دور المحكمة الإتحادية العليا العراقية في حماية حق الملكية الخاصة

The role of Iraqi Supreme federal Court in protecting the right of private property

م.م. محمد عبد علي خضير الغزالي [1]

Assist. Lect. Mohammad A. A. Kh. AL-Ghazali

المستخلص

إن الرقابة على دستورية القوانين تحتاج إلى وجود دستور وسموه على بقية القواعد القانونية الأخرى الموجودة في الدولة، وهذا لا يكفي ما لم توجد جهة تقوم بممارسة الرقابة على القوانين لبيان مدى أتفاقها مع أحكام الدستور. على إن هذه الجهة يجب أن تتمتع بالإستقلال التام في مواجهة السلطات العامة للدولة حتى تستطيع القيام بدورها بصيانة القواعد الدستورية وحماية الحق في الملكية الخاصة وتبدو أهمية الرقابة القضائية على أعمال السلطة التشريعية بصدور العديد من الأحكام القضائية بعدم دستورية بعض النصوص القانونية التي ترد كقيود على الملكية الخاصة لمقتضيات إقتصادية أو سياسية أو إجتماعية وتأتي أهمية هذه الأحكام من إنها تواكب التطورات الإقتصادية والإجتماعية السائدة في المجتمع والنظرة الحديثة للدولة الى الملكية الخاصة، كما إنها علامة واضحة على حدوث تغير في المفهوم القانوني للحق في الملكية الخاصة. ظل العراق يفتقر ومنذ تأسيس الدولة العراقية إلى وجود محكمة عليا تتولى الفصل في دستورية القوانين بشكل فعلي وحقيقي حتى سنة ٢٠٠٤ بصدور قانون إدارة الدولة للمرحلة الإنتقالية مبيناً بوضوح الأخذ بهذه الرقابة وتشكيل محكمة عليا تتولاها طبقاً للمادة ٤٤ منه ثم أعقبه الأمر رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥، ثم أعقبه دستور ٢٠٠٥. ويقتضي بحث دور المحكمة الإتحادية العليا في حماية حق الملكية

١- محكمة استئناف كربلاء.

http://abu.edu.iq

الخاصة تقسيمه إلى مبحثين نتناول في المطلب الأول التنظيم الرقابي على أعمال السلطة التشريعية فيما خصص المبحث الثاني لحماية المحكمة الإتحادية العليا للحق في الملكية الخاصة.

Abstract

The control over the constitutionality of laws needs to have a constitution and call on the rest of the other legal rules in the state, and this is not enough unless there is the point of the exercise of control over the laws to the extent of its agreement with the provisions of the Constitution. That this party should have full independence in the face of the public authorities of the state so that it can play its role to the maintenance of constitutional rules and protect the right to private property and look the importance of judicial control over the acts of the legislature the issuance of several court rulings declared unconstitutional some legal texts that are given as constraints on private property the requirements of economic, political or social, the importance of these provisions that they keep pace with economic and social developments prevailing in modern society and the outlook for the state to private ownership, it is also a clear sign of a change in the legal concept of the right to private property.

المقدمة

تمعن الدساتير في النظم الديمقراطية في حماية الحريات الفردية في مواجهة تجاوزات السلطة، حيث تنص على مجموعة من الحريات والحقوق للأفراد، يمارسونها وفقاً للقواعد والضوابط التي قد ترد في الدستور أو في القوانين بناء على أحالة منه، كما تعهدت هذه الدساتير لجهة قضائية –في الغالب– بمهمة الرقابة على دستورية أعمال السلطة المتعلقة بهذه الحريات والحقوق.

إن مجرد النص في الدساتير على تمتع الأفراد بحق الملكية الخاصة يظل مجرد أمر نظري لا يجد طريقة الى التطبيق العملي دون ضمانات قانونية وقضائية، ولذلك فأن التنظيم الدستوري لحق الملكية الخاصة ليس كافياً بذاته لضمان صيانة هذا الحق من الأعتداء عليه. ومن هنا ظهرت الرقابة على دستورية القوانين بوصفها الوسيلة الفنية العلاجية لحماية حق الملكية.

وينصرف الجانب العلاجي للحماية الدستورية للحريات العامة الى الرقابة بمعناها الضيق، وذلك حتى يقع الأعتداء فعلاً، ويتحقق الضرر من جراء تطبيق نص في قانون أو نظام يتعلق بممارسة الحق في الملكية الخاصة، وهو ما تعالجه الرقابة على الدستورية بما تملكه من وسائل فنية وبما تملك توقيعه من جزاء له طبيعة خاصة يتمثل في القضاء بعدم دستورية النص المخالف للدستور، وبما يترتب على ذلك من جبر المخالفة الدستورية وأستبعاد النص المقضي بعدم دستوريته من المنظومة القانونية.

ويمكن القول ان حماية أحكام الدستور وضمان أحترامها من خلال الرقابة الدستورية تفوق في الأهمية إعداد الدستور وأقراره إذ بغير هذه الرقابة يفقد الدستور كل أهمية في حماية حقوق الأفراد وحرياتهم.

http://abu.edu.iq

ويجب أن تقتصر الرقابة الدستورية على مخالفة القانون أو نظام لنص في الدستور، فالقضاء الدستوري يستهدف حماية الدستور وصيانته من كل خروج على أحكامه، سواء أكان هذا الخروج من جانب السلطة التشريعية أم من جانب السلطة التنفيذية. لذلك يقال أن الأصل في القضاء الدستوري إنه قضاء دستورية لا قضاء مشروعية، فولايته لا تمتد وأختصاصه لا ينعقد إلاّ إذا كان مبنى الطعن على القانون أو نظام وجود عيب دستوري، أي يتعلق بمدى أتفاق القانون أو النظام مع الدستور من عدمه.

قامت الدساتير لتأكيد الحريات والحقوق المختلفة ومنها الحق في الملكية الخاصة الى جانب مجموعة من الحقوق والحريات التي لا يخلو منها دستور من الدساتير وضمان هذه الحقوق هي الغاية والهدف النهائي من وجود هذه الدساتير.

والواقع إن لا معنى للمشروعية الدستورية ما لم تكن إنتصاراً للحرية ووضعاً للسلطة في حدود يرسمها القانون، ومن هنا توجد الدولة القانونية وتولد قاعدة سيادة القانون، والمشروعية الدستورية تتحقق بصون القواعد الدستورية التي ما وجدت إلاّ لحماية الحقوق والحريات العامة للأفراد وما الرقابة على دستورية القوانين إلاّ أحدى الوسائل الأساسية لتحقيق المشروعية الدستورية.

ويقتضي دراسة دور المحكمة الإتحادية العليا العراقية في حماية حق الملكية الخاصة تقسيمه إلى مبحثين نتناول في المبحث الأول تنظيم الرقابة القضائية على أعمال السلطة التشريعية فيما يخصص المبحث الثاني إلى حماية المحكمة الإتحادية العليا العراقية للحق في الملكية الخاصة.

المبحث الأول: تنظيم الرقابة القضائية على أعمال السلطة التشريعية

لما كان الدستور الجامد هو القانون الأسمى في الدولة الذي تدور في فلكه سائر القواعد القانونية، بأعتباره ينظم السلطات العامة ويقرر الحقوق والحريات، فمن الواجب إلتزام هذه القواعد بأحكام الدستور وألاّ يخرج عليها، وتحقيق هذا الالتزام يتطلب ثمة رقابة على القواعد القانونية لضمان عدم خروجها على أحكام الدستور، وهو ما تعارف الفقه على تسميته الرقابة على دستورية القوانين [٢].

ومن أهم الأسباب التي جعلت لموضوع الرقابة أهمية خاصة في الدساتير، هو أن القانون يُعّد الوسيلة التي ترسم الخطوط العامة للحياة السياسية والإقتصادية والإجتماعية في الدولة، فضلا عن إنسياق الدولة المعاصرة في تيار سياسة التدخل في النشاطات الإجتماعية والإقتصادية قد أزداد أحتمال تعدي القوانين على الحقوق والحريات العامة للأفراد، وبالأخص الحق في الملكية الخاصة[٣].

إن المنع المفروض على المشرع الأعتيادي بعدم المساس بحقوق الأفراد (بما يضعه من قواعد قانونية) يجب أن يوضع له جزاء يتضمن الغاء أو الامتناع عن تطبيق القواعد القانونية التي يضعها المشرع والتي

٢- د. دعاء الصاوي يوسف: القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص٧. ينظر في ذات المعنى: د. محسن العبودي: المبادئ الدستورية العامة وتطور الأنظمة الدستورية المعاصرة، دار النهضة العربية، القاهرة، ص٨٢ ود. احمد سعيفان: الأنظمة السياسية والمبادئ الدستورية العامة، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٨، ص١٣٨.

٣- د. طعيمة الجرف: نظرية الدولة والأسس العامة للتنظيم السياسي، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، ١٩٦٦، ص١١٢.

http://abu.edu.iq

تخالف نصوص الدستور، ولكن من يُوقع هذا الجزاء في حالة تخطي المشرع العادي المنع المفروض عليه بعدم مخالفة الدستور فيما يضعه من قواعد قانونية؟.

ان المنطق يقتضي ان تسند هذه المهمة إلى هيئة أخرى غير الهيئة التي تضع القوانين الاعتيادية[٤].

إلاّ إن هذه الرقابة لا تنصب على دستورية القوانين بعد أكتمال صنعها حسب، بل يمكن أن تنصب أيضاً على القوانين وهي في دور التحضير أي على مشروعات القوانين، وما دامت الرقابة تنصب في هذه الحالة، على دستورية مشروعات القوانين فقد أرتأت بعض الدساتير عدم إقحام الهيئات القضائية في العمل التشريعي وإسناد الرقابة على مشروعات القوانين إلى هيئة لا قضائية، وعليه فان الرقابة على دستورية القوانين يمكن أن تُعهد إلى هيئة قضائية كما يمكن أن تُعهد إلى هيئة لا قضائية[٥]. ويقتضي دراسة تنظيم الرقابة القضائية على أعمال السلطة التشريعية تقسيمه إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول الرقابة على دستورية القوانين في المرحلة السابقة على صدور قانون إدارة الدولة للمرحلة الإنتقالية فيما سيخصص المطلب الثاني للرقابة على دستورية القوانين في المرحلة اللاحقة على صدور هذا القانون.

المطلب الأول: الرقابة على دستورية القوانين في المرحلة السابقة على صدور قانون إدارة الدولة للمرحلة الإنتقالية

عرف أول دساتير عهد الأستقلال، نظام الرقابة القضائية على دستورية القوانين، فقد أخذ القانون الأساسي العراقي لسنة ١٩٢٥ بنظام الرقابة القضائية على دستورية القوانين [٦]. وغاب هذا النوع من الرقابة في دساتير العهد الجمهوري المؤقتة [٧]، حتى سنة ٢٠٠٤ حيث تبنى هذا الدستور وللمرة الأولى

٤- د. منذر الشاوي: القانون الدستوري، نظرية الدستور، مركز البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨١، ص٥٦، ٥٧، ود. عبد المنعم محفوظ ود. نعمان احمد الخطيب: مبادئ في النظم السياسية، دار الفرقان للنشر والتوزيع، ١٩٨٧، ص١٦٢.

٥- د. منذر الشاوي: القانون الدستوري، نظرية الدستور، المصدر السابق، ص٥٧، ٥٨ ود. ماجد راغب الحلو: النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٤٣٩.

٦- أناط القانون الأساسي مهمة الرقابة على مطابقة القوانين العادية لأحكامه بمحكمة خاصة (المحكمة العليا) طبقاً للمادة (٨١) واختصاص المحكمة في الفصل على دستورية القانون لا يقتصر على التشريعات العادية بل يشمل أيضا التشريع الفرعي الصادر عن السلطة التنفيذية على شكل مراسيم (فقرة ٣ مادة ٢٦) وقد جمعت المحكمة الصفة السياسية والقضائية مع تغليب العنصر السياسي وإثارة أختصاص المحكمة لا يكون الا بقرار من مجلس الوزراء أو بقرار من اَحد مجلسي الأمة الا إن أمر تحريك الرقابة متروك لتقدير الملك حيث يجب لانعقاد المحكمة صدور ارادة ملكية وبموافقة مجلس الوزراء (م_٨٣) واثر قرار المحكمة يقضي بالغاء القانون أو القسم المخالف منه من تاريخ صدور قرار المحكمة، على ان تقوم الحكومة بتشريع يكفل ازالة الاضرار المتولدة من تطبيق الاحكام الملغاة ويلاحظ ان اداء الحكومة اقتصر على تفسير بعض مواد الدستور بناء على طلب الحكومة ولم يباشر اختصاصه بالرقابة على دستورية القوانين باستثناء قرارها الصادر بعدم دستورية قانون منع الدعايات الضارة رقم ٢٠ لسنة ١٩٣٨.

د. اسماعيل مرزة: مبادئ القانون الدستوري العام والعلم السياسي، النظرية العامة في الدساتير، دار الملاك للفنون والأداب والنشر، بغداد، ط٣، ٢٠٠٤، ص٢٢٦ وما بعدها ود. حميد حنون خالد: مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢، ص١٧٧.

٧- ازاء سكوت الدساتير اللاحقة على دستور ١٩٢٥ عن تنظيم الرقابة على دستورية القوانين، اختلف الفقه الدستوري العراقي بين مؤيد لوجود الرقابة وبين معارض.

فالاتجاه المؤيد إلى وجود رقابة قد استند إلى ان الدساتير قد أحالت إلى المبادئ العامة في الموضوع، وعليه فان المحاكم في العراق لها حق ممارسة الرقابة على دستورية القوانين ففي ظل دستور العراق لسنة ١٩٥٨ نصت المادة ٢٣ منه على ان لا سلطان على القضاء في قضائه لغير القانون. وبذلك يكون الدستور قد اكتفى بالمبادئ العامة وما جرى عليه العمل في اغلب المجتمعات السياسية وكأنه قد احال فيما يخص تنظيم الرقابة إلى تلك الأحكام والتطبيقات. ينظر د. اسماعيل مرزة: مصدر سابق، ص٢٤٦.

http://abu.edu.iq

نظام الرقابة القضائية على دستورية القوانين نصاً وفعلاً، بلحاظ أن دستور ١٩٦٨ الملغي نص على هذا النوع من الرقابة وصدر قانون ١٥١ لسنة ١٩٦٨ لكن هذه المحكمة لم تر النور فعلاً [٨].

ولم ينص دستور ١٩٧٠ الملغي على الرقابة على دستورية القوانين مما حدا السلطة التشريعية في ظل العمل بهذا الدستور (مجلس قيادة الثورة المنحل ورئيس الجمهورية) الذي تم تفويضه الأختصاص التشريعي بقرار المجلس [٩]، ان تتصرف على هواها والنمط الذي يحلو لها، غير مراعية أحكام الدستور لا بل خارقة مخترقة للمبادئ التي نص عليها الدستور ذاته[١٠].

وازاء سكوت دستور ١٩٧٠ عن تنظيم الرقابة، ذهب بعض الفقه إلى إن سكوت الدستور يعني إجازتها الضمنية إلاّ إن الفقه الدستوري يذهب إلى إنه لا يمكن اعتبار السكوت بحكم الإجازة الضمنية، وان السكوت يمكن أن يُعد اجازة في ظل نظام ليبرالي، لكن كيف يُعد كذلك في ظل نظام يعطي السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية لهيئة واحدة (مجلس قيادة الثورة) وبالتالي لا يمكن لفكرة الرقابة في دستورية القوانين أن تعيش في أطار تمركز السلطات في يد واحدة [١١].

اما الاتجاه المعارض –وهو ما نؤيده– انه لا يمكن الاستناد إلى المادة ٢٣ من دستور ١٩٥٨ لانها صريحة فقط في تأكيدها على استقلال القضاء، كما ان الاستناد إلى م٨٤ من القانون الاساسي العراقي بمعنى اعطاء المحاكم حق الامتناع عن تطبيق نصوص الانظمة المخالفة للقوانين هو تفسير مخطوء لان المادة ٨٤ أناطت أمر النظر في قانونية الانظمة لهيئة خاصة (ديوان خاص) وقصرت تحريك امر النظر في قانونية الانظمة باحد اعضاء السلطة التنفيذية (الوزير المختص) وحدد اختصاص هذه الهيئة فاعطتها حق الغاء الانظمة المخالفة للقانون وصانعوا الدستور لم يريدوا فتح باب الطعن أمام الافراد من خلال الرقابة بطريق الدفع فضلا عن ان الدستور قد نظم الرقابة بطريق الدعوى المباشرة وحدد الجهة التي يعود لها أمر الرقابة وهذا ما يمنع ممارسة الرقابة من المحاكم ولو عن طريق الدفع. للمزيد ينظر د. منذر الشاوي: القانون الدستوري المؤسسات الدستورية العراقية، مطبعة شفيق، بغداد، ١٩٦٦، ص١٣٢، ١٣٣.

٨– نص دستور الجمهورية الرابعة (دستور ٢١ ايلول ١٩٦٨ المؤقت) في المادة ٨٧ على أن تشكل بقانون محكمة دستورية عليا يكون من مهامها البحث في دستورية القوانين) وبالفعل فقد صدر في ١٤ تشرين الثاني ١٩٦٨ قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ١٥١ لسنة ١٩٦٨ (نشر في الوقائع العراقية العدد ١٦٥٩ في ١٩٦٨/١٢/٢ وقصر الدستور أمر تحريك الدعوى أمام المحكمة الدستورية العليا على رئيس الجمهورية (رئيس الوزراء) ووزير العدل، الوزير المختص، ومحكمة التمييز وتنعقد المحكمة بدعوة من رئيسها وتصدر قراراتها بأكثرية الأصوات ويكون اثر القرار الغاء القانون المخالف (او الجزء المخالف منه) للدستور من تاريخ قرار المحكمة، والجدير بالذكر ان هذه المحكمة لم تشكل في حينه فبقى القانون المذكور دون فعالية تذكر.

للمزيد ينظر د. منذر الشاوي: القانون الدستوري، نظرية الدستور، مصدر سابق، ص٦٣، ٦٤. ود. حميد حنون خالد: مصدر سابق، ص١٨٠ ود. غازي فيصل مهدي: المبادئ الاساسية لدستور العراق الدائم، مركز الفرات للتنمية والدراسات الإستراتيجية، كربلاء، ٢٠٠٥، ص٣٢.

وقد تباينت الاراء حول مصير قانون المحكمة الدستورية العليا بعد الغاء دستور ١٩٦٨ فذهب رأي إلى قانون المحكمة قد سقط بسقوط سنده الدستوري ينظر د. عبد الباقي البكري ود. زهير البشير: المدخل لدراسة القانون، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ط٣، ٢٠١١، ص٣٥٢.

أما الرأي الآخر فيذهب إلى عكس ذلك وان عدم الاشارة إلى المحكمة الدستورية العليا في دستور ١٩٧٠ لا يترتب عليه سقوط القانون وسندهم في ذلك نص المادة ٦٦ من دستور ١٩٧٠ والذي يقضي ببقاء جميع القوانين وقرارات مجلس قيادة الثورة المعمول بها قبل صدور هذا الدستور ساريه المفعول وعدم جواز تعديلها أو إلغائها الا بالطريقة المبينة في هذا الدستور، د. علي حسين الخلف ود. سلطان الشاوي: المبادئ العامة في قانون العقوبات، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢، ص٥١.

ويرى بعض الفقه إن هذا الرأي وأسانيده محل نظر لأنه نص م/٦٦ ينطبق على القوانين العادية وليست القوانين ذات الطبيعة الدستورية التي تسقط بسقوط سندها القانوني ينظر د. حميد حنون خالد: مصدر سابق، ص١٨٢، ١٨٣.

٩– قرار مجلس قيادة الثورة رقم ١٥ لسنة ١٩٩٣.

١٠– د. غازي فيصل مهدي: مصدر سابق، ص٣٣.

١١– د. منذر الشاوي: القانون الدستوري، المؤسسات الدستورية العراقية، مصدر سابق، ص١٦٠.

http://abu.edu.iq

المطلب الثاني: الرقابة على دستورية القوانين بعد صدور قانون المحكمة الإتحادية العليا

على خطى قانون أدارة الدولة للمرحلة الإنتقالية ذهب أول دساتير العهد الجمهوري الدائمة لسنة ٢٠٠٥ إلى تبني نظام الرقابة القضائية على دستورية القوانين فبالرغم من أن قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ قد حدد أختصاصات المحكمة، إلا أن دستور العراق لعام ٢٠٠٥ قد أورد اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا بشكل اوسع مما جاء في قانون أدارة الدولة للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤ والاختصاص الذي يعنينا هو اختصاص الرقابة على دستورية القوانين والانظمة النافذة لذلك يقتضي تناول دراسة الجهة التي أنيط بها الرقابة وأختصاصها في الرقابة وطبيعة القرار الذي تصدره.

الفرع الأول: الجهة المناط بها أمر الرقابة على دستورية القوانين

تبنى قانون أدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤ نظام الرقابة القضائية فنصت المادة الرابعة والأربعين أ- يجري تشكيل محكمة في العراق بقانون وتسمى المحكمة الاتحادية العليا محددة أختصاصاتها ومن بينها النظر في دستورية القوانين.

ومن أستقراء نصوص المادة الرابعة والأربعين أعلاه يظهر أن تكوين المحكمة يعتمد على العنصر القضائي، لأن جميع الأختصاصات الواردة في المادة المذكورة هي ذات طبيعة قضائية[١٢].

أما دستور ٢٠٠٥ فقد نص في المادة ٩٢ منه على أن:

(أولاً – المحكمة الاتحادية العليا هيئة قضائية مستقلة مالياً وإدارياً)

وهذا النص يوضح بما لا يقبل الشك أن المحكمة ذات طبيعة قضائية وأنها مستقلة وبالتالي فإنها ليست هيئة سياسية.

وأناط الدستور ٢٠٠٥ مهمة الرقابة على دستورية القوانين ب (المحكمة الاتحادية العليا) ولم يحدد عدد أعضائها ولا الشروط التي يجب توافرها في عضو المحكمة إلا إنه نص على تكوينها[١٣].

وقد أحال الدستور على القانون تنظيم كل ما يتعلق بعمل المحكمة إلاّ أن القانون الذي أحال اليه الدستور لم يصدر حتى الآن والمحكمة تسير أعمالها منذ صدور الدستور وحتى الآن استناداً إلى الأمر رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ والذي صدر تطبيقاً لاحكام قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية.

وهذا على رأي الفقه يشكل مخالفة دستورية صريحة لان وضع المحكمة من حيث الاختصاص والشكل طبقاً لدستور ٢٠٠٥ يختلف إلى حد كبير مع قانون أدارة الدولة مما يجعل الأمر رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ يخالف أحكام دستور ٢٠٠٥ [١٤].

١٢- أشارت المادة الرابعة والأربعون – (هـ) على تكوين المحكمة الاتحادية من تسعة اعضاء ويقوم مجلس القضاء الأعلى أوليا بالتشاور مع المجالس القضائية بترشيح ما لا يقل عن ١٨-٢٧ فرداً لغرض ملء الشواغر في المحكمة.

١٣- ينظر المادة ٩٢- ثانياً من دستور العراق لسنة ٢٠٠٥.

١٤- حميد حنون خالد: مصدر سابق، ص١٨٨.

http://abu.edu.iq

الفرع الثاني: أختصاص المحكمة الاتحادية العليا في الرقابة على دستورية القوانين

حدد قانون أدارة الدولة للمرحلة الانتقالية في المادة الرابعة والاربعون – ب اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا هي ٢_ الأختصاص الحصري والأصيل وبناء على دعوى من مدع أو بناء على أحالة من محكمة أخرى في دعاوي بأن قانوناً أو نظاماً أو تعليمات صادرة عن الحكومة الاتحادية أو الحكومات الإقليمية أو إدارات المحافظات أو البلديات والإدارات المحلية لا تتفق مع هذا القانون.

ج/ إذا قررت المحكمة العليا الاتحادية إن قانوناً أو نظاماً أو تعليمات أو إجراء جرى الطعن به أنه غير متفق مع هذا القانون يعد ملغيا.

يتضح من النصوص أعلاه أن المشرع الدستوري قد توسع في الأختصاصات الرقابية للمحكمة حيث شمل بالرقابة حتى الأنظمة فالأنظمة هي قرارات إدارية الا انها تحمل قواعد عامة مجردة[١٥].

كما إن قانون إدارة الدولة قد أخذ بدعوى الالغاء بصريح نص المادة الرابعة والأربعين من القانون التي نصت على أن (أختصاصات المحكمة الأتحادية العليا هي: ج- إذا قررت المحكمة العليا الأتحادية أن قانوناً أو نظاماً أو تعليمات أو إجراءً جرى الطعن به أنه غير مُتفق مع هذا القانون يعد ملغياً).

ويلاحظ من جهة أن المشرع قد أدخل التعليمات تحت مظلة الرقابة الدستورية، وبهذا قد جانب الصواب لأن التعليمات تجد سندها الشرعي اما بالقانون واما بالنظام، وكان الأفضل ترك تقدير هذه المسائل لرقابة القضاء الإداري وهو ما نص عليه قانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل[١٦].

كذلك جاءت لفظ الأوامر بعد التعليمات فإذا كان يقصد بها الأوامر الإدارية التي أصدرها مجلس الوزراء خلال الفترة الانتقالية فهذه الأخيرة يكون لها قوة القانون كونها تشريع ومن ثم لا يمكن أن تأتي بعد التعليمات [١٧].

أما بالنسبة لدستور ٢٠٠٥ فقد أورد اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا بشكل أوسع مما جاء في قانون أدارة الدولة للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤ والاختصاص الذي يعنينا هو اختصاص الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة.

اذ حددت المادة ٩٣ من الدستور أختصاصات المحكمة الاتحادية في المجال الرقابي بما يأتي:

أولاً: الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة

ثانيا: الفصل في القضايا التي تنشأ عن تطبيق القوانين الاتحادية والقرارات والأنظمة والتعليمات والإجراءات الصادرة من السلطة الاتحادية

١٥- د. غازي فيصل مهدي: مصدر سابق، ص٣٣، ٣٤.

١٦- د. حميد حنون خالد: مصدر سابق، ص١٨٥.

١٧- حميد حنون خالد: المصدر نفسه

http://abu.edu.iq

على ذلك أن رقابة المحكمة على شرعية القوانين والأنظمة لاحقة لصدورها وليس لها النظر في مشروعات القوانين قبل صدورها [١٨].

وأنيط بالمحكمة الاتحادية العليا أختصاص أخر يتعلق بالطعن في الاحكام والقرارات التي تصدرها محكمة القضاء الاداري والتي كانت تخضع للطعن امام الهيئة التمييزية في مجلس شورى الدولة قبل صدور الأمر رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ فالمحكمة تمارس أختصاص محكمة تمييز بالنسبة لتلك الأحكام والقرارات الصادرة من محكمة القضاء الأداري [١٩]. إلاّ إنه بصدور قانون التعديل الخامس لقانون شورى الدولة لسنة ٢٠١٣ أعاد هذه الصلاحية للمحكمة الأدارية العليا التي تشكلت بموجب هذا التعديل[٢٠].

الفرع الثالث: آلية الطعن بعدم الدستورية

خولت الفقرة ثالثاً من المادة ٩٣ من الدستور مجلس الوزراء وذوي الشأن من الأفراد حق الطعن المباشر إذ نصت على أن (تختص المحكمة الأتحادية العليا بما يأتي – ثالثاً: الفصل في القضايا التي تنشأ عن تطبيق القوانين الأتحادية والقرارات والأنظمة والتعليمات، والأجراءات الصادرة عن السلطة الأتحادية، ويكفل القانون حق كل من مجلس الوزراء، وذوي الشأن، من الأفراد وغيرهم، حق الطعن المباشر لدى المحكمة).

أما عن آلية الطعن فقد نظمتها المواد (٣-٦) من النظام الداخلي رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ فقد نصت المادة (٣) منه على أن (إذا طلبت أحدى المحاكم من تلقاء نفسها أثناء نظرها دعوى البت في شرعية نص في القانون أو قرار تشريعي أو نظام أو تعليمات تتعلق بتلك الدعوى ترسل الطلب معللاً إلى المحكمة الاتحادية العليا للبت فيه ولا يخضع هذا الطلب إلى الرسم).

يتضح من أستقراء المادة أعلاه أنها أعطت الحق للمحاكم على أختلاف درجاتها أثناء نظرها دعوى (مدنية أو جزائية) وأستبان لها أن النص القانوني أو القرار التشريعي أو النظام أو التعليمات الواجب تطبيقها على وقائع الدعوى مخالف للنصوص الدستورية، فلها أن تطلب من تلقاء نفسها البت في شرعية النص [٢١]، وعندها تعتبر الدعوى مستأخرة حتى يتم الفصل في ذلك الموضوع [٢٢].

ويلاحظ ان محكمة الموضوع لا تلغي النص وإنما تُحيله إلى المحكمة الاتحادية العليا التي تقوم بدورها التحقق في دستورية أو عدم دستورية النص المحال لها من محكمة الموضوع و الألغاء يكون من أختصاص المحكمة الاتحادية العليا دون غيرها.

١٨- قرار المحكمة الاتحادية العليا في الدعوى ١٨ / اتحادية / ٢٠٠٦ الصادر في ٢٠٠٧/٣/٥ منشور في الموقع الالكتروني للمحكمة:http//www.Iraqijudicature.orglfedralijud

١٩- مكي ناجي: المحكمة الاتحادية العليا في العراق، دراسة تطبيقية في اختصاص المحكمة والرقابة التي تمارسها معززة بالأحكام والقرارات، بغداد، ٢٠٠٦، ص١١٧.

٢٠- المادة ٢- أولاً من قانون التعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة رقم ١٧ لسنة ٢٠١٣.

٢١- مكي ناجي: مصدر سابق، ص٤٧.

٢٢- تعتبر الدعوى مستأخرة عملاً بنص المادة (١٩) من النظام الداخلي الذي أحال إلى قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ٦٩ وقانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ٩٦٩ فيما لم يرد نص خاص في قانون المحكمة الاتحادية العليا.

http://abu.edu.iq

وبموجب المادة (٤) من النظام الداخلي إذا طلبت أحدى المحاكم الفصل في شرعية نص في قانون أو قرار تشريعي أو نظام أو أوامر بناء على دفع الخصوم بعدم الشرعية فيكلف الخصم بتقديم هذا الدفع بدعوى وبعد أستيفاء الرسم عنها يُبت في قبول الدعوى فإذا قبلتها ترسلها مع المستندات إلى المحكمة الاتحادية العليا للبت في الدفع بعدم الشرعية وتتخذ قراراً بإستئخار الدعوى الأصلية للنتيجة، أما إذا رفضت الدفع فيكون قرارها بالرفض قابلاً للطعن أمام المحكمة الاتحادية العليا.

والملاحظ إن نص المادة (٤) سكت عن تحديد المدة التي يجب على الخصم أن يرفع الدعوى خلالها، في حين أن تحديد المدة يعطي رؤية واضحة للمحكمة للتحقق من مدى رغبة الطاعن وجديته في الطعن وإنها ليست مجرد أداة لكسب الوقت. وبعد تقديم الدعوى تبت محكمة الموضوع في قبول الدعوى أو رفضها فاذا قبلت الدعوى ترسلها إلى المحكمة الاتحادية مع مستنداتها وتتخذ قرار باستئخار الدعوى الاصلية المنظورة من قبلها إلى حين بت المحكمة الاتحادية العليا [٢٣].

وقرار محكمة الموضوع برفض الدعوى قابلاً للطعن أمام المحكمة الاتحادية إلاّ أن النظام الداخلي للمحكمة لم يعين مدة الطعن رغم أهميتها.

وأشارت المادتين (٥، ٦) من النظام الداخلي لآلية الطعن الأخيرة إذ نصت المادة (٥) من النظام الداخلي على أن (إذا طلبت أحدى الجهات الرسمية بمناسبة منازعة قائمة بينها وبين جهة أخرى الفصل في شرعية نص في قانون أو قرار تشريعي أو نظام أو تعليمات أو أمر فترسل الطلب بدعوى إلى المحكمة الاتحادية العليا معللاً مع أسانيده وذلك بكتاب موقع من الوزير المختص أو رئيس الجهة غير المرتبط بوزارة).

يلاحظ إن النص أعلاه نظم المنازعات التي تنشأ بين جهة رسمية وجهة أخرى سواء كانت تلك الجهة رسمية أم غير رسمية، لأن النص جاء مطلقاً، وتأسيساً على ما تقدم فليس من حق الجهة الرسمية طلب الفصل في شرعية نص ما لم تكن هناك منازعة قائمة مع تلك الجهة الرسمية طالبة الفصل في شرعية النص[٢٤].

وأعطت المادة (٦) من النظام الداخلي الحق للأشخاص الطبيعية والمعنوية طلب الفصل في شرعية نص في قانون أو قرار تشريعي في نظام أو تعليمات أو أوامر بأن تتقدم بالطعن وفق شروط حددها النظام الداخلي [٢٥].

وجدير ذكره إن هذا النص يسمح لكل مدع بمصلحة بما في ذلك الأفراد رفع الدعوى أمام المحكمة الاتحادية العليا للنظر بشرعية القوانين والانظمة والتعليمات والأوامر الصادرة من أية جهة تملك حق إصدارها وإلغاء التي تتعارض فيها مع أحكام الدستور.

٢٣- مكي ناجي: مصدر سابق، ص٥٤، ٥٦.
٢٤- مكي ناجي: مصدر سابق، ص٦٠.
٢٥- للمزيد عن الشروط التي حددها النظام الداخلي للطعن، ينظر المادة ٦ من النظام الداخلي رقم ١ لسنة ٢٠٠٥.

http://abu.edu.iq

ويتضح مما تقدم من حالات الطعن التي حددها النظام الداخلي أن الرقابة التي تمارسها المحكمة الاتحادية تتمثل باسلوب المزج بين طريقي الدفع الفرعي والدعوى الأصلية.

اما عن طبيعة الاحكام التي تصدرها المحكمة، فان قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية أعتبر القانون المخالف لأحكام الدستور ملغيا دون ان يحدد النطاق الزمني لسريان الإلغاء [٢٦].

وهي مسألة بالغة الأهمية لتنظيم الحقوق المكتسبة ونرى أستقراراً للمعاملات وتعزيزاً للثقة بها أن تكون أثار الإلغاء أعتباراً من تاريخ صدور قرار المحكمة حفاظاً على تلك الحقوق، مع وجوب النص في الدستور على إلزام البرلمان بإصدار تشريع يعالج الآثار التي نشأت نتيجة تطبيق القانون الملغي وهو ما نص عليه دستور ١٩٢٥ وبعض الدساتير المقارنة [٢٧].

كما لم ينص دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ على الآثار التي تترتب على صدور قرار من المحكمة بعدم دستورية قانون ما وهو على عكس دستور ١٩٢٥.

المبحث الثاني: حماية المحكمة الإتحادية العليا العراقية للحق في الملكية الخاصة

أستقر الفقه في تعريفه لحق الملكية بما يبرز خصائصه الأساسية بالقول بأن حق الملكية هو حق الإستئثار بالشيء بإستعماله وإستغلاله والتصرف فيه على وجه دائم وكل ذلك في حدود القانون [٢٨]. وقد عرف المشرع العراقي حق الملكية بالمادة ١٠٤٨ من القانون المدني العراقي بأنه (الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفاً مطلقاً فيما يملكه عيناً ومنفعةً وإستغلالاً فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتاجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة).

وتبدو أهمية الرقابة القضائية على أعمال السلطة التشريعية من خلال صدور العديد من الأحكام القضائية بدستورية بعض النصوص القانونية من عدمها والتي ترد كقيود على الملكية الخاصة لمقتضيات إقتصادية أو سياسية أو إجتماعية وهذا ما سنتاوله في المطالب الثلاثة القادمة.

المطلب الأول: موقف المحكمة الإتحادية العليا من القيود الواردة على حق الملكية الخاصة لمقتضيات إقتصادية

بسط القضاء الدستوري العراقي رقابته على قرارات نزع الملكية من خلال قرارات المحكمة الأتحادية العليا، منذ تأسيسها ولحد الآن، أما الفترة السابقة على تأسيس المحكمة الأتحادية. لم يكن هناك قضاء دستوري بمعنى الكلمة بلحاظ إن المحكمة العليا في ظل دستور ١٩٢٥ لم تصدر سوى قرار واحد أما بالنسبة للمحكمة الدستورية العليا في ظل دستور ١٩٦٨ فأنها لم تشكل واقعاً ولم تباشر أعمالها.

٢٦- حميد حنون خالد: مصدر سابق، ص١٨٨.

٢٧- وهو ما جاء في الدستور المصري لسنة ٢٠١٢ (المادة ١٩٥).

٢٨- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج٨، حق الملكية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠، ص٤٩٢ وما بعدها.

http://abu.edu.iq

والجدير بالذكر أن رقابة المحكمة الأتحادية العليا، حمايةً للملكية الخاصة لمقتضيات أقتصادية قد أقتصرت على قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة دون التأميم.

وأن ممارسة المحكمة الأتحادية للرقابة على دستورية القوانين والأنظمة، يقضي بالضرورة تفسير النص الدستوري الذي يعتقد أن قانوناً ما قد خالفه [٢٩].

كما إن ممارسة المحكمة الأتحادية لبقية أختصاصاتها المرتبطة بتطبيق القوانين الأتحادية، وتنازع الأختصاصات وغيرها كلها تستند الى رجوع المحكمة لنصوص دستورية وقانونية، ثم تقوم بتحليلها أو تفسيرها بهدف أصدار قرارها [٣٠].

وتأسيساً على ما تقدم قضت المحكمة الأتحادية العليا بأن قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (٣٩) في ١٩٨١/١/٥ الذي قضى بتسجيل الدار المشيدة... لم يستند على أحد أسباب كسب الملكية المنصوص عليها في القانون، وحيث أن الملكية الخاصة مصونة في ظل أحكام المادة السادسة عشر من دستور ١٩٧٠ الملغي وفي ظل المادة (٢٣) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ لذا لا يجوز لأي تشريع أن يخالف هذا الحكم الدستوري وينزع الملكية بدون سبب من القانون وحيث لم يتوفر أي سبب من أسباب نزع الملكية للدار العائد الى (م.م.ح.) مورث المدين..... لذا يكون قرار مجلس قيادة الثورة (الملغي) رقم ٣٩ الصادر في ١٩٨٢/١/١٥ قد صدر مخالفاً للدستور مما يقتضي إلغاءه [٣١].

وجاء في حكم للمحكمة الأتحادية العليا بدستورية المادة ٢١ من قانون هيئة دعاوي الملكية رقم ١٣ لسنة ٢٠١٠ والتي نصت على أن (تسري أحكام هذا القانون على القرارات الصادرة من الهيئة التمييزية والتي قضت برد الدعوى كون الاطفاء قد صدر وفقاً للقانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٧٦ ويحق لمن رُدت دعواها إقامتها مجدداً)... وحيث ان الغاية المقصودة من تشريع القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠١٠ هو ضمان حقوق المواطنين الذين انتزعت عقاراتهم خلافاً للقانون وتعويضهم تعويضاً عادلاً بما يحقق جبر الضرر عنهم ولحماية المال العام والحفاظ عليه وحيث أن المادة (٢١) من القانون آنفاً شرعت لهذا الغرض من ضمن مواد القانون المذكور أعلاه وحيث أن المادة (٢٣ / ثانياً) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ قد نصت على (لا يجوز نزع الملكية إلاّ لأغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل، وينظم ذلك بقانون) لذا فأن نص المادة (٢١) من القانون رقم (١٣) لسنة ٢٠١٠ تكون متفقة مع أحكام المادة (٢٣/ثانياً) من الدستور ولا تتعارض معها كما أنها لا تتعارض مع المادة ٢٧ من الدستور طالما أن الغاية من القانون هو حماية حقوق المواطنين الذين [٣٢] انتزعت عقاراتهم خلافاً للقانون وبنفس الوقت لحماية المال العام والحفاظ عليه ومن ثم تكون دعوى المدعي غير مستندة على سند من الدستور إذا ما أحسن تطبيق المادة

٢٩- د.علي هادي عطية الهلالي: النظرية العامة في تفسير الدستور وإتجاهات المحكمة الإتحادية العليا في تفسير الدستور العراقي، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ٢٠١١، ص٢٠٩.

٣٠- د.علي هادي عطية الهلالي: المصدر نفسه، ص٢١٠.

٣١- حكم المحكمة الاتحادية العليا: العدد ٥ / أتحادية / ٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/٧/٢.

٣٢- نصت المادة ٢٧ أولاً: على أن (للأموال العامة حرمة، وحمايتها واجب على كل مواطن).

http://abu.edu.iq

(٢١) من قانون الملكية العقارية رقم (١٣) لسنة ٢٠١٠ بتطبيق التوازن بين مصلحة الدولة ومصلحة المواطن وذلك بمراعاة ما ورد في الأسباب الموجبة لتشريع القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠١٠ ومواده ومنها المادة (٢١) وهي ضمان حقوق المواطنين الذين أطفأت حقوق التصرف في الأراضي التي كانت منفعتها لهم ورقبتها للدولة لأغراض المنفعة العامة ولحماية المال العام والحفاظ عليه وذلك بألزام المحاكم واللجان التي تنظر الدعاوي وفقاً لأحكام المادة (٢١) من قانون هيئة دعاوي الملكية رقم (١٣) لسنة ٢٠١٠ بالتحقق من توفر (التعويض العادل) بتاريخ إجراء عملية الاطفاء وفقاً للقانون رقم (٥٣) لسنة ١٩٧٦ وليس في الوقت الحاضر استناداً لأحكام المادة (٢٣/ثانياً) من الدستور [٣٣].

ويبدو أن المحكمة قد أتجهت الى التاكد من صحة الوقائع دون تكييفها (إستيفاء مبلغ التعويض من عدمه) وبنت قرارها على هذا الأساس لتحقيق الموازنة بين حقوق الأفراد ومصلحة الدولة فبسطت رقابة المشروعية دون الخوض في رقابة ملاءمة قرار التعويض.

لذا يرى بعض الفقه أهمية وسيلة المنطق التواصلي في تفسير الدستور وخاصة من حيث موضوعيته، ذلك ان وسيلة التفسير اللفظي لا يمكن اجراؤها بالاحوال كافة فالقاعدة القانونية قد تتطلب تفسيرا متغيرا بتغير ظروف تطبيقها اي التفسير بحسب روح العصر وتطورات المجتمع[٣٤].

وفي قرار للمحكمة الاتحادية العليا قضت بأن لا يُعّد القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٦٨ قانون بدل إيجار الأراضي الزراعي المشغولة للأغراض العسكرية مخالفاً للدستور لأنه لم يترتب عليه نزع ملكية، وأضافت الى أن وزارة الدفاع ليست جهة تشريعية وبالتالي تكون الخصومة غير متوجهة كما أضافت ان الفقرة ثانياً من المادة ٢٣ من الدستور، والتي تنص على أن (لا يجوز نزع الملكية إلاّ لأغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل، وينظم ذلك بقانون) لا تطبق على موضوع الدعوى، لأن حكم تلك الفقرة ينطبق في حالة التعرض الى ملكية العقار ونزعه من مالكه بينما دعوى المدعية كانت تنصب على المطالبة بأجر المثل[٣٥].

ويلاحظ ان المحكمة قد أستنتجت بأن القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٦٨ لا يتعارض وحكم الفقرة (ثانياً) من المادة ٢٣ من الدستور كما أن المحكمة تتجه أحياناً الى الدخول في موضوع الدعوى بالرغم من عدم أستيفاء المدعي للجانب الشكلي عندما قضت بأن الخصومة غير متوجهة في هذه الدعوى فتحكم المحكمة من تلقاء نفسها برد الدعوى وذلك عملاً بحكم المادة (٨٠) من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل.

وقررت المحكمة الاتحادية العليا دستورية قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (٨٤ الصادر في ٢٠٠٠/٥/١١) وعدم مخالفته لنص المادة ٢٣ من دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ ووجدت أن قرار مجلس قيادة الثورة رقم ٨٤ لسنة ٢٠٠٠ قد حدد آلية معينة لتقدير أجر المثل والتعويض وأخضع القرار الصادر بموجبه للطعن به أمام جهة قضائية وهي محكمة البداءة المختصة لذلك فأن المدعين لا يتضررون من

٣٣- رقم القرار /١ / أتحادية / ٢٠١٢ في ٢٠١٢/٣/٥.
٣٤- د. علي هادي عطية: مصدر سابق، ص٦٦.
٣٥- القرار ٢٢ / اتحادية / ٢٠١٢ في ٢٠١٢/٦/٤.

http://abu.edu.iq

تطبيق القرار المذكور... وان قانون رقم ١٧ لسنة ٢٠٠٥ قد ألغى النص الوارد في البند (ثاني عشر) من القرار رقم ٨٤ لسنة ٢٠٠٠ المتعلق بمنع المحاكم من سماع الدعاوي الناجمة عن تنفيذ أحكام القرار المذكور آنفاً [٣٦].

وذهبت المحكمة في نطاق قضائها بنزع الملكية إلى دستورية المادة ٣٧ من قانون الأستملاك رقم (١٢) لسنة ١٩٨١ التي تلزم أستملاك ما لا يتجاوز ربع مساحة أرض العقار بدون بدل إذا ثبت لهيأة التقدير تحسين موقع أو منفعة القسم المتبقي منه وزيادة قيمته بسبب الأستملاك وان المادة ٣٨ من القانون المذكور التي ألزمت مالك العقار المستملك جزء منه بدفع قيمة ما يكمل ربع المساحة العمومية للارض قبل الأستملاك إذا كانت المساحة المستملكة بدون بدل تقل عن ربع المساحة العمومية للعقار وثبت لهيئة التقدير أن الأستملاك يؤدي الى تحسن موقع أو منفعة القسم المتبقي منه وزيادة قيمته.

حيث توصلت المحكمة الى أن حكم المادتين ٣٧ و٣٨ من قانون الأستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ لا يتعارض مع حكم المادة (٢٣/ثانياً) من دستور جمهورية العراق وتشكلان تطبيقاً سليماً له ذلك أن التعويض العادل الذي قصده النص الدستوري قد تحقق في تحسين موقع أو منفعة القسم المتبقي من العقار وزيادة لقيمته بسبب الأستملاك، وكذلك الحال عند دفع المستملك منه ما يكمل قيمة ربع المساحة العمومية للعقار لان ذلك يمثل الزيادة التي حصلت في قيمة أو في منفعة الجزء غير المستملك وهذه الزيادة في القيمة أو في المنفعة هي التعويض العادل للمستملك منه الذي قصده النص الدستوري المشار اليه، والا تكون أمام حالة أثراء غير مشروع بجانب المستملك على حساب الجهة المستملكه[٣٧].

وينتقد بعض الفقه العراقي القرار على أساس أن المحكمة الأتحادية أقرت دستورية قانون الأستملاك من الوجهة المطعون فيها بالرغم أنّ الأخير نقل شرط التعويض العادل من مجال الأختصاص المقيد للادارة الى نطاق السلطة التقديرية لها، وبذلك أرتهن التعويض بأرادة الإدارة بعد أن كان شرطاً يحكم تصرفاتها لمنع المساس بالملكية الخاصة، وهذا يعرض ملاك العقارات الى عواقب التعسف بأستعمال السلطة ونتائجها.

من جهة أخرى أن المحكمة الأتحادية العليا قد سببت قرارها على أساس نظرية الأثراء غير المشروع بيد أنها لم تستخلص معناه من خلال البحث العلمي الحر في موطنه الأصلي (القانون المدني) الذي حدد شرطين ونتيجة له، الشرط الأول حصول كسب من دون سبب مشروع لدى طرف وشرط حدوث ضرر مقابل للكسب لدى الطرف الآخر، أما النتيجة فهي: التعويض ويتساءَل هذا الفقه: ما هو الضرر الذي سيصيب الإدارة من جراء أستملاك أقل من ربع مساحة العقار، والذي يجعل صاحب العقار يدفع

٣٦- قرار المحكمة الأتحادية العليا ١٨/ اتحادية /٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/٧/٢٢ وبذات المعنى القرار ١٩، ٢٠ /اتحادية /٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/٧/٢٢.

٣٧- القرار ٢٥/ اتحادية/ ٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/١/٨.

http://abu.edu.iq

التعويض بسببه؟ ثم يتسائل عن السبب غير المشروع من جانب صاحب العقار الذي أستوجب دفعه التعويض [٣٨].

وفي قرار لها وجدت إن القرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ٨٣ لسنة ١٩٩٨ المطعون فيه والخاص بأنتزاع ملكية القطاع الخاص برأس مال شركة المدينة السياحية في الحبانية قد تم نفاذه ولم يكن له قائمة بعد التنفيذ إذ إن أختصاص المحكمة محدد بالرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة وليست في القوانين والقرارات والأنظمة التي أنتهى نفاذها [٣٩].

ويلاحظ إن المحكمة قد تمسكت بحرفية النص دون أن تتناول أثار هذه القرارات على الأفراد الذين تضرروا منها وبيان الوسيلة المتبعة لأستيفاء حقوقهم المهدورة وسلكت المحكمة في قرار لها ذات المسلك عند الطعن بعدم دستورية قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ٧٩ لسنة ٢٠٠١ على أساس إن القرار المطعون بعدم دستوريته قد صدر لحالة خاصة وأنتهى نفاذه بأنتهاء تلك الحالة [٤٠].

وفي قرار لها قضت بأن قرار مجلس قيادة الثورة رقم ٨٥٠ لسنة ١٩٧٩ وتعديله بالرقم ٩٤٠ لسنة ١٩٨٧ المعدل لنظام الطرق والتعليمات الصادرة بشأنهما لا يتعارضان مع المادة ٢٣ أولاً من الدستور على أساس إن القرارين تضمنا قواعد تنظيمية [٤١].

أما بالنسبة لأطفاء حق التصرف فأنه يقع على الأراضي المفوضة بالطابو والممنوحة باللزمة والموقوفة وقفاً غير صحيح ويتم تقدير التعويض عن الأراضي الزراعية المترتب عليها حق التصرف بأعتبارها ملكاً صرفاً [٤٢].

إلاّ أن النظام السابق قد أطفأ حق التصرف العائد للمواطنين على الأراضي الزراعية بموجب قرارات مجلس قيادة الثورة المنحل [٤٣]، ومن أبرزها القرار رقم ١٣٦ لسنة ١٩٩٤ والقرار ٢٢٢ لسنة ١٩٩٧ (الذي ألغى قرارات التعويض العيني) والقرار ١١٧ لسنة ٢٠٠٠ خلافاً للإجراءات التي نص عليها قانون الإستملاك ومقابل تعويض زهيد جداً مقارنة بأسعار الأراضي الحقيقية وبواسطة لجان إدارية وليست برئاسة قاضي، كما أن المحاكم منعت بموجب هذه القرارات من سماع الدعاوي الناشئة من تطبيقه مما أدى الى أهدار حقوق عدد كبير من المواطنين وإلحاق الغبن بهم جراء هذه الإجراءات غير القانونية.

وما ينطبق بشأن القضاء العادي من عدم تحقق من قيام النفع العام بنزع الملكية يسري بحق القضاء الإداري الحديث بخروج هذا النظر من دائرة أختصاصه أصلاً وهو أحد النواقص الذي يجب معالجته مع التشريعات الحديثة التي نأمل أن تصدر في هذا المجال المهم.

٣٨- علي هادي عطيه الهلالي: مصدر سابق، ص٢٢٠ -٢٢١.
٣٩- قرار المحكمة الإتحادية العليا رقم ٣٨/ أتحادية /٢٠١٣ في ٢٠١٤/٥/٤.
٤٠- قرار المحكمة الإتحادية العليا رقم ١٢٦/أتحادية /٢٠١٤ في ٢٠١٥/٤/٢١.
٤١- قرار المحكمة الإتحادية العليا رقم ٨١/أتحادية / ٢٠١٠ في ٢٠١٠/١٢/٨.
٤٢- طبقاً لقانون توحيد أصناف أراضي الدولة رقم ٥٣ لسنة ١٩٧٦ وكذلك ما نصت عليه المادة (٣١) من قانون الإستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ المعدل.
٤٣- أبرزها القرار ١١٧ لسنة ٢٠٠٠ الذي أطفأ حق التصرف للعديد من الأراضي الزراعية وتوزيعها قطع سكنية الى منتسبي القوات المسلحة.

http://abu.edu.iq

ففي حكم لها قضت بأن أمتناع المدعي عليه مدير البلدية أضافة لوظيفته عن منح إجازة البناء يستند إلى أسباب فنية ولا تخضع الى رقابة القضاء الإداري [٤٤]. وهذا الحكم قد جانب الصواب ذلك إن المحكمة لم تلاحظ أن المدعي عليه أضافة لوظيفته قد رفض الطلب المقدم معللاً ذلك بوجود مشروع لتطوير الكورنيش مما يتطلب إستملاك مساحات من الأرض لتنفيذ المشروع المذكور وأن منح الإجازة يخالف أيضاً التصميم الأساسي...

وأن محكمة الموضوع عند نظرها الدعوى أسرعت بردها للأسباب المبينة في حيثيات الحكم دون أن تقوم بإجراء التحقيقات اللازمة للتأكد من وجود المشروع المشار اليه فعلاً والمساحة التي يتطلبها وموقعها وذلك بالإستفسار من مديرية التخطيط العمراني –وهي الجهة المختصة بهذا المجال– وفيما إذا كان منح إجازة البناء... يخالف التصميم الاساسي... من عدمه، وبذلك يكون قيام المدعي عليه أضافة لوظيفته يرفض منح إجازة البناء بالكيفية المبينة أعلاه دون الإستناد الى أسباب قانونية يكون قد تعسف في أستعمال سلطته [٤٥].

المطلب الثاني: موقف المحكمة الأتحادية العليا العراقية من قرارات الحجز والمصادرة

فسرت المحكمة الأتحادية العليا عدداً من النصوص الدستورية والمبادئ العامة التي ترتكز عليها من خلال أنعقاد أختصاصها بتدقيق الطعون التمييزية المقدمة على قرارات محكمة القضاء الأداري [٤٦].

فقد أدعى المدعيان (المميزان) أمام محكمة القضاء الأداري بأن المدعي عليه الثاني مدير عام دائرة عقارات الدولة أضافة لوظيفة أصدار الأمر الأداري ٥٥٣ في ٢٠٠٢/٩/٣ بتعيين السيد (ب.ع.) أميناً مشرفاً على أملاك المدعين بحجة أن هذه الأملاك قد تم ايقاع الحجز عليها وفقاً لأحكام القانون رقم ١١ لسنة ١٩٥٨ وحيث أن الأمر الإداري..... لا سند لها من القانون لذا طلبا... إلغاء الأمر الأداري... ورفع الحجز عن أملاكهما وقررت المحكمة رد الدعوى..... (ولكن) نقض الحكم المذكور أثر تمييزه... بغية أجراء التحقيقات اللازمة للتأكد عن مدى انطباق أحكام القانون رقم ١١ لسنة ١٩٥٨ على حالة المدعين وأموالهم المحجوزة... أصدرت المحكمة... حكماً بإلغاء أمر الحجز... وأعادة الحال الى ما كانت عليه قبل قرار الحجز وألزم المدعي عليه بتسليم الأموال المحجوزة الى المدعين.... نقض الحكم تمييزاً بغية التحقق من كون إيقاع الحجز كان لأسباب سياسية أم لأسباب أخرى..... أفاد وكيل المدعين أن قرار الحجز الصادر عن قاضي المخابرات... الصادر في ٢٠٠٢/٣/٩ كان لأسباب سياسية... وأن موكليه غير مدينين لأية جهة وأنهما يقيمان في (لندن)... وأن جهاز المخابرات لا يضع أشارة الحجز ألاّ لأسباب سياسية فقررت المحكمة... بتاريخ ٢٠٠٥/١٠/٥ إلغاء الأمر الأداري الصادر عن وزارة المالية.

٤٤– الدعوى المرقمة ٨/ قضاء إداري / ٢٠٠٦.
٤٥– قرار المحكمة الإتحادية العليا، العدد / ١٨ أتحادية / تمييز / ٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/٧/١٩.
٤٦– د. علي هادي عطية الهلالي: مصدر سابق، ص٢٢٦.

http://abu.edu.iq

وعلى أثر تمييز القرار لدى المحكمة الأتحادية وجدت أنه صحيح وموافق للقانون وأنه جاء أتباعاً لقرار النقض التمييزي الصادر من هذه المحكمة بعدد ٣١/اتحادية/تمييز/٢٠٠٥ في ٢٠٠١/١/٢٩ إذ أصدرت المحكمة حكمها... وقضت بإلغاء الأمر الأداري المرقم ٥٥٣ المؤرخ في ٢٠٠٢/٩/٣ الصادر من وزارة المالية والقاضي بتعيين (ب. ع.د.) أميناً مشرفاً على الأملاك العائدة للمدعية بسبب إيقاع الحجز على الأملاك المذكورة [٤٧].

وجاء في قرار للمحكمة الأتحادية العليا (... تنفيذاً لمضمون قرار مجلس الحكم المرقم (٨٨) لسنة ٢٠٠٣ وبالأستناد الى إعمام دائرة التسجيل العقاري... القاضي بشمول الحجز الوارد في قرار مجلس الحكم آنفاً الأموال المنقولة وغير المنقولة العائدة للمسؤولين في النظام السابق حتى الدرجة الرابعة ويكون المدعي (المميز) شقيقاً ل..... المشمول بالأجتثاث كونه من فدائيي صدام حسب وقائع الدعوى فينطبق عليه القرار ذلك، لأن التشريعات النافذة قبل صدور الدستور يعتبر معمولاً بها ما لم تلغ أو تعدل طبقاً لأحكام المادة (٣٠) من الدستور [٤٨].

وجاء في قرار آخر لها (..... ولم يثبت لهذه المحكمة كون والد المدعي (مورثه الشرعي)، من المشمولين بأحكام قراري مجلس الحكم ٧٦ و٨٨ لسنة ٢٠٠٣ وأن وضع إشارة الحجز على العقار المشار اليه أعلاه يعتبر توسعاً وتعسفاً في أستعمال السلطة دون مبرر ويتنافى ومبادئ العدالة التي هي هدف كل تشريع وخاصة أن المادة (١٩/ثانياً) من الدستور تعتبر العقوبة شخصية، كذلك فأن المادة (٢٣/اولاً) منه تؤكد على أن الملكية الخاصة مصونة ويحق للمالك الأنتفاع بها وأستغلالها والتصرف بها في حدود القانون. لذلك فأن إيقاع الحجز على العقار أعلاه وبالكيفية المشار اليها قد جانب الصواب ويعتبر توسعاً في الشمول دون مسوغ قانوني صحيح مما يستوجب إلغاء الأمر المطعون فيه...) [٤٩].

وبالمقارنة بين الحكميين السابقين، نرى أن قضاء المحكمة الأتحادية العليا قد جَانبَ الصواب في القرار الأول عندما قضى بدستورية قرار مجلس الحكم والقاضي بشمول الحجز على الأموال المنقولة وغير المنقولة للمسؤولين في النظام السابق حتى الدرجة الرابعة في حين قضت في القرار الثاني أن العقوبة شخصية ولا يجوز التوسع في قرارات الحجز دون مسوغ.

ولم تشترط المحكمة الأتحادية العليا أن يكون قرار الحجز سابقاً على قرار المصادرة فقررت (... أن الدفوع التي أوردها وكيل المدعي غير واردة من أن قرار المصادرة قد سبق قرار الحجز وأن في ذلك تناقضاً حيث أن السلطة التشريعية قد أصدرت قرارها بمصادرة الأموال المنقولة وغير المنقولة (للمدعي) ثم أصدر بعد ذلك قرار الحجز على تلك الأموال وذلك لأجل التحرز من أجل عدم التصرف ويعتبر قرار الحجز تعزيزاً لقرار المصادرة وليس مناقضاً له وأن التصرف المذكور تم بموجب تشريع من جهة مخولة....) [٥٠].

٤٧- العدد / ١٩ / أتحادية / تمييز / ٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/٧/١٩.
٤٨- القرار ١٠/ اتحادية / تمييز / ٢٠١٢ في ٢٠١٢/٢/١.
٤٩- رقم القرار ٢٩ / اتحادية / تمييز / ٢٠١٢ في ٢٠١٢/٣/٨.
٥٠- القرار ٢ / اتحادية / تمييز / ٢٠٠٧ في ٢٦ / ٤ / ٢٠٠٧.

http://abu.edu.iq

أما بالنسبة لأحكام المحكمة الأتحادية العليا بشأن المصادرة فقد أصدرت قرارها بمناسبة الطعن بقرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم ١٢٤ في ١٩٩٨/٨/٢ والذي تم بموجبه مصادرة ٥٠ % من الأموال المنقولة وغير المنقولة العائدة الى مورث المدعين والى زوجاته وأولاده فقد قررت (... وحيث أن قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١٢٤ والمؤرخ في ١٩٩٨/٨/٢ والذي بموجبه تم مصادرة ٥٠% من الأموال المنقولة وغير المنقولة العائدة الى مورث المدعين والى زوجاته وأولاده قد تم تنفيذه وذلك بمصادرة تلك الأموال لذا فإن القرار المذكور لم يعد قائماً وأصبح بحكم المنتهي ولا يجوز بعد ذلك البت في دستوريته من عدمه....، لأن الفقرة الثانية من المادة الرابعة من القانون حصرت صلاحية هذه المحكمة بالفصل في المنازعات المتعلقة بشرعية القوانين والأنظمة والتعليمات والأوامر الصادرة من أية جهة تملك حق أصدارها وإلغاء التي تتعارض منها مع أحكام قانون إدارة الدولة للمرحلة الأنتقالية وأن القرار المذكور لم يكن متعارضاً مع أحكام المادة ٩٣ من الدستور الدائم لسنة ٢٠٠٥ التي حصرت أختصاصات هذه المحكمة وأن الفقرة الأولى منها قصرت أختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة وليس المنتهية حكمها كما هو الحال في موضوع هذه الدعوى....) [٥١].

وللفقه العراقي ملاحظتان على هذا القرار [٥٢].

الملاحظة الأولى/ أن المحكمة الأتحادية قضت في القرار المطعون في عدم دستوريته بالإنتهاء، وأنها لو قاربت بين النصوص التفسيرية لأمكنها أن تصل الى نتيجة مهمة وهي أن الدستور قد كفل أستمرار التشريعات النافذة معمولاً بها ما لم تلغ أو تعدل على وفق أحكام الدستور [٥٣].

بمعنى أستمرار نفاذ التشريعات السابقة على الدستور جميعها إلاّ إذا ثبت الغاؤها أو تعديلها بنصوص دستورية أو تشريعية أخرى وليس بقرار من السلطة القضائية.

الملاحظة الثانية/ إنّ المحكمة الأتحادية العليا أومأت الى أستقرار المركز القانوني للطاعن بعدم الدستورية على أساس أنتهاء القرار الذي رتب هذا المركز، وأنها لو أجتهدت بتقريب النصوص الدستورية ذات العلاقة لتوصلت الى نتيجة مهمة وهي إن إرادة المشرع الدستوري في دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ قد أتجهت الى منح المتضررين من النظام السياسي السابق الحق في التعويض والأهتمام[٥٤].

ويلاحظ أن العديد من الطعون المقدمة الى المحكمة الأتحادية العليا وبشأن المصادرة قد تم ردها لعدم أستيفاء الشكلية وفقاً للقانون وبالتالي لم تخوض المحكمة بالجانب الموضوعي للطعن [٥٥].

٥١- القرار ٢٢ / اتحادية / ٢٠٠٦ في ٢٠٠٧/٣/٥.
٥٢- د. على هادي عطية الهلالي: مصدر سابق، ص٢٢١، ٢٢٢.
٥٣- ينظر المادة ١٣٠ من دستور العراق لسنة ٢٠٠٥.
٥٤- ينظر المادة ١٣٢ الفقرة / اولا من دستور العراق لسنة ٢٠٠٥.
٥٥- القرار ٦٦ / اتحادية / تمييز / ٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٧/١٥ والقرار ٦٨ /اتحادية /تمييز /٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٦/١٨.

http://abu.edu.iq

المطلب الثالث: موقف المحكمة الإتحادية العليا العراقية من القيود الواردة على الحق في الملكية الخاصة لمقتضيات إجتماعية

تَعّد القضايا الدستورية المتعلقة بالعلاقات الإيجارية مجالاً خصباً لحماية الحق في الملكية الخاصة بلحاظ أن حق المالك يكون حينئذ كحق مقابل لحق المستأجر.

ويبرز دور القضاء الدستوري في هذا المجال من خلال الوظيفة الإجتماعية لحق الملكية وبوجه خاص في مجال الأسكان، حيث تتزاحم كثرة من القيود في نطاق مباشرة المالك لسلطته في مجال أستغلال ملكه، وهي قيود قصد بها مواجهة الأزمة المتفاقمة الناشئة عن قلة المعروض من الأماكن المهيأة للسكن مقابل زيادة الطلب عليها.

تعرضت المحكمة الأتحادية العليا في قضائها، لحق السكنى بمناسبة الطعن في المادة ١٥ (من قانون إيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل)[٥٦]. إذ بين المدعي بأن إعطاء الشريكة بالعقار الحق بالإستمرار بأشغال المشتمل وهو جزء من العقار المزال شيوعه بعد البيع، بصفة مستأجرة سيؤدي إلى تبخيس قيمة العقار عند البيع، إذ لا أحد يشتري عقاراً بمبالغ ضخمة وهو مشغول بمستأجر ولا يستطيع أخراجه منه لمدة (١٢ سنة) حسب قانون إيجار العقار، وبالتالي فهو لا يستطيع أن يتصرف به كما يشاء وهذا يعتبر إستغلالاً وخسارة كبيرة له، وعليه فإن المادة ١٥ من قانون إيجار العقار غير شرعية وتخالف المادة (٢ أولاً- ب وج) والمواد ١٤ و١٦ و١٩ من الدستور [٥٧]. وأنتهي المدعي إلى إن المادة المطعون بشرعيتها تحرم الشريك الذي لا يشغل العقار في أن يعامل معاملة عادلة مثل الشريك الذي يشغل العقار ويرغب بالأستمرار في أشغاله بصفة مستأجر بعد البيع، كما يحرم الشريك الذي لا يشغل العقار من أن يعامل معاملة عادلة في الإجراءات القضائية والإدارية، لذا طلب الحكم بعدم شرعية المادة ١٥ من قانون إيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل.

وجدت المحكمة إن المدعي أقام دعواه بالذات دون التقيد بالمادة ٢٠ من النظام الداخلي للمحكمة الإتحادية العليا التي أوجبت أن تقدم الدعاوي والطلبات إلى المحكمة بواسطة محام ذي صلاحية مطلقة كما إن خصومة المدعي للمدعى عليهما لا تصح، لأن الطعن تضمن عدم شرعية المادة ١٥ من قانون إيجار العقار أي عدم دستوريتها وإن من شروط الدعوى أن يكون المدعي عليه خصماً يترتب على أقراره حكم بتقدير صدور أقرار منه وأن يكون محكوماً أو ملزماً بشيء على تقدير ثبوت الدعوى حسب المادة ٤ من قانون المرافعات المدنية وحيث إن الطعن بعدم دستورية نص في القانون يلزم أن يخاصم به من شرع القانون أو النص فيه وحيث إن المدعي عليهما لم يكونا كذلك فتكون الدعوى قد أقيمت خلافاً للشكلية

٥٦- قرار المحكمة الإتحادية العليا العدد ١١٢/إتحادية-أعلام /٢٠١٤ في ٢٠١٥/٤/٢١.

٥٧- نصت المادة (٢ أولاً: ب- لا يجوز سن قانون يتعارض مع مبادئ الديمقراطية، ج- لا يجوز سن قانون يتعارض مع الحقوق والحريات الواردة في هذا الدستور)، نصت المادة ١٤ على أن (العراقيون متساون أمام القانون دون تمييز بس الجنس أو العرق أو القومية أو اللون أو الدين أوالمذهب أو المعتقد أو الرأي أو الوضع الإقتصادي أو الإجتماعي) ونصت المادة ١٦ على أن (تكافؤ الفرص حق مكفول لجميع العراقيين، وتكفل الدولة أتخاذ الإجراءات المناسبة لتحقيق ذلك) ونصت المادة ١٩ - سادساً: لكل فرد الحق في أن يعامل معاملة عادلة في الإجراءات القضائية والإدارية.

http://abu.edu.iq

المرسومة في النظام الداخلي للمحكمة ولأحكام قانون المرافعات المدنية وبناءاً عليه قرر الحكم برد الدعوى. ويلاحظ إن قرار المحكمة قد أستند على أسباب شكلية لرد الدعوى دون أن تخوض في الأسباب الموضوعية.

الخاتمة:

تناولت هذا الدراسة بحث دور المحكمة الإتحادية العليا العراقية في حماية حق الملكية الخاصة وخلصنا فيها إلى أهم النتائج والتوصيات.

أولا: النتائج

١- أتضح لنا من خلال البحث إن الضمانات الدستورية للحق في الملكية الخاصة لها جانبان أحدهما وقائي والآخر علاجي، وإن هناك أرتباطاً وتكاملاً لا أنفصال بينهما. يتمثل الجانب الوقائي في التنظيم الدستوري للحق في الملكية الخاصة فالنص في الدستور على حق الملكية وصونها وخطر الأعتداء عليه أبتداءً أو محاولة النيل منه سواء بالأعتداء المباشر أو الأنتقاص منه أو تعويضه، يعطي للحق حماية دستورية وإن كانت تلك الحماية نظرية – أكثر منها واقعية.

إذ إن الدستور كفل للأفراد التمتع بهذا الحق في حدود الشروط والأوضاع التي بيّنها القانون دون أن يفرض على المشرع العادي سقفاً أعلى للشروط التي يجوز أن يتقيد بها في ممارسة هذا الحق، وهو ما أستغله المشرع كثيراً – أسوء أستغلال وذلك بأصدار حزمة من القوانين سلب فيها الحق وفرغه من محتواه.

ومن هنا ظهرت الرقابة على دستورية القوانين كونها الوسيلة الفنية العلاجية لحماية حق الملكية وضمان عدم الأعتداء عليه، وينصرف الجانب الآخر إلى الضمانات الدستورية للحق بمعناه الضيق، وذلك حتى لا يقع الأعتداء فعلاً ويتحقق الضرر من جراء تطبيق نص في قانون أو لائحة او ممارسة ما على حق الملكية وهو ما تعالجه الرقابة على الدستورية بما تملكه من وسائل فنية وبما تملك توقيعه من جزاء له طبيعة خاصة يتمثل في القضاء بعدم دستورية النص المخالف للدستور، وما يترتب على ذلك من جبر المخالفة الدستورية وأستبعاد النص المقضي بعدم دستوريته من المنظومة القانونية.

٢- إن الضمانات الدستورية والقانونية لهذا الحق سواء تمثلت في الرقابة على دستورية القوانين أو التنظيم الدستوري بمجمله تصبح مجرد أدوات شكلية لا أثر حقيقي لها ما لم يكن هذا كله في إطار ترسيخ مبدأ سيادة القانون لدى الحكام والمحكومين.

ثانيا: التوصيات

١- أرى لمواجهة السلطة التقديرية للإدارة في حالة الإستملاك والتي تجعل الأفراد بدون حماية جدية، خاصة وإن المشرع لم يقرر في قانون الإستملاك ضمانات كافية إتجاه السلطة الواسعة للإدارة، أن يكون تقرير المنفعة العامة بناءً على تحقيق مسبق يتبين فيه عناصر التقدير، وأن يكون للقضاء الإداري سلطة فحص جدية هذه العناصر وذلك من خلال تطبيق مبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار على قرار تقرير

http://abu.edu.iq

المنفعة العامة أسوة بما يطبقه القضاء الإداري الفرنسي فإذا أنتهت موازنة القضاء الإداري بين المنافع والأضرار المترتبة على القرار الى ترجيح المزايا، أعلن القاضي الإداري مشروعية القرار، أما إذ كانت الأغراض هي المرجحة تعّين الحكم بإلغاء هذا القرار لعدم مشروعيته.

لذلك نرى أن يأخذ القضاء الإداري العراقي برقابة الموازنة بين المنافع والأضرار كونها قيد على السلطة التقديرية على الإدارة وكونها ضمانة هامة لحماية الملكية الخاصة ضد جور وتسلط الإدارة عليها، خاصة وإن حماية المصلحة العامة تتحقق أيضاً بحماية المصلحة الخاصة.

٢- لما كان الأصل هو حماية الملكية الخاصة وأنه لا يجوز المساس بها إلاّ على سبيل الأستثناء وأتباع الوسائل القانونية السليمة التي تتفق وأحكام الدستور نقترح أن تكون قرارات حجز الأموال بموجب قراري مجلس الحكم رقم ٧٦ و٨٨ لسنة ٢٠٠٣ خاضعة لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات (المادة ١٩-ثانياً) من الدستور ولمبدأ شخصية العقوبة التي نص عليها الدستور في المادة ١٩-ثامناً وأن تتقرر أسباب لإنقضاء دعوى الحجز على الأموال كما أن يعهد للقضاء العادي الفصل في الدعوى.

٣- نتيجة لقيام المحكمة الإتحادية العليا برد الكثير من الدعاوي لعدم أستيفائها الشكلية لذا نقترح على المشرع الدستوري تعديل قانون المحكمة الأتحادية العليا بما يسمح بتشكيل دائرة أو هيئة لفحص الطعون قبل عرضها على المحكمة ليتسنى للمحكمة البحث في الجانب الموضوعي للدعوى وعدم أشغالها بالمسائل الشكلية وفي هذا تقليص للجهد والنفقات مع أحتفاظ المحكمة بحقها بالرقابة على الشكلية.

كما نرى ضرورة أمتداد رقابة المحكمة الإتحادية العليا لتقدير مشروعية شرط المنفعة العامة إلى عنصر الملاءمة والتحقق من مدى توافر شرط المصلحة العامة وذلك بأستقصاء الظروف والوقائع الخارجية التي توصلت الإدارة من خلالها بالإدعاء بوجود المصلحة العامة.

المصادر

أولاً: الكتب باللغة العربية

١. د. احمد سعيفان: الأنظمة السياسية والمبادئ الدستورية العامة، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٨.

٢. د. أسماعيل مرزة: مبادئ القانون الدستوري العام والعلم السياسي، النظرية العامة في الدساتير، دار الملاك للفنون والأداب والنشر، بغداد، ط٣، ٢٠٠٤.

٣. د. حميد حنون خالد: مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢.

٤. د. دعاء الصاوي: القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.

٥. د. طعيمة الجرف: نظرية الدولة والأسس العامة للتنظيم السياسي، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، ١٩٦٦.

http://abu.edu.iq

٦. د. عبد الباقي البكري ود. زهير البشير: المدخل لدراسة القانون، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ط٣، ٢٠١١.
٧. د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج٨، حق الملكية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠.
٨. د. عبد المنعم محفوظ ود. نعمان احمد الخطيب: د. عبد المنعم محفوظ ود. نعمان احمد الخطيب: مبادئ في النظم السياسية، دار الفرقان للنشر والتوزيع، ١٩٨٧.
٩. د. علي حسين الخلف ود. سلطان الشاوي: المبادئ العامة في قانون العقوبات، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢.
١٠. د. علي هادي عطية الهلالي: النظرية العامة في تفسير الدستور وإتجاهات المحكمة الإتحادية العليا في تفسير الدستور العراقي، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ٢٠١١.
١١. د. غازي فيصل مهدي: المبادئ الأساسية لدستور العراق الدائم، مركز الفرات للتنمية والدراسات الإستراتيجية، كربلاء، ٢٠٠٥.
١٢. د. ماجد راغب الحلو: النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعرف، الإسكندرية، ٢٠٠٥.
١٣. د. محسن العبودي: المبادئ الدستورية العامة وتطور الأنظمة الدستورية المعاصرة، دار النهضة العربية، القاهرة.
١٤. مكي ناجي: المحكمة الاتحادية العليا في العراق، دراسة تطبيقية في اختصاص المحكمة والرقابة التي تمارسها معززة بالأحكام والقرارات، بغداد، ٢٠٠٦.
١٥. د. منذر الشاوي: القانون الدستوري، نظرية الدستور، مركز البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨١.
١٦. د. منذر الشاوي: القانون الدستوري المؤسسات الدستورية العراقية، مطبعة شفيق، بغداد، ١٩٦٦.

ثانياً: الدساتير

١- القانون الأساسي العراقي لسنة ١٩٢٥ الملغي.
٢- دستور ٢١ أيلول ١٩٦٨ الملغي.
٣- قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية لسنة ٢٠٠٤ الملغي.
٤- دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ.

ثالثاً: قرارات المحكمة الإتحادية / منشورة على الموقع الإلكتروني للمحكمة

١. قرار المحكمة الإتحادية العليا، العدد / ١٨ أتحادية / تمييز / ٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/٧/١٩.
٢. القرار ٢٥ /اتحادية/٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/١/٨.
٣. القرار ٢٢ / اتحادية / ٢٠٠٦ في ٢٠٠٧/٣/٥.
٤. القرار ٢ / اتحادية / تمييز / ٢٠٠٧ في ٢٦ / ٤ / ٢٠٠٧.
٥. القرار ١٨، ١٩، ٢٠ /اتحادية /٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/٧/٢٢

http://abu.edu.iq

٦. رقم ٨١/أتحادية / ٢٠١٠ في ٢٠١٠/١٢/٨.
٧. القرار /١ / أتحادية / ٢٠١٢ في ٢٠١٢/٣/٥.
٨. القرار ٢٢ / اتحادية / ٢٠١٢ في ٢٠١٢/٦/٤.
٩. القرار ١٠/ اتحادية / تمييز / ٢٠١٢ في ٢٠١٢/٢/١.
١٠. القرار ٢٩ / اتحادية / تمييز / ٢٠١٢ في ٢٠١٢/٣/٨.
١١. القرار ١٠/ اتحادية / تمييز / ٢٠١٢ في ٢٠١٢/٢/١.
١٢. القرار ٩٣/أتحادية/٢٠١٤ في ٢٠١٤/٩/١٤
١٣. القرار ٣٨/ أتحادية /٢٠١٣ في ٢٠١٤/٥/٤.
١٤. القرار ١٢٦/أتحادية /٢٠١٤ في ٢٠١٥/٤/٢١.
١٥. قرار المحكمة الأتحادية العليا العدد ١١٢/أتحادية-أعلام /٢٠١٤ في ٢٠١٥/٤/٢١.

http://abu.edu.iq