**المحاضرة الثانية**

**القيود التي ترد على حق الملكية ذاته : وتنقسم على قسمين منها القيود قانونية والقيود الارادية وكالاتي :**

**القيود القانونية**

**وهذه القيود اما تقرر لمصلحة عامة أو تقرر لمصلحة خاصة ، وهذا يعني انها على نوعين :**

**أولا : القيود القانونية المقررة لمصلحة عامة : وهي كالاتي :**

**1- نزع الملكية للمنفعة العامة**

**أن الملكية حق الملكية حق مصون لا يجوز الاعتداء عليه وحرمان المالك منهُ إلا في الأحوال التي يقرها القانون ، لهذا نصت المادة / 1050 من ق م ع (لا يجوز ان يحرم احد من ملكه ، الا في الاحوال التي قررها القانون وبالطريقة التي يرسمها ، ويكون ذلك في مقابل تعويض عادل يدفع اليه مقدماً) وهناك عدة شروط يجب توافرها :**

1. **ان يكون نزع الملكية للمصلحة العامة**
2. **ان يكون نزع الملكية مقابل تعويض عادل**
3. **اتباع الإجراءات القانونية في نزع الملكية**

**إجراءات الاستملاك : قد يكون الاستملاك رضائي او قضائي او اداري ،**

**بالنسبة للاستملاك الرضائي : هو الذي يتم عن طريق التفاوض بين المستملك والمستملك منه ، وبعد اتفاق الطرفين يتم مفاتحه هيئة تقدير لتحديد التعويض ويبلغ رئيس الهيئة قرار الهيئة لكل من الطرفين ويصبح القرار باتا وملزما للطرفين ولا يجوز الطعن به اذا تم الموافقة عليه تحريريا من كلا الطرفين او بعد مرور عشرة أيام من التبليغ به ، وعلى الطرف المستملك إيداع بدل الاستملاك لدى دائرة التسجيل العقاري في حال التعويض العيني خلال مدة 60 يوما من تاريخ التبليغ بالقرار .**

**أما الاستملاك القضائي : فيتم عن طريق تقديم طلب الى محكمة بداءة موقع العقار يؤيد فيه عدم وجود مانع تخطيطي او قانوني من الاستملاك مرفقا به نسخه من اخر سجل للعقار او تأييد من دائرة التسجيل العقاري وخارطة مصدقة من دائرة التسجيل العقاري مؤشرة عليها المساحة المطلوب استملاكها وبيان أسماء مالكي العقار وتحدد المحكمة موعد للنظر في الاستملاك خلال 10 أيام من تاريخ تسجيله لديها وبعد توفر الشروط القانونية لطلب الاستملاك تجري المحكمة كشف لتقدير التعويض من قبل هيئة تشكل لهذا الغرض تتكون من رئاسة قاضي المحكمة وعضوية رئيس دائرة التسجيل العقاري او من ينوب عنه ورئيس دائرة ضريبة العقار او من ينوب عنه وبعد ذلك يتم ابلاغ صاحب العقار بذلك وأن الإجراءات الواجبة الإتباع ، هي :**

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

**ب- تعين المحكمة موعدا للنظر في طلب الاستملاك خلال عشرة أيام من تاريخ تسجيله .**

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

**د- تفصل المحكمة في طلب الاستملاك على درجة الاستعجال.**

**و- إشعار دائرة التسجيل العقاري عند اكتساب القرار درجة البتات لتسجيل العقار المستملك .**

**اما الاستملاك الإداري : فهو الذي يكون بين دوائر الدولة ويتم تحديد التعويض بالاتفاق بين الطرفين وفي حال الاختلاف بشان الاستملاك فان الوزير المختص يفصل في الخلاف الناشئ بينهما واذا لم تكن الدائرتين تابعة لوزارة واحدة فان المختص في النظر في النزاع هو مجلس الوزراء .**

**التعويض :**

1. **التعويض العيني : أجازت المادة 29 من قانون الاستملاك أن للمستملك أن يعوض المستملك منهُ أرضاً زراعية أو بستاناً معادلة من حيث القيمة ضمن حدود الوحدة الإدارية للأرض المطلوب استملاكها وبمثلها خارج حدود الوحدة الإدارية بموافقة المستملك منهُ .**
2. **التعويض النقدي : نظم قانون الاستملاك التعويض عن الأراضي الزراعية ثم التعويض عن البساتين والمغروسات معتمداً الأسعار السائدة في عام 1973 أساساً لتقدير التعويض وأضافه نسبة مئوية عليه لكل سنة من السنين اللاحقة أما العقارات فقد أعتمد القانون الأسعار السائدة بتاريخ الكشف و التقدير .**

**2- الاستيلاء المؤقت**

**لقد أجازت المادة 26 من قانون الاستملاك 12 لسنة 1982 لدوائر الدولة والقطاعين الاشتراكي والمختلط أن تستولي مؤقتاً على العقارات المملوكة للأفراد وذلك في حالات الحرب أو الفيضان أو حريق أو كوارث أخرى وينظم محضراً بذلك عند وضع اليد على العقار الذي صدر قرار الاستيلاء به وإذا انتهت مدة الاستيلاء فعلى الجهة التي استولت على العقار أن ترده إلى أصحابهِ مع تعويضه إذا أصاب الضرر ، ومدة الاستيلاء لا تتجاوز سنتين من تاريخ القرار ومقابل تعويض مناسب ، ويتم تنظيم محضر بوضع اليد على العقار الذي صدر قرار الاستيلاء المؤقت عليه يشمل وصف شامل للعقار .**

**واذا دعت الضرورة الى استمرار الاستيلاء لمدة تزيد على السنتين فعلى الجهة المستولية طلب استملاكه مقابل تعويض .**

**3- التأميم**

**هو الإجراء الذي تنتقل به ملكية المشروعات الخاصة من الأفراد والشركات إلى الدولة لقاء تعويض عادل ويقترب التأميم من نظام نزع الملكية للمنفعة العامة حيث أن كلاهما يؤدي إلى نزع الملكية الخاصة جبراً عن أصحابها لقاء تعويض عادل ، ولكن ، مع ذلك تختلفان عن بعضهما من حيث الإجراءات المقررة لكل نظام ومن حيث أن نزع الملكية للمنفعة العامة ينصب على العقارات دائماً بينما التأميم ينصب على مشروعات معينة بجميع عناصرها العقارية وغير العقارية .**

**ثانيا : القيود القانونية المقررة لمصلحة خاصة**

**وهذه القيود تقرر انطلاقا للموازنة بين المصالح الخاصة المتعارضة وترجيح بعضها على بعض وهي على نوعين كالاتي :**

1. **التزامات الجوار بصورة عامة : أن المالك حراً في مباشرة سلطاته التي تمكنهُ من الحصول على منافع ملكه ولكن هذهِ السلطات تتقيد بوجوب عدم مبالغة المالك في استعماله لحقه إلى حد يلحق الضرر الفاحش بجاره وإلا تحققت مسؤوليته عن هذا الضرر ولقد أورد القانون المدني العراقي التزامات الجوار في المادة 1051 ( 1 – لا يجوز للمالك ان يتصرف في ملكه تصرفاً مضراً بالجار ضرراً فاحشاً ، والضرر الفاحش يزال سواء كان حادثاً او قديماً.......) .**

**الضرر الذي يبرر مسؤولية المالك :**

**ليس كل ضرر يرتب مسؤولية على المالك بل لابد ان يكون الضرر قد بلغ حداً من الجسامة لا يستطيع معها الجار ان يتمتع في ملكه ويطلق عليه الضرر الفاحش ، وقد عرفته مجلة الاحكام العدلية في المادة (1199) بانه الضرر الذي يمنع أو يعطل الحوائج الاصلية أي المنفعة المقصودة من البناء كالسكن او يضر بالبناء فيجلب له وهناً يسبب انهدامه .**

**حكم الضرر الفاحش :**

**يزال الضرر سواء كان قديما ام حديثا استناداً الى القاعدة العامة (لا ضرر ولا ضرار) وإزالة الضرر لا تستلزم بالضرورة منع الاستعمال المشكو منه وانما يكفي اتخاذ بعض الإجراءات الكفيلة التي تمنع وقوع الضرر مع بقاء الاستعمال قائماً كما يلزم المالك بتعويض الجار عما أصابه من ضرر .**

**أساس مسؤولية المالك عن الضرر : سنبحث ذلك في القانون الفرنسي والمصري والعراقي على التوالي وكالاتي :**

**1- القانون الفرنسي : لم يشير الى ذلك ولكن اختلف الفقه الفرنسي حولة فذهب راي الى ان أساس مسؤولية المالك هي التعسف في استعمال الحق ، وذهب راي اخر الى ان أساس المسؤولية هي الخطأ الشخصي ، وذهب اخرون ان أساس المسؤولية هي التزام قانوني يقال له التزام الجوار .**

**2- القانون المصري : فقد نص على ذلك في المادة (5) من القانون المدني المصري والذ اطلق عليه الضرر غير المألوف ، على أساس نظرية التعسف في استعمال الحق .**

**3-القانون العراقي : يقيم مسؤولية المالك على أساس نظرية التعسف في استعمال الحق وهذا ما نص عليه في المادة (7) من القانون المدني العراقي والتي نصت على انه (1- من استعمل حقه استعمالا غير جائز وجب عليه الضمان ، 2- يكون استعمال الحق غير جائز في الحالات الاتية :**

**أ- اذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الاضرار بالغير ، ب- اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها لا تتناسب مطلقا مع ما يصيب الغير من ضرر ، ج- اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها غير مشروعة ) .**

**يتضح من ذلك ان استعمال الحق يكون غير جائز اذا توفرت المعايير الاتية :**

**1-قصد الاضرار بالغير : المهم في هذا المعيار تحقق النية أي القصد وهذا القصد وحده كافيا لتحقق الضرر .**

**2-رجحان الضرر على المصلحة رجحانا كبيراً وهذا المعيار موضوعي للقضاء سلطة واسعة فيه .**

**3-عدم مشروعية المصلحة أي مخالفة للآداب والنظام العام وهذا المعيار موضوعي للقضاء سلطة واسعة فيه .**

**هل للأسبقية في التملك او الاستغلال دور في تحقق مسؤولية المالك ؟**

**نصت الفقرة الثالثة من المادة (1051) من القانون المدني العراقي على انه (اذا كان احد يتصرف في ملكه تصرفا مشروعا فجاء اخر واحدث في جانبه بناء وتضرر من فعله فيجب عليه ان يدفع ضرره بنفسه) ، وبموجب ذلك فان الاسبقية في التملك لا ترتب المسؤولية على الملك ، فعلى من يدعي الضرر ان يدفع ضرره بنفسه فله ان يتخذ الإجراءات الكفيلة بدفع الضرر أو تحمل الضرر .**

**هل للرخصة الإدارية دور في نفي مسؤولية المالك ؟**

**ان الترخيص الإداري لا يؤدي الى نفي المسؤولية عن الاضرار التي تصدر من المالك لان الترخيص ما هو الا لضمان توفر شروط معينة لمباشرة أنواع معينة من الاستغلال ولا يقصد به اباحه الضرر الفاحش بالجار .**

**د. فاطمة المسلماوي**

**تدريسي المادة**