

سلسلة أوراق

تنموية (3)

دراسة قانونية تحليلية
لقرار مجلس الوزراء الفلسطيني

إعداد:
شركة عدالة للمحاماة
والدراسات القانونية

أيار 2011



سلسلة أوراق تنموية (٣)

دراسة قانونية تحليلية

لقرار مجلس الوزراء الفلسطيني رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٠ بشأن
استملاك أراضي زراعية للمنطقة الصناعية الحرة في جنين

إعداد: شركة عدالة للمحاماة والدراسات القانونية

أيار ٢٠١١

جميع الحقوق محفوظة لمركز بيسان للبحوث والإنماء ©

٢٠١١

بدعم من:



تأسس مركز بيسان للبحوث والإنماء عام ١٩٨٩، وهو مؤسسة أهلية تقدمية ديمقراطية وغير هادفة للربح تعمل من أجل تعزيز صمود الشعب الفلسطيني ومن أجل المساهمة في بناء مجتمع مدني فلسطيني ديمقراطي فاعل ومؤثر. ونؤمن بقيم العدالة الاجتماعية والديمقراطية والمساواة والتعددية وحقوق الإنسان واحترام الحريات الفردية والجماعية وندعو ونروج لكي تكون هذه القيم في صلب وأساس عملية التنمية التي تعتمد على المشاركة ومبادئ الحكم الرشيد.

مركز بيسان للبحوث والإنماء

رام الله - فلسطين

عمارة النهضة، الماصيون، صندوق بريد: 725 رام الله

هاتف: 02-2987839 فاكس: 02-2987835

البريد الإلكتروني: bisanrd@palnet.com

الصفحة الإلكترونية: www.bisan.org

2011

دراسة قانونية تحليلية

لقرار مجلس الوزراء الفلسطيني رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٠ بشأن استملاك أراضي زراعية للمنطقة الصناعية الحرة في جنين

مقدمة

حسب التصنيف الإسرائيلي ضمن المناطق المصنفة بمناطق (C)^٢.

وحسب تقرير صادر عن مؤسسة بيسان للبحوث والإنماء فإن المنطقة المزمع إقامة المنطقة الصناعية عليها تعتبر من أخصب وأفضل الأراضي الزراعية في منطقة جنين، إذ تقع في مرج ابن عامر الذي يعتبر سلة غذاء المنطقة، كما تعتبر القرية منطقة حدودية فاصلة بين أراضي ٤٨ والضفة الغربية.

كما صودرت أراضٍ كثيرة من المنطقة الشمالية للقرية في العامين ٤٨ و٦٧، ليقام عليها الحاجز الفاصل بين الأراضي المحتلة العام ٤٨ والضفة الغربية، وفي عام ٢٠٠٤ صودرت أراضٍ أخرى لبناء جدار الضم واللاحاق^٣، كما أقيم على أراضي البلدة أيضاً «معبّر

٢. من أهم الآثار السلبية للمستجدات التي أوجدتها الاتفاقيات المرحلية الفلسطينية الإسرائيلية «أوسلو»، تقسيمها للأراضي الفلسطينية خلال المرحلة الانتقالية المتفق عليها بين الطرفين لثلاث مناطق رئيسية هي:-

أولاً: مناطق (A)، وهي تلك المناطق المتفق على إخضاعها لسلطة وسيطرة السلطة الوطنية الفلسطينية الأمنية شبه الكاملة، فضلاً عن ممارسة السلطة الوطنية للعديد من الحقوق السيادية عليها إلى جانب اضطلاعها بمهمة إدارة وتسيير هذه المناطق إدارياً وتنظيماً، وبعبارة أخرى يمكننا القول بأن هذه المناطق كما يتضح من الاتفاقيات المرحلية، أصبحت من حيث الاختصاص والمسؤولية خاضعة للسلطة الوطنية الفلسطينية التي تمارس عليها الآن سيادة داخلية شبه تامة.

وتشمل هذه المناطق جميع المدن الكبرى في الضفة الغربية باستثناء مدينة القدس العربية، وتقريباً جميع أراضي قطاع غزة.

ثانياً: مناطق (B) وهي تلك التي احتفظت قوات الاحتلال الإسرائيلي فيها بحق السيطرة والإشراف الأمني، في حين تُرك للسلطة الوطنية الفلسطينية مسؤولية حفظ النظام العام فيها ومهمة الإشراف والتسيير الإداري لها.

وتشمل هذه المناطق حالياً أغلب القرى والتجمعات الحضرية الفلسطينية والمدن الصغيرة والأراضي المحيطة بها.

ثالثاً: مناطق (C) وهي تلك المناطق التي احتفظت قوات الاحتلال الإسرائيلي بموجب الاتفاقيات المرحلية. بحق السيطرة والإشراف الأمني المطلق عليها، فضلاً عن حقوق الإشراف والتسيير الإداري باستثناء بعض الصلاحيات الإدارية التي اتفق على نقلها للسلطة الوطنية الفلسطينية.

وتشمل مناطق C حالياً أغلب مساحات الأراضي الفلسطينية المحتلة بما فيها المناطق المقامة عليها المستوطنات والتجمعات السكانية والصناعية الإسرائيلية فضلاً عن الأراضي المخصصة لقوات الاحتلال الإسرائيلي من معسكرات وأراضي للتدريب وغيرها من الأراضي التابعة لها والأراضي الجارية وإغلاقها لأسباب عسكرية.

٣. شرعت دولة الاحتلال الإسرائيلي بتشييد هذا الجدار داخل أراضي الضفة الغربية المحتلة منذ منتصف عام ٢٠٠٢م، بحجة وذريعة الضرورة الأمنية وحق دولة الاحتلال في الدفاع الشرعي عن نفسها بمواجهة هجمات الفلسطينيين، وبانتهاء أعمال تشييد هذا الجدار ستتمكن دولة الاحتلال من عزل واقتطاع وضم حوالي ١٦,٦٪ من إجمالي مساحة الضفة الغربية، فضلاً عما سيلحقه الجدار من =

بتاريخ ١٩ / ٧ / ٢٠٠٠ أصدر رئيس السلطة الوطنية الراحل ياسر عرفات قرار مجلس الوزراء رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٠ والذي تضمن نزاعاً مطلقاً للملكية ما مجموع مساحتها (٩٣٣,٢٧٢) (تسعمائة وثلاثة وثلاثون دونماً ومائتان واثنان وسبعون متراً مربعاً) أي ما يعادل حوالي مليون متر مربع من أراضي بلدة برقين والمقيبلة (محافظة جنين) لغاية إنشاء مناطق صناعية لصالح السلطة الوطنية الفلسطينية على أن يتم وضع يد وزارة الصناعة عليها فوراً^١.

وأشار القرار إلى حق كل من يدعي بأي حق أو منفعة على الأرض المذكورة ويرغب في الحصول على تعويض أن يتقدم بطلب إلى وزارة الصناعة خلال شهر من تاريخ صدور هذا القرار مبيناً فيه ما يملكه من حق أو منفعة مع المستندات المؤيدة لذلك، كذلك طالب القرار أصحاب الأرض المذكورة والمتنفعين بها بواجب الامتناع عن التصرف بها بأي نوع من أنواع التصرف وأن يبادروا إلى رفع أيديهم عنها، وبتاريخ ١٤ / ٤ / ٢٠٠١ بادرت الهيئة العامة للمدن الصناعية والمناطق الحرة إلى نشر إعلان في الصحف اليومية الفلسطينية يحتوي على جدول بقطع الأراضي المستملكة لصالح مدينة جنين الصناعية حسب قرار مجلس الوزراء رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٠م، حيث تضمن الجدول ٦٢ قطعة أرض مستملكة في الأحواض رقم (٢٠٠١٠ و ٢٠٠١٤) من أراضي قرية المقيبلة والأحواض رقم ٢ و ٣ و ٤ و ٥ و ٦ من أراضي قرية برقين محافظة جنين، حيث يعرف اسم الموقع في هذه الأحواض بالجملة، كما تدرج هذه المنطقة

١. قد تبدو هذه المساحات الجارية نزع ملكيتها لغاية إنشاء المنطقة الصناعية، مساحات صغيرة وغير ذات أهمية بالنسبة للإقليم الفلسطيني، غير أن الواقع بالنسبة لهذه المناطق مغاير تماماً لهذا الاعتقاد، إذ أن هذه المساحات استهلكت عملياً مناطق شاسعة من الأراضي الزراعية والملكيات الفلسطينية، وإذا ما أدركنا أن الملكية الفلسطينية بشكل عام ملكية صغيرة بمعنى لا تتجاوز ملكية المزارع الفلسطيني أو الأسرة الريفية في العادة لمساحة العشر دونمات، ندرك حجم الأشخاص الذين تضرروا وفقدوا ملكيتهم ومصدر دخلهم الزراعي جراء نزع ملكية هذه المساحات الشاسعة من الأراضي الزراعية.

الجملة»، المقام على حوض الأرض رقم ٢٣، بقرار وضع اليد الذي أصدره الحاكم العسكري والذي تم بموجبه وضع يد قوات الاحتلال الإسرائيلي ليدها على ٨ دونمات (٢٨٠٠٠م)، كما يتم تجديد هذا القرار كل ٥ سنوات.

وبالعودة لموضوع نزع ملكية أراضي الجملة لغاية إنشاء المنطقة الصناعية، كمشروع مشترك مع الجانب الإسرائيلي، يمكننا القول بأن نزع الملكية بوصفه أحد صور ومظاهر تدخل الدولة لحرمان وتجريد الأشخاص من ممتلكاتهم جبرا للمنفعة والصالح العام أمرا جائز ومشروع، إذ أجازت جميع التشريعات المحلية على صعيد مختلف دول العالم للدول بحق ومشروعية إقدام الدولة عبر إدارتها العامة على نزع ملكية الممتلكات الخاصة في الأحوال التي تقتضي وتتطلب المصلحة والمنفعة العامة هذا النزع، ولعل العبرة من هذا الاستثناء والخروج على مبدأ حصانة وقداصة الملكية الخاصة، تكمن بلا شك في كون الاستملاك يعتبر بمثابة وسيلة وأداة لمساعدة الإدارة على تلبية حاجات الجمهور من الخدمات والمنافع العامة.

ولكي لا تترك التشريعات المحلية في فلسطين أسوة بغيرها من الدول الإدارة بقوتها وسلطانها بمواجهة المالك، لجأت أغلب هذه التشريعات إلى وضع مجموعة من الضوابط والقيود على قرارات الإدارة المتعلقة بنزع الملكية لضمان التزام الإدارة بأحكام القانون وأيضا لضمان وحماية حقوق المالك الذي قد تتعرض ملكيته للنزع والاستملاك.

ومن هذا المنطلق قيدت هذه القوانين الإدارة بواجب وضرورة مراعاة إجراءات شكلية معينة حال رغبتها بنزع الملكيات الخاصة، كما منحت المتضرر من هذا الإجراء حق الوصول إلى العدالة لمواجهة قرار الإدارة بنزع ملكيته سواء لأبطال هذا الإجراء إذا ما اعتراه بعض العيوب كغياب المصلحة العامة أو تعسف الإدارة وسوء استغلالها لهذه السلطة أو لضمان حقه في الحصول على تعويض عادل ومنصف عن الضرر الذي لحق به جراء فقدان ملكيته.

لاشك بأن حجم الاهتمام الذي أبدته مؤسسة بيسان، وغيرها من المؤسسات المعنية بإقامة هذه المنطقة الصناعية على الأراضي الزراعية الفلسطينية، يعبر عن وعي وإدراك المجتمع ومؤسساته لدى خطورة إنشاء منطقة صناعية على واحدة من أفضل وأخصب الأراضي الزراعية الفلسطينية، لقناعتها ليس بعدم جواز نزع

= ضرر على مختلف الصعد الاقتصادية والاجتماعية.

حول جدار الضم والإلحاق ومخاطره وانعكاساته وأضراره على مختلف مناحي حياة الفلسطينيين أنظر مضمون فتوى محكمة العدل الدولية المتعلقة بالجدار الصادرة في ٩ تموز ٢٠٠٤ / ، تحت رقم ES / A / ١٠ / ٢٧٣ ، وتحديدًا مضمون الفقرات ١٢٢ وما بعدها والفقرات ١٣٥ و١٣٦ و١٣٧ و١٣٨ و١٣٩ بشأن المبررات والحجج الإسرائيلية لتشييد الجدار.

واستملاك ملكية الأراضي الزراعية الفلسطينية فحسب، وإنما بضرورة تدخل الدولة لحماية هذه الملكيات ودعم بقائها واستمرار دورها لأسباب عدة أهمها:

- محدودية الملكيات الزراعية الفلسطينية، فنحن دولة صغيرة المساحة وقليلة الموارد وبالتالي تقتضي الحكمة أن نحافظ على ما هو متاح من ممتلكات زراعية لا أن ننتقص منها ونقلصها مهما كانت الأسباب والمبررات، بل إن المصلحة العامة الفلسطينية تقتضي الحفاظ على هذه الموارد وحمايتها والتدخل الجاد والحازم لمنع المس بها أو استغلالها واستثمارها بأي غاية أخرى.

- استهداف الاستيطان الإسرائيلي غير المشروع في الأرض الفلسطينية المحتلة، وجدار الضم والإلحاق الذي قامت بتشبيده دولة الاحتلال في الأراضي الفلسطينية المحتلة، الأراضي الزراعية الفلسطينية لضرب مقومات صمود الفلسطينيين ولتجريدهم من أدوات الإنتاج الرئيسية، وبالتالي إن مواجهة هذا الاستهداف تقتضي أن نحمي ونحافظ على ما تبقى من ملكيات زراعية فلسطينية وأن نعزز صمودها وبقائها.

ورغم هذه الأبعاد والأسباب التي تقتضي التمسك والحفاظ على الملكيات الزراعية، فقد ارتأينا أن نتناول هذا الموضوع بشكل قانوني مجرد، بحيث ستنصب محاور هذه الورقة على مناقشة واستعراض مختلف جوانب قرار مجلس الوزراء رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٠ بشأن استملاك أراضي الجملة لغاية المنفعة العامة، في إطار القانون ومن زاوية قانونية مجردة، للوقوف على مختلف الأبعاد القانونية لهذا الإجراء، وبعبارة أخرى تسعى هذه الورقة لمناقشة مدى التزام واحترام الإدارة الفلسطينية أو الجهة المصدرة لهذا القرار لما أقره قانون الاستملاك رقم ٢ لسنة ١٩٥٣، من شروط وضوابط قانونية خاصة بإجراءات وقيود نزع ملكية الأفراد.

ومن هذا المنطلق ستقدم هذه الورقة توضيح قانوني لمفهوم نزع الملكية وللشروط والضوابط القانونية الواجب مراعاتها واحترامها حال اتخاذ الإدارة لهذا الإجراء، فضلا عن وضع وتقديم تحليل قانوني لمدى مشروعية قرار مجلس الوزراء رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٠ بشأن استملاك أراضي الجملة لغاية المنفعة العامة استنادا لأحكام التشريعات السارية، كما ستبحث هذه الورقة في الخيارات والوسائل القانونية المتاحة والممكن استخدامها من قبل أصحاب المصالح المتضررة من هذا القرار على الصعيد الفردي وإمكانية اللجوء للقضاء الفلسطيني للطعن في قرار الاستملاك المذكور واستعادة ملكية الأراضي المستملكة من قبل مالكيها.

١. حق الملكية في المواثيق الدولية والتشريعات الوطنية

يعتبر حق الملكية من أهم الحقوق الأساسية التي اقرها وكفلها القانون للفرد، ويقصد به حق الشخص في التملك وإقتناء الأموال والممتلكات، وحقه في ممارسة جميع السلطات التي يخولها القانون لملك الشيء على محل الملكية، وهي سلطة الانتفاع أي الاستعمال وسلطة استغلال الشيء محل الملكية وسلطة التصرف بالشيء.

وعرفت التشريعات المدنية حق الملكية بأنه سلطة المالك في أن يتصرف في ملكه تصرفاً عينياً ومنفعتاً واستغلالاً، وفق الحدود التي اقرها القانون، وبالتالي يعني هذا الحق بوصفه حقاً عينياً، السلطة التي يقرها القانون لشخص ما على شيء منقول أو عقار محدد بالذات.

والملكية حق دائم ومؤبد، من حيث المبدأ والأصل، بمعنى تبقى سلطة المالك قائمة على الشيء المملوك، ولا تسقط بالتقادم أو بعدم الاستعمال، سوى في الحالات القليلة التي اقرها القانون، وتحديدًا في حالة اكتساب الملكية بوضع اليد بعد مرور وانقضاء الأجل والمدة القانونية المحددة لاكتساب الملكية بوضع اليد.

وقد تثبت ملكية الشيء لشخص محدد أو لملك واحد يستأثر بهذا الحق وجميع السلطات الناشئة عنه وهو ما يكون في الملكية العادية أو المفترزة، كما قد تكون ملكية الشيء مثبته لعدد من الأشخاص أو لعدة ملاك في ذات الوقت كما هو الحال مع ملكية الشيوع، أي الملكية التي تقوم على امتلاك كل شخص لحصة محددة في الشيء المملوك، بحيث يمتلك الجميع الأرض أو الشيء محل الملكية كل بحسب حصته، ودون تحديد واضح ومحدد لنطاق وحدود الحصة المخصصة لكل شخص.

وكان حق الملكية في العصور القديمة حقاً مطلقاً بمعنى لملك الشيء حق التصرف به دون أي قيد أو تدخل من أي شخص أو سلطة، غير أن هذا الوضع لم يلبث أن تغير في ظل التشريعات المعاصرة التي ألزمت المالك بواجب وضرة التقيد في تصرفاته في الحدود التي اقرها ورسمها القانون لحق الملكية، سواء حال التنازل أو حال نقل الملكية أو بالتدخل لتحديد بعض صور ومظاهر الانتفاع والاستغلال، أو بتحديد المساحات الواجب مراعاتها في البناء أو بفتح المطل على الغير أو التدخل لفرض السماح للغير بمشاركة المالك في بعض سلطاته على المملكن كالسماح للغير بالمرور أو غيرها من الضوابط التي اقرها القانون تجاه هذا الحق لضمان حمايته، وأيضاً لضمان حماية حقوق الآخرين وحياتهم بوجه تعسف

يتمثل الهدف الرئيسي لهذه الدراسة بإجراء مراجعة وتقييم قانوني لقرار مجلس الوزراء سابق الذكر والإجراءات اللاحقة له من قبل الجهات المختصة في السلطة الوطنية الفلسطينية في تنظيم المنطقة الصناعية المشتركة، للتحقق من مدى استجابة هذه الإجراءات لأحكام القوانين النافذة ذات الصلة بما يسهم في:

١. حماية الملكيات الفردية لأصحاب الأراضي المتضررة من هذه المنطقة.

٢. حماية الأراضي الزراعية المنوي إقامة هذه المنطقة عليها.

٣. حماية البيئة من الآثار السلبية المصاحبة للعمل في هذه المناطق.

منهجية الدراسة:

ستعتمد هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي من خلال تحليل مضمون الإجراءات التي تمت فلسطينياً بشأن المنطقة الصناعية المشتركة بالمقارنة مع النصوص القانونية المنظمة الواردة في كل من:

- القانون الأساسي المعدل لسنة ٢٠٠٣

- قانون رقم ٧ لسنة ١٩٩٩ بشأن حماية البيئة

- قانون الزراعة رقم ٢ لسنة ٢٠٠٣

- قانون الإستملاك رقم ٢ لسنة ١٩٥٣

تقسيم الدراسة:

سنتناول الدراسة في ثلاثة فصول رئيسية سنتناول في الفصل الأول لضمانات حق الملكية في المواثيق الدولية الناظمة لحقوق الإنسان والقانون الإنساني الدولي، أما الفصل الثاني فسنتناول فيه حق الملكية في ضوء التشريعات الوطنية. أما الفصل الثالث فسنتناول فيه تحليل الإجراءات والقرارات الإدارية المتخذة تحليل الإجراءات والقرارات الإدارية المتخذة ومدى انسجامها أو تعارضها مع القوانين النافذة ذات الصلة وكذلك الخيارات القانونية المتاحة للطعن في قرار مجلس الوزراء رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٠ واسترداد الأراضي المستملكة مملكتها.

المالك، ولمنعه من الخروج عن الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية، فضلا عن حماية النظام العام على صعيد المجتمع.

وللمالك بمقتضى القانون ممارسة مجموعة من السلطات على الشيء المملوك، وهي سلطة الاستعمال وسلطة الاستغلال وسلطة التصرف، وهذه السلطات الثلاث تكون ما يعرف بعناصر حق الملكية.

وتعني هذه السلطات أو العناصر في مضمونها:

- حق الاستعمال: أي الإفادة المباشرة من الشيء كما هو الحال مع استعمال المنزل بالسكن أو استعمال الأرض في الزراعة والبناء عليها.
- حق الاستغلال: أي الاستفادة غير المباشرة من الشيء محل الملكية، كالحصول على ريع نقي مقابل تأجير العقار أو الحصول على مقابل مادي مقابل تأجير الأرض أو الحصول على ثمار الأرض الجاري زراعتها.
- حق التصرف: تنقسم هذه السلطة الى جانب مادي وجانب قانوني، ونعني بالجانب المادي حق المالك في إجراء ما يراه من تغيير على الملك في نطاق الجائز والمشروع بمقتضى القانون، كقيام المالك بالبناء على الأرض أو قيامه بإزالة البناء القائم أو زراعة الأرض أو إزالة ما عليها من مزروعات، وحق التصرف المادي وإن كان أحد أهم السلطات التي تمنح للمالك إلا أنه حقا مقيد وغير مطلق لكون القانون قد يمنح المالك من القيام ببعض التصرفات المادية كمنع مالك الأرض المصنفة بالمناطق الأثرية من البناء أو منع المالك من هدم وإزالة الملك المصنف بالمتكاثرات التاريخية أو تقييد حق المالك في التصرف بأرضه الزراعية والبناء عليها، وغيرها من القيود التي قد يفرضها القانون على المالك حماية لمسائل ذات أهمية على صعيد الدولة والمجتمع.

والى جانب التصرف المادي يمتلك المالك سلطة التصرف القانوني بالشيء المملوك، كحق المالك في نقل ملكية الشيء إلى الغير أو إنشاء حقوقا عينية على العقار .

٢. خصائص حق الملكية

يمتاز حق الملكية عن باقي الحقوق العينية الأخرى بمجموعة من الخصائص والمميزات هي:

الملكية حق جامع . معناه أن حق الملكية يتسع بما يخوله من سلطات

تمكن المالك من الحصول على كافة أوجه الاستفادة المستمدة من الشيء محل الحق، فهو يستعمل هذا الحق ويستغله ويتصرف فيه، وليس لصاحب أي حق عيني آخر على الشيء كل هذه السلطات جميعا، إذ لا يكون له إلا بعض هذه الحقوق.

الملكية حق مانع:

ويعني ذلك أن حق الملكية قاصر على المالك دون سواه، بمعنى أنها لا يستأثر بها إلا المالك وحده، ويترتب على ذلك أن الشيء الواحد لا يمكن أن يكون مملوكا لشخصين في وقت واحد ، وبالنسبة لحالة الشيوع فإن الشخصين لا يملكان الحق كله، بل يملك جزء من الحق على الشيوع ، وذلك على خلاف ما يمكن أن يتوفر في الحق الشخصي عندما يكون هناك إثنان متضامنان إذ يملك كل منهما كل الحق أي يعتبر كل منهما دائئا به كله في مواجهة المدين.

الملكية حق دائم:

ويتم اعتبار خاصية الدوام بالنظر إلى الشيء المملوك لا بالنسبة للشخص المالك، لأن الأخير لا يبقى واحدا على الدوام فكثيرا ما تنتقل الملكية من شخص إلى آخر ومن ثم تتغير وتختلف شخص المالك ، ولكن الملكية تبقى بعينها ولذا يقال بأن الملكية تتأبد بانتقالها. ولهذا يعني دوام الملكية عدم سقوط حق المالك في ملكه نتيجة لعدم استعماله لهذا الملك.

ولأهمية الحق في الملكية، سعت المواثيق الدولية والتشريعات الوطنية إلى حمايته وتعزيزه بل وتحسينه عبر مجموعة من الضمانات باعتباره حقا من حقوق الإنسان الجديرة بالحماية وعليه سنتناول في القسمين التاليين ضمانات الحق في الملكية على الصعيدين الدولي والوطني، ومن ثم سنخصص القسم الثالث لضمائن نزع الملكية في التشريعات الوطنية:

٣. القيود القانونية الواردة على حق الملكية

كما اسلفنا لم يعد حق الملكية حقا مطلق، إذ قد ترد على هذا الحق جملة من القيود والضوابط القانونية التي تضعها الدولة لحماية النظام العام والوظيفة الاجتماعية لتشريع وإقرار حق الملكية، وقد تأخذ القيود القانونية على هذا الحق أحد الأشكال الثلاث:

أ-قيود قانونية على سلطة استعمال المالك لملكه

تقييد أغلب التشريعات المالك بواجب الالتزام حال استعمال ملكه بمراعاة القانون فضلا عن تجنب الإضرار بالغير، ويعني احترام

القانون في هذه الحالة التزام المالك بمراعاة الشروط الخاصة التي يضعها القانون لاستعمال الملكية كشرط التقييد بالمسافات والارتدادات التي تنظم إنشاء وتشيد المباني والتقييد بالارتفاعات المحددة أو الشكل الخارجي لأعمال البناء أو مراعاة تدابير معينة حال العمل على هدم وإزالة البناء وغيرها من القيود التي توضع حماية للمصلحة العام والأمن والنظام العام.

ومن القيود التي ترد في هذا المجال أيضا قيد تجنب الإضرار بالغير، إذ رغم كون المالك يمتلك الحق في استعمال واستخدام ملكه إلا أن هذا الاستعمال يجب أن لا يؤدي إلى إلحاق الضرر بالغير كعدم جواز إنشاء المالك لجدار مرتفع قد يؤدي إلى حجب الضوء والهواء عن المجاورين له أو أن يقوم بإنشاء مجمع للمياه العادمة في أماكن تلحق الضرر بغيره.

ب- قيود قانونية على سلطة استغلال المالك لملكه

ومن هذه القيود إلزام القانون لملك الأرض الزراعية بعد انتهاء مدة العقد بإبقاء مستأجر الأرض حتى تنضج ثمارها، إذا ما تأخر نضوجها لموعد لاحق على موعد المدة المحددة بالعقد، وإلزام القانون المؤجر بإبقاء المستأجر في العقار المؤجر له حتى بعد انتهاء المدة المحددة بالعقد.

ج- قيود قانونية على سلطة تصرف المالك بملكه

قد يتم تقييد حق المالك في التصرف بملكه وقد يكون هذا القيد لسبب اتفاقي أو بمقتضى القانون⁴، ومن صور التقييد الاتفاقي اشتراط

٤. مثال التقييد القانوني، تقييد قانون الزراعة الفلسطيني رقم (٢) لسنة ٢٠٠٣م، المعدل بالقانون رقم (١١) لسنة ٢٠٠٥م، ملك الأرض الزراعية، الذي الزمه القانون بمنع تجريف أرضه الزراعية أو بمنع البناء عليها إلا بحدود ونطاق معين ولغايات معينة، فقد نصت المادة (١٠) من القانون على (يحظر تجريف الأراضي الزراعية والبور أو نقل الأتربة منها أو إليها، ما لم يكن ذلك لأغراض تحسينها زراعياً أو المحافظة على خصوبتها وتحدد الوزارة ذلك وفقاً للقانون).

كذلك نصت المادة (١١) على (يحظر إنشاء أية مبان عامة أو خاصة أو منشآت صناعية أو تجارية أو حرفية في الأراضي الزراعية أو البور أو اتخاذ أية إجراءات في شأن تقسيم الأراضي لإقامة مبان عليها إلا في الحالات التالية:

الأراضي الزراعية التي تبلغ مساحتها عن ٥ آلاف متر مربع، يجوز لصاحبها إقامة بناء وحيد عليها، بقصد خدمة الإنتاج الزراعي على مساحة لا تزيد على مائة وثمانين متراً مربعاً ومن طابقين فقط.

الأراضي الزراعية التي تزيد مساحتها عن ٥ آلاف متر مربع، يجوز لمالكها إقامة بناء وحيد لكل خمسة آلاف متر مربع، بقصد خدمة الإنتاج الزراعي، على مساحة لا تزيد على مائة وثمانين متراً مربعاً ومن طابقين فقط.

الأراضي الزراعية المساعدة التي تبلغ مساحتها عن ٢٥٠٠ متر مربع يجوز لمالكها إقامة بناء وحيد عليها بقصد خدمة الإنتاج الزراعي وعلى مساحة لا تزيد على مائة وثمانين متراً مربعاً ومن طابقين فقط.

الأراضي الزراعية المساعدة التي تزيد مساحتها عن ٢٥٠٠ متر مربع يجوز لمالكها إقامة بناء وحيد لكل ٢٥٠٠ متراً مربعاً منها، بقصد خدمة الإنتاج الزراعي وعلى

الشركاء في ملكية معينة بعدم جواز تصرف الشريك في حصته إلا بموافقة الشركاء أو اشتراط القانون بعدم جواز بيع العقار للأجنبي إلا بموافقة جهات معينة.

٤. الاستثناء والقيود الواردة على الحق في الملكية الخاصة

على الرغم من أهمية وقيمة الحق في الملكية الخاصة، وعلى الرغم من الحماية التي اقرها المشرع للملكيات الخاصة، قد تضطر الدولة أو إدارتها إلى نزع ملكية الأفراد وبالتالي حرمان الملك من ملكه جبراً، لدواعي وضرورات تجبرها على ذلك وتحديداً في الحالات التي تجد الإدارة ذاتها مجبرة على مديها للملكيات الخاصة كأجراء ووسيلة لا بد منها لضمان حسن تقديمها وتلبيتها لحاجات الجمهور من مختلف خدماتها.

وبالنظر لكون القاعدة العامة والأصل في حق الملكية أنه حق دائم لا يمس ولا يعتدي عليه والاستثناء هو إمكانية نزع هذا الحق من يد صاحبه فإن ذلك يقتضى ضرورة وجوب أن يحاط هذا الاستثناء بعدة شروط وضمانات ووسائل لحماية الملكية الخاصة من أوجه التعسف والانحراف الذي قد يشوب عمل الإدارة، وايضا لتحقيق التوازن ما بين حماية الملكية الخاصة وضمانها وبين حق الدولة في المساس بهذا الحق خدمة وتلبية لاحتياجات المنفعة العامة.

ولعل أهم الضمانات التي أقرتها الدول لتحقيق وقيام الاستثناء أي نزع الملكية وما يمثله من خروج على حرمة وصون ملكية الأفراد الخاصة:

– شرط المنفعة العامة

– التعويض العادل.

إذا كان قيد نزع الملكية للمنفعة العامة يعد احد صور المساس بحق الملكية الخاصة بل وتعدى على هذا الحق فإن المنطق القانوني أن يتم إنصاف صاحب الملك وتعويضه عما يلحقه به قرار نزع الملكية من ضرر جبراً ما يفقده من حقوق وامتيازات.

مساحة لا تزيد على مائة وثمانين متراً مربعاً ومن طابقين فقط

الأراضي الزراعية والبور التي تقيم عليها الدولة مشروعات ذات نفع عام أو تخدم الإنتاج الزراعي أو الحيواني.

منشآت لخدمة المزرعة أو التوسع العمودي في الإنتاج الزراعي بشقيه النباتي والحيواني وفي جميع الأحوال، يشترط الحصول على ترخيص قبل البدء في البناء أو الإنشاء من الجهة المختصة بالتنسيق مع الوزراء).

الفصل الثاني

حق الملكية في ضوء المواثيق الدولية لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني

١. حق الملكية في ضوء المواثيق الدولية لحقوق الإنسان

يعرف القانون الدولي لحقوق الإنسان بكونه ذاك الفرع الحديث من فروع القانون الدولي العام المعني بحصر وتحديد مجموعة المبادئ القانونية الدولية النازمة لحقوق الإنسان الأساسية وحرياته المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، سواء من جانب النص عليها وتحديدتها، أو من جانب حصر وتحديد ماهية ومضمون التزامات الدول الخاصة بضمان حسن تمتع الأفراد بهذه الحقوق وضمان ممارستها الفعلية لها⁵¹.

وبشأن موقع ومكانة الحق في الملكية الخاصة على صعيد أحكام ومبادئ القانون الدولي لحقوق الإنسان، نشير إلى تأكيد مواثيق القانون الدولي لحقوق الإنسان على حق الملكية، حيث أشارت الكثير من المواثيق لهذا الحق حال استعراضها للمبادئ النازمة للحقوق الأساسية للفرد، بحيث جاءت على استعراض الحق في الملكية ضمن طائفة الحقوق والحريات الأساسية الواجب على الدول الأطراف في هذه المواثيق إتاحتها وضمانها للفرد.

فقد نص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٠ كانون الأول / ديسمبر ١٩٤٨ في المادة «١٧» على: ١. لكل فرد حق في التملك، بمفرده أو بالاشتراك مع غيره. ٢. لا يجوز تجريده أحد من ملكه تعسفاً.

كذلك أكد الإعلان الأمريكي لحقوق وواجبات الإنسان الصادر عن منظمة الدول الأمريكية عام (١٩٤٨) بمقتضى المادة «٢٣» على (لكل شخص الحق في الملكية الخاصة التي تفي بالحاجات الأساسية للمعيشة اللائقة، وتساعد في الحفاظ على كرامة الفرد والمسكن. حق الملكية في ضوء القانون الدولي الإنساني).

وتبنى الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب الصادر في عام ١٩٨١، الحق في الملكية كأحد مكونات الحقوق والحريات الأساسية حيث نص الميثاق في المادة «١٤» على (حق الملكية مكفول ولا يجوز المساس به إلا لضرورة أو مصلحة عامة طبقاً لأحكام القوانين الصادرة في هذا الصدد).

٥١ - بخصوص مفهوم هذا الفرع من القانون أنظر :-

د- عمر اسماعيل سعد الله، مدخل في القانون الدولي لحقوق الإنسان، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة أولى ١٩٩٠، ص ١١ وما بعدها.

وجاء في المادة «٣١» من الميثاق العربي لحقوق الإنسان الذي دخل حيز النفاذ في عام ٢٠٠٨ (حق الملكية الخاصة مكفول لكل شخص ويحظر في جميع الأحوال مصادرة أمواله كلها أو بعضها بصورة تعسفية أو غير قانونية.

كذلك أكد ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي بمقتضى المادة «١٧» على (١- لكل إنسان الحق في امتلاك واستخدام والتصرف في توريث ممتلكاته التي حصل عليها بشكل قانوني، ولا يجوز حرمان أي شخص من ممتلكاته إلا للمصلحة العامة، وفي الحالات وبموجب الشروط التي ينص عليها القانون، ويخضع ذلك للتعويض العادل الذي يدفع له في الوقت المناسب تعويضاً عن خسارته، ويجوز أن ينظم القانون استخدام الممتلكات بما تقتضيه المصلحة العامة. ٢- تتم حماية الملكية الفكرية).

وكما هو متعارف عليه تكتفي المواثيق والاتفاقيات الدولية، باستعراض المبادئ العامة للحقوق والحريات، دون الدخول في تفاصيل استعراض مضمونها والشروط الشكلية والموضوعية للتمتع بها، إذ تترك هذه الاتفاقيات مثل هذه الأمور للتشريعات المحلية، التي تقوم بترجمة مضمون هذا الحق وتوضيح مختلف الجوانب النازمة له والشروط الشكلية والإجرائية لكيفية إعماله والتمتع به.

٢- حق الملكية في ضوء القانون الدولي الإنساني.

يعني القانون الدولي الإنساني مجموع القواعد والأحكام القانونية النازمة لحقوق والتزامات الأطراف المتحاربة والسكان المدنيين في وقت الحرب وحال الاحتلال الحربي.

ونظمت قواعد وأحكام هذا القانون من حيث المبدأ حدود وضوابط استخدام القوة من قبل الأطراف المتحاربة وحقوق هذه الأطراف بمواجهة أعيان وممتلكات الطرف الآخر والتزامات الأطراف المتحاربة تجاه الجرحى والمرضى والأسرى وفرق الإغاثة الطبية، كما تناولت حقوق المحتل المتعلقة بإدارة أراضي المحتلة والانتفاع بمقدرات وثروات هذه الأراضي⁶¹.

٦١ - تتوزع أحكام هذا القانون على كم غير بسيط من الاتفاقيات والإعلانات الدولية التي من أهمها دون شك :-
- إعلان سان بترسبورغ لعام ١٨٦٨ بشأن حظر استخدام بعض القذائف وقت الحرب.

- اتفاقيات لاهاي الخاصة باحترام قوانين الحرب البرية لعام ١٩٠٧.
- بروتوكول جنيف المتعلق بحظر استخدام الأسلحة الغازات الخانقة أو الجرثومية لعام ١٩٢٥.

- اتفاقية لاهاي الخاصة بحماية الممتلكات الثقافية حال النزاعات المسلحة لعام ١٩٥٤.

اتفاقية جنيف الأربع لعام ١٩٤٩ « تعلق الأولى بتحسين حال الجرحى والمرضى =

ومن جانب آخر توسعت أحكام القانون الدولي الإنساني في تحديد وحصر التزامات المحتل تجاه السكان المدنيين وتحديدًا فيما يخص الحقوق الأساسية كحق الحياة والحق في المعاملة الإنسانية لسكان الأراضي المحتلة وحقهم في احترام ملكياتهم، وعدم الاعتداء عليها وحقهم في عدم إخضاعهم للعقوبات الحادة بالكرامة والعقوبات الجماعية وحقهم في حظر الاقتصاص منهم أو ممتلكاتهم، وحقهم في الملكية الخاصة ووجوب احترامها وصونها وعدم جواز الاعتداء عليها ومصادرتها وحق المدنيين في العمل والتعليم والتمتع بالرعاية الصحية وغير ذلك من الحقوق التي سعت من خلالها أحكام القانون الدولي الإنساني نحو تكريس الحد الأدنى من الحقوق والحريات المدنية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية للمدنيين في الظروف والأوضاع غير الطبيعية.

وبخصوص مكانة الحق في الملكية الخاصة، نشير إلى تناول وتنظيم أحكام ونصوص لائحة الحرب البرية الملحق باتفاقيات لاهاي لعام ١٩٠٧ في مواضع متفرقة من مضمونها حقوق والتزامات المحتل حال شروعه في استغلال واستخدام الملكيات العامة والخاصة وموارد الأراضي المحتلة المختلفة لمصلحة ومنفعة قواته وإدارته في الإقليم المحتل.

فقد جاء في نص المادة ٤٦ من اللائحة «ينبغي احترام شرف الأسرة وحقوقها وحياة الأشخاص والملكية الخاصة ، وكذلك المعتقدات والشعائر الدينية لا تجوز مصادرة الملكية الخاصة».

وفي موضع آخر أشارت المادة ٤٧ الى عدم جواز السلب بقولها « يحظر السلب حظرا تاما».

في حين تناولت المادة ٥٥ من اللائحة ماهية المركز والطبيعة القانونية لدور ومكانة سلطة الاحتلال بخصوص الملكيات والغابات التي تضع يدها عليها ، حيث جاء بنص مضمونها «لا تعتبر دولة الاحتلال نفسها سوى مسؤول إداري ومنافع من المؤسسات والمباني العمومية والغابات والأراضي الزراعية التي تملكها الدولة المعادية والتي توجد في البلد الواقع تحت الاحتلال وينبغي عليها صيانة باطن هذه الممتلكات وإدارتها وفقا لقواعد الانتفاع» .

وتطرقت اتفاقية جنيف الرابعة لعام ١٩٤٩ لموضوع الاستيلاء ومصادرة ملكيات سكان الأراضي المحتلة في العديد من البنود

= بالقوات المسلحة بالميدان، بينما تعلق الثانية بتحسين حال الجرحى والمرضى والغرقى بالقوات المسلحة بالبحر، في حين اختصت الثالثة بمعاملة أسرى الحرب ، وتعلقت الرابعة بحماية السكان المدنيين وقت الحرب».

-بروتوكولات جنيف المكمل لاتفاقيات جنيف الأربع المبرمة عام ١٩٧٧«تعلق الأول بحماية ضحايا النزاعات الدولية المسلحة ، في حين اختص الثاني بحماية ضحايا المنازعات المسلحة غير الدولية».

والأحكام ، فقد جاء في نص المادة الثالثة والثلاثين «...السلب محظور...» وفي مضمون مادتها الثالثة والخمسين نصت على «يحظر على دولة الاحتلال أن تدمر أي ممتلكات خاصة ثابتة أو منقولة تتعلق بأفراد أو جماعات أو بالدولة أو السلطات العامة أو المنظمات الاجتماعية أو التعاونية الا إذا كانت العمليات الحربية تقتضي حتما هذا التدمير» وحدد نص المادة الخامسة والخمسين التزامات وواجبات المحتل تجاه السكان المدنيين بخصوص ظروفهم وأوضاعهم المعيشية بنصه على من واجب دولة الاحتلال أن تعمل بأقصى ما تسمح به وسائلها على تزويد السكان بالمؤن الغذائية والإمدادات الطبية ومن واجبها على الأخص أن تستورد ما يلزم من الأغذية والمهمات الطبية وغيرها اذا كانت موارد الأراضي المحتلة غير كافية».

لا يجوز لدولة الاحتلال ان تستولي على أغذية أو إمدادات أو مهمات طبية مما هو موجود في الأراضي المحتلة إلا لحاجة قوات الاحتلال وأفراد الإدارة، وعليها أن تراعي احتياجات السكان المدنيين ، ومع مراعاة أحكام الاتفاقيات الدولية الأخرى، تتخذ دولة الاحتلال الإجراءات التي تكفل سداد قيمة عادلة عن كل ما تستولي عليه...».

والى جانب الاتفاقيات السالف ذكرها تطرق بروتوكول جنيف الاول المكمل لاتفاقيات جنيف الأربع من خلال مواده المختلفة ، لحقوق والتزامات قوات الاحتلال تجاه الملكيات العامة والخاصة والمناطق والموارد الزراعية على صعيد الأقاليم المحتلة ، حيث جاء بمضمون مادته الرابعة والخمسين :

١. يحظر تجويع المدنيين كأسلوب من أساليب الحرب.
٢. يحظر مهاجمة أو تدمير أو نقل أو تعطيل الأعيان والمواد التي لا غنى عنها لبقاء السكان المدنيين ومثالها المواد الغذائية والمناطق الزراعية التي تنتجها ، والمحاصيل والماشية ومرافق مياه الشرب وشبكاتها وأشغال الري اذا تحدد القصد من ذلك في منعها عن السكان المدنيين أو الخصم لقيمتها الحيوية مهما كان الباعث سواء كان بقصد تجويع المدنيين أو لحملهم على النزوح أم لأي باعث آخر.
٣. لا يطبق الحظر الوارد في الفقرة الثانية على ما يستخدمه الخصم من الأعيان والمواد التي تشتملها تلك الفقرة:
- أ. زادا لأفراد قواته المسلحة.
- ب. وإن لم يكن زادا فدعما لمباشر لعمل عسكري شريطة ألا تتخذ

مع ذلك حيال هذه الأعيان والمواد في أي حال من الأحوال إجراءات قد يتوقع أن تدع السكان المدنيين بما لا يغني من أكل ومشرب على نحو قد يسبب مجاعتهم أو يضطرهم إلى النزوح (...).

في أعقاب هذا الاستعراض لأحكام وقواعد القانون الدولي الإنساني الخاصة بتحديد وتنظيم حقوق والتزامات المحتل تجاه الممتلكات العامة والخاصة في الأراضي الخاضعة لسلطة وسيطرة قوات الاحتلال نلاحظ ضبط وحصر هذه القواعد والأحكام للحالات الجائز والممكن للمحتل حال توافرها استخدام واستغلال موارد وممتلكات الإقليم فضلا عن حقه في خرق وتجاوز ما أقرته وفرضته هذه القواعد من حظر عام على أعمال الاستيلاء والمصادرة وهدم وتخريب الممتلكات بتوافر الضرورة الحربية، أي ضرورة أن تتطلب الضرورة الحربية إجراء وتنفيذ سلطات الاحتلال لأعمال المصادرة والهدم والتخريب ، سواء لغاية وقصد المحافظة على أمن وسلامة قوات الاحتلال، أو لكون الأعيان والممتلكات الخاصة والزراعية تستخدم من قبل الطرف الآخر في أعمال ونشاطات ذات طابع عسكري ، مما يحتم في هذه الأحوال والظروف على القوات المعادية ضرورة تدميرها وتخريبها لتجريد وحرمان الطرف الآخر من ميزة وفائدة استخدامها واستغلالها.

وعرف شراح وفقهاء القانون الدولي الضرورة الحربية بتعريفات عديدة تتفق جميعها على أن الضرورة الحربية هي تلك الحالة التي تكون ملحة وتتطلب السرعة وبالتالي لا تترك وقتا كافيا من قبل الأطراف المتحاربة لاختيار الوسائل المستخدمة في أعمالها أو كما قال البعض هي الأحوال التي تظهر أثناء الحرب وتفرض حال قيامها ارتكاب أفعالا مخالفة لقواعد وأحكام قانون الحرب أو أنها قد تجعل من المحتم ارتكاب مثل هذه الأعمال بسبب الموقف والظرف الاستثنائي القائم لحظتها.

٣- حق السلطات العامة في حرمان وتجريد المالك من ممتلكاته بمقتضى المواثيق الدولية لحقوق الإنسان.

يتضح من استعراض مواثيق القانون الدولي لحقوق الإنسان، تأكيد هذه المواثيق كقاعدة ومبدأ عام على حرمة وحصانة الممتلكات الخاصة وحرمة الاعتداء عليها، غير أن هذه المواثيق أجازت من باب الاستثناء للسلطة العامة إمكانية حرمان وتجريد المالك من ممتلكاته، إذا ما اقتضت المصلحة العامة ذلك، أو حتمت حالات الضرورة على

السلطة أن تنتقص من هذا الحق أو تقيده.

ويتضح من مجل مواثيق القانون الدولي لحقوق الإنسان ضرورة توافر ثلاث شروط أساسية لنزع ملكية الافراد هي:

١. أن تكون الغاية من نزع الملكية محصورة ومحددة بتحقيق المنفعة العامة.

٢. ان تراعي السلطة العامة حال نزعها للملكية الخاصة الإجراءات التي تطلبها القانون وأن تلتزم هذه السلطة بضوابط القانون وقيوده.

٣. ان تكفل الدولة للمتضرر من هذا الإجراء تعويضا عادلا ومنصفا عن الضرر الذي لحق به جراء حرمانه وتجريده من ممتلكاته.

وتكتفي المواثيق الدولية كما هو متعارف عليه بالنص على المبادئ أو المسائل العامة والخطوط العريضة لمجمل المبادئ القانونية التي تنظمها وتقن مبادئها، ولهذا تترك هذه الاتفاقيات موضوع ترجمة وتوضيح مختلف تفاصيل الحقوق والحريات وكيفية الانتفاع بها وضمانات حمايتها وغيرها من الأمور التفصيلية للتشريعات العادية أي التشريعات الصادرة عن المجلس التشريعي.

وعلى هذا الأساس تترجم الدول هذه المبادئ بمقتضى تشريعاتها المحلية، بحيث تكفل بمتن هذه التشريعات حرمة وحصانة الممتلكات الخاصة، كما تنظم بموجب قوانين خاصة الإجراءات والضوابط النازمة لسلطة الإدارة بشأن نزع هذه الممتلكات والحقوق المقررة للمتضرر من هذه الإجراءات وغيرها من مختلف الجوانب الإجرائية.

يتم الاستيلاء على العقارات أو المنقولات إلا للمنفعة العامة وفقاً للقانون، في مقابل تعويض عادل أو بموجب حكم قضائي)

ب- النص التشريعي:

جرت العادة على صعيد القوانين الأساسية أو الدساتير، اكتفاء هذه المواثيق بالنص على المبادئ أو المسائل العامة والخطوط العريضة لمجمل المبادئ القانونية الخاصة بحقوق الإنسان وحرياته، ولهذا يترك الدستور موضوع ترجمة وتوضيح ومختلف تفاصيل الحقوق والحريات وكيفية الانتفاع بها وضمانات حماياتها وغيرها من الأمور للتشريعات العادية.

وفي الكثير من الحالات وخصوصاً في الحقوق والحريات المهمة ينص الدستور صراحة على ضرورة وضع المشرع لقانون خاص بهذه الحقوق، كما هو مع النص على وجوب وضع قانون ناظم لحق العمل أو قانون ناظم للانتخابات أو قانون خاص بتشكيل الجمعيات والأحزاب السياسية أو قانون ناظم للجنسية أو التعليم أو تقلد الوظيفة العامة وغيرها.

وعلى هذا الأساس يقوم المجلس التشريعي بتخصيص قانون خاص لهذه الحقوق يحدد وينظم من خلالها مختلف جوانب ومجالات الحق الذي يتناوله القانون. كما هو الحال مثلاً مع القانون المدني الذي يحدد في مضمونه ما تعنيه عبارة الحق في الملكية وطرق التصرف والانتفاع منها وكيفية استغلالها واستثمارها وطرق اكتسابها وحالات جواز نزعها وغيرها من التفاصيل النازمة لهذا الحق.

ج- الضمانة الجزائية:

من المسلم به عدم كفاية وجدوى الضمانة الدستورية وضمانة وضع التشريعات العادية المنظمة والمترجمة للضمانة الدستورية إذا ما افتقدت هذه الضمانات للحماية الجزائية، فتتنظيم القانون الأساسي للحقوق والحريات، وأيضاً تفصيل هذه الحقوق وتحديد مكوناتها بمقتضى التشريعات العادية، عملاً لا قيمة أو أثر له إن لم يتم تضمين تشريعات الدولة الجزائية، لمجموعة من القواعد والنصوص القانونية الخاصة بتجريم الأفعال التي يمثل اقترافها عملاً من أعمال الاعتداء أو الانتقاص من هذه الحقوق والحريات بما فيها الحق في الملكية الخاصة، كتجريم الاعتداء عليها واتلافها وغصبها وسلبها وغير ذلك من صور وأشكال تجريم الاعتداء الذي قد يقع على الملكية.

ومما لا شك فيه بأن النص الصريح بمقتضى التشريعات العقابية وغيرها من التشريعات على تجريم المساس أو الاعتداء على الحقوق

حق الملكية في ضوء التشريعات المحلية

يعتبر حق الملكية من أهم الحقوق الاقتصادية بل يمثل الركيزة الاقتصادية في الدول، ولهذا سعت جميع دول العالم الى حمايته، والتأكيد على صونه وعدم تقييد التمتع به سوى للقيود التي قد تقتضيها المصلحة العامة، كما لجأت الكثير من الدول في سبيل تعزيز الثقة والاستقرار الى تعزيز حماية حق الملكية سواء من خلال النص عليه في دساتيرها وقوانينها الأساسية أو من خلال تجريم كل عمل من شأنه الانتقاص من هذا الحق أو المس به أو إنكار التمتع به.

وليس هذا فحسب وإنما يدلل احترام الحقوق والحريات بما فيها الحق في الملكية الخاصة على صعيد أي مجتمع كان على مدى الرخاء والاستقرار والنماء والتطور الذي أضحى عليه، لكون تعزيز المجتمع للحق في الملكية الخاصة وتكريس الضمانات والآليات الفعلية لحمايتها سيؤدي الى استقرار علاقات الأفراد الاقتصادية والاجتماعية لشعور وإدراك الفرد بالأمن والحصانة لشخصه وماله وممتلكاته.

١. ضمانات حماية حق الملكية في ضوء التشريعات المحلية:

تضع جميع الدول المتحضرة مجموعة من الضمانات القانونية لحماية الممتلكات الخاصة على الصعيد الوطني أهمها الضمانة التشريعية والضمانة القضائية.

١/١ - الضمانة التشريعية

أ- الضمانة الدستورية:

تعنى الضمانة الدستورية وجوب إقرار وتأكيد الحق في الملكية الخاصة والنص عليه بمتن أحكام ونصوص المرجعية القانونية العليا على صعيد الدولة أي الدستور.

وتكمن أهمية هذا النص في اعتبارات عديدة، أهمها، ما تتمتع به أحكام الدستور من سمو وامتلاك للقيمة الملزمة والقطعية، مما سيحصن هذه الحقوق، لكون وجود مثل هذه الضمانة المتمثلة في منح الصفة والقيمة الدستورية لهذا الحقوق ستعزز من وجوب احترامها والعمل بها.

وعلى صعيد الواقع العملي خضت أحكام القانون الأساسي الفلسطيني الحق في الملكية وأكدت عليه بمقتضى الفقرة الثالثة من المادة ٢١ منه على (الملكية الخاصة مصونة، ولا تنزع الملكية ولا

٢/١ - الضمانة القضائية

الى جانب الضمانة التشريعية والضمانة الرقابية، تلعب الضمانة القضائية دوراً مهماً في ضمان حسن التزام باحترام الحقوق والحريات، حيث تعني هذه الضمانة بحق كل من تعرض لانتهاك أو اعتداء على ايا من حقوقه ان يتجه للقضاء العادي لمخاصمة ومساءلة من قام بهذا الانتهاك.

ويمارس الفرد حقه في هذه الضمانة من خلال نوعين من أنواع الدعاوى هما:

أ-دعوى المساءلة أمام القضاء العادي:

يقصد بهذه الدعوى تلك الدعاوى المدنية أو الجزائية التي قد ترفع أمام القضاء العادي الفلسطيني بتشكيلات محاكمه المختلفة (صلح، بداية، استئناف، عليا) وتنقسم المساءلة أمام القضاء الى مساءلة مدنية ومساءلة جزائية.

• المساءلة المدنية:

تعني المساءلة المدنية حق الفرد المتضرر من انتهاك حقوقه وحرياته في مساءلة ومخاصمة من قام بارتكاب هذا الانتهاك قصد الحصول منه على تعويض عادل ومنصف عن حجم الضرر الذي لحق به جراء هذا الانتهاك.

ويقتصر الجزاء المترتب على الدعوى المدنية على تعويض المتضرر مالياً أو إبطال التصرف الذي أوجد الانتهاك، فإذا ما كان الانتهاك يتعلق مثلاً بوضع شخص ليد على ممتلكات غيره تكون المساءلة المدنية قاصرة على مطالبة مرتكب الانتهاك بالتعويض عما لحق بالضحية من ضرر.

• المساءلة الجزائية:

تعني المساءلة الجنائية حق الفرد المتضرر من انتهاك حقوقه وحرياته في مساءلة ومخاصمة من قام بارتكاب هذا الانتهاك، قصد مساءلته ومعاقبته مادياً عما ارتكبه من اعتداء على حقوق وحريات الغير.

ويتمثل الجزاء المترتب على هذه المساءلة في العقوبة السالبة للحرية كالسجن فضلاً عن الغرامة المالية، ولهذا تعد المساءلة الجزائية من الضمانات الهامة التي قد تحول دون انتهاك حقوق الإنسان وحرياته وليس هذا فحسب بل قد يؤدي وجود هذه الضمانة بحد ذاتها الى دور وقائي في غاية الأهمية على صعيد الحد من وقوع الانتهاكات، لإدراك الأفراد بإمكانية وحتمية ملاحقتهم جنائياً إذا ما انتهكوا هذه الحقوق وخرجوا على أحكامها.

والحريات بما فيها الحق في الملكية سيؤدي بلا شك الى تعزيز هذه الحقوق وضمن حمايتها لإدراك الجميع بمساءلة وعقاب من تسول له نفسه بانتهاك هذه الحقوق أو الانتقاص منها أو منع الغير من التمتع بها وممارستها.

وعلى صعيد الواقع الفلسطيني، تتضح الضمانة الجزائية للحقوق والحريات من خلال تجريم قانون العقوبات رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠، لكافة مظاهر اعتداء الغير على الملكيات سواء كان مرتكب هذا الاعتداء شخص معنوي عام أو شخص طبيعي خاص.

فقد جرم قانون العقوبات بمقتضى المادة ٣٤٨ جريمة، التسلل الى الاماكن التي تخص الغير، كما جرمت المادة ٣٦٨ من القانون، بالأشغال الشاقة المؤقتة التي لا تقل عن سبع سنوات لكل من أضرم النار قصداً في أبنية أو مصانع أو ورش أو مخازن أو أي عمارات أهلة واقعة في مدينة أو قرية، أو في أبنية مسكونة أو معدة للسكن واقعة خارج الأمكنة الأهلة سواء أكانت ملكه أم لا.

كما جرمت المادة ٤٢٠ من القانون بالحبس حتى سنة لكل من كان بائعاً أو راهناً مالاً أو محامياً أو وكيلاً لبائع أو راهن، أخفى عن الشاري أو المرتهن مستنداً جوهرياً يتعلق بملكية البيع أو المرهون أو أي حق أو رهن آخر يتعلق به، أو زور شهادة تتوقف أو يحتمل أن تتوقف عليها الملكية.

كذلك جرمت المادة ٤٤٤، كل من أقدم قصداً على هدم بناء لغيره، وجرمت المادة ٤٤٦، من أقدم طم أو هدم سور من أي المواد بني أو على قطع سياج أو نزعه أخضر كان أم يابساً ومن هدم أو خرب أو نقل أية علامة تشير إلى الحدود بين مختلف الأملاك،

وجرمت المادة ٤٤٧ من قام بنزع التخوم تسهيلاً لغصب ارض، كما جرمت المادة ٤٤٨ من القانون اغتصاب العقارات بنصها على (من لا يحمل سنداً رسمياً بالملكية أو التصرف واستولى على عقار أو قسم من عقار بيد غيره دون رضاه، عوقب بالحبس حتى ستة أشهر، وتكون العقوبة من شهر إلى سنة إذا رافق الجرم تهديداً أو عنف، ومن ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات إذا ارتكبه جماعة منهم شخصان على الأقل مسلحان). يتناول العقاب الشروع في الجريمة المذكورة في الفقرة الثانية.

وفي سبيل تعزيز الحماية الجنائية لحقوق الافراد وحرياتهم بما فيها حق الملكية، نص القانون الأساسي الفلسطيني بمقتضى المادة ٣٢ منه على « كل اعتداء على الحقوق والحريات التي يكفلها القانون الأساسي ... جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم».

ويعتبر هذا النص خطوة رائدة في سبيل التأكيد على حرمة وحصانة مجموع الحقوق والحريات التي اقرها القانون الأساسي للفلسطينيين، جراء تجريمه الواضح والصريح لأي انتهاك أو مساس قد يقع على أي من هذه الحقوق.

أكد القانون الأساسي في المادة الفقرة الثانية من المادة ٣٠ على «يحظر النص في القوانين على تحصين أي قرار أو عمل إداري من رقابة القضاء...».

ومن هذا المنطلق يحق لكل شخص تضرر من قرار أصدرته أيا من سلطات الدولة، الطعن أمام المحكمة العليا الفلسطينية لأبطال هذا القرار وإلغاء وجوده.

٢. القيود القانونية الواردة على حق الملكية في ضوء التشريعات المحلية

كما سبق وأسلفنا لم يعد حق الملكية حقا مطلقا، إذ قد ترد على هذا الحق جملة من القيود والضوابط القانونية التي تضعها الدولة لحماية النظام العام والوظيفة الاجتماعية لتشريع وإقرار حق الملكية، وقد تأخذ القيود القانونية على هذا الحق أحد الأشكال الثلاث:

١- قيود قانونية على سلطة استعمال المالك للملكة:

تقييد أغلب التشريعات المالك بواجب الالتزام حال استعمال ملكه بمراعاة القانون فضلا عن تجنب الإضرار بالغير، ويعني احترام القانون في هذه الحالة التزام المالك بمراعاة الشروط الخاصة التي يضعها القانون لاستعمال الملكية كشرط التقييد بالمسافات والارتدادات التي تنظم إنشاء وتشيد المباني والتقييد بالارتفاعات المحددة أو الشكل الخارجي لأعمال البناء أو مراعاة تدابير معينة حال العمل على هدم وإزالة البناء وغيرها من القيود التي توضع حماية للمصلحة العام والأمن والنظام العام.

ومن القيود التي ترد في هذا المجال أيضا قيد تجنب الإضرار بالغير، إذ رغم كون المالك يمتلك الحق في استعمال واستخدام ملكه إلا أن هذا الاستعمال يجب أن لا يؤدي إلى إلحاق الضرر بالغير كعدم جواز إنشاء المالك لجدار مرتفع قد يؤدي إلى حجب الضوء والهواء عن المجاورين له أو أن يقوم بإنشاء مجمع للمياه العادمة في أماكن تلحق الضرر بغيره.

٢- قيود قانونية على سلطة استغلال المالك للملكة:

ومن هذه القيود إلزام القانون لمالك الأرض الزراعية بعد انتهاء مدة العقد بإبقاء مستأجر الأرض حتى تنضج ثمارها، إذا ما تأخر نضوجها لموعد لاحق على موعد المدة المحددة بالعقد، وإلزام القانون المؤجر بإبقاء المستأجر في العقار المؤجر له حتى بعد انتهاء المدة المحددة بالعقد.

٣- قيود قانونية على سلطة تصرف المالك بملكه

قد يتم تقييد حق المالك في التصرف بملكه وقد يكون هذا القيد لسبب اتفاقي أو بمقتضى القانون^٧، ومن صور التقييد الاتفاقي اشتراط الشركاء في ملكية معينة بعدم جواز تصرف الشريك في حصته إلا بموافقة الشركاء أو اشتراط القانون بعدم جواز بيع العقار للأجنبي إلا بموافقة جهات معينة.

١/٢ - تجريد المالك من ملكه وحقه في الملكية الخاصة بمقتضى التشريعات المحلية:

تعتبر الملكية الخاصة حق دستوري مكفول بالقانون الأساسي المعدل لسنة ٢٠٠٣ حيث نصت الفقرة الثالثة من المادة ٢١ منه على (الملكية الخاصة مصونة، ولا تنزع الملكية ولا يتم الاستيلاء على العقارات أو المنقولات إلا للمنفعة العامة وفقاً للقانون، في مقابل تعويض عادل أو بموجب حكم قضائي) وبالتالي قررت هذه المادة الضمانات الموضوعية لنزع الملكية الخاصة وهي توافر شرطي المنفعة العامة والتعويض العادل وقد جاء قانون الإستملاك رقم لسنة ١٩٥٣ مبيناً للضمانات الإجرائية لنزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة، باعتبار

٧. مثال ذلك تقييد قانون الزراعة الفلسطيني رقم (٢) لسنة ٢٠٠٣م، المعدل بالقانون رقم (١١) لسنة ٢٠٠٥م، لملك الأرض الزراعية، الذي الزمه القانون بمنع تجريف أرضه الزراعية أو بمنع البناء عليها إلا بحدود ونطاق معين ولغايات معينة، فقد نصت المادة (١٠) من القانون على (يحظر تجريف الأراضي الزراعية والبور أو نقل الأتربة منها أو إليها، ما لم يكن ذلك لأغراض تحسينها زراعياً أو المحافظة على خصوبتها وتحدد الوزارة ذلك وفقاً للقانون).

كذلك نصت المادة (١١) على (يحظر إنشاء أية مبان عامة أو خاصة أو منشآت صناعية أو تجارية أو حرفية في الأراضي الزراعية أو البور أو اتخاذ أية إجراءات في شأن تقسيم الأراضي لإقامة مبان عليها إلا في الحالات التالية:

الأراضي الزراعية التي تبلغ مساحتها عن ٥ آلاف متر مربع، يجوز لصاحبها إقامة بناء وحيد عليها، بقصد خدمة الإنتاج الزراعي على مساحة لا تزيد على مائة وثمانين متراً مربعاً ومن طابقين فقط.

الأراضي الزراعية التي تزيد مساحتها عن ٥ آلاف متر مربع، يجوز للمالكها إقامة بناء وحيد لكل خمسة آلاف متر مربع منها، بقصد خدمة الإنتاج الزراعي، على مساحة لا تزيد على مائة وثمانين متراً مربعاً ومن طابقين فقط.

الأراضي الزراعية المساعدة التي تبلغ مساحتها عن ٢٥٠٠ متر مربع يجوز للمالكها إقامة بناء وحيد عليها بقصد خدمة الإنتاج الزراعي وعلى مساحة لا تزيد على مائة وثمانين متراً مربعاً ومن طابقين فقط.

الأراضي الزراعية المساعدة التي تزيد مساحتها عن ٢٥٠٠ متر مربع يجوز للمالكها إقامة بناء وحيد لكل ٢٥٠٠ متراً مربعاً منها، بقصد خدمة الإنتاج الزراعي وعلى مساحة لا تزيد على مائة وثمانين متراً مربعاً ومن طابقين فقط.

الأراضي الزراعية والبور التي تقيم عليها الدولة مشروعات ذات نفع عام أو تخدم الإنتاج الزراعي أو الحيواني.

منشآت لخدمة المزرعة أو التوسع العمودي في الإنتاج الزراعي بشقيه النباتي والحيواني وفي جميع الأحوال، يشترط الحصول على ترخيص قبل البدء في البناء أو الإنشاء من الجهة المختصة بالتنسيق مع الوزراء).

أولاً: أن يكون هناك نص قانوني يجيز نزع الملكية

يشترط لكي تمتلك الإدارة سلطة ومشروعية تجريد المالك من ملكه، إن يجيز القانون للإدارة صراحة مثل هذه السلطة بمعنى أن يمنح القانون الإدارة حق ومشروعية نزع ملكية الأفراد في الحالات والظروف التي يرى القانون حق وسلطة الإدارة في القيام بهذا الإجراء.

وعلى صعيد التشريعات المحلية أجازت هذه التشريعات كما هو واضح من نص المادة «٢١» من القانون الأساسي الفلسطيني للإدارة بحق ومشروعية القيام بنزع ملكية الأفراد، حيث نصت المادة السالفة على (... الملكية الخاصة مصنونة، ولا تنزع الملكية ولا يتم الاستيلاء على العقارات أو المنقولات إلا للمنفعة العامة وفقاً للقانون في مقابل تعويض عادل أو بموجب حكم قضائي. ٤- لا مصادرة إلا بحكم قضائي).

وتعني عبارة القانون بلا شك وجود قانون صادر عن السلطة التشريعية خاص بموضوع الاستملاك، بحيث تستند اليه الإدارة في أعمال وممارسة سلطاتها في نزع الملكية، كما ينظم هذا القانون حدود وضوابط وإجراءات ومسوغات نزع ملكية الأفراد، ويطلق على هذا القانون في فلسطين قانون الإستملاك للمشاريع العامة رقم ٢ لسنة ١٩٥٣.

ثانياً: شرط المنفعة العامة

أي أن يكون نزع الملكية قد تم لغاية تسعى من خلالها الإدارة الى تحقيق منفعة عامة للجمهور، وفي هذا الصدد تحاشت العديد من التشريعات الدخول في تفصيل تحديد وتعريف وحصر المعايير والمبادئ التي يمكن على أساسها قيام وتوافر ركن المنفعة العامة ما يعني بأن الإدارة بمفردها تمتلك السلطة التقديرية في تحديد هذه المنفعة، ولهذا أصبح مفهوم ومقياس المنفعة العامة مفهوم واسع وغامض ما قد يدفع الإدارة الى التعسف في استخدام هذه الرخصة⁸¹.

وبذات الإتجاه لم يبين القانون الأساسي معنى المنفعة العامة وترك تفصيلها للقانون والإجتهد الفقه والقضائي وتركت المادة الثانية من قانون الإستملاك تحديد نطاق المصلحة العامة للإدارة حيث ورد

٨١- انظر بشأن المنفعة العامة.

د- / سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، الكتاب الثالث «أموال الإدارة العامة وامتيازاتها» دار الفكر العربي القاهرة طبعة ١٩٧٩، ص ٢٧١ وما بعدها
- خالد حمادة الخريشا، دعاوى الاستملاك أمام القضاء، دار الفكر، المملكة الأردنية الهاشمية، عمان، طبعة ٢٠١٠، ص، ٥٢ وما بعدها.

أن حق الملكية الخاصة حق دائم لا يمس ولا يعتدي عليه والاستثناء هو إمكانية نزع هذا الحق من يد صاحبه فإن ذلك يستوجب أن يحاط هذا الاستثناء بعدة شروط وضمانات ووسائل لحماية الملكية الخاصة وسنتناول هذه الضمانات في فرعين وسنخصص الفرع الثالث لدور القضاء في حماية الملكية الخاصة.

وعلى الرغم من أهمية وقيمة الحق في الملكية الخاصة، وعلى الرغم من الحماية التي اقراها المشرع للملكيات الخاصة، قد تضطر الدولة أو إدارتها الى نزع ملكية الأفراد وبالتالي حرمان الملك من ملكه جبراً، لدواعي وضرورات تجبرها على ذلك وتحديدًا في الحالات التي تجد الإدارة ذاتها مجبرة على مد يدها للملكيات الخاصة كأجراء وسيلة لبدء منها لضمان حسن تقديمها وتلبية احتياجات الجمهور من مختلف خدماتها.

وبالنظر لكون القاعدة العامة والأصل في حق الملكية أنه حق دائم لا يمس ولا يعتدي عليه والاستثناء هو إمكانية نزع هذا الحق من يد صاحبه فإن ذلك يقتضى ضرورة وجوب أن يحاط هذا الاستثناء بعدة شروط وضمانات ووسائل لحماية الملكية الخاصة من أوجه التعسف والانحراف الذي قد يشوب عمل الإدارة، وايضا لتحقيق التوازن ما بين حماية الملكية الخاصة وضمانها وبين حق الدولة في المساس بهذا الحق خدمة وتلبية لاحتياجات المنفعة العامة.

وتنقسم الضمانات التي أقرتها الدول لتحقيق وقيام الاستثناء أي نزع الملكية وما يمثله من خروج على حرمة وصون ملكية الأفراد الخاصة، الى ضمانات موضوعية وضمانات شكلية إجرائية.

١/٢/١- الضمانات الموضوعية لحماية الملكية الخاصة في حالة نزعها وتجريد المالك من ملكه جبراً

يعتبر إجراء نزع الملكية من أخطر الإجراءات التي تلجأ إليها الإدارة لاستيفاء مطالبها واحتياجاتها وذلك لما فيه من طابع الاعتداء على الملكية الخاصة لذلك لا يسوغ لإدارة بموجب قرارات إدارية انفرادية نزع الملكية ما لم يجز لها التشريع ذلك. ولذلك فإن هذا التصرف قد تم تقييده بجملة من القيود يجب أن ينفذ تنفيذاً دقيقاً في حدود القانون وأن تتوافر فيه الشروط التي تسوغ لإدارة القيام به وهي:

أولاً: أن يكون هناك نص قانوني يجيز نزع الملكية.

ثانياً: أن يكون الهدف من نزع الملكية تحقيق المنفعة العامة.

ثالثاً: التعويض العادل.

للقضاء لتقدير قيمة التعويض في حال الخلاف عليه ٩.

رابعاً : أن تراعي الإدارة الإجراءات التي رسمها القانون للقيام بأعمال نزاع الملكية

إضافة للشروط والضوابط السالف ذكرها لا بد أن يصدر قرار الاستملاك من الجهات الادارية المختصة بمقتضى القانون باستملاك العقار المزمع نزاع ملكيته لتحقيق المنفعة العامة، وبالنظر لكون قرار الاستملاك قراراً إدارياً، فهنا يجب ان يراعى في هذا القرار كافة العناصر والاركان التي تطلبها القانون لصحة وسلامة القرار، وهي ركن السبب أي توضيح الإدارة للأسباب التي دفعتها الى اتخاذ قرارها الإداري، وركن الشكل، أي القواعد الاجرائية والشكلية التي تطلب القانون من الادارة مراعاتها قبل إصدار القرار، كما يعني هذا الركن المظهر الخارجي للقرار، وركن الاختصاص، أي ان يكون القرار صادر عن الجهة التي اجاز لها القانون إصدار القرار، فاذا ما خص القانون جهة معينة بإصدار بعض القرارات كمجلس الوزراء أو الوزير فهنا لا بد من صدور هذا القرار عن ذات الجهة. وركن المحل، وركن الغاية^{١٠}.

١/٢/٢- الضمانات الشكلية لنزع الملكية الفردية

إن نزع الملكية للمنفعة العامة عملاً أجازها القانون وحدد ضوابطه التي يجب إتباعها، وكل خروج أو انحراف عن هذه السلطة يشكل اعتداء مادياً ومساساً خطيراً بحق الملكية. فالهدف من فرض المشرع إجراءات محددة يجب على الإدارة إتباعها هو حماية منزع الملكية من كل انحراف أو شطط يخرج عن الأساس الذي يبنى عليه نظام نزع الملكية للمنفعة العامة وعليه تضمن قانون الإستملاك رقم ٢ لسنة ١٩٥٣ مجموعة من الضمانات الشكلية لضمان ان الإستملاك للملكيات الخاصة هو للمنفعة العامة كما يلي:

١- وجوب النشر في الجريدة الرسمية لنية الإستملاك:

يعتبر نشر نية المنشئ بالإستملاك من أهم الضمانات الشكلية للإستملاك، فقد أوجبت الفقرة الأولى من المادة ٣ من قانون الإستملاك على المنشئ أن على المنشئ أن ينشر إعلاناً في الجريدة الرسمية لمدة خمسة عشر يوماً يعلن فيه عزمه على التقدم إلى مجلس

٩ - أنظر حول التعويض

د- سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، مصدر سابق، ص ٢٨٦ وما بعدها

د- خالد حمادة الخريشا، مصدر سابق، ص، ٥٧ وما بعدها.

١٠ - د أ خالد الخريشا، مصدر سابق، ص ٦٣ وما بعدها

في هذه المادة تعريف كلمة مشروع بأنه (كل مشروع يقرر مجلس الوزراء بموافقة الملك أنه مشروع للمنفعة العامة) . كما نصت المادة (٧) من قانون الإستملاك على أن قرار الإستملاك من مجلس الوزراء ي يعتبر بينة قاطعة على أن المشروع الذي يراد استملاك الأرض من أجله هو مشروع للمنفعة العامة. وبالتالي فإن المنفعة العامة هي صلب ومناطق قيد نزاع الملكية، على أن عدم تحديد مناطق المصلحة العامة بشكل واضح يبقى مصدراً للعديد من الانحرافات من جانب السلطة فترك مفهوم المنفعة العامة فضفاضاً بهذا الشكل ترك المجال واسعاً للإدارة لاختيار النزاع في أي مشروع تراه مناسباً.

ومن الآثار السلبية لعدم التحديد أن الإدارة قد تلجأ أحياناً إلى نزع ملكية الخواص تحت ذريعة المنفعة العامة وتقوم بعد ذلك بتقويت هذه العقارات خلافاً لقواعد التشريع في هذا المجال. وفي الحقيقة أن إطلاقية هذا المفهوم يشكل وسيلة تتهرب بواسطتها الإدارة من احترام القانون واحترام ما صاغه المشرع في هذا المجال ويمكن القول أن المصلحة العامة هي عبارة فضفاضة وغير محددة بمقتضى القانون إذ خلا القانون من وضع تعريف لفكرة لمصلحة العامة وأيضاً لم يتم وضع معيار ثابت ومحدد لهذه العبارة إذ رغم كثرة وشيوع استخدام القانون لهذه العبارة يستخدمها دون أن يعرفها.

وعلى هذا الأساس تبقى المصلحة العامة مسألة معلقة ما بين الادارة والقضاء الذي يحاول من خلال تحليله لمختلف جوانب القرار الإداري الوقوف على وجود المصلحة أو انتفاءها ومن ثم الحكم والتقرير بقيام وتوافر ركن تعسف الإدارة في إصدار القرار الخاص بنزع الملكية.

ثالثاً: التعويض العادل

إذا كان قيد نزع الملكية للمنفعة العامة يعد إكراها قانونياً على حق الملكية الخاصة بل تعدياً على هذا الحق فإن المنطق القانوني يفرض ضرورة إعطاء مقابل لمنزوعي الملكية عن حقوقهم الضائعة وعن الامتيازات التي كانت تخولها، فإعطاء تعويض عادل أي تعويض يراعي ويأخذ بعين الاعتبار كل ما لحق بمالك العقار من ضرر نتيجة لاستملاك عقاره، وهو بلا شك ما يمثل أهم الضمانات المخولة للملكية الخاصة ويشكل مقابلاً عن المساس والتعدي على هذا الحق كما جاء في نص المادة ٢٢ من القانون الأساسي، وقد أعطت المادة ٥١ من قانون الإستملاك الحق لأي من الإدارة أو المالك بحق التوجه

الوزراء لطلب إعطاء القرار باستملاك أرض مبينة أوصافها في هذا الإعلان وأن مشروعه هو للمنفعة العامة. وبالتالي فإن النشر شرط لإشهار النية بان الإستملاك هو للمنفعة العامة وهو إجراء تمهيدي جوهري لقرار الإستملاك الذي سيصدر من مجلس الوزراء وبالتالي فإن عدم النشر في الجريدة الرسمية يبطل إجراءات الإستملاك. حيث قررت محكمة العدل العليا الأردنية في قرارها رقم ١٦٤ / ١٩٨١ مجلة النقابة العدد ٥ لسنة ١٩٨١ ص ١٧٣٥ (١) ان المشرع في قانون الاستملاك رقم (٢) لسنة ١٩٥٣ قد أوجب تطبيقاً لحكم المادتين الاولى والثانية منه نشر جميع اجراءات الاستملاك في الجريدة الرسمية بحيث تشمل اعلان الرغبة من المنشئ في هذا الاستملاك وقرار مجلس الوزراء بهذا الخصوص ٢ . توجب القاعدة القضائية في حالة ما اذا اقتضى القانون النشر أن تتبع هذه الطريقة على وجهها الاكمل وهذا لا يتوفر الا اذا نشرت جميع الاجراءات بأكملها فان جاء النشر ناقصاً فيكون غير منتج وجزاؤه الالغاء. ٣- ان المشرع عندما أوجب طريقة النشر في معاملات الاستملاك قد اعتبر هذه الطريقة من الامور الجوهرية التي يترتب على مخالفتها بطلان الاجراء الناقض والغائه. ٤- أنه اذا ما تم ابطال اجراء ما تعتبر الاجراءات اللاحقة له والمعتمدة عليه باطلة هي الاخرى).

إلا أن عدم النشر في الجريدة الرسمية لا ينحدر بقرار الإستملاك إلى درجة الإنعدام وإنما يؤدي الى بطلان قرار الإستملاك بحيث تبدأ مدة الطعن فيه من تاريخ العلم اليقيني بقرار الإستملاك وتفاصيله وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا المصرية في أحد قراراتها^{١١} إلى أن (النشر في الجريدة الرسمية ليس إجراء مقصوداً لذاته ، وإنما هو في غايته وسيلة لإخبار ذوي الشأن بالقرار واتصال علمهم به - علم ذوي الشأن بصدور القرار إنما يقوم مقام النشر في الجريدة الرسمية ، ولكي يرقى هذا العلم مبلغ النشر في هذا الخصوص ويغنى عنه ينبغي أن يحقق الغاية منه بأن يكون علماً يقينياً لا ظنياً ولا افتراضياً ، وأن يكون على علم بجميع محتويات القرار جامعا لكل العناصر التي يستطيع على هداها أن يبين طريقة الطعن عليه ، أثر ذلك - ميعاد الخمسة عشر يوماً المنصوص عليها بالقانون إنما يجري من التاريخ الذي يثبت فيه علم صاحب الشأن بالقرار محل المنازعة علماً يقينياً وذلك دون الحاجة إلى نشر القرار - العلم اليقيني يثبت من أي واقعة أو قرينة تفيد حصوله وتدل على قيامه دون التقيد في ذلك بوسيلة إثبات معينة ، وتقدير ذلك أمر تستقل به المحكمة).

١١. طعن رقم ٣٥١٤ لسنة ٤٣ ق.ع - جلسة ٢٠ - ١ - ٢٠٠٤ المكتب الفني، القاعدة ٣٦ ص ٣١٠.

والى جانب ذلك يترتب على نشر القرار مجموعة من الضمانات أهمها:

- ضمانة النشر في الجريدة الرسمية لقرار مجلس الوزراء بالإستملاك، بيئة قاطعة على أن الإستملاك تم للمنفعة العامة فقد أوجبت المادة ٥ من قانون الإستملاك نشر قرار مجلس الوزراء المقترن بموافقة الملك في الجريدة الرسمية وأعتبرت المادة ٧ من ذات القانون نشر قرار مجلس الوزراء عملاً بأحكام المادة ٥ بيئة قاطعة على أن الإستملاك للمنفعة العامة .
- يترتب على عدم نشر قرار الإستملاك أن مدد الطعن في هذا القرار تبقى مفتوحة على علم المستملكة أرضه وعلى الإدارة إثبات علمه اليقيني بفحوى القرار.
- ضمانة تحقق مجلس الوزراء من إقتدار المنشئ على تنفيذ المشروع المنوي بالإستملاك لأجله حيث نصت المادة ٤ من قانون الإستملاك على (يحق لمجلس الوزراء بعد التثبت من اقتدار المنشئ المالي واقتناعه بأن مشروعه للمنفعة العامة ...) أي على مجلس الوزراء التحقق من الإقتدار المالي للمنشئ.
- التزام المنشئ بأن يقدم إلى مأمور التسجيل الذي تقع الأرض المستملكة ضمن دائرة اختصاصه عملاً بأحكام المادة ٤ من قانون الإستملاك تشمل: ١. صوراً عن القرار المذكور بعدد الأشخاص المطلوب تبليغهم. ٢. كشفاً بأسماء أصحاب الأرض المثبتة في سجلات دائرة التسجيل أو في قيود تحرير الأراضي والأبنية، أما الأرض غير المسجلة والتي لم تحرر فيقدم كشف بأسماء واضعي اليد عليها ومحلات إقامتهم. ويلتزم مأمور تسجيل الأراضي أن يبلغ بحكم المادة ٦ من قانون الإستملاك صورة عن القرار إلى كل واحد من أصحاب الأرض أو واضعي اليد عليها المبينة أسماؤهم في الكشف.
- وضع إشارة بمنع اجراء اي معاملة على قيد الأرض المستملكة بحكم المادة ٨ من قانون الإستملاك وذلك بعد نشر قرار مجلس الوزراء في الجريدة الرسمية عملاً بأحكام المادة ٥ من قانون الإستملاك وبالتالي فإن وضع هذه الإشارة قبل نشر القرار في الجريدة الرسمية يعتبر إجراء باطلاً.
- التزام المنشئ بمفاوضة صاحب الأرض المستملكة بعد تبليغه حسب الصول وفقاً لنص المادة ٦ من قانون الإستملاك وأن يتفق معه على شرائها أو التصرف فيها لمدة محدودة أو تملك أي حق فيها يقتضيه المشروع عملاً بأحكام المادة ٩ من قانون الإستملاك.

٢- دور القضاء في حماية الملكية الخاصة

يشكل القضاء مصدراً أساسياً لحماية الملكية الخاصة فالسلطة القضائية ظلت رداً من الزمن حامية للملكية الخاصة من جميع الاعتداءات التي تتعرض لها تتجلى هذه الحماية في رقابة القضاء لأعمال الإدارة فالإدارة ملزمة دائماً بالخضوع للقانون في كل الأعمال التي تقوم بها وكل تجاوز للقانون يفسح المجال للقضاء للتدخل لحماية حقوق الأفراد وحرياتهم.

حيث تشكل رقابة القضاء لأعمال الإدارة في نظام نزع الملكية لمنفعة العامة أحد أهم الضمانات المفروضة في هذا النظام خاصة وأن الإدارة تكون طرفاً في هذا الموضوع فهي التي تقوم بنزع الملكية وهي التي تقوم بكتابة الإجراءات اللازمة لاتمام هذه العملية وبالتالي تعد الرقابة القضائية ضماناً حقيقية لمنزوعي الملكية لما تخوله من حماية أكيدة ضد الانتهاكات التي قد تمس الملكية الخاصة. وتتم حماية القضاء للملكية الخاصة في هذا المجال عبر الدعاوي التي يرفعها منزعو الملكية ضد انحرافات نازع الملكية فقد تتمثل في دعوى إلغاء قرار المنفعة العامة أو دعوى التعويض وكذلك الدعوى الرامية إلى وقف الاعتداء المادي (منع المعارضة).

وقد استقر القضاء الإداري على أن إنحراف الإستملاك عن تحقيق المنفعة العامة ينحدر بقرار الإستملاك لدرجة الإنعدام وفي ذلك تقول محكمة القضاء الإداري السورية^{١٢} (١- الإستملاك هو نزع جبري للملكية مقابل تعويض عادل وقد شرع أصلاً من أجل تنفيذ المشاريع ذات النفع العام على العقارات المستملكة، ٢- خروج الإستملاك عن غايته المقررة بصك الإستملاك يعتبر عيباً جسيماً ينحدر بصك الإستملاك إلى درجة الانعدام) وفي قرار ١٣ آخر ذهبت إلى أن (ثبوت عدم مشروعية الإستملاك لاستهدافه نفعاً خاصاً لصالح الجمعية التعاونية في بلدية حلب واستحقاق المالكين تعويضاً جزائياً شاملاً كل ضرر يلحق بالمالكين نتيجة اللا مشروعية في قرار الإستملاك بسبب بيع العقارات المستملكة للسكن الشعبي إلى الجمعية السكنية للعاملين لدى بلدية حلب...).

١/٢: رقابة القضاء على شرط المنفعة العامة

وتعد المنفعة العامة مناط نزع الملكية فهي الأساس الذي بني عليه هذا النظام ككل. وأمام عدم وجود مفهوم دقيق لفكرة المنفعة العامة كان لزاماً على القضاء أن يوفر رقابة فعالة للمنفعة العامة. وأمام عجز الرقابة العادية لكبح أوجه الإنحراف الذي شاب عمل الإدارة

١٢. قضاء إداري قرار ٦٩٣ أساس ٥٩٨ لعام ١٩٩٦ المحامون ١٩٩٨ الصفحة ١٠٧٦

١٣. إدارية عليا قرار ٥٦ طعن رقم ١١٣ لعام ١٩٨٤ مجموعة المبادئ القانونية التي قررتتها المحكمة الإدارية العليا لعام ١٩٨٤

في تقديرها للمنفعة العامة كان من الواجب على القضاء أن يستوعب هذه الأمور ويطور رقابته في هذا الصدد بهدف خلق توازن يوفر حماية حقيقية للملكية الخاصة.

ووفقاً لما ذكرناه سابقاً حول مضمون المنفعة كما جاء في قانون الإستملاك حيث ورد في المادة ٢ منه بأن كلمة مشروع بأنه (كل مشروع يقرر مجلس الوزراء بموافقة الملك أنه مشروع للمنفعة العامة). كما نصت المادة (٧) من قانون الإستملاك على أن قرار الإستملاك من مجلس الوزراء ي يعتبر بينة قاطعة على أن المشروع الذي يراد استملاك الأرض من أجله هو مشروع للمنفعة العامة، وبالتالي فإن رقابة القضاء تنصب على الشكليات التي يحددها القانون فقط للإستملاك لذلك اقتضت رقابة المحاكم الفلسطينية بهذا الشأن على التحقق من مدى احترام الإدارة للشكليات المحددة قانوناً دون الخوض في السلطة التقديرية المعطاة للإدارة لتحديد قيام شرط المنفعة العامة.

٢/٢: دور القضاء في منح التعويض العادل

إن نزع الملكية العقارية لا يتم قانوناً إلا مقابل تعويض عادل وهذه قاعدة أساسية في نظام نزع الملكية لا محيد عنها. ووصولاً لهذه الغاية وضع المشرع مجموعة من الآليات والوسائل، فقد فرض أن يتم تقويم العقار المنزوع من قبل لجنة إدارية تضم متخصصين في ميدان العقار وبتحويل القضاء الحكم بالتعويض، فالإدارة لا يمكنها أن تكون خصماً وحكماً في نفس الوقت. لذا كان لا بد على القضاء التخلص من هاجس المال العام انصياعاً لرغبات الإدارة لأن الأمر في الحقيقة يتعلق بتعد على الملكية لا الإضرار والإجحاف بهم أكثر عن طريق إقرار تعويض غير مناسب وغير عادل. إن دور القضاء يتجلى في خلق توازن حقيقي بين مصالح الخواص ومصالح الإدارة في حماية المال العام. كما بينت المادة (١٥) من قانون الإستملاك مجموعة من الضوابط لتقدير التعويض العادل من قبل محكمة البداية المختصة كما يلي:

١. أن لا يؤثر في تقدير بدل الإيجار كون الاستملاك حصل دون رضى المالك في حال أن الإستملاك كان للإستعمال وليس لنزع الملكية.

٢. أن تأخذ المحكمة بعين الاعتبار ثمن الأراضي المجاورة للأرض المراد استملاكها والتي هي من نوعها بصرف النظر عما قد يكون من ثمن خاص لغايات المنشئ.

٣. أن يعتبر ثمناً للأرض ذلك المبلغ الذي يمكن الحصول عليه لو بيعت علناً في السوق من شخص راغب في الشراء ويشترط في

ذلك أن تقدر قيمة الأرض أو الحق أو المنفعة في الوقت الذي نشر فيه قرار مجلس الوزراء في الجريدة الرسمية بغض النظر عن أية تحسينات أو إنشاءات أجريت فيها أو أنشئت عليها بعد تاريخ نشر القرار المذكور.

٤. عند تقدير بدل الإيجار الواجب دفعه لقاء استئجار أرض تقدر المحكمة بدل الإيجار السنوي لصاحب الأرض آخذة بعين الاعتبار قيمة إيجارها في تاريخ نشر قرار مجلس الوزراء القاضي بالاستملاك.

٥. لدى تقدير التعويض الواجب دفعه بمثابة عطل وضرر من جراء إنشاء أي حق ارتفاق أو فرض أي قيد على ممارسة أي حق يتعلق بملكية الأرض تقدر المحكمة هذا التعويض على أساس المبلغ الذي ينقص من قيمة الأرض المقدرة بمقتضى الفقرات السابقة بسبب إنشاء حق الارتفاق المذكور أو فرض ذلك القيد.

٦. إذا نقصت بسبب الاستملاك قيمة الجزء الذي لم يستلم وجب مراعاة هذا النقصان، ولا يجوز أن يزيد المبلغ الواجب إضافته في أي حال على نصف القيمة التي يستحقها صاحب الأرض بمقتضى أحكام هذه المادة.

٧. أن تأخذ المحكمة بعين الاعتبار أيضاً أي ضرر لحق أو قد يلحق بالمالك من جراء فصل الأرض التي استملكت عن أرض أخرى تخصه أو من جراء ممارسة الصلاحيات المخولة بهذا القانون.

٨. مع مراعاة أحكام أي قانون يتعلق بتأمين الديون الموثقة بسندات تأميناً للدين، لا يجوز حجز بدل التعويض إذا كان بدلاً من أرض أو ملك لا يجوز حجزه قانوناً.

٩. مع مراعاة أحكام المادة (٧١) من هذا القانون لا يدفع المبلغ المستحق لأولي الشأن إلا بناء على شهادة من مأمور التسجيل تشير إلى أن الأرض غير موضوعة تأميناً للدين. فإذا كانت الأرض موضوعة تأميناً للدين يودع المبلغ في صندوق الخزينة.

٣/٢ - دور القضاء في دفع الاعتداء المادي منع المعارضة

إن الإدارة أو من يقوم مقامها عندما تضع يدها على عقار مملوك ملكية خاصة دون أن تكون معتمدة في عملها على سند قانوني صحيح ودون أن تتبع إجراءات الإستملاك المنصوص عليها في قانون استملاك من أجل المنفعة العامة تكون قد ارتكبت اعتداء مادياً على الملكية الخاصة

ويرى الفقيه الفرنسي دلو بادير أنه يكون هناك اعتداء مادي «عندما ترتكب الإدارة في حالة قيامها بنشاط مادي ذي طبيعة تنفيذية عدم مشروعية واضح وجسيم من شأنه أن يتضمن اعتداء على حق الملكية أو مساساً بحرية من الحريات العامة».

ف عناصر الاعتداء المادي تتجلى في:

- ارتباط عمل الإدارة بخطأ جسيم يخرج به عن حدود المشروعية بحيث يجعله منعدم الصلة بوظائف السلطة العامة.

- أن ينتج عن الاعتداء المادي مساساً كبيراً بحق الملكية وبالحقوق العينية الأخرى وبالحريات الإنسانية.

- أن يرتبط بإجراء مادي تنفيذي إذ لا يكفي اتخاذ قرار من جانب الإدارة وإنما يجب أن تبادر الإدارة في تنفيذه مادياً أو تشرع في التهيئة لتنفيذه.

وعليه فإن وضع الإدارة ليدها على العقار المستملك قبل استكمال جميع الإجراءات القانونية المنصوص عليها لعملية الإستملاك تعتبر يدها على العقار المستملك يداً غاصبة، ولا يجوز للإدارة وضع يدها على العقار المستملك إلا بعد دفع التعويض العادل ونقل قيود الملكية باسم المنشئ، وذلك وفقاً لنصوص وأحكام قانون الاستملاك للمشاريع العامة رقم ٢ لسنة ١٩٥٣ وتعديلاته.

فالمادة التاسعة من قانون الاستملاك للمنفعة العامة توجب على المنشئ وبعد تبليغ مأمور تسجيل الأراضي قرار الاستملاك لأصحاب الأراضي المستملكة، أن يبادر إلى مفاوضة أصحاب الأراضي على التعويض العادل للأرض المستملكة، فإذا تم الاتفاق يجب على المنشئ دفع القيمة لأصحاب حق التعويض سواء كان المالك المسجل باسمه العقار، أو صاحب حق التصرف به، ويصار بعد ذلك إلى تسجيل العقار المستملك باسم المنشئ لدى دائرة تسجيل الأراضي.

أما إذا لم يتفق المنشئ مع صاحب الأرض على مقدار التعويض، كان لأي من أطراف العلاقة اللجوء للمحكمة المختصة لتقدير التعويض المناسب.

وبنهاية إجراءات المحاكمة المختصة بتقدير التعويض العادل يجب على المحكمة أن تصدر قرارها بقيمة التعويض وبالفصل في أي نزاع قد ينشأ بين المستحقين للتعويض، كما يصدر القرار بتسجيل العقار المستملك باسم المنشئ.

وقد استقر الاجتهاد القضائي على ذلك ونشير الى قرار محكمة التمييز الاردنية رقم ٤١٣ / ١٩٨٣ المنشور على الصفحة ٤٣ من العدد ٥ لسنة ١٩٨٤ والذي ورد فيه : (يستفاد من المادة ٩ من قانون الاستملاك رقم ٢ لسنة ١٩٥٣ ان هذا القانون لم يلزم اصحاب الاراضي بقبول المبلغ الذي يعرضه المنشئ عليهم وانما ترك لهم الخيار اما بقبوله او مراجعة المحكمة لتعيين مقداره اذا كانوا يعتقدون انهم يستحقون اكثر مما عرضه عليهم المنشئ ، و.....الخ)

كما ان قانون الاستملاك لا يجيز للمنشئ التصرف في العقار المستملك او استغلاله قبل استكمال اجراءات الاستملاك ودفع التعويض ، فاذا ما قام المنشئ بوضع يده على العقار المستملك قبل استكمال الاجراءات اعتبر في حكم الغاصب ووجب عليه دفع بدل اجر المثل ، حتى لو صدر قرار الاستملاك بالحيازة الفورية ، ونجد في هذا ان محكمة التمييز الاردنية قضت في قرارها رقم ٢٨١ / ١٩٧٩ المنشور على الصفحة ٧٣ من العدد ٤ لسنة ١٩٨٠ انه : (١ - اذا وضعت امانة العاصمة يدها على العقار المستملك قبل ان تقوم بدفع التعويض عنه فانها تعتبر ملزمة بتادية اجر المثل ما دام العقار معدا للاستغلال ٢ - اذا صدر قرار بالحيازة الفورية دون اتباع الاصول التي نصت عليها المواد ٥، ٦، ٨، ٩ من قانون الاستملاك فانه لا يترتب عليه أي اثر ولا يحرم صاحبه من المطالبة باجر مثله) .

وفي ذات الإتجاه ذهبت محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها^{١٤} إلى أن (استيلاء الحكومة على عقار جبرا عن صاحبة دون اتباع الاجراءات التي يوجبها قانون نزع الملكية يعتبر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - بمثابة غصب يستوجب مسئوليتها عن التعويض وليس من شأنه ان ينقل بذاته الملكية للجهة الغاصبة ويظل للمالكه حق استرداده وطلب مقابل عدم الانتفاع به الى ان يصدر قرار بنزع ملكيته تراعى فيه اجراءات القانون يستوى فى ذلك ان يكون ما استولت عليه الحكومة داخلا فى مشروعاتها العامة او مضافا الى خطوط تنظيم الشوارع وفقا لنص المادة ١٣ من القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ ويكون شان المالك عند مطالبته بالتعويض شان المضرور من اى عمل غير مشروع له ان يطالب بتعويض الضرر سواء ما كان قائما وقت الغصب او ماتفاقم من ضرر بعد ذلك الى تاريخ الحكم بما يستتبع تقدير التعويض بقيمة العقار وقت رفع الدعوى لا وقت الاستيلاء عليه)

وذهبت في قرار^{١٥} ثاني إلى أنه (المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن إستيلاء الحكومة على العقار جبراً عن صاحبه دون إتخاذ الإجراءات

١٤. الطعن رقم ٥٣٣٤ سنة قضائية ٦٤ مكتب فني، تاريخ الجلسة ١٤ / ٣ / ٢٠٠٤
١٥. الطعن رقم ٦٣٠٤ سنة قضائية ٦٤ تاريخ الجلسة ٢٧ / ١٢ / ٢٠٠٤.

القانونية التي يوجبها قانون نزع الملكية يعد بمثابة غصب ليس من شأنه أن ينقل الملكية للغاصب إلا إذا اختار صاحب العقار أن يطالب بالتعويض متنازلاً عن حقه في استرداد ملكه أو استحلال رده إليه أو كان في رده إرهاب للمدين أو أن يلحق بالدائن ضرراً جسيماً عملاً بنص المادة ٢٠٣ من القانون المدني).

علما بان القاعدة المقررة للمطالبة باجر المثل هي ضمان لمنفعة المال المغتصب ، وفي ذلك تقول محكمة التمييز الاردنية في القرار رقم ٣٠٠ / ١٩٧٤ المنشور على الصفحة ٦٨٢ من العدد ٣ لسنة ١٩٧٥ : (ان القاعدة في اجر المثل هو انه ضمان لمنفعة فيما اغتصب من مال معد للاستغلال...) .

اما الشرط الثاني لاتمام الاستملاك فهو ان يتم نقل قيود الملكية من اسم صاحب الارض المستملكة الى اسم المنشئ وفقا لنص المادة ١٨ من قانون رقم لسنة ١٩٦٠ المعدل لقانون الاستملاك رقم ٢ لسنة ١٩٥٣ ، وهذا الاجراء يتم بعد دفع التعويض ، ولا يكتمل الاستملاك الا باتمام هذين العنصرين ، وفي ذلك تقول محكمة التمييز الاردنية في القرار رقم ٧٩ / ١٩٧٥ المنشور على الصفحة ١٤٩٥ من العدد ٣ لسنة ١٩٧٥ : (ان صاحب العقار المستملك يستحق اجر المثل حتى تاريخ الدعوى ، لان قرار الاستملاك بحد ذاته لا ينقل الملكية بالمعني الحرفي وان كان يضع قيودا على هذه الملكية ريثما تتم اجراءات الاستملاك ، اما ما ينقل الملكية فعلا فهو دفع التعويض من صندوق المحكمة وصدور القرار بالاستملاك الارض عملاً بالمادة (١٨ / ١) من قانون الاستملاك لسنة ١٩٥٣) .

وكذلك القرار التمييزي رقم ٢٨١ / ١٩٧٠ المنشور على الصفحة ٩٥٣ من العدد ٢ لسنة ١٩٧٠ والذي ورد فيه : (ان قانون الاستملاك لا يبيح للمنشئ ان يضع يده على الارض المستملكة بمجرد صدور قرار الاستملاك ونشره في الجريدة الرسمية بل لا بد من دفع الثمن اولا وتسجيل الارض باسمه عملاً بالمادة ١٨ / ١ المعدلة او صدور قرار بالحيازة الفورية عملاً بالمادة ١٦ منه ، فاذا تبين ان قيام المنشئ بوضع يده على الارض المستملكة قد جرى قبل التعويض وتسجيل الارض باسمه فانه يعتبر في هذه الحالة غاصبا وملزما باعادة الارض لصاحبها وضمان اجر مثلها عملاً بالمادة ١٥ من قانون التصرف بالاموال غير المنقولة)

وفي كل الاحوال ، ما عدا تلك التي يكون الاستملاك فيها لمصلحة الحكومة او المجالس والهيئات المحلية ، واذا ما استكملت الادارة كافة اجراءات وشروط الاستملاك المنصوص عليها في قانون الاستملاك للمنفعة العامة ، فانه يتوجب على المنشئ ان يبادر الى استخدام الارض المستملكة للغاية التي استمكت بشأنها خلال مدة

اقصاها سبع سنوات من صدور قرار الاستملاك ، وفق صريح نصوص قانون الاستملاك للمشاريع العامة .

فاذا انقضت المدة المنصوص عليها في المادة ٢٠ من قانون الاستملاك ، دون ان يبادر المنشئ الى استخدام الارض للغاية التي استمكت من اجلها ، او دون ان يباشر العمل في المشروع الذي استمكت من اجله الارض ، كان لصاحب مالك الارض ان يتقدم للمحكمة المختصة بدعوى لالزام المنشئ باعادة الارض المستملكة لاصحابها قبل الاستملاك.

واذا ما اقتنعت المحكمة ان المنشئ لم يباشر العمل في المشروع ، وان الاسباب التي حالت دون العمل في المشروع الذي استمكت الارض من اجله غير مقنعة ، فتكون يد المنشئ يدا غاصبة على العقار ويتوجب اصدار الحكم لاعادة الارض المستملكة الى اصحابها بعد ان يعيدوا مبلغ التعويض المدفوع لهم من المنشئ ، مع الحكم ببطل الاضرار التي لحقت بالارض المستملكة بنتيجة الاستملاك وببطل المصاريف .

وفي هذا قضت محكمة التمييز الاردنية في القرار رقم ٣٠٥ / ١٩٥٩ المنشور على الصفحة ٣٤٩ من العدد ١ لسنة ١٩٥٩ انه : (اعادة الارض المستملكة المستفاد من نص المادة ٢٠ من قانون الاستملاك لسنة ١٩٥٣ هو ان صاحب الارض المستملكة لا يستطيع المطالبة باعادتها اليه بعد تسجيلها باسم المستملك اذا كان هذا المستملك هو الحكومة او مجلس بلدي او مجلس محلي سواء اكان المستملك باشر العمل الذي يقتضيه المشروع او عدل عن ذلك لاي سبب من الاسباب) .

وبمفهوم المخالفة الوارد في هذا القرار ، فانه اذا ثبت للمحكمة ان المنشئ لم يباشر العمل في المشروع المستملكة الارض لغاية انشائه خلال المدة المدة المضروبة بحكم المادة ٢٠ من قانون الاستملاك ، فان من حق صاحب الارض المطالبة باعادتها مع طلب التعويض عما لحق بالارض من اضرار جراء الاستملاك ، على ان يلتزم باعادة مبلغ التعويض الذي قبضه .

وذهبت محكمة القضاء الإداري السورية إلا أن مرور الزمن دون ان تباشر الإدارة تنفيذ المشروع الذي تم الإستملاك من أجله هو قرينة على عدم توافر شرط المنفعة العامة وينحد بقرار الإستملاك لدرجة الإنعدام حيث جاء في احد قراراتها^{١٦} (لما كان استملاك العقار موضوع الدعوى يعود في جذوره إلى عام ١٩٦٥ وكانت جهة الإدارة لم تنفذ المشروع الذي تم الاستملاك من أجله خلال ثلاثين سنة تلت الاستملاك أو تزيد ، فان فكرة النفع العام من الاستملاك

١٦. قضاء إداري أساس ٢٩٩٥ قرار ١١٤٥ تاريخ ١٢/٢٨/١٩٩٧ المحامون ١٩٩٩ الصفحة ٩٢٧.

تكون منتفية وتنتفي معها مشروعية استملاك وهو ما يعتبر عيباً جسيماً ينحدر بصك الاستملاك إلى درجة الانعدام). كما أن حق المنزوعة ملكيته بشكل غير مشروع في استرداد العقار المستملك ومطالبة الإدارة بالتعويض هو حق لا يسقط بالتقادم باعتبار أن الإستملاك غير المشروع يمثل إعتداء على حرية وحقوق الملكية الخاصة المكفولة بالقانون الأساسي بمقتضى المادة ٣٢ منه على كل اعتداء على الحقوق والحريات التي يكفلها القانون الأساسي ... جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم . وبهذا الإتجاه جاء قرار^{١٧} المحكمة الإدارية العليا المصرية (ومن حيث إنه عن الدفع المبدى من الجهة الإدارية بسقوط حق المطعون ضدهم بالتقادم الطويل فإنه مردود عليه بأن الدولة ككيان مادي ومعنوي قائم بذاته ، أكبر واسمى من أن تمتلك أرضى مواطنيها بوضع اليد ، ذلك أن علاقتها بمواطنيها تختلف عن علاقة مواطنيها بعضهم البعض فما يجوز في علاقات هؤلاء بعضهم البعض ، قد لا يكون مقبولا في علاقات الدولة بمواطنيها خاصة وأن وضع اليد المكسب للملكية يشترط فيه توافر نية التملك لمدة ١٥ سنة متصلة ، كما أن الحياة وإن كانت تتمخض عن اكتساب ملكية الحقوق العينية الأصلية عن طريق التقادم ، فإن ذلك يتم أحيانا من خلال اغتصابها عن طريق الحياة ولا يقبل أن تكون يد الدولة يد غاصب وهي حارسة على أموال مواطنيها - وهو الأمر غير المائل في خصوصية الحالة موضوع التقاضي ، حيث قامت الدولة ممثلة في جهة الإدارة باتخاذ إجراءات نزع الملكية للمنفعة وهو إجراء منبث الصلة تماماً بموضوع وضع اليد المكسب للملكية هذا فضلاً عن أن إباحة مثل هذا التصرف للدولة يتنافى مع ما كفله الدستور في المادة ٣٤ منه - وهو يأتي في أعلى مدارج السلم التشريعي في الدولة من صون للملكية الخاصة ومن عدم مساس بها سواء بغرض الحراسة أو نزع ملكيتها للمنفعة العامة إلا وفقاً للقانون ، وبحكم قضائي في الحالة الأولى ، ومقابل تعويض في الحالة الثانية).

١٧. محكمة إدارية عليا ، الطعن رقم ٢١٤٨ لسنة ٣٤ القضائية عليا ، الصادر بتاريخ ٢٠٠٢/٢/١٦.

الفصل الرابع

مدى مراعاة قرار مجلس الوزراء رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٠ للضمانات الموضوعية والشكلية للإستملاك

على ما تم تناوله بالتحليل أعلاه وبالرجوع لقرار مجلس الوزراء المذكور فإنه قد جاء متضمناً لمجموعة من المخالفات الجسيمة لضمانات الإستملاك نتناولها فيما يلي:

١/٣ ضمانات النشر في الجريدة الرسمية

لا يوجد في الوقائع الفلسطينية في الأعداد من ٣٢ الصادر بتاريخ ٢٠٠٢/٩/٥ وحتى العدد ٤٣ الصادر بتاريخ ٢٠٠٢/٩/٥ ما يشير لنشر هيئة المدن الصناعية أو وزارة الصناعة لرغبتها باستملاك اية أراضي للمنفعة العامة عملاً بأحكام الفقرة الأولى من المادة ٣ من قانون الإستملاك التي أوجبت على المنشئ أن ينشر إعلاناً في الجريدة الرسمية لمدة خمسة عشر يوماً يعلن فيه عزمه على التقدم إلى مجلس الوزراء لطلب إعطاء القرار باستملاك أرض مبنية أو صافها في هذا الإعلان وأن مشروعه هو للمنفعة العامة. وبالتالي فإن عدم نشر النية بالإستملاك وانه للمنفعة العامة باعتباره إجراء تمهيدياً جوهرياً يجب ان يكون سابقاً لقرار مجلس الوزراء رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٠ يجعل من هذا القرار باطلاً لأنه قام على غياب إجراء جوهري سابق. كذلك لا يوجد في الأعداد السابقة من الوقائع الفلسطينية ما يشير أيضاً إلى نشر قرار مجلس الوزراء المذكور عملاً بأحكام ٥ من قانون الإستملاك وبالتالي فإن قرار مجلس الوزراء المذكور هو قرار باطل لمخالفته إجراء جوهرياً وهو النشر في الجريدة الرسمية، الأمر الذي يترتب عليه ثلاث نتائج هامة وهي:

١. أنه يمكن المحاجة في تعلق الإستملاك بالمنفعة العامة ذلك أنه تمنع هذه المحاجة في حالة النشر في الجريدة الرسمية باعتبار النشر هنا قرينة قاطعة على أن الإستملاك للمنفعة العامة.

٢. أن قرار مجلس الوزراء المذكور لا يتحصن بمرور ستين يوماً على صدوره وبالتالي يمكن الطعن فيه أمام محكمة العدل العليا الفلسطينية وهنا يقع عبئ اثبات العلم اليقيني للمستملكة أراضيهم بفحوى ومضمون قرار الإستملاك.

٣. أن وضع إشارة منع التصرف التي وضعها مأمور تسجيل الأراضي على قيود قطع الأراضي المستملكة بتاريخ ٢٠٠١/٥/٥ هو مخالف لنص المادة ٨ من قانون الإستملاك وذلك أن وضع هذه الإشارة غير جائز قبل نشر قرار الإستملاك في الجريدة الرسمية عملاً بأحكام المادة ٥ من قانون الأستملاك وبالتالي فإن وضع هذه الإشارة قبل

نشر القرار في الجريدة الرسمية يعتبر إجراء باطلاً ويشكل معارضة مادية تفتح المجال واسعا للتوجه للقضاء المدني لرفع هذه الإشارة ومطالبة هيئة المدن الصناعية بالتعويض عن الفترة التي وضعت فيها الإشارة.

٢/٣ ضمانات التعويض ونقل الملكية

على المقابلات التي أجرتها مؤسسة بيسان مع بعض أصحاب الأراضي المستملكة وبالإطلاع على سند تسجيل قطعة الأرض رقم ٢٣ حوض رقم ٢ من أراضي برقين والمستملكة بموجب قرار مجلس الوزراء رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٠ فإن ملكية هذه القطعة لم تنتقل لهيئة المدن الصناعية وما زالت ملكية هذه القطعة حتى تاريخ استخراج سند التسجيل في ٦ / ٤ / ٢٠١١ مسجلة باسم مالكيها، الأمر الذي يثبت عدم مراعاة هيئة المدن الصناعية التزام المنشئ بأن يقدم إلى مأمور التسجيل الذي تقع الأرض المستملكة ضمن دائرة اختصاصه عملاً بأحكام المادة ٤ من قانون الإستملاك تشمل: ١. صوراً عن القرار المذكور بعدد الأشخاص المطلوب تبليغهم. ٢. كشفاً بأسماء أصحاب الأرض المثبتة في سجلات دائرة التسجيل أو في قيود تحرير الأراضي والأبنية، أما الأرض غير المسجلة والتي لم تحرر فيقدم كشف بأسماء واضعي اليد عليها ومحلات إقامتهم. ويلتزم مأمور تسجيل الأراضي أن يبلغ بحكم المادة ٦ من قانون الإستملاك صورة عن القرار إلى كل واحد من أصحاب الأرض أو واضعي اليد عليها المبينة أسماؤهم في الكشف. وغياب هذا الإجراء يؤكد عدم دفع التعويض عن الإستملاك عملاً بأحكام المادة (١٥) من قانون الإستملاك.

٣/٣ ضمانات تنفيذ المشروع المستملك لأجله خلال مدة معينة

على ضوء المقابلات التي أجرتها مؤسسة بيسان وزيارتها لموقع الإستملاك فإن هيئة المدن الصناعية وحتى هذه اللحظة لم تشرع فعلياً بإقامة مشروع المنطقة الصناعية وأن ما حتى الآن من شق طريق رئيسي لتلك المنطقة لا يعتبر تنفيذاً فعلياً للمشروع وهذا مخالف لنص المادة ٢٠ من قانون الإستملاك والتي أوجبت على المنشئ تنفيذ المشروع المستملك لأجله خلال ٣ سنوات من تاريخ الإستملاك وإلا أعيدت الأرض إلى مالكيها ما لم يكن المنشئ هو الحكومة أو مجلس بلدي أو محلي، وبالرجوع للقانون المنشأ لهيئة المدن الصناعية رقم ١٠ لسنة ١٩٩٨ فإن هيئة المدن الصناعية الحرة هي هيئة مستقلة عن الحكومة وبالتالي فإن إستمرار وضع يدها على الأراضي المستملكة بالرغم من عدم تنفيذ المشروع الذي تم الإستملاك لأجله يجعل يدها على هذه الأراضي يد غاصبة توجب التعويض بأجر المثل وإعادة الأراضي المستملكة لمالكيها وذلك بدعوى حقوقية أمام القضاء المدني.

الماسيون رام الله فلسطين ، ص.ب. 725. هاتف: +970 2 298 7839 فاكس: +970 2 298 7835

E-mail : bisanrd@palnet.com [http:// www.bisan.org](http://www.bisan.org)

Al-Masyoun-Ramallah-Palestine, P. O. Box 725, Tel: +970 2 298 7839 Fax: +970 2 298 7835