MESR
منار الشرق للدراسات والأبحاث
Manar Elsharq for Studies & Research

Middle East Journal of Legal and Jurisprudence Studies

Homepage: http://meijournals.com/ar/index.php/mejljs/index
ISSN 2710-2211 (Print)
ISSN 2788-4694 (Online)

مجلة الشرق الأوسط
للدراسات القانونية والفقهية

# تعليق على قرار محكمة التمييز بشأن امكانية التجاوز على الملكية الخاصة

**الدكتور وداد وهيب لهمود**

كلية القانون، جامعة ذي قار ، العراق

Email: p1e22@utq.edu.iq

استلام البحث: 16/03/2023 مراجعة البحث: 18/06/2023 قبول البحث:22/06/2023

**ملخص الدراسة :**

عند مراجعتنا قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم بالعدد( 5238/ الهيئة المدنية/ 2019)،وجدنا أنّ المحكمة تجيز للشخص المتجاوز على العقار تملكهُ مقابل تعويض،فالمحكمة تجيز التجاوز على ملكية العقار،ولكن لا نجد للمحكمة أساس في إستناداها عليهِ،فقط للضرورة في منطوق كلامها الضرورات تبيح المحضورات،ولكن عند دراستنا لموضوع الملكية الخاصة ولقاعدة الضرورات تبيح المحظورات لانجد ما يبيح للمحكمة نزع ملكية العقار،لأنّ حق الملكية حق مقدس ومصون وايضاً أنهُ حق دستوري وهذا الحق الدستوري لا يجوز نزعهُ الإ لأغراض المنفعة العامة،ووفق تعويض عادل،وبالتالي سنتبع قرار المحكمة أعلاه وقبل التعليق عليهِ والمسائل التي يثيرها القرار،لابد انّ نوضح معنى الملكية الخاصة،ومعنى قاعدة الضرورات تبيح المحضورات التي أستندت عليها المحكمة في بيان مدى إمكانية صحة قرار المحكمة اعلاه وننتهي بذلك الى خاتمة نوجز أهم ما توصلنا اليهِ في مراجعة قرار المحكمة.

**الكلمات المفتاحية:** الملكية الخاصة ـ الضرورة – التجاوز ـ المنفعة العامة

# Comment on the decision of the Court of Cassation regarding the possibility of trespassing on private property

**Dr. Widad Wahib Lahmoud**
College of Law, Thi-Qar University, Iraq

## Abstract

When we reviewed the decision of the Federal Court of Cassation numbered (5238 / Civil Authority / 2019), we found that the court allows the person who trespassed on the property to own it in exchange for compensation. Necessities permit what is forbidden, but when we study the issue of private property and the rule of necessities permit prohibitions, we find nothing that allows the court to expropriate the property, because the right of ownership is a sacred and inviolable right and also it is a constitutional right, and this constitutional right may not be expropriated except for the purposes of public benefit, and according to fair compensation, and therefore we will follow a decision The court above and before commenting on it and the issues raised by the decision, we must clarify the meaning of private property, and the meaning of the rule of necessities permitting the prohibitions upon which the court relied in indicating the extent to which the above court decision could be valid, and we conclude with that a conclusion summarizing the most important findings we have reached in reviewing the court's decision.

**Keywords:** private property - necessity - transgression - public benefit.



CC BY

## مقدمـــــــــــة

أنّ كانت الملكية ولا تزال سبباً للعديد من المشاكل القانونية التي يتعرض لها الإنسان سواء أكان بشكل جماعي أم فردي، وعلى الأصعدة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، إذ أن حق الملكية بشكله المطلق هو عبارة عن السلطة التي يمارسها المالك على الشيء في مواجهة الناس كافة،وفيما يتعلق بكافة المسائل التي تهم الآخرين بصدد هذا الشيء، والذين قد تكون لديهم في الوقت نفسه الرغبة في ممارسة حق الملكية على هذا الشيء.

وعلى الرغم من أن حق المليكة مقدس وأنهُ حق دائم لا يزول ويخول مالكه بالتصرف بجميع أنواع التصرفات القانونية،وهو حق مقرر في الشرائع الوضعية والسماوية،ولكن عند دراستنا لقرار محكمة التمييز المرقم بالعدد( 5238/ الهيئة المدنية / 2019) وجدنا انها أجازت نزع ملكية العقار موضوع القرار لأغراض خاصة،وكما سميت لأغراض إنسانية وللضرورة ،وبناء على قاعدة الضرورات تبيح المحضورات ولكن عند دراستنا لهذه القاعدة،وعند دراستنا لموضوع الملكية الخاصة لا نجد ان من الضرورة الملحة ان تقرر المحكمة نزع ملكية عقار متجاوز عليهِ الى الشخص المتجاوز،وإستناداً الى الضرورة،فلا تكون هنالك ضرورة ملجئة وموجودة بالفعل،وعليهِ سنبين قرار المحكمة مع معطياته من حيث بيان ماهية الملكية الخاصة ونعرض لقاعدة الضرورات تبيح المحضورات وبعدها سنبين المسائل التي يثيرها قرار المحكمة اعلاه.

### فرضية الدراسة:

تتمثل فرضية الدراسة بالإجابة عن الأسئلة الآتية:

1- ما هي معطيات قرار محكمة التمييز باعتبار أنّ حق الملكية حق خاص لايجوز الاعتداء عليه وسلبه.
2- هل أنّ القاعدة التي أستندت عليها المحكمة يصلح كأساس في نزع العقار لا أغراض انسانية ؟
3- ما هي المسائل التي يثيرها قرار المحكمة ؟

### هدف الدراسة:

تهدف هذهِ الدراسة إلى مراجعة قرار المحكمة(5238/ الهيئة المدنية / 2019) وصولاً إلى صحة وصلاحية القرار والاساس الذي أستندت عليهِ .

### نطاق الدراسة:

جاءت هذه الدراسة متخصصة في قرار المحكمة المرقم بالعدد( 5238/ الهيئة المدنية / 2019) في حين عرجت الدراسة إلى القانون الخاص مثل القانون المدني،وقواعد الشريعة الاسلامية،وذلك حفاظاً على التكامل المطلوب في الموضوع.

### هيكلة الدراسة:

من أجل الإحاطة بالموضوع من جوانبه كافة، فقد تم تقسيمه على فرعيين فقط، تناول الفرع الأول في معطيات قرار محكمة التمييز الاتحادية، وخصصت الفرع الثاني في اتجاه محكمة التمييز ،وختمت الدراسة بخاتمة تضمنت أهم ما تم التوصل إليه في الدراسة.

## المطلب الاول

## التعليق على قرار محكمة التمييز بشأن نزع ملكية العقار الخاص لأغراض انسانية

عند دراستنا قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم 5238/ الهيئة المدنية / 2019، تبين لنا انها تجيز نزع الملكية الخاصة لأغراض إنسانية أو الضرورة ، وقبل التعليق على قراراها اعلاه سنبين معنى الملكية الخاصة ، وقاعدة الضرورات تبيح المحذورات ثم نعرض لرأيها الخاص بنزع الملكية والتعليق عليه وذلك على النحو الآتي:-

### الفرع الاول

### معطيات قرار محكمة التمييز بشأن نزع الملكية الخاصة لاغراض انسانية

سنوضح في هذا الفرع من الدراسة،التعريف بالملكية الخاصة ، وبيان معنى قاعدة الضرورات تبيح المحظورات ، وكما يأتي:-

**أولاً:التعريف بالملكية الخاصة**

الملكية اصطلاحاً: نسبة الى المالك،ويتحقق الملك بحيازة الانسان بطريق مشروع حيازة حقيقية أو حكمية[1] فهي سلطة مباشرة لشخص معين على شي معين بالذات تخوله في حدود القانون استعماله واستغلاله والتصرف فيه. وعرفها الأحناف بأنها القدرة التي يثبتها الشارع ابتداءاً على التصرف إلا لمانع،والملك أو الملكية علاقة بين الإنسان والمال،أقرّه الشرع وجعلهُ مختصاً،ويتصرف فيه بالتصرفات كلها ما لم يوجد مانع من التصرف.

وعرف المشرع العراقي حق الملكية في المادة 1048 بقوله : "الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفا مطلقا فيما يملكه عينا ومنفعة واستغلالا فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتاجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة"،ونجد تأثر المشرع العراقي بالفقه الإسلامي، وذلك بنقله تعريف الملكية حرفياً من المادة (11) من مرشد الحيران،وهو بهذا يتفق مع القانون المدني المصري،بأبراز سلطات المالك الثلاث،وهي: الاستعمال، الاستغلال، والتصرف وعبارة: ((جميع التصرفات الجائزة)) الواردة في تعريف القانون المدني العراقي تقابلها عبارة في ((حدود القانون)) الواردة في تعريف القانون المدني المصري. فالمادة (802) من القانون المدني المصري تعرف حق الملكية بقولها: ((لمالك وحده في حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه))[2]وقد نصت المادة (544) من القانون المدني الفرنسي بقولها إن: ((الملكية هي الحق في الانتفاع والتصرف في الأشياء على النحو المطلق بشرط أن لا يستعملها أحد استعمالاً محرماً بموجب القوانين أو الأنظمة))، وهذا التعريف قريب من تعريف القانون المدني العراقي لحق الملكية.

وبإمعانْ النظر إلى تعريف القانون المدني العراقي ومرشد الحيران وغيرهما من تعريفات الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري والفرنسي،قد يتبادر إلى الذهن لأول وهلة أنها قرنت الملكية بصفة الأطلاق، إلا أن هذه التعريفات تضمنت إشارة مهمة تنزع عن حق الملكية هذه الصفة، فعجز المادة (1048) من القانون المدني العراقي والمادة (11) من مرشد الحيران تتحدث عن تصرفات المالك في العين بعبارة ((بجميع التصرفات الجائزة)) فإذا خرج عن حدود الشرع والجواز فلا يعده الشرع أو القانون مستحقاً لحمايتهِ،وهذهِ العبارة مفيدة من ناحيتين اثنتين هما:

---

[1] د. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج 4 ، ط 4 ، مطبعة دار الفكر المعاصر ، لبنان ، 1997 ، ص2892.

[2] د. عبد المنعم فرج الصده ، الحقوق العينية الاصلية ،دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ص 15،وينظر: الدكتور سعيد أمجد الزهاوي ، التعسف في استعمال حق الملكية في الشريعة والقانون ، ط1 ، دار الاتحاد العربي للطباعة ، القاهرة ، 1975 ، ص87. ،د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ، ج1 ، شركة الطبع والنشر الأهلية ، بغداد ، 1961 ، ص6.



CC BY

**أولاً:** فمن ناحية السياسة التشريعية تثبت للمشرع الحق في تقيد حق الملكية على أساس أن ذلك من حقه، وليس من قبيل التعدي والغصب.

**ثانياً:** ومن الناحية الأخرى فيها تأكيد على الطابع الاجتماعي لحق الملكية الخاصة بأن الملكية هي حق له وظيفة اجتماعية[3]، كما أنّ هذه الفكرة أُيدت بموجب دساتير الدول، فقد نصت أغلبها على أن الملكية وظيفة اجتماعية،فمثلاً الفقرة (أ، ب) من المادة (16) من الدستور العراقي المؤقت لعام (1970) التي تنص على أن (( أ- الملكية وظيفة اجتماعية تمارس في حدود أهداف المجتمع ومناهج الدولة، وفقاً لأحكام القانون. ب- الملكية الخاصة والحرية الاقتصادية الفردية مكفولتان في حدود القانون وعلى أساس عدم استثمارها فيما يتعارض أو يضر بالتخطيط الاقتصادي العام)). ونصت عليه المادة (23) من دستور 2005 بقولها " أولا: الملكية الخاصة مصونة ،ويحق للمالك الانتفاع بها واستغلالها في حدود القانون . ثانياً:- لا يجوز نزع الملكية الا لاغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل وينظم ذلك بقانون ." و ينفرد حق الملكية بخصائص دون سواه، وهي كونه حقاً جامعاً ومانعاً ودائماً، ونقتصر الحديث وبإيجاز عن بيان الخصائص التي ينفرد بها حق الملكية وعلى النحو الآتي:-

**أولاً: حق جامع**

يعد حق الملكية حقاً جامعاً، وذلك لأنه يشمل أوسع السلطات التي يمكن أن تكون للشخص على الشيء، وهذه السلطات هي: الاستعمال، الاستغلال، التصرف،وهي التي تمكنهُ من الحصول على جميع المزايا في الشيء محل الحق وضمن الحدود الجائزة قانوناً[4].

**ثانياً: حق مانع**

و يعني ذلك أن المالك وحده له الحق في أنْ يستأثر بجميع مزايا ملكه دون سواه،ويستطيع أن يزاول سلطاته عليهِ،ويمنع غيره من مشاركتهِ فيه حتى ولو لم يلحقهُ ضرر من المشاركة[5].

**ثالثاً: حق دائم**

وهو يعني أن حق الملكية يظل باقياً ما دام الشيء محل الحق موجود،وهذا لا يعني أن ملكية الإنسان للشيء تدوم أبد الدهر ،وقد يتخلى المالك عن ملكيته للشيء بأي تصرف ناقل للملكية نحو البيع أو الهبة،فالقصد من قولنا أن حق الملكية حق دائم، يعني أنه حق دائم في ذاته،أي لكونه وارداً على شيء معين يظل باقياً ما دام الشيء باقياً أيضاً، فحق الملكية لا يقبل لايقبل الانتهاء مادام الشيء موضوع الملكية قائماً[6].

وللملكية عناصر ويقصد بعناصر الملكية: السلطات أو المكنات التي يخولها الحق لصاحبه على ملكه،وهذه السلطات هي: الاستعمال، والاستغلال، التصرف، وقد أشارت المادة (1048) من القانون المدني العراقي إلى هذه السلطات الثلاث. وتجدر الاشارة الى ان حق الملكية الخاصة في النظام الرأسمالي هو حق مطلق ومقدس، وإن القيود التي تفرض على هذا الحق هي ضرورة ملحة لا مفر منها للتخفيف من حد الأطلاق. وهذه القيود لا تؤثر على المقومات الأساسية للنظام الرأسمالي بما أنها لا تصل إلى حد إلغاء النظام نفسه[7]،اما الملكية في النظام الاشتراكي فأن وظيفة القانون في نظر النظام الاشتراكي هي المحافظة على كيان المجتمع وتسخير الفرد لخدمته،وهو ينكر فكرة الحقوق الطبيعية للفرد واللصيقة بشخصه والمستمدة وجودها من

---

[3] د. عبد المنعم فرج الصده ، حق الملكية ، ط2، القاهرة ، 1964 ، ص13.

[4] د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، حق الملكية ، ج8 ، الناشر ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1967 ، ص529.

[5] علي هادي العبيدي ، الوجيز في شرح القانون المدني ، الحقوق العينية ، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع والاعلان ، عمان ، 1999، ص21، وأنظر كذلك شاكر ناصر حيدر ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ، ج1 ، مطبعة العاني ، بغداد ، 1969 ، ص 196.

[6] د. مختار القاضي ، أصول القانون ، ط3 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1967 ، ص34. وأنظر كذلك د. صفاء الحافظ ، نظرية القانون الاشتراكي وبعض تطبيقاته التشريعية ، منشورات وزارة الاعلام ، بغداد ، 1976 ، ص46 .

[7] حامد مصطفى ، الملكية العقارية في العراق ،مع مقارنة بالقانون المدني العربي المصري والسوري ،ج2، معهد الدراسات العربية العالمية ، 1964،ص 49.

الطبيعة والملازمة له في حياته، فالفرد لا يتمتع بالحق إلا إذا وجد في مجتمع،فهو لا يستطيع العيش بدون مجتمع وفقاً لطبيعته،فهو مدين للجماعة بوجوده وبما يملك، فالحق الذاتي لا وجود له في ظل النزعة الاشتراكية، فالحق وظيفة اجتماعية يمارسها الفرد لتحقيق خدمة عامة معينة،وقد أقرَ الإسلام الملكية بنوعيها العامة والخاصة، إلاَ أنه أقام الملكية الخاصة على أساس أن الله – سبحانه وتعالى – هو المالك الأصلي لكل ما يملكه الناس، وينتفعون به، فهو الذي خلق كل شيء وسخره للإنسان،فهو إذن المشرع للملكية لكونه المالك الحقيقي لها، وهذا المعنى مصداق لما أشارت إليه الآيات الكريمة التي نسبت الملكية إلى الله تعالى،قال الله تعالى: **((وَآتُوهُم مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ))**[8] وقوله تعالى: **((وَأَنفِقُوا مِمَّا جَعَلَكُم مُّسْتَخْلَفِينَ فِيهِ))**[9] وقوله تعالى: **((بَل لَّهُ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَالأَرْضِ))**[10]،يتضح لنا من الآيات الكريمة أن كل شيء في الوجود هو ملك لله – تعالى –، فالله وحده الذي له ملكوت السموات والأرض، وإن الإنسان هو خليفته في أرضه، وبمقتضى هذا الاستخلاف يكون للفرد حق التملك الشخصي، ينفرد به، ويستغل الانتفاع به دون منازع من هذا، فإن الله تعالى لم يخلق ذلك ليكون هو المالك، فالله هو الغني والقدير والرزاق، ولكنه خلق كل شيء لكي ينتفع به البشر[11]، وقد ذهب الإسلام في احترام الملكية الخاصة وصيانتها إلى الحد الذي فرض فيه عقوبات صارمة، وجزاءاً حاسماً يحول دون الاعتداء عليها وهذه العقوبة هي قطع يد السارق، قال الله تعالى: **((وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُواْ أَيْدِيَهُمَا جَزَاء بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِّنَ اللهِ وَاللهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ))**[12]،ومن هذا يتضح لنا جلياً أنه ليس ثمة خلاف بين فقهاء الإسلام عامة والباحثين في الاقتصاد الإسلامي خاصة حول مبدأ تدخل الدولة في الحياة الاقتصادية ولاسيما في مجال الملكية الخاصة[13] فالإسلام حرص كذلك على الجماعة ومصالحها، فهو لا يجعل صالح الفرد وحده أو حريته هدفه وغايته، وإنما يهدف إلى تحقيق صالح الفرد والجماعة في آنٍ معا، فالملكية في الاسلام لا تتمتع بالحماية والحرمة مالم تكن مستمدة من سبب مشروع يرجع في النهاية الى العمل الشريف ،ويبعد عن الاحتكار والاستغلال فهي ليست حقاً طبيعياً مطلقاً وانما هي استخلاف من الله عز وجل "مالك الملك " والذي له ملك السموات والارض فتتقيد بما يضعه من حدود ،سواء ما تعلق منها بعدم الاضرار بالغير او باخراج الزكاة والنفقات الواجبة[14]

ومن أهم المبادئ التي يقوم عليها الاتجاه في الإسلام فيما يتعلق بحق الملكية الخاصة هي خضوع المالك في التصرف في المال إلى نظم وقيود من شأنها أن تؤدي إلى تحقيق مصلحة الجماعة، فهذا الحق يقوم على مجموعة من المبادئ أو القواعد التي تسمح بتدخل الحاكم رعايةً للمصلحة العامة فالإسلام أقام نوعاً من الموازنة بين المصلحتين الخاصة والعامة فيما يمنح الفرد الحق بالتملك، وكذلك التصرف،إلا أنه قيده بقيود لمصلحة المجتمع[15]. وبناءاً على ما تقدم فإن الإسلام قد فرض عدداً من القواعد والنظم التي لا تعطي المالك حق التصرف المطلق في ماله، وأورد القيود المباشرة وغير المباشرة على الملكية، ويفرض عليهما من الواجبات ما يستهدف منه بناء المجتمع على أسس لا تتعارض مع الفطرة الإنسانية،ولا تقوم على تهيئة أسباب الاستغلال أو تعريض مصالح المجتمع العامة للخطر[16] ومن هذه القيود أيضاً نزع الملكية للمصلحة العامة، فإذا أدت الملكية

---

[8] سورة النور : الآية 33.

[9] سورة الحديد : الآية 7.

[10] سورة يونس: الآية 25.

[11] علي الخفيف ، الملكية في الشريعة الإسلامية ، ج1 ، (ب. م) ، 1969 ، ص 43 و ص 44.

[12] سورة يونس: الآية 25.

[13] د. شعبان محمد إسماعيل ، الثقافة الإسلامية في ضوء القرآن والسنة ، الناشر دار المريخ للنشر ، المملكة العربية السعودية ، (ب. ت) – ص290.

[14] د. حامد محمود إسماعيل – الملكية الخاصة في ظل الإسلام – مجلة الشريعة والقانون – عدد الأول – منشورات جامعة صنعاء – 1978 – ص109.

[15] فالتملك وظيفة اجتماعية، إذ أن الفرد الذي يستثمر ماله إنما يعمل في مال المجموع لا في ماله الخاص،وبذلك فإن حيازة المال وظيفة والفرد موظف قائم بعمل الوكيل أو النائب عن الجماعة. وهكذا فإن الإسلام يفرض رعاية مصلحة المجتمع عند تملك المال فيد المالك يد استخلاف. والله جعل المال وسيلة للخير فلا يصح أن يستعمل إلا في مصلحة الجماعة. وبذلك تكون الملكية الخاصة في نظر الإسلام وظيفة اجتماعية.

[16] ومن هذه القيود:

الخاصة إلى أن يتحكم مالكها في ثمنها أو توزيعها أو يحبسها عن الناس بحيث يتضررون من ذلك وهم في حاجة إليها كان على الدولة أن تحول دون الاحتكار، وجاز لها أن تتخذ الوسائل الكفيلة لاشتراك الناس جميعاً في الإفادة منها،إلا أن نزع الملكية يجب أن يكون مقابل تعويض عادل يدفع للمالك ما دام قد تم كسبها بسبب مشروع، على أنه إذا لم يكن هناك ضرر أو مصلحة عامة. فلا يجوز نزعها من المالك وفقاً لقول الرسول محمد (صلى الله عليه وسلم): ((لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه ))[17].

ويظهر لنا مما سبق أن حق الملكية في الإسلام ليس حقاً مطلقاً (مقدساً) حسب كما نُصت عليه في وثيقة إعلان حقوق الإنسان والمواطن سنة 1789 في عصر الثورة الفرنسية وإنما هو حق ذو وظيفة اجتماعية . وان الإنسان فيما لديه من مال إنما هو حائز لوديعة أودعها الله بين يديه، ومكنه من الانتفاع بها للوفاء بحاجته. على أن لا يتعارض هذا الانتفاع مع مصلحة المجتمع الذي يعيش فيه ومصلحة الإنسانية بوجه عام،اما الملكية في الدساتير فقد حرصت جميعها على النص على مبدأ صون الملكية وحرمتها، على أساس أنها ثمرة النشاط الفردي، وحافزة على الانطلاق والتقدم، فضلاً من أنها تصدر من مصادر الثروة القومية التي يجب تنميتها والحفاظ عليها لتؤدي وظيفتها الاجتماعية في خدمة الاقتصاد القومي. ومن أجل ذلك حظرت تلك الدساتير نزع الملكية الخاصة جبراً عن صاحبها إلا للمنفعة العامة وبمقابل تعويض عادل وفقاً للقانون،وأكدت أيضاً على حماية الملكية الخاصة، ووجوب دفع تعويض عادل يقرره القانون عند نزعها للمنفعة العامة. أنّ النص على حق الملكية الخاصة في الدساتير هو إعلاء من شأنها وتقديس لها ودليل على وجود الرغبة الجادة في حمايتها وعدم نزعها وتوفير الحصانة اللازمة لها.

**ثانياً:قاعدة الضرورات تبيح المحضورات وأدلتها وضوابطها والقواعد المتفرعة عنها**

الضرورة اصطلاحا: لقد عرفت الضرورة عند الفقهاء بتعريفات متعددة من أهمها تعريف المالكية قال: "الخوف من النفس من الهلاك، علما أو ظن" اما معنى الإباحة واصطلاحا[18] عرفت الإباحة بتعريفات متعددة من أهمها : تعريف ابن حزم : الإباحة: إن فعلها المرء لم يؤثم، وإن تركها لم يؤثم . اما الحضر[19] لقد تعددت تعريف المحظورات بعدة تعريفات ، من أهمها تعريف الآمدي : هو ما يقوم فعله سبباً للذم شرعاً، ويثاب بتركه ، من خلال ما سبق من هذه التعريفات، نرى أن معنى قاعدة الضرورات تبيح المحظورات: أن الممنوعات يصير فيها مأذونا فيه عند الحاجة إليه[20].

---

القيود غير المباشرة: وهي تلك التي فرضت على الإنفاق لا على التملك، وغرضها إلغاء تضخم الثروات وتجميعها في أيد قليلة. وضمان حياة إنسانية كريمة للفقراء والمساكين المعوزين، ومن أمثلة هذه القيود، تحريم التبذير أو التقتير، فالإسلام كان يحجب عن المالك ملكه عندما يسيء إلى أمواله بالتبذير، أو اختزانها دون عمل، فقد دعا إلى الإنفاق في سبيل الله، بوسائل الترغيب في البذل، والترهيب من الشح والترف،القيود المباشرة على الملكية: فهي متعددة ومنهما جواز تحديد الملكية. فالأصل في الشريعة الإسلامية أنه ليس هناك حدود لما يمتلكه الإنسان وما دام حق التملك إباحة من الخالق شرعها الله وفي حدود معينة فلا يجوز والحالة هذه أن تكون سبيلاً للضرر الفاحش. بحيث إذا اقتضت مصلحة الأمة التحديد كان جائزاً وواجباً.

[17] د. إسماعيل العمري – الحق ونظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة والقانون – ط1 – موصل – 1984 – ص182، وأنظر كذلك د. كريم يوسف أحمد كشاكش – الحرية العامة في الأنظمة السياسية المعاصرة – مطبعة أطلس – القاهرة – 1987 – ص 283. صحيح مسلم – ج4 – ص18.

[18] معنى الإباحة لغة: أبحتك الشيء أحللته لك وأباح الشيء أطلقته، والمباح خلاف.

[19] معنى الحظر لغة الحظر في اللّغة: الحبس، والحجر، والمنع، وهو خلاف الإباحة

[20] ثانياً: الألفاظ ذات الصلة بالضرورة أولا: الضرر: لغة الضرر ضد النفع، والكلمة لها عدة معان دائرة كلها حول الضيق والشدة وسوء الحالة. اصطلاحا: هو إلحاق مفسدة بالغير مطلقا، وما ذم . العلاقة بين الضرورة والضرر إن الضرورة مشتقة من الضرر وكلا منهما مرتبط بالآخر ، وهي ناشئة عنه ، فلا ضرورة بدون ضرر وإلا لما أطلق عليها ضرورة، فإذا وجدت ضرورة الأكل من المحرم مثلا، لان . عدم الأكل يترتب عليه ضرر، وهكذا في كل الضرورات فما سميت بذلك إلا للضرر المترتب عليها. عليها، ثانيا: الحرج لغة: الحرج يحمل عدة معان لا تخرج في أغلبها عن معنى الضيق، فالحرج في الأصل الضيق، وقيل أضيق الضيق، أي ضيق جدا. اصطلاحا: كل ما أدى إلى المشقة زائدة في البدن أو النفس حالا أو مالا. العلاقة بين الضرورة والخرج الأساليب الموجبة للتخفيف في ضوء الشريعة الإسلامية، سواء أن كلا منهما يعتبر من كان التخفيف المأمور به نفس، أو الإسقاط، أو إسقاط بعضه.

ثالثا: الحاجة:لغة: بمعنى المأربة، وحاج الرجل يحوج حوجا إذا احتاج، والحوج بمعنى الطلب واصطلاحا أنها تفتقر من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الخرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب، فإذا لم تراع دخل على المكلفين جملة الخرج والمشقة. والعلاقة بين الضرورة والحاجة،إن كل منهما يعتبر من مراتب المصلحة، فإن المصلحة تنقسم إلى ضرورة وحاجة وتحسين، وقد تكون الحاجة في الأصل ضرورة في بعض الصور مثل: الإجارة لتربية الطفل، فلو لم تشرع الإجارة لما تم حفظ النفس، فالإجارة إذن ضرورة في هذه الحالة.

رابعا : المشقة لغة : الشق والمشقة بمعنى الجهد والعناء، يقال: أصحاب الإنسان شق ومشقة: الأمر الشديد كأنه . من شدته يشق الإنسان شقا، والشق هو الانكسار، والنصف كالجهد ينقص من قوة الرجل.اما اصطلاحا: هي العسر والعناء الخارجين عن حد العادة في الاحتمال .العلاقة بين الضرورة والمشقة أن الضرورة هي أعلى أنواع المشاق، بل هي أعلى من الضرر، فكل ضرورة مشقة تجلب قد لاتصل المشقة إلى مرحلة الضرر، فعلاقتها بالضرورة هي العموم والخصوص المطلق".



CC BY

اما ضوابط قاعدة الضرورات تبيح المحظورات من أجل أن توضع قاعدة الضرورات تبيح المحظورات" ، في مسارها الصحيح، وضع الفقهاء ضوابط يجب توافرها؛ حتى يتحقق الأثر الشرعي للقاعدة وهو إباحة المحظور للمكلف،وهذه الضوابط تتلخص في خمسة ضوابط، وهي كما يلي:

**1- أن تكون الضرورة قائمة بالفعل**

يعني هذا الضابط أن تكون ضرورة حقيقية، وواقعية غير متوهمة ولا مظنونة، لابد من تقدير وقوع الضرر من القطع، والجزم بذلك، أو على الأقل حصول الظن القليل، أو البعيد، والدليل على هذا الضابط ما قرره الفقهاء من قواعد كلية تفيد أن الأحكام الشرعية لاتناط بالظن، وإنما باليقين، ومن ذلك قولهم :ا لا عينة بالظن البين خطوه ،والرخص لا تناط بالشك،و أن الرخص أعم من الضرورات و الضرورة سبب من أسباب الرخصة، ومن ثم فالضرورات لا تناط بالشك، أو لا تعمل عملها بالشك، وإنما باليقين، ولا عبرة بالأوهام، ولا الفنون المرجوحة والاحتمالات البعيدة.

**2- ان تكون الضرورة ملجئة**

أن تحقق فيها الاضطرار، بحيث يُخشى منها تلف النفس أو الأعضاء أو أحد خمس الواجب الحفاظ عليها ورعايتها وهي الدين والنفس والعرض والمال والعقل، كما سبق أن قوام الحياة بدونها كلها أو بعضها متعذر فكان في المساس بما بي إخلال للعدل، ومن ثم كان لها أثرها في إباحة ،حد الضرورة التي تبيح المحظور وقد اختلف العلماء في الحالة التي يصح فيها الوصف بالاضطرار ويباح عندها الأكل أو الشرب من المحرم، أي حد الضرورة على رأيين: الرأي الأول : يري جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية والشافعية والحنابلة، الحالة التي يصل الجوع فيها إلى حد يخشى منه الهلاك، أو إلى مرض يفضي إليه. والمعنى: أن الإنسان إذا خاف على نفسه الهلاك، بأن علم ذلك، أو ظنه فإنه يباح له الأكل من الميتة بقدر ما يسد الرمق، ولا يشبع. الرأي الثاني : يري ابن حزم أن حد الضرورة أن يبقى يوما وليلة لا يجد فيها ما يأكل أو ما يشرب، فإن خشي الضعف المؤذى الذي إن تمادى أدى إلى الموت، حل له الأكل والشرب فيما يدفع به عن نفسه الموت بالجوع أو العطش.

**3-أن تقدر الضرورة بقدرها**

أن يقتصر المضطر فيما يباح للضرورة على القدر اللازم لدفع الضرر: أي الحد الأدنى فيه، لذلك قيدت قاعدة" الضرورات تبيح المحظورات" بقاعدة" أن تقدر الضرورة بقدرها، وقد دل على معنى ذلك الضابط قاعدة فقهية تعد مقيدة لهذه القاعدة، وهذه القاعدة هي: " ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها". الشرط الأول: ألا يتناول من المحظور إلا بقدر ما يدفع الضرر فقط ، فإن استرسل أوتوسع حرم قطعة والعلة في ذلك أن المضطر إنما جاز له أن يتناول الحرام بقدر ما يزيل عنه الضرورة فلا يباح له إلا بالقدر الذي تندفع به؛ لأن ما زاد عن ذلك القدر، لا يصدق عليه حالة الضرورة، فيبنى على التحريم "و الشرط الثاني: أن يتقدّر زمن إباحة المحظور بقدر بقاء الضرورة، وهذا المعنى يفيد أن الضرورة علة، وسبب لإباحة المحظور، والحكم يرتبط وجوده بالعلة، فإذا زالت الضرورة زالت الإباحة، وهي الحكم المرتبط وجوده بوجودها، ولا يجوز العمل به في حالة عدم وجود الضرورة، ومن القواعد التي تدل على هذا الاشتراط ما يلي : أ- قاعدة ما جاز لعذر "بطل "بزواله" : وهي تفيد أن المحظور إنما أبيح لأجل الضرورة، فتقيد الإباحة بوجودها ، ومثال ذلك : من تيمم لفقد الماء، فإذا وجد الماء، زال العذر، ولم يجز التيمم، ويجب عليه العمل بالأصل وهو الوضوء، ولا يجوز الجمع بين الوضوء والتيمم في آن معا في هذه الحالة. ب قاعدة " إذا اتسع الأمر ضاق" وعكسها " إذا ضاق الأمر اتسع" ، لكن الذي يعنينا الأصل الأول، وهو يعني أنه متى اتسع الأمر عن حالة الضرورة وجب الرجوع للأصل الأول؛ لأن كل ما تجاوز عن حده انعكس إلى ضده.

تعذر دفع الضرورة بوسيلة أخرى غير فعل المحظور ويتحقق ذلك بأن يتعين ارتكاب المحظور وسيلة لدفع الضرر بحيث لا يستطيع المكلف إلا بارتكاب المحظور، ومتى استطاع أن يزيل الضرر بوسيلة أخرى مباحة امتنع[21].

**5 – ألا يترتب على العمل بالضرورة ضررًا أكبر من الضرر الحاصل بها:**

هذا الضابط معنى قاعدة فقهية من القواعد المكملة لقاعدة " الضرر يزال "، وهي قاعدة الضرر" لا يزال بالضرر، وهذا يجعل "قاعدة الضرورات تبيح المحظورات" ترتبط ارتباطاً وثيقا بقاعدة تعارض المفاسد بعضها مع بعض والموازنة بينهما؛ من أجل إزالة المفسدة من غير أن يترتب على إزالتها مفسدة أعظم منها، أو مساوية لها، فإذا تعارض مفسدتان, روعي اعضمها[22].

**الفرع الثاني**

**اتجاه محكمة التمييز بشأن نزع الملكية للضرورة**

**أولاً: قرار المحكمة**

محكمة التمييز الاتحادية العراقية تقول :الضرورات تبيح المحضورات.. فاذا تم التجاوز على عقارك لأسباب إنسانية،لايحق لك إقامة دعوى رفع التجاوز، تترك المتجاوز في عقارك وتطالب بالتعويض..

نوع الحكم :: مدني

رقم الحكم ::5238/الهيئة المدنية/2019

جهة الاصدار::محكمة التمييز الاتحادية

**مبدء الحكم**

حيث ان المادة (179) مدني قد الزمت الغاصب برد المغصوب الى صاحبه مع اجر مثله ولكن وحيث ان الضرورات تبيح المحضورات ولكنها تقدر بقدرها المادة (1/212) مدني وحيث ان الاضطرار لا يبطل حق الغير ابطالا كليا وحيث ان الضرر الخاص يتحمل لدرء الضرر العام وبالتالي فان اشغال المدعى عليه لعقار المدعين وان كان يشكل عمل غير مشروع الا ان الاشغال كان لاغراض اسكان النازحين ولأسباب انسانية محضة ومعه تكون دعوى المدعين لرفع التجاوز واجبة الرد وبإمكانهم المطالبة بالتعويض.

**نص الحكم**

لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية لذا قرر قبوله شكلا وعند عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون ذلك ان المدعين ( المميز عليهم ) طلبوا إلزام المدعى عليه (.....) برفع التجاوز الحاصل من قبله والمتمثل بإنشاء مخيم للنازحين في قضاء الشرقاط على القطعة المرقمة 88م 14 بعاجه وان محكمة الموضوع وفي حكمها المميز قد الزمت المميز برفع التجاوز الحاصل من قبله وازالة المخيم وفق التفصيل الوارد فيه خلافا لاحكام القانون وترى هذه الهيئة من خلال كتاب الامانة العامة لمجلس الوزراء / دائرة المنظمات غير الحكومية بالعدد د. م .غ /1 18736/0 في 2019/6/1 بان (.....) للتأهيل الاجتماعي للعراق مسجله لديهم كفرع منظمه اجنبيه وفق قانون المنظمات غير الحكومية رقم 12 لسنة 2010 تحت الرقم (Cl 2 76232 ) بالعدد 1597 في 2013/5/19 ومقرها في بغداد وبامكانها فتح فروع في

[21] المحظور لا خلاف بين الفقهاء في أن الضرورة هي: حالة يتضرر منها الإنسان ، ولا يندفع عنه الضرر إلا بفعل المحظور، لا مدفع لها إلا ذلك،ومن القواعد الفقهية المقررة لهذا الضابط. أ قاعدة الميسور لا يسقط بالمعسور" : وهي تعني أن قيام المشقة لا يسقط الإتيان بما يستطيعه المكلف، ويقدر عليه، وهو معنى قوله سبحانه وتعالى : (لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّاوسعها ) [البقرة: 286].

ب الضرر يدفع قدر الإمكان بمعنى أن الضرر إن الدفع بالكلية، وجب ذلك، وإلا فعلى قدر ما يمكن للمكلف.

[22] الحسين مسعي عون، قاعدة الضرورات تبيح المحضورات وتطبيقاتها في نوازل العصر –نماذج مختارة رسالة ماجستير مقدمة في جامعة الشهيد حمد لحضر-الوادي –قسم الشريعة ، 2017،ص 11ومابعدها.



CC BY

بقية المحافظات بعد اتباع الاليه المحددة في دائرتنا لهذا الغرض وان المدير التنفيذي في العراق هو ( ..... ) وان التحقيقات الجارية من قبل محكمة الموضوع فانه وعند قيام عصابات داعش الارهابيه باحتلال مدن محافظة صلاح الدين وجود عمليات عسكرية وقصف متبادل مابين القوات الأمنية والعصابات الإرهابية في ضفة الساحل الايسر للموصل وقضاء الحويجة ومناطق جنوب الموصل وعدم استيعاب مخيمات بيجي وتكريت فقد تم فتح مخيم في قضاء الشرقاط في بستان يدعي ( بستان الشيوخ ).

وان الثابت من محضر انتهاء المشروع المؤرخ في 2016/12/12 المتضمن اجراء الكشف الفني من قبل الفريق لبرنامج الامم المتحدة الانمائي واللجنة الفنية المختصة والمشكلة بالامر الاداري المرقم 88 في 2016/11/3 من قبل مديرية التخطيط والمتابعة في محافظة صلاح الدين فقد تم المصادقة على اكتمال فقرات والاعمال المتعلقة بانشاء مخيم بساتين الشيوخ للنازحين في محافظة صلاح الدين الى شركة صقر الفحل للمقاولات العامة من قبل برنامج الامم المتحدة الانمائي وحيث تبين ان ادارة المخيم تدار من قبل دائرة المدعى عليه ( المميز ) وان محضر الكشف والمعاينة من قبل محكمة الموضوع في 2019/4/30 تبين انشاء المخيم للنازحين وشمل على عدد كبير من الخيم ومشغول من قبل النازحين وبادارة كاملة من دائرة المدعى عليه ( المميز ) ووجود مجمع صحي للعلاج ومجمع للصحيات وللمولدات الكهربائية وان تقرير الخبير المساح يشير الى اقامة المخيم على القطع المرقمة 1/88 و6/88 و5/88 و4/88 و3/88 المملوكة للدولة وان المدعين ( المميز عليهم ) هم اصحاب الحقوق التصرفية فيها وحيث ان المدعين طلبوا الزام المدعى عليه برفع التجاوز باعتباره ان وضع يد المدعى عليه على العقارات العائدة لهم تمت بصورة غير مشروعه وتحت فعل الغصب وان احكام المادة ( 197 مدني ) قد الزمت الغاصب برد المغصوب الى صاحبه مع اجر مثله واذا تلف العقار او طرا على قيمته نقض ولو بدون تعد من الغاصب لزمه الضمان الا ان القانون المدني العراقي قد نص في المواد من ( 214/212 ) على احكام مشتركة للاعمال غير المشروعة وهي ان الضرورات تبيح المحظورات ولكنها تقدر بقدرها ( المادة 1/212 مدني ).

وان المادة 213 قد نصت الى انه يختار اهون الشرين فاذا تعارضت مفسدتان روي اعظمها ضررا ويزال الضرر الاشد بالضرر الاخف ولكن الاضطرار لا يبطل حق الغير ابطالا كليا فمن سبب ضررا للغير وقاية لنفسه او لغيره من ضرر محدق يزيد كثيرا على الضرر الذي سببه لاي كون ملزما الا بالتعويض الذي تراه المحكمة مناسبا وان المادة (1/214 مدني) قد نصت على انه يتحمل الضرر الخاص لدرء الضرر العام وحيث ان معاناة النازحين جراء فقد ديارهم وممتلكاتهم لازالت مستمرة وهذه من الامور العامة التي يجب علم الكافة بها وان التحقيقات التي انتهت اليها المحكمة اثبتت بما لا يقبل الشك بان المخيم لا يزال مشغولا من قبل النازحين وان القول بالزام دائرة المدعى عليه ( المميز ) برفع التجاوز والغاء المخيم ورفعه يعني تعريض ارواح الساكنين من النازحين الى خطر حقيقي محدق يلحق بهم سيما وان هدف دائرة المدعى عليه ( المميز ) وهي منظمة اجنبية هو انساني محض وحيث ان المواد المتقدمة والمشار اليها قد غلبت حالة الاضطرار ومنها حالة النزوح التي مر بها ابناء المناطق المشار اليها قد قيدت حق الفرد ومنها الملكية مقابل درء الاخطار المحدقة المنصوص عليها ومنها حالة النازحين في المناطق التي تعرضت الى عدوان عصابات داعش الارهابية من كل ما تقدم كان المتعين على محكمة الموضوع ان تقضي وللأسباب المشار اليها انفا برد دعوى المدعين ( المميز عليهم ) مع الاحتفاظ لهم بحق اقامة دعوى المطالبة بالتعويض طبقا لنص المادة (2/213 مدني) العجز الاخير ان كان لذلك مقتضى قانوني وبما انها سارت خلافا لما تقدم لذا قرر نقض الحكم المميز واعادة اضبارة الدعوى الى محكمتها لإتباع ما تقدم على ان يبقى الرسم التمييزي تابعا للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق في 2019/8/28م.

**ثانياً: المسائل التي يثيرها قرار المحكمة**

1-ان مجرد الرغبة في نزع ملكية العقار لا يبرر قرار محكمة التمييز الاتحادية في نزع الملكية الخاصة الى الشخص المتجاوز في موضوع قرار المحكمة اعلاه فهي حق مطلق ولا يمكنه نزعه الا للمنفعة العامة ، كما تبين لنا أنّ الملكية الخاصة حق مصون في جميع الشرائع والانظمة.

2-عند ملاحظة قاعدة الضرورات تبيح المحضورات التي أستند عليها قرار المحكمة اعلاه نجد ان لهذه القاعدة ضوابط وشروط من هذه الضوابط ان تكون الضرورة ملجئة وان تقدر بقدرها وان تكون هنالك ضرورة بالفعل وبالتالي عند تطبيقنا لهذه القاعدة على قرار المحكمة لا نجد ان هذه الشروط متوفرة لذلك فضرورة ان تكون الضرورة ملجئة فيما يتعلق بقرار المحكمة ولا تكون هنالك ضرورة ملجئة لانه بامكان المتجاوز ان يحصل على عقار بمقتضى قيمة التعويض الذي يدفعه لصاحب الملكية الخاصة وذلك بقدر امكانياته المادية وحدوده دون ان يتجاوز وان يتملك المال موضوع التجاوز.

3-ايضا عند دراستنا للملكية الخاصة فبينا تعريفها وشروطها واساسها الدستوري والقانوني والشرعي،لذلك فحق المالك مطلق لا يجوز نزعه وكذلك أنه حق مقدس شرعاً وقانوناً.

4-نجد ان حق الملكية الدستورية والخاصة المقرر لمالك العقار المتجاوز عليه انه حق مقدس وانه حق مقرر بالدستور والذي يقرر بانه لا يجوز نزع العقار الا للمنفعة العامة وبالتالي نجد ان المحكمة قد خالفت الدستور فهنالك خرق دستوري لأحكام المادة (23) من دستور 2005 بقولها " أولا: الملكية الخاصة مصونة ،ويحق للمالك الانتفاع بها واستغلالها في حدود القانون . ثانياً:- لا يجوز نزع الملكية الا لاغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل وينظم ذلك بقانون ."

5-نجد وفقا للواقع العملي ان الملكية تغيرت فبعدما كانت ملكية اشتراكية وعرفنا لهذا النوع من الملكية والنضرة الفقهية والاسلامية لها نجد ان الملكية تغيرت فأصبحت ملكية لبرالية بالتالي لا تكون هنالك قيود في نزع ملكية الشخص لأغراض خاصة .كما ان الدور للمحكمة الاتحادية لا يمكن تكون في مقام السلطة التنفيذية لان المصلحة العامة تقررها السلطة التنفيذية وليست السلطة القضائية بالتالي يوجد هنالك خرق دستوري وخرق لمبدأ الفصل بين السلطات . اذن لا تكفي لنزع ملكية العقار من مالكه وجود ضرر خاص بل ويشترط لذلك وجود مصلحة عامة وتحقق النفع العام , لما فيه من أعتداء على حق الملكية لا يبرره إلا وجود تلك المصلحة وليس مجرد الرغبة الشخصية ولأهمية موضوع نزع ملكية الأفراد فقد أوردت الدساتير الأحكام الخاصة به ، فقد أجاز الدستور المصري النافذ في المادة 34 منه ذلك 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 عادل وفقاً للقانون ).

أما بشأن موقف الدستور العراقي لعام 1970 الملغي في المادة السادسة عشر الفقرة / ب منه فقد أجــازت نزع الملكيــة الخاصة ولكن لا يجوز إلا لمقتضيات المصلحة العامة ووفق تعويض عادل و حسب الأصول التي يحددها القانون ، وهو كذلك في المادة (23) من دستور 2005 بقولها " أولا: الملكية الخاصة مصونة ،ويحق للمالك الانتفاع بها واستغلالها في حدود القانون . ثانياً:- لا يجوز نزع الملكية الا لاغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل وينظم ذلك بقانون ."وبذلك تعتبر اجراءات نزع الملكية اجراءات استثنائية لخروجها على حق اساس مقرر في الدستور وهو حق الملكية الخاصة،ولنزع الملكية خصائص عدة فهو لا يرد إلا على العقارات دون المنقولات ولا على العقارات الحكمية كالحقوق العينية التبعية , بالأضافة الى أن الجهة المسؤولة عن نزع الملكية تتمثل بالأشخاص العامة سواء كانت أشخاصاً اقليمية ( كالمحافظات والمدن والقرى ذات الشخصية

المعنوية أو المرفقية كالهيئات العامة والمؤسسات العامة ) آخذين بنظر الأعتبار تحقيق المصلحة العامة والتوفيق بينهما وبين حماية الملكية الفردية ، ذلك أن تلك الأشخاص العامة تدير الخدمات العامة الضرورية التي ليس بمقدور الأفراد القيام بها ، لهذا السبب تمتلك الدولة أمتيازات السلطة العامة وبالأخص سلطة أتخاذ الأعمال التنفيذية والأدارية من طرف واحد وبالأخص ( نزع الملكية ).

## الخاتمة

نوجز في ختام هذا التعليق على قرار محكمة التمييز بشأن امكانية التجاوز على الملكية الخاصة،لأهم النتائج التي تم التوصل اليها وعلى النحو الآتي:-

1- وجدنا انّ حق الملكية الخاصة في النظام الرأسمالي هو حق مطلق ومقدس، وإن القيود التي تفرض على هذا الحق هي ضرورة ملحة لا مفر منها للتخفيف من حد الأطلاق. وهذه القيود لا تؤثر على المقومات الأساسية للنظام الرأسمالي بما أنها لا تصل إلى حد إلغاء النظام نفسهما الملكية في النظام الاشتراكي فأن وظيفة القانون في نظر النظام الاشتراكي هي المحافظة على كيان المجتمع وتسخير الفرد لخدمته،وهو ينكر فكرة الحقوق الطبيعية للفرد واللصيقة بشخصه والمستمدة وجودها من الطبيعة والملازمة له في حياته، فالفرد لا يتمتع بالحق إلا إذا وجد في مجتمع،فهو لا يستطيع العيش بدون مجتمع وفقاً لطبيعته،فهو مدين للجماعة بوجوده وبما يملك، فالحق الذاتي لا وجود له في ظل النزعة الاشتراكية، فالحق وظيفة اجتماعية يمارسها الفرد لتحقيق خدمة عامة معينة.

2- نجد انّ أهم المبادئ التي يقوم عليها الاتجاه في الإسلام فيما يتعلق بحق الملكية الخاصة هي خضوع المالك في التصرف في المال إلى نظم وقيود من شأنها أن تؤدي إلى تحقيق مصلحة الجماعة، فهذا الحق يقوم على مجموعة من المبادئ أو القواعد التي تسمح بتدخل الحاكم رعايةً للمصلحة العامة فالإسلام أقام نوعاً من الموازنة بين المصلحتين الخاصة والعامة فيما يمنح الفرد الحق بالتملك، وكذلك التصرف. إلا أنه قيده بقيود لمصلحة المجتمع.

3- أن النص على حق الملكية الخاصة في الدساتير هو إعلاء من شأنها وتقديس لها ودليل على وجود الرغبة الجادة في حمايتها وعدم نزعها وتوفير الحصانة اللازمة لها،لذلك حظرت تلك الدساتير نزع الملكية الخاصة جبراً عن صاحبها إلا للمنفعة العامة وبمقابل تعويض عادل وفقاً للقانون

4- تبين لنا أن نزع ملكية العقار المتجاوز عليه الى الشخص المتجاوز غير صالح لان نزع ملكية العقار لا يبرر قرار محكمة التمييز الاتحادية في نزع الملكية الخاصة الى الشخص المتجاوز في موضوع قرار المحكمة اعلاه فهي حق مطلق ولا يمكنه نزعه الا للمنفعة العامة ، كما تبين لنا أنّ الملكية الخاصة حق مصون في جميع الشرائع والانظمة.

5- عند دراستنا قاعدة الضرورات تبيح المحضورات التي أستند عليها قرار المحكمة اعلاه نجد ان لهذه القاعدة ضوابط وشروط من هذه الشروط ان تكون الضرورة ملجئة وان تقدر بقدرها وان تكون هنالك ضرورة بالفعل وبالتالي عند تطبيقنا لهذه القاعدة على قرار المحكمة لا نجد ان هذه الشروط متوفرة لذلك فضرورة ان تكون الضرورة ملجئة فيما يتعلق بقرار المحكمة ولا تكون هنالك ضرورة ملجة لانه بامكان المتجاوز ان يحصل على قرار بمقتضى قيمة التعويض الذي يدفعه لصاحب الملكية الخاصة وذلك بقدر امكانياته المادية وحدوده دون ان يتجاوز وان يتملك المال موضوع التجاوز.

6- نجد وفقا للواقع العملي ان الملكية تغيرت فبعدما كانت ملكية اشتراكية وعرفنا لهذا النوع من الملكية والنضرة الفقهية والاسلامية لها نجد ان الملكية تغيرت فأصبحت ملكية لبرالية بالتالي لا تكون هنالك قيود في نزع ملكية الشخص

لأغراض خاصة .كما ان الدور للمحكمة الاتحادية لا يمكن تكون في مقام السلطة التنفيذية لان المصلحة العامة تقررها السلطة التنفيذية وليست السلطة القضائية بالتالي يوجد هنالك خرق دستوري وخرق لمبدأ الفصل بين السلطات .

7- اذن لا تكفي لنزع ملكية العقار من مالكه ضرر خاص بل ويشترط لذلك وجود مصلحة عامة وتحقق النفع العام , لما فيه من أعتداء على حق الملكية لا يبرره إلا وجود تلك المصلحة وليس مجرد الرغبة الشخصية أو الضرورة الخاصة.

## المصادر


**القران الكريم**

**أولاً : الكتب القانونية**

1- حامد مصطفى ، الملكية العقارية في العراق ،مع مقارنة بالقانون المدني العربي المصري والسوري ،ج2، معهد الدراسات العربية العالمية ، 1964.

2- د. إسماعيل العمري – الحق ونظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة والقانون – ط1 – موصل – 1984 .

3- د. شعبان محمد إسماعيل ، الثقافة الإسلامية في ضوء القرآن والسنة ، الناشر دار المريخ للنشر ، المملكة العربية السعودية ، (ب. ت).

4- د. صفاء الحافظ ، نظرية القانون الاشتراكي وبعض تطبيقاته التشريعية ، منشورات وزارة الاعلام ، بغداد ، 1976.

5- د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ، ج1 ، شركة الطبع والنشر الأهلية ، بغداد ، 1961.

6- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، حق الملكية ، ج8 ، الناشر ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1967.

7- د. عبد المنعم فرج الصده ، الحقوق العينية الاصلية ،دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري ، دار النهضة العربية ، بيروت.

8- د. عبد المنعم فرج الصده ، حق الملكية ، ط2، القاهرة ، 1964.

9- د. كريم يوسف أحمد كشاكش – الحرية العامة في الأنظمة السياسية المعاصرة – مطبعة أطلس – القاهرة – 1987 – ص 283. صحيح مسلم – ج4.

10- د. مختار القاضي ، أصول القانون ، ط3 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1967 .

11- د. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج 4 ، ط 4 ، مطبعة دار الفكر المعاصر ، لبنان ، 1997.

12- الدكتور سعيد أمجد الزهاوي ، التعسف في استعمال حق الملكية في الشريعة والقانون ، ط1 ، دار الاتحاد العربي للطباعة ، القاهرة ، 1975.

13- شاكر ناصر حيدر ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ، ج1 ، مطبعة العاني ، بغداد ، 1969

14- عبد الوهاب مطر الداهري – اقتصاديات الإصلاح الزراعي – ط1 – مطبعة العاني – بغداد – 1970.

15- علي الخفيف ، الملكية في الشريعة الإسلامية ، ج1 ، (ب. م) ، 1969.

16- علي هادي العبيدي ، الوجيز في شرح القانون المدني ، الحقوق العينية ، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع والاعلان ، عمان ، 1999.

**ثانياً:الرسائل والاطاريح القانونية**

1-الحسين مسعي عون، قاعدة الضرورات تبيح المحضورات وتطبيقاتها في نوازل العصر –نماذج مختارة ، رسالة ماجستير مقدمة في جامعة الشهيد حمد لحضر–الوادي –قسم الشريعة ، 2017.

**ثالثاً: البحوث القانونية**




CC BY

1- د. حامد محمود إسماعيل – الملكية الخاصة في ظل الإسلام – مجلة الشريعة والقانون – عدد الأول – منشورات جامعة صنعاء – 1978.

**رابعاً: القوانين**

1- قانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل .
2- القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948.
3- الدستور العراقي لسنة 2005.