيل الهيئة التمييزية من ٤ قضاة من الصنف الأول شكل منهم ثلاث هيئات تمييزية .

(٢) انظر: المادة ١٣ من القانون رقم ٢ لسنة ٢٠٠٦ .

وفي قرار آخر قضت بأنه يجب على اللجنة القضائية معرفة فيما إذا كان العقار مخصصة للنفع العام أو الأغراض شخصية^(١). ويتضح من القرارين السابقين أن قضاء الهيئة قد بسط رقابته على وقائع القرار الإداري لبيان مدى شرعيته وقررت الهيئة التمييزية في قرار لها على أنه لا يستحق المدعي التعويض بدلا عن عقاره في حالة عدم حاجة الجهة المستملكة للعقار ، ذلك إن القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠١٠ قد جاء بأحكام جديدة بموجب الفقرة ١١ من المادة ٧ والتي قررت حكيمين:

الحكم الأول: تعويض المالك الأصلي الفرق بين القيمة الحقيقية للعقار عند الإستملاك وقيمه بتاريخ الكشف الأخير وهذا الحكم مقترن بحاجة الجهة المستملكة للعقار.

أما الحكم الثاني: فقد أجاز اللجنة إعادة العقار المالك الأصلي نظير إلتزامه بإعادة بدل الإستملاك مقومة بالذهب عند الإستملاك وقيمه بتاريخ الكشف الأخير وهذا الحكم مقترن بعدم حاجة الجهة المستملكة للعقار ، ولما كانت الجهة المستملكة للعقار قد باعت العقار ، وبالتالي وجوب تطبيق الحكم الثاني المنوه عنه فيما تقدم والذي يقضي بإعادة العقار الى المالك وفقا للشروط في الفقرة (الحادي عشر أ / ٢) من المادة ٧ من القانون النافذ. ^(٢)

ورقابة حياة دعاوي الملكية لا تقتصر على رقابة مشروعية القرار الإداري والحكم بإلغائه فحسب بل تمتد الى بسط رقابته على تقدير التعويض واستبعاده.

في قرار لها قضت بإلزام وزير المالية إضافة لوظيفته بتعويض المدعي عليه في حالة إعادة العقار للمدعي ^(٣)

وفي قرارات لها قضت بأنه يتعين على اللجنة القضائية أن تجري التحقيقات اللازمة للتأكد من أستلام المدعي التعويض عند الإطفاء من عدمه ^(٤)

وبناء على ما تقدم فإن قضاء الهيئة في هذه الحالات يتوقف على مدى إستيفاء تلك المسائل ليتسنى لها إصدار قرارها . وفيما يتعلق بالدعاوي الخاصة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ٩٧٦ الخاصة بأطفاء الحقوق التصرفية نصت المادة ٢١ من القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠١٠ على أن " تسري أحكام هذا القانون

(١) القرار رقم ٩١٩/٩٠٧/تمميز/٢٠٠٧ بتاريخ ٣١/٨/٢٠١٠ . <https://www.hjc.iq> < qview متاح على الإنترنت

تاريخ الدخول

(٢) القرار ٨٠٧/تمميز/٢٠٠٧ بتاريخ ١/٩/٢٠١٠ .

(٣) القرار ٤٦٠٩/تمميز/٢٠٠٧ في ١٧/١٠/٢٠١٠

(٤) القرار رقم ٦٠٧٢/تمميز/٢٠١٠/٩/٢ .

على القرارات الصادرة عن الهيئة التمييزية والتي قضت برد الدعوى كون الأطفاء قد صدر وفقا للقانون رقم ٩٣ لسنة ٩٧٦ " ويحق لمن ردت دعواه أقامتها مجددا .. علما أن المحكمة الإتحادية العليا قررت بأنه " لا يعد نص المادة ٢١ من قانون هيئة دعاوي الملكية رقم ١٣ لسنة ٢٠١٠ متعارضة مع أحكام الدستور إذا أحسن تطبيقه ".

وبخصوص الإستملاك ، وفقا للقرار ١١٧ لسنة ٢٠٠٠ فقد قضت الهيئة التمييزية إن الإستملاك يكون خارج التعاملات القانونية إذا لم يتم وفق قانون الإستملاك رقم ١٢ لسنة ٩٨١ كما أن تقدير بدل الإستملاك من قبل اللجنة المشكلة بموجب القرار ١١٨ السنة ٢٠٠٠ يكون مشفوعة بمظنة الغبن الفاحش ، وأن حق المدعي يكون محصورا بطلب التعويض بسبب الغبن الفاحش وفق المادة (٦ / رابع عشر ب - ٢) من قانون الهيئة رقم ٢ لسنة ٢٠٠٦ وتعذر إعادة العقار للمالكين السابقين بسبب توزيعه على العسكريين ، ...) (١).

وقد أرست الهيئة التمييزية مبدأ وهو أنه " إذا أستملك العقار وفقا للتعاملات القانونية وذلك عن طريق القضاء وبموجب دعوى استملاكية ولقاء تعويض عادل فلا يمكن معه وجود الغبن الفاحش في الإستملاك " (٢).

وامتدت رقابة الهيئة التمييزية من الرقابة على الوقائع الى رقابة الملاءمة ففي قرار لها بمناسبة إستملاك العقار وفقا للقرار ١١٧ لسنة ٢٠٠٠ قضت بان " على اللجنة القضائية أن تتحقق من القطعة المستملكة موضوع الدعوى بالزراعة عادة أو أنها قابلة للاستغلال الزراعي بطبيعتها أو بواقع استغلال حالها وقت طلب الإستملاك بصرف النظر عن مساحتها وموقعها وجنسها المثبت في السجل العقاري لكي يتضح فيما إذا كان التقدير ينبغي أن يكون على أساس الدونم الواحد للمتر المربع الواحد" (٣)

كما أن قضاء الهيئة التمييزية قد انتهى إلى أن العقارات التي قد تم إطفاء حق التصرف فيها طبقا للقرار ١١٧ لسنة ٢٠٠٠ قد تم تحديدها وتوزيعها على المواطنين والعسكريين أو خصصت

(١) قرار رقم ٤٢٨٢ / تمييز / ٢٠٠٥ في ٢٠٠٧/٢/٢٢.

(٢) قرار ٤٩٢١ / تمييز / ٢٠٠٦ في ٢٠٠٧/٣/٤

(٣) القرار رقم ٤٥٧٩ / تمييز / ٢٠٠٥ في ٢٠٠٧/٢/٢٦.

الخدمات العامة وأستخدمت تلك المساحات للمصلحة العامة بشكل فعلي فلا يجوز إعادتها للمدعي وإنما حق المدعي بالمطالبة بالتعويض حسب قانون الهيئة رقم ٢ لسنة ٢٠٠٦^(١).

وبسطة الهيئة التمييزية رقابتها على قرارات التخطيط العمراني ففي قرار لها قضت بان "الإستملك الجاري على العقار موضوع الدعوى بموجب القرار الصادر من مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١٣٦ لسنة ١٩٩٤ هو إستملك مخالف للتعاملات القانونية المنصوص عليها في قانون الإستملك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ حيث أن الفقرة أولاً من القرار قد حدد مبلغ التعويض عن كل متر مربع من العقار ارضا وبناء . منه منعت المحاكم من سماع الدعاوي الناشئة عن تطبيق أحكامه لذلك فإن التقدير يكون مشوبة بمظنة الغبن الفاحش^(٢) ويلاحظ أن أغلب قرارات الهيئة التمييزية قد أصبت على التعويض المالي وليس العيني لأنه بتطبيق القرار ١٣٦ لسنة ١٩٩٤ تعذر إعادة العقارات لشمولها بخطة تطوير المدن فقد جاء في قرار القضاء الهيئة التمييزية (أن الإستملك الذي جرى وفق قرار مجلس قيادة الثورة رقم ١٣٦ لسنة ١٩٩٤ جرى خلافا للتعاملات القانونية خاصة وإن بدل الإستملك قد قرر مسبقا في القرار ... كما أن المحاكم منعت من سماع الدعاوي الناشئة عن تطبيق أحكام ذلك القرار وبما أنه يتعذر إعادة العقار لشموله بخطة تطوير كربلاء لذا فإن المدعية تستحق التعويض عن العين الفاحش إن وجد في بدل الإستملك ، مما يجعله مشوبة بمظنة الغبن الفاحش ، وعلى اللجنة القضائية أن تستكمل تحقيقاتها المادية بخصوص بدل الإستملك المقررة من جهة ، وما إذا كانت المدعية قد استوفت ذلك البديل من عدمه"^(٣) ويلاحظ من مراجعة العديد من قرارات اللجان القضائية أن التعويض لم يصل بأحسن الأحوال الى السعر الحقيقي لتلك العقارات من حيث موقعها التجاري المتميز إذ أن أكثر هذه العقارات مخصصة الأغراض سياحية وفندقية كما إن التعويض لم يشمل المنقولات^(٤).

والأهم من هذا أن التعويض لم يخضع في أحسابه للقواعد العامة في القانون المدني وما يشترطه القانون من توافر عنصري التعويض ما فات المدعي من كسب وما لحقته من خسارة وإنما كانت سلطة القاضي مقيدة بالنصوص القانونية الواردة في القانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٩ والقانون رقم ١٣

(١) القرار ١٧٥٢/تمييز/ ٢٠٠٦ في ٢٥/٢/٢٠٠٧.

(٢) القرار رقم ٥٨٨٢ /تمييز/ ٢٠٠٥ في ٢٥/٣/٢٠٠٧.

(٣) القرار رقم ٤٥٧٩ /تمييز/ ٢٠٠٥ في ٢٦/٢/٢٠٠٧.

(٤) الاموال المنقولة غير مشمولة بقانون الهيئة رقم ١٣ لسنة ٢٠١٠ ، قرأر الهيئة التمييزية/٣٥٥٥/تمييز/٢٠٠٧ في

لسنة ٢٠١٠ مما أفقد الملاك من ضمانه مهمة في حماية حقوقهم في الملكية أما بالنسبة لإطفاء الحقوق التصرفية بموجب القرار رقم ١٣٩ لسنة ١٩٩٤ ففضت الهيئة التمييزية بأن " تقدر الحقوق التصرفية للمعقار وفق أسس وقواعد التقدير عن الأراضي الزراعية المنصوص عليها في قانون الإستملاك رقم ١٣ لسنة ١٩٨١ وذلك بتاريخ الإطفاء مع مراعاة أحكام المادة الخامسة من قانون توحيد أصناف أراضي الدولة رقم ٥٣ لسنة ١٩٧٦ المعدل " (١).

كما ان للجنة القضائية التوسع في تحقيقاتها القضائية للتثبت في كيفية إطفاء حق التصرف وعلى ومقدار بدل الإطفاء وهل أنه أستلم من قبل المدعي أم لا فإذا ما تبين له أن الإطفاء جرى بخلاف المعاملات القانونية وان اللجنة التي قامت باستصدار الإطفاء وتقدير البديل ليست قضائية فإن المدعي من حقه المطالبة بإعادة حقوقه التصرفية في القطعة إذا لم تكن مستخدمة للنفع العام وإذا ما تبين بأنها أستخدمت للنفع العام فيكون من حق المدعي المطالبة بالتعويض لأن تقدير البديل في هذه الحالة يكون مشوية بمظنة الغبن الفاحش. (٢)

إن القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠١٠ قد تضمن نصا غاية في الأهمية حيث حدد سقف زمني النهائية تقديم الطلبات إذ نصت المادة ٢٢ منه على أن " تتم عملية تقديم الطلبات إلى الهيئة لغاية ٢٠١١/٦/٣٠ وتحال الطلبات المقدمة بعد هذا التاريخ الى المحاكم المدنية النظر فيها وفق أحكام هذا القانون " .

(١) القرار رقم ٤٠٩٤ / تمييز / ٢٠٠٥ في ٢٠٠٧/٣/٤ .

(٢) القرار رقم ٤٢٦٤ / تمييز / ٢٠٠٥ في ٢٠٠٧/٣/٦ .

الخاتمة:

قدمنا في ما سبق دراسة عن موضوع (سلطة الإدارة في تقييد الملكية الفردية للمصلحة العامة- دراسة مقارنة) لاشك ان هذه الدراسة ليست الاولى ولن تكون الاخيرة عن هذا الموضوع المهم الذي يتعلق في تحقيق المصلحة العامة من خلال فرض قيود على الملكية الفردية، والدولة العراقية لقد مرت بمراحل عديدة تمخض عنها تشريع قوانين نظمت الملكية الفردية وكان تاثير النهج السياسي واضحا على هذه التشريعات وعلى الملكية الفردية حماية وهدرا، وبعد التغيير الذي حصل في العراق بعد ٢٠٠٣ والتحول الديمقراطي للبلاد، ولاهية هذا الموضوع وعلاقته بتحقيق المصالح للأفراد او المرافق العامة ، فلا بد من بحث هذا الموضوع وايفاءه حقه وابرار مكانته بين مواضيع الدراسة في القانون لاسيما القانون العام .

وختاما لما تقدم نبين اهم الاستنتاجات والتوصيات التي توصل اليها الباحث اليها بعد رحلة البحث هذه وفق النقاط التالية:

اولا: الاستنتاجات:

- ١- ان تشريعات الدول واتجاهاتها في تحديد مفهوم الملكية الفردية تنوعت، الا انها تتفق على ان الملكية هي حق الافراد بالشيء والاستئثار به وما يتبعه من منافع تتمثل في الإستعمال والإستغلال والتصرف، و ان فلسفة الدول في تعديل دساتيرها وقوانينها اعتمد على المفهوم الحديث للملكية الفردية حيث ان هذا المفهوم تغير في الايدلوجيات والتوجهات الجديدة، فبعد ان كان التوجه فردي ومفهوم الملكية مطلق اصبح مفهوم نسبي والملكية الفردية لها وظيفة اجتماعية.
- ٢- ان اغلب الدول ارادت تحصين الملكية الفردية من تشريعات تمنع اي اعتداء عليها وتحقيق المصلحة العامة في نفس الوقت، وذلك في النص عليها في الدساتير وهي اهم وثيقة قانونية وبصيغ تكاد تكون شبه متطابقة، ثم ان النص على الملكية الفردية في الدستور ينتج عنه اثر يبين قبول او رفض المشرع لهذا الحق المهم بشكل صريح وواضح.
- ٣- بالرغم من ان التقييد اعتداء على حق الملكية الفردية فان شرط المصلحة العامة هو شرط اساسي والمبرر الجوهرى الذي يستند اليه المشرع في اباحة تقييد الملكية الفردية .

- ٤- يعد قرار نزع الملكية اجراء استثنائي لايجوز العمل به الا بموجب قانون يجيز فرض هذا الاجراء ويجب على الادارة اتباع هذا القانون والا اصيب قرارها بالبطلان .و يتميز هذا الاجراء اي نزع الملكية بخصائص ومميزات تختلف عن بعض القيود الاخرى قد تتشابه معه في بعض المميزات والخصائص، كالتاميم والمصادرة والاستيلاء، وان منح الادارة هذا الامتياز قائمة على اساس مبدا سير المرافق العامة بانتظام واطراد، اذ ان هذا الأساس يحتل مكانة كبيرة في بناء السلطة التقديرية للإدارة والتي تهدف الى المصلحة العامة.
- ٥- عدم قيام الادارة باتخاذ الإجراءات القانونية لنزع الملكية الفردية ووفقا للقواعد القانونية ، يعد بمثابة غصب للملكية الفردية ، ويقع على عاتق الادارة التعويض ،لذا يتطلب ادارة واعية ونزيهة وجادة في دراسة الحاجة الفعلية الى الاملاك الخاصة للمشروع ذو النفع العام والازمة لتنفيذه،سواء كانت من حيث المساحة او الموقع.
- ٦- ان فكرة التاميم هي استيلاء الدولة على المشروعات الخاصة وتحويلها الى مشروعات عامة استنادا إلى اسس معينة نتيجة لعوامل اقتصادية وسياسية واجتماعية تواجهها الدول ،ويستند التأميم عادة الى عدة اسس وظوابط يجب توافرها والالتزام بها، وهي:يجب ان يكون بقانون، وان يهدف الى تحقيق المصلحة العامة، وان يكون بمقابل تعويض عادل.
- ٧- ان المصادرة احد قيود الملكية الفردية، اذ تتطوي على حرمان المالك من ملكه جبرا وبدون تعويض واختلف الفقهاء على المحل الذي ترد عليه المصادرة ،فمنهم من قصرها على المنقول دون العقار،اما الاتجاه الاخر فلا يرى ضيرا في ان ترد على العقار.
- ٨- ان قيد فرض الحراسة يعد من القيود على الملكية الفردية، اذ انها تشل حركتها وتغل يد المالك وتجرده من السلطات التي يملكها.
- ٩- يعد القضاء الدستوري ضامنا وحاميا للملكية الفردية من سعيه للحفاظ على تطبيق القواعد القانونية العامة وضمان عدم اصدار قوانين تخالف نصوص الدساتير، وذلك من خلال الرقابة على دستورتيتها ،و الملاحظ أن هنالك تطور شهده القضاء الدستوري في الرقابة على الملائمة التشريعية للملكية الفردية ، حيث ان الاتجاه القديم الذي أحجم القضاء عن فرض رقابته على الملائمة ، لانه عدل على هذا الاتجاه في أحكامه الحديثة في فرنسا وبدرجة اقل في التشريعين العراقي والمصري .

- ١٠- ان الرقابة الدستورية على حق الملكية لها جانبا وقائيا وتتمثل في التنظيم الدستوري للملكية اذ انها تنص في الدساتير على صون حق الملكية الفردية ومنع خطر الاعتداء عليها فيعطي للملكية حماية دستورية ، وكما ان للرقابة الدستورية على الملكية جانبا وقائيا لها جانب علاجيا يتمثل ذلك في ما يترتب من جبر للمخالفة الدستورية واستبعاد النص المقضي بعدم دستوريته.
- ١١- ان رقابة القضاء الإداري على اعمال الادارة تمثل ضمانا فعالة ومهمة لحماية حقوق الأفراد لاسيما حق الملكية الفردية، ان تعسفت في استعمال سلطتها التقديرية، اذ ان القضاء يمثل الاساس في اقامة العدالة بين الناس، كما ان الادارة قد لاتسعى الى تحقيق المصلحة العامة وانما تكون اداة للسلطة السياسية في الكثير من قراناتها.

ثانياً: التوصيات

- ١- نقترح على المشرع انه في حال فرض أي من القيود التي ترد على الملكية الفردية يجب وضع قوانين وضوابط واضحة لضمان عدم بطلان قرارات فرض هذه القيود، وان ينتهج مبدأ انكار فعل الغصب وعدم عده سبب ناقل للملكية لان هذا يتنافى مع مبدأ قداسة الملكية الفردية وحرمتها.
- ٢- نقترح على المشرع العراقي أنه في حال وضع قيود يجب أن يكون بالطرق القانونية السليمة التي تقرر ذلك، ووجوب التمسك بالقواعد الشكلية التي تنظم من خلالها القيود التي تفرض على الملكية الفردية، لان اهمالها يشكل هدراً لمصالح الافراد وحقوقهم وايضا هدراً لجهود ومصالح الادارة.
- ٣- نقترح على المشرع العراقي بضرورة وضع ضوابط لتحديد المقصود من المصلحة العامة ويكون ذلك من خلال الموازنة بين المصالح والاضرار على تقرير المصلحة العامة، وأن عدم تعريف المشرع المصلحة العامة بشكل صريح وواضح قد يدفع الادارة الى اصدار قرارات تتسم بالبطلان او تكون معدومة وهذا يمثل هدراً للوقت والمصالح.
- ٤- نقترح على المشرع العراقي الى مراجعة دورية للتشريعات والقرارات الإجرائية الصادرة من الادارة لتطويرها ووضع قواعد شكلية واجرائية تساهم في حماية الملكية الفردية وسلامة القرارات الصادرة من الادارة وعدم وصمها بالبطلان حفاظاً على المصلحة العامة.
- ٥- نقترح الغاء مصطلح الاستملاك اينما وجد في قانون الاستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ المعدل، واستخدام مصطلح نزع الملكية، كون الاول قد ينصرف الى العمل الرضائي، لا الى النزع الجبري للملكية الفردية.
- ٦- ضرورة أن يلعب القضاء الدستوري دوراً في مغادرة المواد التي تمثل خروجاً على القواعد العامة في القانون المدني على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.
- ٧- نقترح تعزيز رقابة الملائمة على أعمال الإدارة، اذ انها غدت في وقتنا الحاضر ضرورة حتمية لابد منها لمواكبة التطور الحاصل في ضل الانماء والخدمات، إذ ان الادارة تمتلك امتيازات واسعة عند ممارستها لنشاطها ووضاءتها، مما يؤدي الى تهديد حقوق الافراد لاسيما حق الملكية الفردية.
- ٨- نتيجة لقيام المحكمة الاتحادية العليا برد الكثير من الدعاوي لعدم استيفائها الشكلية، لذا نقترح على المشرع العادي تعديل قانون المحكمة الاتحادية العليا بما يسمح بتشكيل دائرة بفحص الطعون قبل عرضها على المحكمة.
- ٩- توسيع صلاحيات القضاء الإداري لزيادة الضمانات في وجه السلطة المعتدية على الملكية الفردية الى حد امكانية رفع يدها في حال وجود سند قانوني صحيح، مع امكانية فرض اجراءات

مثل الغرامات والحجز على اموال المعتدي لضمان تعويض عادل من جراء الاعتداء على الملكية الفردية.

١٠- نقترح على القضاء الإداري بضرورة عد شرط المنفعة العامة من بين الشروط الواجب توافرها في هذه القرارات، ويجب تكون من الأشكال الجوهرية فيها ومخالفتها يترتب بطلان تلك القرارات.

١١- نقترح على المشرع العراقي تعديل الفقرة الأولى من المادة الأولى من قانون الاستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١، وذلك بحذف عبارة (تحقيقاً لأغراضها وتنفيذاً لخططها ومشاريعها) ووضع بدلاً عنها عبارة (تحقيقاً للمصلحة العامة).

١٢- نرى أن الأبطاء في تحقيق العدالة يمثل اجحافاً شديداً للمتقاضين، وعلى العكس تماماً فإن قيمتها تضعف الى حد كبير في عدد الدعاوى والقضايا التي تنتظرها جهات القضاء المختلفة وإطالة امد الخصومة فيها وما يترتب على ذلك من البطء في الفصل فيها، اذ لا بد من اتخاذ بعض الإجراءات التنظيمية القضائية والتي تساهم في زيادة فعالية القضاء.

واخر دعوانا الحمد لله رب العالمين

المصادر والمراجع

القران الكريم.

اولا/ المعاجم العربية:

- (١) د.ابراهيم مصطفى، مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ج١، القاهرة، دار الدعوة،.
- (٢) د.ابراهيم مصطفى، المعجم الوسيط، ج٢، مطبعة مصر، ١٩٦٠، ص.
- (٣) احمد مختار عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، ج١، ط١، عالم الكتب، القاهرة، ٢٠٠٨.
- (٤) د.مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، باب الكاف، فصل الميم، ط٢، دار صادر للتراث العربي، بيروت، ٢٠٠٠.
- (٥) التفسير الكبير المعروف بمفاتيح الغيب، للامام فخر الرازي الشافعي ، دار الكتب العلمية ، ج١١ . ط١ ، ١٩٩٠ .
- (٦) د.احمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، ج١، ط١، عالم الكتب ، القاهرة، ٢٠٠٨.
- (٧) د.انيس ابراهيم، المعجم الوسيط ، ط٢، دار الامواج، بيروت ، ١٩٩٥ .
- (٨) محمد رواس قلعة جي ، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس،بيروت،١٩٩٦ .
- (٩) المنجد في اللغة والاعلام :ط٢٨، دار الشروق بيروت ١٩٨٦ .
- (١٠) ابن منظور، لسان العرب، ج١، ط١، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٩٠ .
- (١١) انظر القاموس المحيط باب الكاف فصل الميم ، وقد عرف الحاوي القدسي الملك بأنه (الاختصاص الحاجز أي الذي يخول صاحبه منع غيره . وعرفه الكمال ابن الهمام اول كتاب البيع من كتابه فتح القدير بأنه القدرة على التصرف ابتداءً الى لمانع) يريد أنه ابتداءً لا مستمده من شخص آخر .

ثانيا / الكتب القانونية:

- (١) د.ابراهيم الشربيني، حراسات الطوارئ، دار المعارف ،مصر ،١٩٦٤ .
- (٢) د.ابراهيم سيد أحمد، الحراسة فقها وقضا ء، ط١، دار الفكر الجامعي ،الاسكندرية، ٢٠٠٣ ،
- (٣) د. ابراهيم عبد العزيز شيحا، النظم السياسية والقانون الدستوري الدول والحكومات، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦ .

- ٤) د. ابو اليزيد علي المتيت ، النظم السياسية والحريات العامة . مؤسسة الجامعة للنشر الطبعة الثالثة ، ٢٠٠١ .
- ٥) د. احمد الخطيب و د . عبد المنعم محفوظ ، مبادئ النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الفرقان للنشر والتوزيع، ١٩٩٧.
- ٦) د. احمد حافظ نجم، القانون الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨١ .
- ٧) د. احمد خليفة السعيدان، القانون والسيادة وامتيازات النفط، دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ١٩٩٧.
- ٨) د. احمد سعييفان، الحريات العامة وحقوق الإنسان، دراسة تاريخية وفلسفية وسياسية وقانونية مقارنة ، ج ٢، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠.
- ٩) د. احمد سلامة، الملكية الفردية في القانون المصري، دار النهضة العربية، ط٣، القاهرة، ١٩٩٨.
- ١٠) احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، الحقوق العينية الاصلية ، حق الملكية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤ .
- ١١) د. احمد عبد الحسيب السنتريسي، حق الدولة في التاميم في الدساتير وآثاره على الاستثمار، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦.
- ١٢) د. احمد عبد العال أبو قرين ، حق الملكية في الفقه والقضاء والتشريع ، دراسة مقارنة تطبيقية لملكية الشقق والطبقات في المملكة العربية السعودية والقانون المقارن ، ط١ ، دار الثقافة الجامعية ، ١٩٩٩
- ١٣)، الحماية الدستورية للملكية الفردية في ضوء الفقه الفرنسي والمغربي، ط١، دار الثقافة الجامعية، القاهرة ١٩٩٩.
- ١٤) د. احمد يسري، احكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩١.
- ١٥) د. اسماعيل البدوي، دعائم الحكم في الشريعة الإسلامية والنظم الدستورية الحقوق والحريات العامة، دار النهضة العربية القاهرة ، ١٩٩٤.
- ١٦) د. اكرام فالح الصواف، الحماية الدستورية والقانونية لحق الملكية الخاصة، دراسة مقارنة، ٢٠٠٣.
- ١٧) د. امين عاطف صيليا ، دور القضاء الدستوري في ارساء دولة القانون ، دراسة مقارنة ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، ٢٠٠٢ .

- (١٨) عبدالله بن عبد العزيز مصلح، قيود الملكية الخاصة، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٨٨، ص ٢٩/٢٨
- (١٩) أية الله السيد محمد باقر الصدر، اقتصادنا مركز الابحاث والدراسات المتخصص للسيد الصدر، قم، ايران، ١٩٨٢.
- (٢٠) د. ايمن محمد البطوش، حقوق الإنسان وحرياته، دراسة مقارنة، ط١، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، ٢٠١٤.
- (٢١) د. ثروت الأسيوطي، فلسفة القانون في ضوء التاريخ الاقتصادي والاجتماعي، بغداد، ١٩٧٥.
- (٢٢) مبادئ القانون، ج٢، الحق، مطبعة القاهرة، ١٩٧٤، ص ١٦.
- (٢٣) د. ثروت بدوي، أصول الفكر السياسي والنظريات والمذاهب الكبرى، دار النهضة العربية القاهرة، ٢٠١١.
- (٢٤) د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، البيع، الايجار، المقاوله، دراسة في ضوء التطور القانوني ومعزة بأحكام القضاء، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ط٢.
- (٢٥) د. جمال ناصر جبار الزيداوي، العدالة الانتقالية في العراق، هيئة دعاوى الملكية انموذجا، دار الكتب والوثائق، بغداد، ٢٠١٢.
- (٢٦) د. جمال هارون، الحماية المدنية للحق الأدبي للمؤلف في التشريع الأردني، ط١، دار الثقافة، عمان، الأردن، ٢٠٠٦.
- (٢٧) د. جمعة محمود الزريقي، الحقوق العينية الأصلية، ج١، المركز القومي للدراسات والبحوث العلمية، طرابلس، ١٩٩٦.
- (٢٨) د. جورج جبور، الملكية الفكرية، حقوق المؤلف، ط١، دار الفكر دمشق، ١٩٩٦.
- (٢٩) د. جورج شدراوي، حق الملكية العقارية، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠٠٦.
- (٣٠) د. جورج شفيق ساري، الأسس والمبادئ العامة لتنظيم السياسة أركان التنظيم السياسي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.
- (٣١) د. جورج فوديل، بيار وفولفية، القانون الإداري، ج١، ترجمة سعيد القاضي. المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، لبنان، ط١، ٢٠٠١.
- (٣٢) د. حازم عبد السلام المجالي، حماية الحق المالي للمؤلف، ط١، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، ٢٠٠٠.

- (٣٣) د.حسن محمد احمدجودة، سلطة الدولة في فرض الحراسة وظوابطها القانونية والدستورية في النظام القانوني المصري، اطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ١٩٩١، ص١٣٩.
- (٣٤) د.حسن ذنون، الحقوق العينية الأصلية، شركة الرابطة الطبع والنشر المحدودة، بغداد، تاريخ الانشاء ٢٠٢٠.
- (٣٥) د.حسن كيره، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية احكامها ومصادرها، ط٤، منشئة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٥.
- (٣٦) د.حسن محمد هند ود.نعيم عطية، الفلسفة الدستورية للحريات العامة، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٦.
- (٣٧) د.حسين توفيق فيض، اتفاقيات (WTO/GATT) وعولمة الملكية الفكرية، مطبعة جامعة صلاح الدين، أربيل، ١٩٩٩.
- (٣٨) د.حسين محمد صالح العذري، أحكام نزع الملكية للمنفعة العامة، دراسة مقارنة، المصرية للنشر والتوزيع، ط١، مصر، القاهرة، ٢٠٢٠.
- (٣٩) د.حيدر أدهم عبد الهادي، دراسات في قانون حقوق الإنسان، عمان، الأردن، ط١، دار الحامد للنشر والتوزيع، ٢٠٠٩.
- (٤٠) د.خضر خضر، مدخل إلى الحريات العامة وحقوق الإنسان، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠٠٨.
- (٤١) د.عبد الفتاح مراد، التعليق على الدستور المصري لسنة ٢٠١٣، الهيئة القومية لدار الكتب والوثائق المصرية.
- (٤٢) د.فاروق عبد البر، دور مجلس الدولة المصري في حماية الحقوق والحريات العامة، ج٢، ١٩٨٨.
- (٤٣) د.دعاء الصاوي، القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.
- (٤٤) د.رشيد بوسكري، شرط المنفعة العامة في مسطرة نزع الملكية بين سلطة القضاء واكراهات الواقع منشور في قضايا العقود الادارية ونزع الملكية المنفعة العامة وتنفيذ الأحكام من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، مطبعة الامينة، الرباط، ٢٠٠٧.
- (٤٥) د.رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، دراسة مقارنة، دراسة تحليلية للقضاء الدستوري في مصر، دار اليسير، القاهرة، ٢٠٠٤.
- (٤٦)، الايدلوجيات واثرها في الانظمة السياسية المعاصرة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.

- (٤٧) د. رمضان محمد بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية وموقف مجلس الدولة المصري منها، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٤.
- (٤٨) د. زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، جامعة الموصل، مديرية دار الكتب، ١٩٨٢، ص ٢٠١.
- (٤٩) د. سالم حماد الدحوح، الحقوق العينية الأصلية، ج ١، ط ١، ٢٠١٦.
- (٥٠) د. سحر محمد نجيب، التنظيم الدستوري لضمانات حقوق الإنسان، دراسة مقارنة في نصوص الدساتير العربية، دار الكتب القانونية ٢٠١٠.
- (٥١) د. سعاد الشرقاوي، النظم السياسية في العالم المعاصر تحديات وتحولات، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢.
- (٥٢) د. سعيد سعد عبد السلام، الحماية القانونية لحق المؤلف والحقوق المجاورة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.
- (٥٣) د. سعيد عبد الكريم مبارك، شرح القانون والمدني العراقي، الحقوق العينية الأصلية، ط ١، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٣.
- (٥٤) د. سعيد مبارك، التعسف في استعمال الحق، دراسة مقارنة في الانظمة القانونية الكبرى، مجلة القانون المقارن، العدد ٢١، لسنة ١٩٧٩.
- (٥٥) د. سليمان احمد الطماوي، الاسس العامة للعقود الادارية، دراسة مقارنة، ط ٥، دار الفكر العربي، ١٩٩١.
- (٥٦) مبادئ القانون الإداري، الكتاب الثاني، ط ١، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٩.
- (٥٧) د. السيد عبد الحميد احمد، نزع الملكية في اطار قرارات المنفعة العامة والمصادرة والتأميم، ط ١، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، ٢٠١٨.
- (٥٨) د. السيد محمد المدني، مسؤولية الدولة في اعمالها المشروعة في القانون المصري، دراسة مقارنة، المطبعة العالمية، القاهرة.
- (٥٩) د. شيروان هادي اسماعيل، التدابير الحدودية لحماية الملكية الفكرية، دراسة تحليلية مقارنة، ط ١.
- (٦٠) د. صلاح زين الدين، المدخل إلى الملكية الفكرية، ط ١، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٤.
- (٦١) د. صلاح الدين فوزي، المبسوط في القانون الإداري، دار النهضة العربية، ١٩٩٨.

- (٦٢) الملكية الصناعية والتجارية، عمان، دار الثقافة والنشر والتوزيع، ١٩٩٩.
- (٦٣) د. عادل عبد العال خراشي، استرداد الأموال والاصول المنهوبة المتحصلة من جرائم الفساد، في ضوء اتفاقية الامم المتحدة ومكافحة الفساد والقانون الوضعي والاسلامي، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٦.
- (٦٤) د. عاطف سالم عبد الرحمن، دور القضاء الدستوري في الاصلاح السياسي والاجتماعي والاقتصادي، دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة بين مصر والولايات المتحدة الأمريكية، الرحمة للطباعة، القاهرة، ٢٠١٠.
- (٦٥) د. عامر محمود الكسواني، الملكية الفكرية ماهيتها مفردات ها طرق حمايتها، دار الجيب، عمان، الأردن، ١٩٩٨.
- (٦٦) د. عبد الباقي البكري، د. زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ط٣، ٢٠١١.
- (٦٧) د. عبد الحفيظ الشيمي، القضاء الدستوري وحماية الحريات الاساسية في القانون المصري و الفرنسي ، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠١.
- (٦٨) د. عبد الحكيم فودة، نزع الملكية للمنفعة، دار الالفى القانونية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص٣٢.
- (٦٩) د. عبد الحميد احمد، نزع الملكية في اطار قرارات المنفعة العامة والمصادرة والتأميم، ط١، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، ١٩٨٨.
- (٧٠) د. عبد الخالق حسن، الوجيز في شرح قانون المعاملات الإماراتي، الملكية، مطابع شرطة دبي، الإمارات، ٢٠١٣ .
- (٧١) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٨، ط٨، بيروت، ٢٠٠٥، ص٥٢٩.
- (٧٢) د. عبد الغفور كريم علي ، القانون الدولي للعلاقات الدولية رؤية اسلامية للسلام والحرب ، اربيل ، العراق ط١ ، مطبعة أشهاب ، ٢٠١١ .
- (٧٣) د. عبد الفتاح عبد الباقي، دروس في مصادر الإلتزام، مطبعة النهضة، مصر، ١٩٨٤..
- (٧٤) د. عبد الله حسن الخشروم، الوجيز في حقوق الملكية الصناعية والتجارية، ط١، دار وائل للنشر، عمان، الاردن، ١٩٩٥.
- (٧٥) د. عبد الملك ياس، أصول القانون، نظريتا القانون والحق، مطبعة سلمان العظمي، بغداد، ١٩٨٦.
- (٧٦) د. عبد الهادي فوزي العوضي، النظرية العامة للحق، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص٧٠.

- (٧٧) د. عبد الوهاب مطر الداهري اقتصاديات الاصلاح الزراعي ، الطبعة الاولى مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٩٧ .
- (٧٨) د. عصمت عبد الله الشيخ، مبادئ ونظريات القانون الاداري امتيازات الادارة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠١ .
- (٧٩) د. علي نديم الحمصي، الملكية التجارية والصناعية، دراسة مقارنة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط١، بيروت، ٢٠١٠ .
- (٨٠) د. علي حسين الخلف، د. سلطان عبد القادر الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٣ .
- (٨١) د. علي هادي الهلالي، النظرية التفسيرية العامة في تفسير الدستور واتجاهات المحكمة الاتحادية العليا في تفسير الدستور العراقي، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ٢٠١١ .
- (٨٢) د. علي يوسف الشكري ، حقوق الانسان بين النص والتطبيق . دراسة مقارنة في الشريعة الاسلامية والمواثيق الدولية، ٢٠١٠ .
- (٨٣) د. عماد ملوخية، الحريات العامة، الإسكندرية، مصر، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠١٢ .
- (٨٤) د. عمر السعيد رمضان، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢ .
- (٨٥) د. عمر حمدي باشا، نظام الملكية العقارية، دار هومة، الجزائر، ٢٠٠١، ص ٧٩ .
- (٨٦) د. عمر سالم ، المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية طبقا لقانون العقوبات الفرنسي الجديد ، ط ١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٥ ،
- (٨٧) د. عيد سعيد دسوقي ، حماية الملكية الخاصة في القضاء الإداري والدستوري، دراسة مقارنة دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢ .
- (٨٨) د. عيسى بيرم، حقوق الإنسان والحريات العامة، مقارنة بين النص والواقع، ط١، دار المنهل اللبناني، بيروت، ٢٠١١ .
- (٨٩) د. غازي كرم، النظم السياسية والقانون الدستوري، ط١، دار اثراء للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٩ .
- (٩٠) د. غازي يخور، مدونة السنهوري القانونية، ترجمة: رشا جمال، مراجعة حسين شعبان، الشبكة الحديثة للابحاث والنشر، بيروت، ٢٠٠٩ .
- (٩١) د. فاروق عبد البر، دور مجلس الدولة المصري في حماية الحقوق والحريات العامة، ج٢، دار النهضة العربية، ١٩٨٧ .

- (٩٢) د.فتحي عبد الصبور، الاثار القانونية للتأمين والحراسة الإدارية على الأموال ، ط ٢ ، عالم الكتب ، القاهرة ، ١٩٧٩ .
- (٩٣) د.فتحي سرور ، الوسيط في قانون العقوبات ، القسم العام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٦ .
- (٩٤) د.فوزي حسن سلمان الجبوري ، حق الملكية إزاء اتجاهات الدولة في التأمين والتخصيصية ، دراسة مقارنة ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ٢٠١٩ .
- (٩٥) د.فوزي حسين سلمان الجبوري ، حق الملكية ازاء اتجاهات الدولة في التأمين والتخصيصية ، دراسة مقارنة ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، ٢٠١٩ .
- (٩٦) د.فوزية عبد الستار ، شرح قانون مكافحة المخدرات ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٠ .
- (٩٧) د.كامران الصالحي ، حقوق الإنسان والمجتمع المدني ، بين النظرية والتطبيق ، ط ٢ ، مؤسسة موكرياني للطباعة والنشر ، أربيل ، العراق ، ٢٠٠٠ .
- (٩٨) د.كمال سعدي مصطفى ، الملكية الفردية ، حق الملكية الادبية والفنية ، أربيل ، العراق ، مطبعة كردستان للنشر والطبع ، ط ١ ، ج ١ ، ٢٠٠٥ .
- (٩٩) د.ماجد راغب الحلو ، القضاء الإداري ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤ .
- (١٠٠) ، النظم السياسية والقانون الدستوري ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ٢٠٠٥ .
- (١٠١) د.ممام محمد محمود زهران الحقوق العينية الاصلية حق الملكية ، احكام حق الملكية ، دار الجامعة الجديدة ، سكندرية ٢٠١٠ .
- (١٠٢) د.ماهر ابو العينين ، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته ، مصدر سابق ، ص ١٢٠ .
- (١٠٣) د.مثنى محمد حميد ، الجامعة التقنية الوسطى ، تعديل فكرة الملكية الخاصة ، مجلة التراث الجامعة ، العدد التاسع عشر ، ٢٠١٦ .
- (١٠٤) د.محمد عبد اللطيف ، نزع الملكية للمنفعة العامة ، دراسة تاصيلية مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٨ .
- (١٠٥) د.محمد ابراهيم درويش ، د. إبراهيم محمد درويش ، القانون الدستوري النظرية العامة لرقابة الدستورية أسس النظام الدستوري المصري ، ط ١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩ .
- (١٠٦) د.محمد بكر حسين ، نزع الملكية للمنفعة العامة ، مكتبة السعادة ، طنطا ، ١٩٩١ ، ص ٢٠ .

- (١٠٧) د.محمد حسن قاسم، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، بيروت، لبنان ، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٦.
- (١٠٨) د.محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، بيروت، لبنان، الدار الجامعية، ٢٠٠٠.
- (١٠٩) د.محمد سامر القطان، حق الملكية، الموسوعة القانونية المختصة، المجلد الثالث، ط١، طبعة الموسوعة القانونية المختصة، دمشق، ٢٠١٠.
- (١١٠) د.محمد سعيد أمين، مبادئ القانون الإداري، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ١٩٩٧.
- (١١١) د.محمد شريف عبد الرحمن احمد عبد الرحمن ، حق الملكية ، دار النهضة العربية القاهرة ، ٢٠٠٩.
- (١١٢) د.محمد شريف عبد الرحمن أحمد عبد الرحمن، حق الملكية ، دار النهضة العربية القاهرة ، ٢٠٠٧.
- (١١٣) محمد شكري سرور، موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية،، ط١، مصر، ٢٠٠٠.
- (١١٤) د.محمد صلاح عبد البديع،الحماية الدستورية للحريات العامة بين المشرع والقضاء ط٢،دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.
- (١١٥) د.محمد طاهر ابو العينين،الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته،دراسة تطبيقية في مصر،ج٢،دار ابو المجد للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٦،صص.
- (١١٦) د.محمد طه البشير ، د. غني حسون طه ، الحقوق العينية ، دار السنهوري ، لبنان ، بيروت ٢٠١٦
- (١١٧) د.محمد عبد الغني مهملات، الاستملاك والقضاء الإداري، دراسة مقارنة، كلية، جامعة دمشق، ٢٠٠٥، .
- (١١٨) د.محمد عبد المنعم رياض، اثر القيود الادارية في تحديد حق الملكية في مصر،السنة الثانية، العدد الرابع، مطبعة الاجانب،القاهرة، .
- (١١٩) د.محمد علي حمبولة ، الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية الخاصة ، ط١ ، داربور سعيد للطباعة ، الاسكندرية ، ١٩٧٤ .
- (١٢٠) د.محمد علي عويضة ،القواعد الاجرائية في قانون نزع الملكية للمنفعة العامة في ضوء احكام القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ ،دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠ .
- (١٢١) د.محمد كامل عبيد،نظم الحكم، دستور الامارات دراسة تحليلية مقارنة لدستور الامارات، اكااديمية شرطة دبي، ٢٠٠٢.

- (١٢٢) د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، ط١، الحقوق العينية الأصلية، المطبعة العالمية، القاهرة، ٢٠٠١.
- (١٢٣) د. محمد ماهر ابو العينين، الحقوق والحريات العامة وحقوق الإنسان في قضاء وافتاء مجلس الدولة وقضاء النقض الدستورية العليا، الكتاب الاول، المركز القانوني للاصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٣.
- (١٢٤) د. محمد وحيد الدين سوار ، حق الملكية في ذاتة في القانون المدني ، ط٢ دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن ٢٠١٠ .
- (١٢٥)، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، دار العلوم للتحقيق و الطباعة والنشر، ٢٠٠٦.
- (١٢٦) د. محمود عاطف البنا، حدود سلطة الضبط الإداري، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، ع٣، ٤٤، السنة ٤٨، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٨٠.
- (١٢٧) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٣.
- (١٢٨) د. مدحت أحمد محمد يوسف غنايم ، الاتجاهات الحديثة في رقابة دستورية القوانين في الأنظمة اللاتينية (فرنسا ومصر) ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، ٢٠١٤ .
- (١٢٩) د. مراد محمود حيدر، الحراسة القضائية، مدلولها وخصائصها واحكامها، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠١٠.
- (١٣٠) د. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج١، ط١، دار العلم، سوريا، ٢٠٠٤.
- (١٣١) د. مصطفى كيره، نظرية الاعتداء المادي في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٤.
- (١٣٢) د. مصطفى مجيد : شرح قانون الإستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ ، المكتبة الوطنية ، بغداد ، ١٩٨١ .
- (١٣٣) د. مصطفى مجيد ، شرح قانون الاستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ ، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٨١.
- (١٣٤) د. منذر الشاوي، القانون الدستوري القاهرة، مصر، ط٢، ج١، الناشر العاتك لصناعة الكتاب، ٢٠٠٧.
- (١٣٥)، مدخل إلى فلسفة القانون، الذاكرة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠١١.

- (١٣٦) د. منذر عبد الحسين الفضل، تاريخ القانون،، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن، ١٩٩٨.
- (١٣٧)، الوظيفة الإجتماعية للملكية الخاصة، في الشريعة الإسلامية والقانون العراقي، منشورات الجمهورية العراقية، وزارة أ للاعلام، بغداد، ١٩٧٧.
- (١٣٨) د. نبيل ابراهيم سعد ، الحقوق العينية الاصلية ، حق الملكية ، ط ١ ، منشورات حلب الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٠ .
- (١٣٩) د. نبيلة عبد الحليم كامل، دور القضاء في الرقابة على شرط المنفعة العامة في حالة نزع الملكية، الاتجاه الحديث لمجلس الدولة في مصر وفرنسا، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.
- (١٤٠) د. نواف كنعان، حق المؤلف، النماذج المعاصرة لحق المؤلف ووسائل حمايته، ط ١، الاصدار الرابع، دار الثقافة، عمان، الأردن، ٢٠٠٤.
- (١٤١) د. هشام محمد فوزي، رقابة دستورية القوانين امريكا ومصر مع تحليل الأحكام الدستورية في البلدين، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٦.
- (١٤٢) د. هيمن قاسم بايز، حماية الملكية الخاصة في ضوء الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، دراسة مقارنة ط ١، مكتبة زين الحقوقية والا دبية، ٢٠١٣.
- (١٤٣) د. وجدي ثابت غبريال، السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية، منشاة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٨.
- (١٤٤) د. وفاء السيد احمد ، قيود الملكية للمصلحة العامة في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي ، دار النهضة العربية ١٩٨٨ .
- (١٤٥) د. وليد رمضان، طوابط نزع الملكية للمنفعة العامة والتعويض العادل عنها، ط ١، دار الحقانية، ٢٠١١.

ثالثا/ الإطار:

- (١) ابها عبدالله با خطاب ،قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة والرقابة القضائية عليها في اليمن، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠١٥.
- (٢) خالد رشيد الدليمي، نزع الملكية للنفع العام، دراسة مقارنة ،اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠١.
- (٣) خوادجية سماحة حنان، قيود الملكية العقارية الخاصة، أطروحة دكتوراه، جامعة قسطنطينية، كلية الحقوق، ٢٠٠٧، ص ٢٥

- ٤) رمضان صلاح امين علي نجم، دور القضاء الإداري في رقابة السلطة التقديرية للإدارة، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ٢٠١٦.
- ٥) عادل عمر ابشريف، القضاء الدستوري في مصر، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٨٨.
- ٦) عزت صديق طنبوس، نزع الملكية للمنفعة العامة، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٨٨.
- ٧) عزيز كاظم جبر، الملكية الخاصة وخصوصية التطبيق الاشتراكي في العراق، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، كلية القانون، ٢٠٠٤، ص ١٠٢.
- ٨) عزيزة حامد الشريف، التاميم وتجربته في مصر، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧٥.
- ٩) فاضل حبشي، الامتداد القانوني لعقود الايجار، اطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٦٢.
- ١٠) مصطفى التراب، القضاء الإداري وحماية حق الملكية العقارية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق اكدال، الرباط، ٢٠٠٩.
- ١١) معمر ابراهيم، القيود الخاصة الواردة على الملكية العقارية الخاصة، أطروحة دكتوراه، جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم، الجزائر، ٢٠١٨.
- ١٢) معمر ابراهيم، القيود الخاصة الواردة على الملكية العقارية الخاصة، أطروحة دكتوراه، جامعة عبد الحميد بن باديس - مستغانم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، ٢٠١٨.
- ١٣) ممدوح صديق السيد درويش، دور القضاء الإداري في حماية الملكية الفردية. دراسة مقارنة بين القانونية الفرنسي والمصري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ١٩٩٦.
- ١٤) ممدوح صديق السيد درويش، دور القضاء الإداري في حماية الملكية الفردية، دراسة مقارنة بين القانونين المصري و الفرنسي، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ١٩٩٦.
- ١٥) مصطفى حباشي عليو، الضمانات الدستورية والقضائية لحماية حق الملكية الخاصة، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠١٧.
- ١٦) صبري محمد السنوسي، الاعتقال الاداري-الحرية الشخصية ومقتضيات النظام العام، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٥.

- ١) سالم عبدالله الخيتوتي، رقابة القضاء على قرارات نزع الملكية للمنفعة، دراسة مقارنة بين التشريع الليبي والتشريع المصري، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة ٢٠١٠.
- ٢) ارثن عبد الله، دور القضاء الإداري في مجال نزع الملكية للمنفعة العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، الجزائر، ٢٠٠٧.
- ٣) عز الدين بو بكرعلي محمد، نزع الملكية للمنفعة العامة في القانون الليبي المقارن، رسالة ماجستير، أكاديمية الدراسات العليا، فرع بنغازي، ٢٠٠٣.
- ٤) عزيز كاظم جبر، الملكية الخاصة وخصوصية التطبيق الاشتراكي في العراق، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٨٤.
- ٥) ناجي سليمان احمد الفلاحي، النظام القانوني للتأميم، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة ال البيت، ٢٠١٦.

خامسا / بحوث منشورة:

- ١) سيد علي الخفيف ، الملكية الفردية وتحديدها في الاسلام ، بحث منشور في المؤتمر الاول لمجمع البحوث الاسلامية ، ١٩٦٤ .
- ٢) عبد الباقي نعمة عبدالله، نزع الملكية امتياز مقرر للادارة، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، ع١٤، م٢، ١٩٨٧.
- ٣) بحث قانوني متكامل عن رقابة القضاء الدستوري في مصر والإمارات ، متاح على الأنترنت ..تاريخ الزيارة في ١١/٩/٢٠٢١.
- ٤) د.جواد كاظم وحسين عذاب السكيني، العلاقة الإجارية في ضوء قانون رقم ٥٦ لسنة ٢٠٠٠ ،مجلة القانون المقارن، العدد/٣٦ السنة ٢٠٠٥ .
- ٥) عبد المجيد الحكيم، الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي، ج١، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، دار الكتب، العراق، ١٩٨٠.
- ٦) د.جابر ابراهيم الراوي، التأميم في القانون الدولي والقانون العراقي، مجلس القضاء، العددان ٣، ٤،
- ٧) علي محمد بدير، د.عصام البرزنجي، د.مهدي السلامي، مبادئ واحكام القانون الإداري، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٩٣.
- ٨) ماهر صالح الجبوري، غلط الإدارة البين في تقدير الوقائع معياره رقابة القضاء عليه، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، العدد الاول والثاني، المجلد التاسع، ١٩٩٠ .

سادسا/ ا: الدساتير

- (١) الدستور الفرنسي العام ١٧٩٢
- (٢) الدستور الفرنسي لسنة ١٩٤٦
- (٣) الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨
- (٤) الدستور المصري لسنة ١٩٧١
- (٥) الدستور المصري لسنة ٢٠١٢
- (٦) الدستور المصري لسنة ٢٠١٤
- (٧) الدستور الإماراتي لسنة ١٩٧١
- (٨) الدستور العراقي لسنة ١٩٥٨
- (٩) الدستور العراقي لسنة ١٩٦٣
- (١٠) الدستور العراقي لسنة ١٩٦٤
- (١١) الدستور العراقي لسنة ١٩٦٨
- (١٢) الدستور العراقي لسنة ١٩٧٠
- (١٣) قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤
- (١٤) الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥

سابعا/ القوانين

- (١) القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤
- (٢) القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨
- (٣) القانون المدني العراقي رقم ١٠ لسنة ١٩٥١
- (٤) قانون العقریات العراقي رقم ١١ السنة ١٩٦٩
- (٥) قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥
- (٦) قانون مجلس الدولة المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢
- (٧) قانون التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة رقم ١٧ لسنة ٢٠١٣ .
- (٨) قانون مجلس الدولة رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩
- (٩) قانون مجلس الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩
- (١٠) القانون الأساسي العراقي لسنة ١٩٢٥
- (١١) قانون الاستملاك رقم ٥٤ لسنة ١٩٧٠
- (١٢) قانون الاستملاك رقم ١٤ لسنة ١٩٨١

- ١٣) قانون الإصلاح الزراعي المرقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠
 ١٤) قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩
 ١٥) قانون ايجار العقار المرقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩
 ١٦) قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥
 ١٧) قانون هيئة دعاوي الملكية رقم ٢ لسنة ٢٠٠٦
 ١٨) قانون هيئة حل الدعايات الملكية العقارية رقم ١٣ لسنة ٢٠١٠

ثامنا/القرارات والاحكام:

- ١) قرار رقم ٤٢٨٢ / تمييز/ ٢٠٠٥ في ٢٢/٢/٢٠٠٧.
 ٢) قرار ٤٩٢١ / تمييز/ ٢٠٠٦ في ٤/٣/٢٠٠٧
 ٣) قرار المحكمة الاتحادية العليا العدد ١١٢/اتحادية-اعلام/١٤ في ١٢/٤/٢٠١٥.
 ٤) الاموال المنقولة غير مشمولة بقانون الهيئة رقم ١٣ لسنة ٢٠٠١ قرار الهيئة التمييزية/٣٥٥٥/تمييز/٢٠٠٧ في ٢٨/١٢/٢٠١٠.
 ٥) قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ٢١ /اتحادية/٢٠٠٩ في ٢٦/٥/٢٠٠٩..
 ٦) قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ٢٥/اتحادية/٢٠٠٧ في ٨/١/٢٠٠٧ .
 ٧) قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ٥/اتحادية/٢٠٠٧ في ٢/٧/٢٠٠٧ .
 ٨) قرار المحكمة الاتحادية العليا:رقم ١ /اتحادية/٢٠١٢ في ٥/٣/٢٠١٢ .
 ٩) قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ٥/اتحادية/٢٠٠٧ المورخ في ٢/٧/٢٠٠٧ .
 ١٠) قرار المحكمة الإدارية العليا بالطعن رقم ٦٤١ لسنة ٤٨ ق الصادر في ١/٣/١٩٧٩.
 ١١) قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ١١٩٤ في ٢/١١/١٩٨٣ المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٢٩٦٨ في ٢١/١١/١٩٨٣.
 ١٢) قرار محكمة القضاء الإداري المرقم (٢٠٠٤/٦١) والصادر في ١/٦/٢٠٠٤ .
 ١٣) ينظر على سبيل المثالية القرار رقم (١٨ / اتحادية تمييز / ٢٠٠٩) والصادر في ١٨/٦/٢٠٠٩ ، وكذلك القرار رقم (٦ " أتحادية تمييز / ٢٠٠٩) في ١٥/٧/٢٠٠٩.
 ١٤) حكم المحكمة الادارية العليا الصادر في ١٢/١/١٩٨٥، ق،٢٥٥٦، السنة ٣٠، بند ٦٦.
 ١٥) قرار محكمة القضاء الإداري المرقم (١١٢/٢٠٠٦) بتاريخ ١٠/١٠/٢٠٠٦ .
 ١٦) القرار ٨٠٧ /تمييز/٢٠٠٧ بتاريخ ١/٩/٢٠١٠ .
 ١٧) القرار ٤٦٠٩ /تمييز/ ٢٠٠٧ في ١٧/١٠/٢٠١٠

- (٣٦) حكم المحكمة الدستورية العليا الدعوى رقم (٩٨) آذار ١٩٩٢ ، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ، ج ٦ ، قاعدة رقم (١٩) ، ٥٦٦ .
- (٣٧) حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في ١٩٨٣/٢/٥ والصادر في القضية رقم ١٨ لسنة ١ ، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ، ج ٢ ، قاعدة رقم ١٣ .
- (٣٨) حكم المحكمة الدستورية العليا رقم ٦٧ لسنة ٤ ق الصادر في ٢/٢/١٩٨٠ ، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ، ج ٣ .
- (٣٩) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (١٣٠) لسنة (٥ قضائية دستورية) ، ج ٥ ، قاعدة رقم (١٤) الصادر في ١٩٩٣/٢/٦ ، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ، ج ٥ ، قاعدة رقم (١٤)
- (٤٠) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (١٨ و ٩٩) لسنة (٣ قضائية دستورية) ، الصادر في ١٩٨٩/٣/٤ ، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ، ج ٤ ، قاعدة رقم (٢٢) ، .
- (٤١) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (٢) لسنة (ه قضائية دستورية) ، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ، ج ١ ، قاعدة رقم (٣٩) الصادر في ١٩٧٦/٧/٣ .
- (٤٢) حكم المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم ١٤ لسنة ٤ق، تنازع جلسة ١٩٨٣/٥/١٩ ، ج ٣ .
- (٤٣) حكم المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم لسنة ٤ق، دستورية، جلسة ١/٢/١٩٧٥، ج ١، عليا.
- (٤٤) حكم المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم ٦ لسنة ١٧ ق، دستورية، جلسة ٤/٥/١٩٩٦، ج ٧ دستورية، .
- (٤٥) حكم محكمة التمييز ، المرقم (٣٢٠ / مدينة ثانية عقار / ١٩٧٢) ، والصادر ففي ٥ / ١٠ / ١٩٧٢ ، منشور في النشرة القضائية ، س (٣) ، ع (٢) ، ١٩٧٤ .
- (٤٦) حكم محكمة القضاء الإداري رقم (٨٥/٢٠٠٠) الصادر بتاريخ ١٣/٤/٢٠٠٥ .
- (٤٧) حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم (٤٩٠) السنة (١٧ ق) ، بتاريخ ١٩٦٥/٤/٢٠ .
- (٤٨) حكم محكمة النقض في ١٧/٥/١٩٦٦، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ١٧، رقم ١١٥ .

- ٤٩) حكم المحكمة الصادر في ١٩٩١/١١/٢٣، ع ٧، قضاء إداري، ١٩٩١،
- ٥٠) حكم محكمة التمييز، المرقم (٢٢٤١ / حقوقية ٩٦٤) والصادر في ١٩٦٤/١٢/٢٩، منشور في قضاء محكمة التمييز، مج (٢)، مطبعة الإدارة المحلية، بغداد، ١٩٦٨،
- ٥١) حكم محكمة التمييز، رقم (١٠ / هيئة عامة / ١٩٧٢)، مجلة القانون المقارن، ع (٥-٤)، السنة الخامسة ١٩٧٢.
- ٥٢) حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم ٥ لسنة ١٩٨١/٥/١٦، ج ١.
- ٥٣) حكم محكمة التمييز، المرقم (١٥١٠ / المدينة ثانياً عقار / ١٩٧١)، والصادر في ١٩٧١/١٠/٢٦، منشور في النشرة القضائية، م (٢)، ع (٤)، ١٩٧٣.
- ٥٤) الحكم الصادر في في ١٩٩٣/٥/١٥ مجموعة الاحكام، ج ٥، المجلد الثاني، قاعدة رقم ٤٥٦/٢٦، ٤٥٦، القضية رقم ١٨ لسنة ١٣ ق دستورية.
- ٥٥) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (١٠٩) بتاريخ ١٩٨٠/٢/١٦، مجموعة ٤٠١.
- ٥٦) حكم المحكمة الإدارية العليا، جلسة ١٨ شباط طعن رقم (٢٤٤١) لسنة، ٣ ق.
- ٥٧) حكم المحكمة الدستورية العليا في ٢٠٠٤/٣/٧ في القضية رقم ١٠٥ سنة ٢٤ ق دستورية، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، ج ١١، القاعدة رقم ٧٩.
- ٥٨) حكم المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم السنة ٤ ق دستورية، جلسة ١٩٧٥/٢/١، ج ١، عليا.
- ٥٩) حكم المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم ٦٧ لسنة ٤ ق دستورية بجلصة ١٩٨٥/٢/٢، ج ٣، دستورية.
- ٦٠) حكم المحكمة الدستورية العليا: جلسة ١٩٨٦/٦/٢١ طعن ٥، ق ١٣٩، ١٤٠، ج ٣، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.
- ٦١) حكم المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم ٦ سنة ١٧ قضائية دستورية عليا، بتاريخ ١٩٩٦/٥/٤، مجموعة احكام المحكمة الدستورية العليا، ج ٧، القاعدة رقم ٣٤.
- ٦٢) حكم المحكمة الدستورية العليا، جلسة ١٩٨٦/٦/٢١، طعن، (١٣٩/٥ - ١٤٠)، مجموعة احكام المحكمة الدستورية العليا، ج ٣.
- ٦٣) حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم السنة ١ ق دستورية في ١٩٨٥/٢٣.
- ٦٤) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بتاريخ ١٩٤٨/٥/١٥.
- ٦٥) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٨٣/٦/٧.
- ٦٦) حكم محكمة القضاء الإداري في الجلسة ١٤/٦/٩٥٤ذ مجموعة السنة الثالثة،.
- ٦٧) طعن رقم ١٨٤ لسنة ٢٠٠٨ (طعن مدني) صادر عن محكمة دبي في ٢٣/١١/٢٠٠٨.

- ٦٨) الدعوى رقم ٦٣ لسنة ١٣ قضائية دستورية، جلسة ١٩٩٣/٣/٢٩ .
- ٦٩) الدعوى رقم ٢٥ لسنة ١١/ق دستورية في ١٩٩٢/٥/٢٧ .
- ٧٠) الدعوى رقم ٣ لسنة ٨/ق جلسة ١٩٩٧/١/٤ .
- ٧١) الدعوى رقم ٤٤ لسنة ١٧ ق دستورية، جلسة ١٩٩٧/٧/٢٢ .
- ٧٢) الدعوى رقم ٤ لسنة ١٥ ق دستورية، جلسة ١٩٩٦/٧/٦، ج١، ١٩٩٦، ٢ .
- ٧٣) الدعوى رقم ٦ لسنة ٩ ق دستورية، جلسة ١٩٩٥/٣/١٨، ج١، ٦ .

تاسعا/ المصادر الأجنبية:

- ١) Roux ، Gour de droit criminel francais ، ١٩٢٧ .
- ٢) Helen Paliat . I. Objectif Constitutionnel de droit a un logement decent . Vers le Constat ٢١ de deces du deces du droit de propriete Dalloz ، ١٩٩٥ chrp ٢٨٣ .
- ٣) Olivier Dahammel - Yves Meeny . Dictionnaire - Lere Edit P.V.F. paris ، ١٩٩٢ - .
- ٤) Auby(J.M) et Bon(p):Droid administrative، Dallas، ١٩٩٣، p١٦٥.
- ٥) C.E.٥ juillet ١٩٤٦. Demoisile . Rec Dalloy . Op.cit ، p.٣١ .

عاشرا / الانترنت:

- ١) <https://data.uselessonlin.com>
- ٢) <https://www.iraqfsc.iq>
- ٣) <https://www.a^wallaw.com/١٠٥٤٧>
- ٤) <https://www.iraqfsc.iq>
- ٥) <https://www.iraqfsc.iq>

Conclusion:

The widest scope of the rights in rem is the right of ownership, rather the sum of other rights in rem derives from it. Whoever has the right of ownership over something has the right to use it, the right to exploit it, and the right to dispose of it, and thus gathers all the powers that the law gives to the person over the thing. However, there is a long controversy between the man-made doctrines about the nature of the right of ownership since the early sixteenth century until the present day, and this dispute was summarized in two doctrines and two situations in the world, one of which is known as individual gold and the other as the collective doctrine, the first giving priority to the individual and the other giving it to the group. On the political, economic and social level, and both directions go with the intervention of the state to impose restrictions that limit the powers of the owner to achieve the public interest. Undoubtedly, the legal restrictions on individual property are many restrictions that are difficult to enumerate all of them, especially since the legislator and the management authorities have the ability to decide new restrictions whenever the interest calls. Public The restriction of the right to individual ownership for the public interest appears in various restrictions, including legal requirements such as expropriation for the public benefit and nationalization, which is the most extreme stage of this restriction and restrictions for criminal reasons or restrictions on the owner's powers such as limiting agricultural ownership to a maximum and reducing the owner's powers in exploitation. On the one who imposes some special restrictions, even if they are forced, if the owners do not accept to agree to those restrictions, are these restrictions imposed unconditionally? A union and for free. This calls us to look for guarantees, and there is no doubt that the judiciary is one of the most important sources that work to preserve the right of individual property and the rights that branch from it, as protection is not limited to a specific type of property without others, space with all its constitutional and administrative levels. The ordinary has for a long time been a protector of individual property against all aggressions.

Republic of Iraq
**Ministry of Higher Education and
Scientific Research**
University of Qadisiyah
College of Law



**The authority of the administration to restrict individual
ownership for the public interest.**

A comparative study.

A letter submitted to the Council of the College of Law - University
of Al-Qadisiyah. It is part of the requirements for obtaining a master's
degree in public law

By

Hamid Fares Shibli, supervised

by

Prof.Dr. Ali Najeeb Al-Hussaini shines

AH ١٤٤٣

AD ٢٠٢١