

وتنقسم القيود على قسمين منها القيود القانونية والقيود الارادية (ملاحظة سنكتفي بالقيود القانونية فقط لأهميتها)

القيود القانونية: وهي القيود التي يفرضها القانون وأما تقرر لمصلحة عامة أو تقرر لمصلحة خاصة ، وهذا يعني انها على نوعين :

أولاً : القيود القانونية المقررة لمصلحة عامة وهي :

1- نزع الملكية للمنفعة العامة (الاستملاك): أن الملكية حق الملكية حق مصون لا يجوز الاعتداء عليه وحرمان المالك منه إلا في الأحوال التي يقرها القانون ، لهذا نصت المادة / 1050 من ق م ع (لا يجوز ان يحرم احد من ملكه ، الا في الاحوال التي قررها القانون وبالطريقة التي يرسمها ، ويكون ذلك في مقابل تعويض عادل يدفع اليه مقدماً) ، ويقصد بالاستملاك : هو نزع ملكية العقار والحقوق العينية المتعلقة به للنفع العام مقابل تعويض عادل يعين بموجب القانون ، ويجب ان يكون بموجب شروط :

1- ان يكون نزع الملكية للمنفعة العامة وفي الاحوال التي يقرها القانون .

2- ان يكون نزع الملكية مقابل تعويض عادل .

3- ان تتبع الاجراءات التي قررها قانون الاستملاك .

إجراءات الاستملاك: قد يكون الاستملاك رضائي أو قضائي أو اداري .

1- 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 باتاً وملزماً للطرفين ولا يجوز الطعن به اذا تم الموافقة عليه تحريرياً 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 يوماً من تاريخ التبليغ بالقرار .

2- الاستملاك القضائي : يتم عن طريق تقديم طلب الى محكمة بداعة موقع العقار يؤيد فيه عدم وجود مانع تخطيطي او قانوني من الاستملاك مرفقاً به نسخه من آخر 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 أو من ينوب عنه ورئيس دائرة ضريبة العقار أو من ينوب عنه وبعد ذلك يتم ابلاغ صاحب العقار بذلك وأن الإجراءات الواجبة الإتباع ، هي :

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

ب- تحدد المحكمة موعداً 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 المستملاك .

3- الاستملاك الإداري : هو الذي يكون بين دوائر الدولة ويتم تحديد التعويض بالاتفاق بين الطرفين وفي حال الاختلاف بشأن الاستملاك فإن الوزير المختص يفصل في الخلاف الناشئ بينهما وإذا لم تكن الدائرتين تابعة لوزارة واحدة فإن المختص في النظر في النزاع هو رئيس الوزراء .

التعويض : يكون على نوعين أما عيني أو نقدي

1- التعويض العيني : أجازت المادة 29 من قانون الاستملاك أن للمستملك أن يعوض المستملك منه أرضاً زراعية أو بستاناً معادلة من حيث القيمة ضمن حدود الوحدة الإدارية للأرض المطلوب استملاكها وبمثلها خارج حدود الوحدة الإدارية بموافقة المستملك منه .

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 أصحابه 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 ، وإذا دعت الضرورة الى استمرار الاستيلاء لمدة تزيد على السنتين فعلى الجهة المستولىة 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 .

ثانياً : القيود القانونية المقررة لمصلحة خاصة

وهذه القيود تقرر انطلاقاً للموازنة بين المصالح الخاصة المتعارضة وترجيح بعضها على بعض وهي على نوعين كالآتي :

1- القيود التي ترجع الى التزامات الجوار بصورة عامة : أن المالك حراً في مباشرة سلطاته التي تمكنه من الحصول على منافع ملكه ولكن هذه السلطات تتقيد بوجود 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 يببر مسؤولية المالك : ليس كل ضرر يترتب 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 قديماً أم حديثاً استناداً الى القاعدة العامة (لا ضرر ولا ضرار) وإزالة الضرر لا تستلزم بالضرورة منع الاستعمال المشكوك منه وانما يكفي اتخاذ بعض الإجراءات الكفيلة التي تمنع وقوع الضرر مع بقاء الاستعمال قائماً كما يلزم المالك بتعويض الجار عما أصابه من ضرر ، فاذا لم يمكن ذلك يجبر المالك على تغيير طريقة استعماله لملكه فيلزم المالك باتخاذ ما يؤدي الى منع وقوع الضرر مستقبلاً كما يلزم بتعويض الجار عما أصابه فعلاً 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 رأي الى ان أساس مسؤولية المالك هي التعسف في استعمال الحق ، وذهب رأي آخر الى ان أساس المسؤولية هي الخطأ الشخصي ، وذهب آخرون ان أساس المسؤولية هي التزام قانوني يقال له التزام الجوار وهذا هو الرأي الراجح .

2- القانون المصري : نص على ذلك في المادة (5) من القانون المدني المصري والذي أطلق 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 استعمالاً غير جائز وجب عليه الضمان ، 2- يكون استعمال الحق غير جائز في الحالات الآتية :

أ- اذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الاضرار بالغير ، ب- اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها لا تتناسب مطلقاً 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 الآتية :

1- قصد الاضرار بالغير : المهم في هذا المعيار تحقق النية أي القصد وهذا القصد وحده كافياً لتحقيق الضرر .

2- رجحان الضرر على المصلحة رجحاناً 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 تصرفاً مشروعاً فجاء آخر وحدث 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 وقد نص المشرع المصري على ذلك صراحة خلاف المشرع العراقي .

2- القيود التي ترجع إلى حالات خاصة في الجوار : وتتمثل بما يلي :

أ- حق المسيل : هو الحق في تصريف المياه الزائدة عن الحاجة ، وقد فرق المشرع بين حالتين :

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

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

ب- حق الشرب : وهي (بضم الشين) نوبة الانتفاع بالماء سقياً للأرض أو الزرع أو الشجر ، و(بكسر الشين) هو حق الانسان في شرب الماء ودوابه .

ج - حق المجرى : هو حق صاحب الأرض البعيدة عن مورد المياه في جلب المياه الكافية لري أرضه بإمرارها على أرض الغير ويشترط للحصول على حق المجرى الشروط التالية :

1 - ان تكون الارض بعيدة عن مورد المياه والمقصود بالبعد هنا ان لا يكون بين الارض وبين مورد المياه اتصال مباشر . 2 - ان لا يكون في الارض ماء للزراعة . 3 - ان لا يخل حق المجرى بانتفاع صاحب الارض المثقلة به اخلافاً بينا وان لا يضر به . 4- مقابل حق المجرى فهذا الحق لا يتقرر دون مقابل بل يجب على صاحب هذا الحق ان يدفع لمالك الارض المثقلة به مقدماً اجرا سنوياً مالم يتفق على خلاف ذلك وإذا لم يتفق الطرفان على الاجر تولت تقديره المحكمة.

د- حق المرور : هو حق صاحب الأرض المحبوسة عن الطريق العام المرور في أرض الغير للوصول الى هذا الطريق ، ويشترط في حق المرور : 1- ان تكون الارض محبوسة عن الطريق العام انحباساً كلياً او جزئياً ، ويتحقق الانحباس اذا كانت الارض لا تتصل بالطريق العام بأي ممر . 2- ان لا يكون الانحباس ناشئاً عن فعل المالك . 3- مقابل المرور يكون استعمال هذا الحق مقابل اجر سنوي يدفع مقدماً ويمكن التنازل عن هذا الحق او الاتفاق على تأجيله او تقسيطه .

م.د. فاطمة المسلماوي