العدد ٣٤
السنة ٢٠٢٦

مجلة كلية القانون والعلوم السياسية
The College of Law and Political Science Journal

تعليق على حكم قضائي:
اثر الاستعمال الفعلي للعقار المملوك ملكية خاصة في تحديد صفته كطريق عام

درع حماد(*)
(*) أستاذ دكتور - كلية القانون – جامعة الفلوجة Drahmaed55@gmail.com

هذا البحث مفتوح الوصول ويعمل وفق (نسب المشاع الإبداعي) (نَسب المُصنَّف-غير تجاري-منع الاشتقاق ٤,٠ دولي)
يحتفظ المؤلفون بحقوق النشر (Copyright) لأعمالهم المنشورة في المجلة، مع منح المجلة حق النشر الأول وذلك حسب سياسات المجلة
نسخة المجلة المنشورة هي النسخة الرسمية المعتمدة لأغراض التوثيق والاستشهاد العلمي
المجلة مؤرشفة في مستوعب المجلات العراقية المفتوحة
للمزيد من المعلومات مراجعة الروابط من خلال الضغط على الشعارات ادناه

Issue 34
Year 2026

مجلة كلية القانون والعلوم السياسية
The College of Law and Political Science Journal

Commentary on Judicial Provisions:
The Effect of the Actual Use of Privately Owned Property in Determining its Status as a Public Road

deraa Hamad(*)
(*)Professor Dr. - College of Law – Al-Fallujah University Drahmaed55@gmail.com

This article is open access and licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License (CC BY-NC-ND 4.0).
Authors retain the copyright to their works published in the journal, while granting the journal the right of first publication according to the journal's policies.
The published version of the journal is the official version authorized for documentation and scholarly citation purposes.
The journal is archived in the Iraqi Open Access Journals database.
For more information, please refer to the links by clicking on the logos below.

المقدمة

تثير صفة الطريق العام اشكالا قانونيا يتجاوز مجرد التحقق من وجود ممر يستعمله الناس في انتقالهم، اذ ان الوصف المادي للمكان لا يكفي وحده لتحديد النظام القانوني الذي يخضع له. فقد يوجد ممر يسلكه الجمهور بصورة مستمرة، ويؤدي وظيفة مهمة في حركة السكان، ومع ذلك لا يكون، بالضرورة، طريقاً عاما بالمعنى القانوني. وفي المقابل، قد يكون الطريق العام قائما على مال مملوك للدولة او لشخص معنوي عام ومخصص للمنفعة العامة، فتجتمع فيه عناصر الصفة العامة التي رتب عليها المشرع اثارا قانونية خاصة.

وتتخذ هذه المسألة اهمية أكبر عندما يقع الطريق داخل عقار مملوك ملكية خاصة، ففي هذه الحالة تتقابل حقيقتان مختلفتان: الحقيقة الاولى، حقيقة مادية تتمثل في استعمال الجمهور للمكان، والحقيقة الثانية، قانونية تتمثل في ثبوت ملكية العقار لشخص خاص. ولا يكفي وجود الاولى، من حيث الاصل، لافتراض زوال الثانية، لان تغيير المركز القانوني للملكية لا يكون بمجرد تحول نمط الاستعمال، وانما يستلزم الوقوف على السبب القانوني الذي يسمح بهذا التغيير.

وقد نظم القانون المدني العراقي الاموال العامة في المادة (٧١) فاعتبر العقارات والمنقولات التي تعود ملكيتها للدولة أو للاشخاص المعنوية أموالا عامة متى كانت مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى القانون، ويكشف النص بذلك عن اقتران عنصرين في تكوين المال العام، الملكية من جهة، والتخصيص للمنفعة العامة من جهة اخرى، كما قررت المادة (٧٢ مدني) أن المال العام يفقد صفته بانتهاء تخصيصه للمنفعة العامة، بما يدل على ان التخصيص عنصر مؤثر في قيام الصفة العامة واستمرارها.

والمشرع بهذا يريد أن يميز الأموال العامة عن الأموال الخاصة التي تحظى بحماية القانون هي الاخرى، فلا تستغل الدولة سلطانها الغالب للتعدي على الأملاك الخاصة بذريعة المنفعة العامة.

ولا تقف حماية الملكية الخاصة عند حدود القانون المدني، بل تجد أساسا دستوريا مباشرا في المادة (٢٣) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، التي قررت صيانة الملكية الخاصة، ومنعت نزعها الا لأغراض المنفعة العامة ومقابل تعويض عادل وفقا للقانون، ولهذا فان المنفعة العامة لا تعمل في المجال القانوني بمعزل عن الضمانات التي تحيط بالملكية الخاصة، بل أن الضمانات القانونية تقترن دائما بالنشاطات المرتبكة بالمنعة العامة عندما تمس الاملاك الخاصة.

ومن هذه الزاوية، يكتسب الحكم محل التعليق اهميته اذ لم يكن النزاع منصبا فقط على معرفة ما اذا كان الجزء المتنازع عليه يستعمل طريقا، بل على تحديد الاثر القانوني لهذا الاستعمال في ظل ثبوت ملكية العقار ملكية خاصة، فقد وجهت محكمة التمييز محكمة الموضوع الى التحقق من كون الطريق سالكا، ومن اهمية استعماله وضرورته، ومن وجود طريق بديل يمكن الاستغناء عنه. وهنا يصح التساؤل، هل تعد هذه الوقائع وسائل للكشف عن واقع المنفعة العامة فقط،

أو يمكن أن ترتقي مجتمعة الى مستوى السبب المنشئ لصفة الطريق العام؟

وتزداد المسألة دقة بسبب ان قانون الطرق العامة رقم (٣٥) لسنة ٢٠٠٢ يعرف الطريق العام بانه الممر المبلط أو غير المبلط المخصص لمرور المركبات، بما يعني ان التبليط ليس شرطا في الوصف الفني للطريق العام، غير ان هذا التعريف، بطبيعته، يتعلق بمفهوم الطريق ووظيفته ولا ينبغي ان يحمل بذاته دلالة إنشاء منفعة عامة على الأرض التي يقوم عليها الطريق.

ومن ثم، فان البحث في الحكم يقتضي التمييز بين ثلاث جوانب مترابطة ولكن غير متطابقة هي: دائرة الواقع، حيث يبحث في كيفية استعمال المكان، ودائرة المنفعة العامة، حيث تبحث درجة حاجة الجمهور الى الطريق، ودائرة المركز القانوني للعقار، حيث يبحث في ملكيته والسبب الذي يخضعه لنظام المال العام. والخلط بين هذه الدوائر قد يؤدي الى تحويل واقعة الاستعمال الى مصدر للملكية العامة، مع أن القانون قد رسم للملكية الخاصة حماية خاصة وللاستملاك طريقا قانونيا محددا.

وعليه، يقوم هذا التعليق على فرضية مؤداها ان الاستعمال الفعلي للجمهور قد تكون له قيمة ثبوتية مهمة في تحديد طبيعة الطريق ومدى المنفعة المتحققة منه، لكنه لا ينبغي ان يكون هو السبب القانوني الذي ينقل العقار من نطاق الملكية الخاصة الى نطاق الاموال العامة.

ويقتضي اختبار هذه الفرضية بحث الاطار القانوني للطريق العام أولا، ثم تحليل الحكم التمييزي وبيان مدى كفاية العناصر التي اعتمدها في تحديد الصفة القانونية للجزء المتنازع عليه.

الفصل الاول

الاطار القانوني لصفة الطريق العام والقيمة القانونية للاستعمال الفعلي

إن متطلبات التعليق على الحكم القضائي تقتضي، ابتداء، عرض الأسس النظرية والمفاهيم المتعلقة بالجوانب التي يثيرها التعليق، وهي الجوانب الخاصة بالطريق العام وكيف يكتسب صفته هذه وكيف يتم اعتباره بهذه الصفة، وهل أن مجرد الاستعمال والمرور بالطريق من قبل الجمهور يحيله طريقا عاما؟ ان عرض هذه المفاهيم كما أوردتها التشريعات العراقية يصبح ضروريا من أجل التحقق من دقة ما ورد بالحكم التمييزي.

المبحث الاول

مفهوم الطريق العام واساس صفته القانونية

لا يمكن تحديد الصفة القانونية للطريق قبل تحديد موقعه في البناء العام للأموال والحقوق في القانون العراقي، فالطريق من الناحية المادية هو مكان معد للمرور، غير أن هذه الوظيفة لا تجيب وحدها عن السؤال المتعلق بملكيته ولا عن النظام القانوني الذي يخضع له.

ولهذا ينبغي الفصل بين وصف المكان من حيث وظيفته وبين وصفه من حيث مركزه القانوني، فقد يكون المكان طريقا من الناحية الواقعية دون أن يكون مالا عاما، كما قد يكون الطريق جزءا من مال عام تتولى جهة عامة ادارته وصيانته وتنظيم الانتفاع به، ولا يتحدد

الفارق بين الحالتين بمجرد عدد المستعملين للطريق، بل بمجموع العناصر القانونية التي تحكم المال ووجه تخصيصه.

المطلب الاول

مفهوم الطريق العام في التشريع العراقي

لم يضع المشرع العراقي مفهوما واحدا للطريق العام في تشريع منفرد، وانما تناول الطريق من زوايا متعددة، فالقانون المدني يعالجه في سياق الأموال العامة، وقانون إدارة البلديات يتناوله من زاوية الوظيفة البلدية والمرافق المحلية، في حين يضع قانون الطرق العامة أحكاما تتصل بالطريق من حيث طبيعته الفنية ووظيفته وتنظيمه.

ولا يعني تعدد هذه التشريعات وجود تعارض بينها، بل يعكس تعدد الجوانب القانونية المتعددة للطريق تعدد الادوار التي يتحمل بها، فهو في وقت واحد محل لحق عيني، ومرفق يؤدي خدمة عامة، وموضوع لتنظيم اداري وفني، ولذلك فان تحديد صفته يحتاج الى قراءة متكاملة للنصوص، مع المحافظة على الحدود التي رسمها كل تشريع.

الفرع الاول

الطريق العام في القانون المدني العراقي

لم يضع القانون المدني العراقي تعريفا مستقلا للطريق العام، وانما نظم الاموال العامة في المادة (٧١) وقد ربط النص بين ملكية المال للدولة أو الاشخاص المعنوية العامة وبين تخصيصه للمنفعة العامة بالفعل أو بمقتضى القانون.

وتكمن أهمية هذا النص في أنه يمنع اختزال الصفة العامة في عنصر واحد، فوجود منفعة عامة لا يكفي وحده لاعتبار الطريق عاما، كما أن ملكية الدولة أو الشخص المعنوي لا تكفي وحدها، بل ينبغي ان تتوافر العلاقة التي أقام عليها المشرع نظام المال العام.

ويترتب على ذلك أن استعمال الجمهور لعقار خاص لا يؤدي، تلقائيا، الى ادخاله في نطاق الأموال العامة، فالمال قد يكون محل انتفاع جماهيري من دون أن تتغير ملكيته، كما أن المنفعة العامة قد تكون سببا لاتخاذ إجراءات قانونية معينة، لكنها لا تتحول بذاتها الى وسيلة لنقل العقار الى الملكية العامة.

وتظهر أهمية هذا التمييز بوضوح في النزاع محل التعليق، فاذا كان الجزء المستعمل طريقا واقعا ضمن عقار خاص، فان اثبات أن الجمهور ينتفع به لا يحسم المسألة، لأن هناك مركزا قانونيا سابقا هو الملكية الخاصة، ويجب قبل ترتيب أي اثر يمس هذا المركز تحديد الأساس الذي يسمح بتغييره.

ومن جهة اخرى، فان الاعتداد بالتخصيص الفعلي الوارد في المادة (٧١) من القانون المدني لا يعني مساواة كل استعمال فعلي بالتخصيص القانوني، فالتخصيص بالفعل مفهوم قانوني له شروطه واثاره، ولا يصح تحويل كل استعمال جماعي الى تخصيص لمجرد استمراره زمنا طويلا، فالمقصود بالتخصيص الفعلي ان تترك الدولة عقارا مملوكا لها لاستعمال الافراد.

ويؤكد ذلك ان المادة (٧٢) جعلت انتهاء التخصيص ممكنا بمقتضى القانون أو بالفعل أو بانتهاء الغرض الذي خصص المال من أجله، وهذا التنظيم يدل على ان المشرع اعتد بالواقع الفعلي في مجال التخصيص، لكنه لم يقرر أن كل واقعة استعمال تؤدي تلقائيا الى نشوء

مال عام، بل أن الاستعمال الفعلي الذي يرد على المال المملوك ملكية عامة يمكن أن يحيل هذا الاستعمال الى طريق عام، فالدولة عندما تأتي بالآلات المناسبة وتشق طريقا، فان هذا الطريق يكون عاما اذا كانت الارض مملوكة لها، ولا يفهم من الطريق العام الذي ينشأ بالاستعمال الفعلي هو الذي يتم على الاملاك العقارية الخاصة.

وعليه، ينبغي التمييز بين استعمال الجمهور للمكان بوصفه واقعة مادية، وبين التخصيص للمنفعة العامة بحسبانه وصفا قانونيا يرتب اثرا في نظام المال. وهذه التفرقة هي المفتاح لفهم مدى قيمة الاستعمال في الحكم محل التعليق.

الفرع الثاني

الطريق في قانون ادارة البلديات

يتناول قانون ادارة البلديات رقم (١٦٥) لسنة ١٩٦٤ الطريق ضمن الوظائف والخدمات التي ترتبط بالنشاط البلدي، وقد عرفت المادة الاولى من القانون البلدية باعتبارها مؤسسة محلية ذات شخصية معنوية تقوم بالأعمال والخدمات العامة التي يحددها القانون، كما تناولت النصوص البلدية الشوارع والطرق العامة والرئيسية والفرعية والطرق الخاصة والساحات والميادين الواقعة ضمن حدود البلديات.

ويكشف هذا التنظيم عن الطبيعة المزدوجة للطريق البلدي، فهو من ناحية، عنصر من عناصر التنظيم العمراني والخدمة العامة، وهو من ناحية اخرى، يرتبط بنظام الملكية العقارية، ولذلك لا يجوز افتراض ان مجرد وقوع العقار داخل حدود البلدية يجعله مالا عاما. كما أن ممارسة البلدية لاختصاصها في التخطيط أو تنظيم الطرق أو تقديم الخدمات لا تعني بالضرورة انتقال ملكية العقار الخاص الى البلدية، فالاختصاص الاداري شيء والملكية العقارية شيء اخر ولكل منهما سنده ومصدره القانوني.

وتبرز أهمية هذا التمييز في حالة الطريق المقام على عقار خاص، لأن قيام البلدية بصيانة طريق أو تنظيم المرور فيه قد يكشف عن اعتقادها بوجود وظيفة عامة، لكنه لا يغني عن اثبات السند الذي تستند اليه في استعمال عقار الغير او تقييد سلطات مالكه.

وعطفا على ما تقدم، فان الاحكام البلدية يمكن أن تساعد في تحديد الوظيفة العامة للطريق واختصاص الجهة الادارية، لكنها لا ينبغي ان تستخدم وسيلة لإثبات انتقال الملكية الخاصة الى المال العام.

الفرع الثالث

الطريق العام في قانون الطرق العامة

عرف قانون الطرق العامة رقم (٣٥) لسنة ٢٠٠٢ الطريق العام بانه "الممر المبلط أو غير المبلط المخصص لمرور المركبات، ويشمل ذلك محرم الطريق...."[١].

وتكشف صياغة التعريف عن أن المشرع ركز على الوظيفة التي يؤديها الطريق فلم يشترط أن يكون مبلطا حتى يدخل في مفهوم الطريق العام، ومن ثم فان كون

١ قانون الطرق العامة رقم (٣٥) لسنة ٢٠٠٢

الطريق ترابيا لا ينفي عنه هذه الصفة من الناحية الفنية.

لكن ينبغي عدم الانتقال من هذه النتيجة الى نتيجة اخرى لم ينص عليها التعريف، وهي ان كل ممر مبلط أو غير مبلط تستعمله المركبات يصبح مالا عاما لمجرد استعماله، فالتعريف يحدد المقصود بالطريق العام في نطاق القانون البلدي، بينما تبقى مسألة الملكية والصفة القانونية للطريق وملكية العقار الذي يوجد فيه الطريق خاضعة للقواعد القانونية الاخرى.

وهذه النقطة ذات أهمية، لأن وصف الجزء محل النزاع بانه طريق عام ترابي لا يحسم وحده مصدر الحق في الارض التي يقوم عليها. فقد ثبت وجود الطريق من الناحية المادية، لكن يبقى السؤال: هل اكتسبت الطريق والأرض التي يمر بها هذا الطريق الصفة العامة بالطريقة التي يتطلبها القانون؟

الاجابة بالنفي تفرض نفسها، فقانون الطرق العامة غير معني بالجانب القانوني المتعلق بملكية الطريق وصفته القانونية بل يحدد مفهوم الطريق وفقا للجانب الفني، ولهذا يجب البحث في القوانين المتعلقة بالملكية في الجانب القانوني للطريق.

وبهذا الادراك يتضح أن الوصف الفني للطريق لا ينبغي ان يحل محل البحث في الوصف القانوني الدقيق، فكون المكان مخصصا لمرور المركبات قد يثبت وظيفته، لكنه لا يكشف بالضرورة عن كيفية انتقاله من الملكية الخاصة الى نطاق المال العام.

المطلب الثاني

الاساس القانوني لاكتساب الطريق الصفة العامة

اذا كانت وظيفة الطريق وحدها لا تكفي لحسم صفته القانونية، فان البحث ينبغي أن يركز على الاساس الذي يضفي عليه هذه الصفة، فالطريق العام يقوم على عنصرين هما الملكية العامة والتخصيص باعتبارهما عنصرين متلازمين في مفهوم المال العام وفق المادة (٧١) من القانون المدني، وسنتناول هذه المفاهيم بشيء من التوسع لأهميتها في سياق هذا التعليق.

الفرع الاول

الملكية العامة

تقرر المادة (٧١) مدني أن المال العام يفترض أن تكون ملكيته للدولة او لأحد الاشخاص المعنوية العامة، فضلا عن تخصيصه للمنفعة العامة. وهذا يعني أن الملكية العامة ليست نتيجة تلقائية للاستعمال، وانما هي مركز قانوني له مصدره.

ويمكن تعريف المال العام بانه مجموع الاموال العينية المنقولة وغير المنقولة التي تملكها الدولة او أحد الاشخاص المعنوية العامة الاخرى وتكون مخصصة بالفعل أو بالقانون للمنفعة العامة أو لإدارة مرفق عام، ويتميز هذا المال بخصائص قانونية استثنائية تجعله بمنأى عن القواعد العامة المعمول بها في الاموال الخاصة، اذ يخضع لنظام حماية قانوني مشدد يهدف الى صيانة المصالح العليا للمجتمع واستمرار المرافق العامة في اداء خدماتها بانتظام واطراد ومن اهم الاحكام المترتبة على ثبوت صفة العمومية لهذه الاموال انها غير قابلة

للتصرف فيها بأنواع التصرفات الناقلة للملكية كالبيع او الهبة او الرهن كما انها لا تقبل الحجز عليها تحت اي ظرف من الظروف فضلا عن كونها لا تكتسب بالتقادم الطويل او القصير خلافا للأموال الخاصة وتترتب على الاعتداء عليها او استغلالها بغير وجه حق مسؤولية جنائية ومدنية مشددة تطال المتجاوزين بغية ردع اي مساس بمقدرات الوطن وعليه فان المال العام يشكل ركيزة اساسية من ركائز السيادة الاقتصادية والادارية للدولة يستوجب حمايته وتكريسه لخدمة الصالح العام ضمن ضوابط قانونية صارمة لا تقبل التأويل او التهاون. فالشرط الاساس في الصفة العامة للمال عي ملكية الدولة او الاشخاص المعنوية لهذا المال، فاذا كان المال مملوكا للأشخاص فانه لا يكتسب الصفة العامة ايا كانت طريقة استعماله او مدة هذا الاستعمال الا اذا انتقلت ملكية هذا المال من ملكية الافراد الى ملكية الدولة بالوسائل التي قررها القانون ومقتبل تعويض عادل.

الفرع الثاني

التخصيص للمنفعة العامة

يعد التخصيص عنصرا جوهريا في مفهوم المال العام وفقا للمادة (٧١) مدني، بيد أن التخصيص لا ينبغي فهمه بمعنى مجرد انتفاع الناس بالمال، فالمشرع اعتد بالتخصيص بالفعل أو بمقتضى القانون، وهو ما يدل على ان الواقع يمكن ان تكون له قيمة قانونية في هذا المجال، لكنه لا يعني ان كل واقعة استعمال تتحول الى تخصيص.

إن تخصيص أملاك الدولة للمنفعة العامة يعد من أهم الموضوعات القانونية التي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بمدى فاعلية الدولة في إدارة أموالها العامة وتحقيق الأهداف الاجتماعية والاقتصادية المرجوة منها وتلبية الاحتياجات الأساسية للمجتمع حيث يشكل هذا التخصيص العنصر الأساسي التي تمنح الأموال العامة الحماية الخاصة وتضفي عليها الحصانة القانونية المتمثلة في عدم جواز التصرف فيها أو الحجز عليها أو اكتساب ملكيتها بالتقادم، نظراً لكونها مخصصة لخدمة الجمهور أو مرفق عام يستوجب استمرارية انتفاع الأفراد به دون عائق.

ويقصد بالتخصيص في فقه القانون تلك العملية القانونية أو المادية التي تقضي بإخراج المال من دائرة التعامل الخاص للدولة وإدخاله في نطاق الأموال العامة عبر تخصيصه فعلياً أو قانونياً لغرض النفع العام.

وهناك اسلوبان للتخصيص: هما التخصيص بمقتضى القانون والتخصيص الفعلي، وكل منهما له شروطه وأحكامه وآثاره القانونية التي تنظم تعامل الدولة مع هذا المال وتحدد نطاق الحماية المقررة له. وتبرز الأهمية البالغة لدراسة هذا الموضوع في كونه يوضح الحدود الفاصلة بين الأموال العامة (الدومين العام) وأموال الدولة الخاصة (الدومين الخاص) ويبين سلطات الدولة العامة في إنشاء الأموال العامة أو إنهائها والقيود الواردة على هذه السلطات ضماناً لحقوق الأفراد وحماية للمصلحة العامة في آن واحد دون إفراط أو تفريط.

التخصيص بمقتضى القانون يمثل الأسلوب التشريعي الذي يقرر فيه المشرع صراحة أو ضمناً لإضفاء صفة المنفعة العامة على مال معين دون الحاجة إلى اتخاذ إجراء مادي لاحق أو صدور قرار إداري تنفيذي

خاص بذلك، إذ تصبح العقارات أو المنقولات المحددة أموالاً عامة بمجرد صدور التشريع أو القانون الذي يقرر تخصيصها للمصلحة العامة مثل القوانين الصادرة بإنشاء الطرق العامة أو الجسور أو السكك الحديدية أو الموانئ أو المتاحف والمنشآت العسكرية .....الخ. ويتميز هذا النوع من التخصيص باليقين التشريعي الواضح مما يقطع دابر النزاع حول الطبيعة القانونية للمال منذ اللحظة الأولى لنفاذ القانون، وقد يطلب المشرع من جهة الادارة بمن خلال الانظمة والتعليمات مهمة تحديد بعض التفاصيل أو استكمال الإجراءات الشكلية اللازمة لتطبيق القانون شريطة ألا يخالف ذلك روح التشريع أو يخرج عن غايته الأساسية المتمثلة في خدمة المرفق العام وتحقيق النفع العام للجمهور.

ويثير التخصيص القانوني إشكاليات عملية تتعلق بمدى جواز زوال هذا التخصيص بنفس الطريقة أي بقانون آخر أو بقرار إداري استناداً إلى تفويض تشريعي، لكن ما استقر عليه الفقه والقضاء، أن المال العام لا يفقده صفته إلا إذا زال التخصيص بالطريقة التي تم بها اي من خلال التشريع بنفس الطريقة التي تم بها التخصيص أو وفقاً للإجراءات القانونية المقررة قانوناً بما يحقق التوازن الدقيق بين استقرار المراكز القانونية وتطور الاحتياجات العامة للمجتمع.

أما التخصيص للمنفعة العامة بالفعل، فيقصد به الحالة التي يتم فيها تخصيص عقار مملوك للدلة لأغراض المنفعة العامة بشكل عملي واقعي، دون أن يصدر بشأن هذا التخصيص نص تشريعي صريح أو قانون خاص ينص عليه مسبقاً، بل يستمد طابعه العام من الاستعمال الفعلي والمباشر من قِبل الجمهور أو الجهات الإدارية لتحقيق مصلحة عامة معتبرة.

يعتمد هذا النوع من التخصيص على عناصر واقعية وموضوعية تمنح العقار صفة المال العام (الدومين العام) حتى لو كان من أموال الخاصة (الدومين الخاص).

ويقوم التخصيص الفعلي على عنصرين هما: العنصر المادي، ويراد به الاستعمال الفعلي للعقار بشكل مستمر ومباشر في المرافق العامة أو لتلبية احتياجات الجمهور. والعنصر الثاني، اتجاه إرادة الإدارة صراحةً أو ضمناً لتخصيص المال للخدمة العامة، حتى وإن غاب السند التشريعي المباشر (القانون).

وغالبا ما يكون التخصيص الفعلي الى رغبة الادارة في معالجة واقعية لتلبية متطلبات ملحة للمجتمع، مع الالتزام بالضوابط القانونية العامة لحماية حقوق الأفراد.ويظهر التخصيص الفعلي في نشاطات ادارية متعددة نسوق لها هذين المثالين.

فالطرق العابرة للأراضي الخاصة عندما تستخدم الإدارة أو يسمح المالك بمرور الجمهور بشكل معتاد ومستمر عبر جزء من أرض خاصة لتشكيل طريق حيوي يربط بين الأحياء، فيتحول هذا الجزء فعلياً إلى مرفق عام للمرور رغم بقاء سند الملكية الأصلي وفي هذه الحالة اما ان يكون التخصيص بالفعل ورد على مال للدولة او على مال مملوك ملكية خاصة بموافقة المالك.

وكذلك تخصيص قطعة أرض مملوكة للدولة لإنشاء مدرسة أو مستشفى، فتنتقل من مجرد ملكية الدولة إلى الاستعمال الفعلي للمنفعة العامة، أما المال المملوك للأفراد، فلا تستطيع الإدارة تخصيصه تخصيصًا فعليًا

للمنفعة العامة بإرادتها وحدها، وإنما يجوز ذلك وفق إجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة وبالشروط والتعويض التي يقررها القانون.

وهذه النتيجة تمنع حدوث خلط بين مرحلتين، مرحلة تحديد ما اذا كانت هناك منفعة عامة من استعمال الطريق، ومرحلة تحديد ما اذا كان العقار قد اصبح قانونا من الاموال العامة، الاولى تتعلق بالواقع، اما الثانية فتتعلق بمركز قانوني يحتاج الى مصدر معتبر.

المبحث الثاني

الاستعمال الفعلي للعقار الخاص وقيمته القانونية

لا تنشأ المراكز القانونية بالأوضاع الفعلية، فالواقع لا يفترض تغييرا في المراكز القانونية الا في حالات ينص عليها المشرع ومنها أسباب كسب الملكية بالأسباب الواقعية، ولهذا يطرح السؤال فيما اذا كان الاستعمال الفعلي كطريق على عقار مملوك ملكية خاصة يحيله طريقا عاما.

المطلب الاول

الطبيعة القانونية للاستعمال الفعلي

يمثل استعمال الجمهور للعقار الخاص نقطة الالتقاء بين الواقع والقانون. فمن الناحية الواقعية يمكن اثبات ان الناس يستعملون ممرا معينا بصورة متكررة، وان المركبات تسلكه، وان السكان يعتمدون عليه في تنقلهم، لكن ثبوت هذه الوقائع لا يعني بالضرورة ثبوت الحق القانوني الذي يسمح بهذا الاستعمال او يغير صفة العقار.

الفرع الاول

الاستعمال الفعلي بوصفه واقعة مادية

الاستعمال الفعلي في ذاته واقعة مادية يمكن اثباتها بالمعاينة والخبرة وكافة وسائل الاثبات المقررة قانونا، ويمكن للمحكمة من خلاله ان تعرف ما اذا كان الطريق سالكا، ومن هم مستعملوه، وما مدى استمرار استعماله.

وتتحدد اهمية هذه الواقعة في قدرتها على كشف حقيقة الوضع القائم على الارض، فقد يكشف الاستعمال المستمر عن ان المكان يؤدي وظيفة طريق بصورة فعلية، وقد يكشف عن درجة ارتباط السكان به.

غير ان وصف الاستعمال بانه واقعة مادية لا يعني انه عديم الاثر القانوني مطلقا، فالقانون قد يرتب اثارا على الوقائع المادية متى توافرت شروطها، فالمسألة ليست في نفي القيمة القانونية للاستعمال مطلقا، وانما في تحديد نوع هذه القيمة وحدودها.

وهنا يجب التمييز بين القيمة الثبوتية للاستعمال والقيمة المنشئة للحق، فالاستعمال قد يكون دليلا على وجود منفعة عامة أو على حقيقة تخصيص قائم في حالة يقر فيها القانون بذلك، لكنه لا يصبح بالضرورة سببا منشئا لحق عيني او ناقلا لحق الملكية من الملكية الخاصة الى الملكية العامة أو جعله مخصصا للمنفعة العامة، فنقل الملكية الخاصة الى الملكية العامة له وسائلة المتعددة منها ما هو رضائي ومنها ما هو اجباري، لكن في سياق هذا الموضوع لا ينشئ الاستعمال الفعلي مركزا قانونيا او يغير وضعا قانونية تتحول فيه الملكية الخاصة الى ملكية عامة، والا كان هذا ترخيصا بالاعتداء على

الاملاك الخاصة يقود الى الاضطراب والفوضى، فالاستعمال الفعلي يظهر الحاجة الى التخصيص للمنفعة العامة باستملاك العقار او جزء منه اذا كان مملوكا ملكية خاصة أو تخصيصه بموجب قانون يصدر لهذا الغرض و تخصيصه من قبل الادارة فعليا.

لكن تخصيص عقار مملوك ملكية خاصة للمنفعة العامة لمجرد استعماله من قبل الجمهور دون اي اجراء اخر أمر يأباه القانون.

الفرع الثاني

الاستعمال الفعلي وقيمته في الاثبات

اذا ثبت ان الجمهور يستعمل الطريق باستمرار، فان ذلك يمكن ان يساعد المحكمة في تحديد وظيفته الفعلية، كما أن استمرار المرور وكثرة المنتفعين قد تكون قرائن على اهمية الطريق في حياة السكان.

لكن القرينة الواقعية لا ينبغي ان تتحول الى افتراض قانوني لا تسمح به قواعد القانون، فالمحكمة تستطيع ان تستخلص من الوقائع ما يؤدي الى تكوين قناعتها في المسائل الواقعية، لكنها عند ترتيب اثر يمس حق الملكية تظل مطالبة بتحديد النص أو السبب القانوني الذي يسمح بذلك.

وعلى هذا الاساس، يمكن الاستفادة من الاستعمال الفعلي في الاجابة عن اسئلة مثل، هل الطريق مستعمل فعلا؟ ما مدى شيوع استعماله؟ هل يؤدي وظيفة حقيقية؟ هل يمثل منفذا رئيسيا للسكان؟ اما السؤال عن اكتساب العقار الصفة العامة فيحتاج الى مستوى اخر من البحث يتعلق بالملكية والتخصيص والسند القانوني.

وينبغي التنويه، في هذا المقام، أن القضاء لا يملك تخصيص العقار للمنفعة العامة أو يقرر ان العقار يجب ان يخصص للمنفعة العامة الا في حالة واحدة فقط، وهي التحقق من شرط المنفعة العامة في حالة استملاك العقار، والقضاء هنا يتحقق من ادعاء جهة الادارة ان استملاك العقار يحقق المنفعة العامة لغرض إجابة طلب الاستملاك، فدور القضاء في هذه الحالة الوحيدة هو دور رقابي على ادعاء الادارة، أما أن يقرر ان عقارا مملوكا للدولة او الافراد هو للمنفعة العامة فهو اختصاص حصري للإدارة فيما يتعلق بالأموال المملوكة للدولة.

المطلب الثاني

الوقائع الدالة على الاستعمال العام للطريق

ان استعمال الطريق من المسائل الواقعية التي يمكن للأفراد ولجهات القضاء ادراكها بمختلف الوسائل، ونتناول استعمال الطريق واهمية الطريق واثر وجود طريق بديل.

الفرع الاول

سلوك الطريق

ان كون الطريق سالكا يمثل دليلا على وجود استعمال فعلي، ولذلك كان من المنطقي ان تطلب محكمة التمييز التحقق من هذه الواقعة بدلا من الاكتفاء بالوصف الوارد في تقرير الخبرة.

غير ان سلوك الطريق لا يتجاوز، في ذاته، اثبات وجود حركة مرور فعلية، ولا يترتب عليه بمجرده انتقال العقار الى نطاق الاموال العامة.

وسلوك الطريق تدل عليه اثار اقدام أو مركبات أو حوافر حيوانات، فالطريق يكون مرسوما بالحركة عليه مما يفيد

انه طريق سالك، لكن تبقى المسألة الاهم، فهل ثبوت سلوك الناس في الطريق واستعماله بأنفسهم او حيواناتهم او مركباتهم يمكن أن ينشئ او يغير مركزا قانونيا، وما يمثل وجود الطريق السالك بي الاملاك الخاصة للأفراد.

وفي الواقعة محل الحكم التمييزي، فان الطريق مملوك ملكية خاصة، واستعمال الناس للطريق يتضمن اباحة من المالك وهذه الاباحة تنتهي بمجرد اعلان المالك رغبته في منع الناس من استعمال الطريق، ولهذا لا جدوى من بحث هذه المسألة كما سنرى.

الفرع الثاني

اهمية الطريق وضرورته

اهمية الطريق وضرورته عنصران اكثر عمقا من مجرد ثبوت الاستعمال، لانهما يكشفان عن مقدار المنفعة التي يؤديها الطريق للجمهور، فقد يكون الطريق ثانويا ويمكن تجاوزه بسهولة، وقد يكون منفذا اساسيا تعتمد عليه مجموعة من السكان.

بيد أن الضرورة لا ينبغي ان تتحول الى وسيلة لأنشاء ملكية عامة، فاذا كان الطريق ضروريا بالفعل، فان ذلك قد يبرر للجهة المختصة اتخاذ الاجراءات القانونية اللازمة لتحقيق المنفعة العامة، لكنه لا يعني ان الحاجة ذاتها تحل محل تلك الاجراءات، فللإدارة أن تطلب استملاك العقار وجزء منه لغرض تخصيصه للمنفعة العامة بإحدى وسائل التخصيص للمنفعة العامة بعد ان أصبح العقار من أملاك الدولة.

الفرع الثالث

وجود طريق بديل

يمثل وجود طريق بديل واقعة مهمة في تقدير درجة الحاجة الى الطريق محل النزاع، فإذا كان البديل يؤدي الوظيفة نفسها بصورة مناسبة، فقد تنخفض اهمية الطريق محل النزاع، اما اذا لم يوجد بديل مناسب، فقد تكون الحاجة اليه اشد.

لكن هذا العنصر يظل مرتبطا بتقدير المنفعة والضرورة، ولا يتحول الى معيار مستقل لتحديد الملكية، فالطريق الخاص لا يصبح عاما لعدم وجود طريق بديل، كما ان الطريق العام لا يفقد بالضرورة صفته لمجرد وجود بديل.

وبذلك تكون العناصر الثلاثة التي ركز عليها الحكم - سلوك الطريق، واهميته وضرورته، ووجود البديل، عناصر مناسبة لاستكمال الصورة الواقعية، لكنها لا تكفي وحدها لحسم المصدر الذي يسبغ الصفة القانوني على الطريق الواقع في الاملاك الخاصة، فالقضاء، نقول مرة اخرى، لا يملك سلكة التخصيص للمنفعة العامة والا كان هذا تعديا على اختصاص الادارة.

الفصل الثاني

تحليل الحكم التمييزي وتقويمه في ضوء الاساس القانوني لصفة الطريق

بعد تحديد القواعد القانونية التي تحكم الطريق العام، يصبح من الممكن قراءة الحكم محل التعليق في ضوء التمييز بين الواقع والصفة القانونية. وتكمن اهمية الحكم في انه لم يكتف بالنتيجة الفنية التي توصل اليها الخبراء، بل

طلب استكمال التحقيق في حقيقة استعمال الطريق ومدى اهميته وضرورته.

المبحث الاول

الحكم التمييزي محل التعليق

ان مقتضيات تحليل الحكم القضائي في ضوء المعطيات التي الي عرضها ذلك الحكم يقتضى عرض المفاهيم النظرية، وتم هذا في الجزء الاول، لكن وضع المفاهيم النظرية موضع التطبيق على الحكم القضائي يتطلب عرض وقائع ذلك الحكم ومن ثم تحليله من الناحية القانونية.

المطلب الاول

وقائع الدعوى والحكم التمييزي

يصدر الحكم القضائي بناء على وقائع تعرض على القاضي يتم التحقق منها بوسائل الاثبات المناسبة، ثم يفصل في النزاع بحكم قضائي.

الفرع الاول

وقائع الدعوى

تتلخص وقائع الدعوى، كما عرضها الحكم التمييزي محل التعليق، في ان المدعين اقاموا دعواهم امام محكمة بداءة الكفل ضد مدير بلدية الكفل اضافة لوظيفته، مطالبين بمنع معارضته لهم في التصرف بالجزء محل النزاع وتسليمه اليهم خاليا من الشواغل، مع ما ترتب على ذلك من طلب التعويض.

واستند النزاع الى الخلاف حول الطبيعة القانونية لجزء من العقار تبلغ مساحته ٢٤,٤٦ مترا مربعا، اذ تمسك المدعون بحقهم في العقار، في حين قامت معارضة الجهة المدعى عليها على اساس استعمال الجزء محل النزاع طريقا عاما.

وبعد اجراء الخبرة، انتهى تقرير الخبراء السبعة الى اعتبار الجزء محل النزاع طريقا عاما ترابيا. وبناء على ذلك اصدرت محكمة بداءة الكفل حكمها بالعدد ٧٩/ب/٢٠٢٤ في ٢٠٢٥/١٢/٢٨ برد دعوى المدعين وتحميلهم الرسوم والمصاريف واتعاب المحاماة.

وطعن المدعون في الحكم استئنافا، فصدر حكم محكمة استئناف بابل بالعدد ٢٢٠/س/٢٠٢٦ في ٢٠٢٦/٣/٣١ بفسخ الحكم البدائي والحكم بالنتيجة بالزام المدعى عليه بعدم معارضة المدعين في التصرف بالجزء محل النزاع وتسليمه اليهم.

ثم عرض النزاع على محكمة التمييز الاتحادية، التي قبلت الطعنين شكلا، ورأت ان القضية تحتاج الى استكمال التحقيق في الوقائع المتصلة بحقيقة استعمال الطريق ومدى اهميته وضرورته، فأصدرت حكمها في الفقرة الاتية.

الفرع الثاني

الحكم التمييزي

الحكم الصادر من محكمة التمييز بالعدد: ٣٤٨٨/٣٤٨٧/ الهيئة الاستئنافية عقار/٢٠٢٦ في ٢٠٢٦/٥/٣١ والذي جاء في منطوقة وأسبابه على النحو الاتي ".... ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف لأحكام القانون وان المحكمة اصدرته قبل استكمال تحقيقاتها في الدعوى فقد اشار الخبراء السبعة والذين اتخذت المحكمة من تقريرهم والمرتسم سببا لحكمها اشاروا أن الجزء محل المعارضة طريق عام ترابي فكان

على المحكمة التحقق من ذلك وفيما اذا كان الطريق المذكور سالكا من عدمه واهمية استعماله وهل ان بقاءه ضروري من عدمه فان كان يقدم منفعة وخدمة عامة ولا يمكن غلقه وتسليمه الى المدعين- المميزين- المميز عليه متقابلا، فتكون دعوى منع المعارضة فاقدة لسندها القانوني، وبعكسه ان كان الطريق موجودا فقط دون ان يقدم خدمة عامة وليست له اهمية كبيرة ويمكن الاستغناء عنه لوجود طرق اخرى فتكون لدعوى المدعين سندها القانوني، وحيث أن المحكمة اصدرت حكمها المميز دون أن تراعي ذلك مما أخل بصحته فقرر نقضه ...."[٢]

المبحث الثاني

تقويم الحكم التمييزي في تحديد صفة الطريق

ان التحليل النقدي للحكم التمييزي يقتضي الوقوف على المعطيات التي استند اليها في بناء منطوقه، لنقف بعدها الى جدوى هذه المعطيات في تغيير الصفة القانونية للطريق.

المطلب الاول

مدى كفاية الوقائع التي طلبت محكمة التمييز التحقق منها

بني النقض التمييزي على جملة اسباب يجب علينا الوقوف عندها لبيان مدى كفايتها في بناء حكم يقوم على اسباب كافية.

الفرع الاول

قيمة سلوك الطريق

ان توجيه محكمة التمييز الى التحقق من كون الطريق سالكا يعكس اهتماما بالواقع الفعلي بدلا من الركون الى الوصف المجرد الوارد في تقرير الخبرة، وهذا من ناحية العمل القضائي امر في غاية الأهمية، لان المحكمة تحتاج الى معرفة ما اذا كان الطريق يؤدي فعلا الوظيفة التي نسبت اليه.

لكن ما قيمة هذا السبب من اسباب النقض في ميزان القانون وهل له اثر في تغيير وجه الراي في الدعوى؟

ان ثبوت كون الطريق سالكا يفيد ان الطريق مستعملا، ويفيد الاستعمال الواقعي للممر بصفته طريقا لأهل المنطقة أو القرية، كما يفيد ان القضاء يتحرى الوقائع الفعلية وليس الوقائع التي يمكن افتراضها افتراضا، لكن أيا كانت نتيجة التوجيه التمييزي، فهل يؤثر على نتيجة الدعوى؟

ان منطق الحكم التمييزي يشير الى افتراضين: الاول، ان كون الطريق عاما يقتضي رد الدعوى والثاني انه ليس مستخدما فعلا وغير مهم وله بديل فانه يجب الحكم لصالح المدعين (ملاك العقار)

لكن أيا كانت نتيجة التحقيقات التي طلبتها المحكمة فان مثل هذه التحقيقات غير منتجة فيها، وليس من شأنها أن تغير وجه الرأي فيها لسبب بسيط أن الطريق يقع في عقار مملوك ملكية خاصة وتنتفي عنه، بالنتيجة، صفة الطريق العام، فالطريق سواء كان سالكا أو غير سالك

٢ الحكم غير منشور.

ليس من شأنه أن يغير وصف الطريق الى طريق عام، ولا يفهم سكوت مالك العقار عن استعمال الطريق الا على سبيل الاباحة التي تزول بمجرد معارضته لهذا المرور، فنحن أمام ملكية خاصة محمية بموجب القانون ولا يجوز احتوائها او تقييدها الا بمقتضى القانون ولقاء تعويض عادل.

الفرع الثاني

قيمة اهمية الطريق وضرورته

ترتبط اهمية الطريق وضرورته بفكرة المنفعة العامة، فالطريق الذي يعتمد عليه السكان في تنقلهم بصورة اساسية يختلف من حيث اثره الاجتماعي عن ممر يستعمل بصورة محدودة.

لكن اهمية الطريق لا ينبغي ان تختلط بملكيته او ثقله بحق للجمهور في المرور، فالضرورة تكشف عن الحاجة الى الخدمة التي يؤديها الطريق، ولا تجيب وحدها عن السؤال المتعلق بالحق في الارض التي يقوم عليها.

وهنا يظهر الحد الفاصل بين تقدير المنفعة العامة وتحديد الصفة العامة، فاذا اثبتت المحكمة ان الطريق ضروري للسكان، تكون قد اقتربت من اثبات وجود مصلحة عامة في بقائه، لكنها لم تثبت بالضرورة ان الجزء الخاص من العقار اصبح مالا عاما.

ومثل هذه الموقف الذي يؤسس منطوق الحكم القضائي على اهمية الطريق، موقف واهن لا يمكن الركون اليه، فالطريق العام هو الطريق المخصص للمنفعة العامة وايضا الطريق (وهذا امر في غاية الاهمية) ان يقع في عقار مملوك للدولة او احد الاشخاص المعنوية العامة، وبهذه الجزئية، فان الطريق ان كان مهما او ضروريا لأهل البلدة أو القرية لا يقو على تغيير صفة الطريق وجعله طريقا عاما، لان العقار الذي يوجد فيه عقار مملوك ملكية خاصة، وهي ملكية محمية دستوريا وقانونيا ولا يجوز نزعها او تقييدها سواء للمصلحة الخاصة أو المصلحة العامة الا بالطرق التي حددها القانون ولقاء تعويض عادل، لكن هذه المعطيات القانونية تجاهلها الحكم التمييزي ليخلص الى ان الطريق اذا كان مهما وضروريا يكون طريقا عاما، والحكم القضائي وأن لم يشر الى هذا بشكل صريح الا ان مآل موقفه يؤدي الى هذا، وهذا يخالف بديهيات القانون، فمهما كان الطريق ضروريا ومهما، فان أهميته وضرورته لا تحيل وصفه القانوني الى وصف قانوني مغاير فلا تثقله بحق انتفاع للجمهور ولا تحيل ملكيته الى الدولة، ومع كل اهمية الطريق وضرورته يبقى الطريق خاصا والعقار الذي يوجد عليه عقارا خاصا ولا يتحول الى طريق عام، لان القول بالصفة العامة للطريق في مثل هذا الفرض يوجب علينا اطلاق وصف مرتبك وهو انه طريق عام على عقار خاص.

الفرع الثالث

قيمة وجود طريق بديل

ان بحث الطريق البديل له قيمة واضحة في تقدير مدى الضرورة، فاذا كان هناك طريق اخر يؤدي الغرض ذاته، فقد تكون الحاجة الى الطريق محل النزاع اقل أهمية، اما اذا لم يوجد بديل، فقد يكون اغلاقه مؤثرا بصورة اكبر في مصالح الجمهور.

غير ان هذه النتيجة لا تمتد الى اصل الملكية، فالطريق البديل يؤثر في تقدير الضرورة، لكنه لا ينشئ ملكية

عامة، ومن ثم فان اعتماده معيارا في البحث الواقعي امر مفهوم، اما اعتباره عنصرا منشئا للصفة العامة فيحتاج الى سند قانوني معتبر في ضوء التنظيم القانوني للملكية الخاصة.

وكل ما قيل في الفرع السالف بشأن نقد معيار اهمية الطريق وضرورته ينطبق في هذا المحل، فسواء كان هناك بدائل للطريق او لو تكن له بدائل، فالبدائل لا تنقل العقار الى وصف قانوني جديد، فعدم وجود البديل يعني ان الطريق مهم وضروري، لكن، مرة اخرى نقول، لمن لا يغير من حقيقة المركز القانوني للعقار، فالضرورات حتى لو كانت واقعية لا ترتب احكاما قانونية الا في روف معينة، لكنها لا تقدر على جعل الطريق عاما.

المطلب الثاني

مدى تأثير الاستعمال الفعلي في صفة الجزء المتنازع عليه

لا يعدم النظام القانوني في العراق، كما في غيره من الانظمة القانونية انشاء حقوق أو مراكز قانونية يفرضها الواقع الفعلي، لكن انشاء طريق العام ليس من بين هذه الحالات.

الفرع الاول

الاستعمال الفعلي بين الاثبات والانشاء

تكمن القيمة الحقيقية للاستعمال الفعلي في الحكم محل التعليق في قدرته على الكشف عن حقيقة الوضع القائم، فهو يمكن المحكمة من معرفة ما اذا كان المكان طريقا في الواقع، وما اذا كان الجمهور ينتفع به، ومدى استقرار هذا الانتفاع.

لكن يجب التمييز بين ان يكون الاستعمال دليلا على واقع معين، وبين ان يكون مصدرا لحق جديد، فالاستعمال قد يثبت وجود منفعة عامة، لكنه لا يعني بذاته انتقال الملكية.

وهذه التفرقة على قدر كبير من الاهمية، لان الدعوى تدور حول جزء من عقار مملوك ملكية خاصة، فكلما كان الاثر المراد ترتيبه يمس حقا عينيا ثابتا، ازدادت الحاجة الى تحديد السند القانوني والالية القانونية التي تسمح بهذا الاثر أو ترتب وجوده.

لكن لا ينبغي، ان نفهم مما تقدم أن الاستعمال الفعلي عديم القيمة، كما لا ينبغي منحه قيمة انشائية مطلقة، والصحيح وضعه في موقعه القانوني الدقيق، فالاستعمال يمثل واقعة تثبت ان هناك حاجة عامة للطريق لاستعماله من قبل اهل قرية او قصبة او محلة مما يتيح للسلطات الادارية اتخاذ الاجراءات القانونية الضرورية لإنشاء طريق يحقق المصلحة العامة، باستملاك ذلك الجزء من العقار المملوك ملكية خاصة وتخصيص هذا الجزء للمنفعة العامة او تشييد طريق منظم لخدمة اهالي المنطقة.

الفرع الثاني

حدود الاعتداد بالمنفعة العامة

ربط الحكم بين تقديم الطريق خدمة ومنفعة عامة وبين عدم جواز غلقه في بعض الفروض. وهذا الربط مفهوم من الناحية الوظيفية، لان الطريق الذي يخدم الجمهور بصورة جوهرية قد تكون له اهمية عامة تستدعي بقاءه. لكن المنفعة العامة لا تكفي بذاتها لنقل الملكية، فالدستور العراقي يجعل المنفعة العامة سببا لنزع الملكية

بشرط ان يكون ذلك مقابل تعويض عادل وفقا للقانون.

ومن ثم فان وجود المنفعة العامة يفتح المجال امام استعمال الوسيلة القانونية التي نظمها المشرع، ولا يلغي تلك الوسيلة. وهذه نقطة جوهرية في موضوع البحث، فالمنفعة العامة تبرر التدخل القانوني في الملكية عند توافر شروطه، لكن الاستعمال ذاته ليس بديلا عن اتخاذ الاجراءات القانونية الصحيحة، فالاستعمال يبين وجود منفعة عامة، لكن هذا الاستعمال مهما طالت مدته ومهما كانت ضرورة الطرق لا تكفي بذاتها لتحويل الطريق الى طريق عام، وانما لا بد من اجراءات اخرى وضعها القانون بيد السلطات الادارية لتحويل هذا الطريق من طريق خاص الى طريق عام.

وقد نظم قانون الاستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ استملاك العقارات والحقوق العينية الاصلية من قبل دوائر الدولة والجهات التي يشملها القانون تحقيقا لأغراضها ومشاريعها، ووضع في الوقت نفسه قواعد للتعويض عن العقارات المستملكة.

وبذلك لا يكون الطريق القانوني الى تحقيق المصلحة العامة هو افتراض زوال الملكية بسبب الاستعمال، وانما اتخاذ الاجراء الذي قرره القانون متى توافرت شروطه.

الفرع الثالث

ملكية العقار الخاصة وحدود قضاء محكمة التمييز

تتمثل النقطة الاكثر اهمية في الحكم في ان الجزء المتنازع عليه يقع ضمن عقار يدعي المدعون ملكيته الخاصة، وهذه الحقيقة تجعل البحث في الملكية سابقة منطقيا على البحث في مدى حاجة الجمهور الى الطريق.

فاذا ثبتت الملكية الخاصة، ينبغي أن يطرح السؤال أولا عن مصدر الحق الذي تستند اليه الجهة العامة في منع المالك من التصرف في الجزء محل النزاع، فهل انتقلت الملكية اليها؟ هل تم استملاك هذا الجزء من العقار الذي يشغله الطريق ؟ هل يوجد سند قانوني اخر يقرر حقا عينيا او قيدا قانونيا على العقار؟ ام ان اساس المعارضة لا يتجاوز واقع استعمال الجمهور للمكان؟

وهذه الاسئلة اكثر اتصالا بجوهر النزاع من مجرد التحقق من كون الطريق سالكا.

فلو انتهت محكمة الموضوع، بعد تنفيذ توجيه محكمة التمييز، الى ان الطريق مستخدم بصورة واسعة، وانه ضروري للسكان، وانه لا يوجد طريق بديل مناسب، فان هذه النتيجة تثبت درجة مهمة من المنفعة العامة، لكنها لا تنقل الطريق من نطاق الملكية الخاصة الى الملكية العامة ولا تثقل الطريق بحق انتفاع عام للجمهور، فحق الملكية حق محترم ولا نقول حقا مقدسا لا يجوز انتزاعه او تقييده الا في الاحوال التي يجيز فيها القانون انتزاعه او تقييده، وفي كل من حالتي النزع او التقييد لا بد من تعويض المالك تعويضا عادلا.

وهنا تبرز اهمية المادة (٢٣) من الدستور والمادة (١٠٥٠) من القانون المدني التي جعلت نزع الملكية مرتبطا بالمنفعة العامة والتعويض العادل. كما ان قانون الاستملاك رقم (١٢) لسنة ١٩٨١ وضع الاجراءات اللازمة لاستملاك العقارات والحقوق العينية.

ومن ثم، فان الحاجة الى الطريق لا ينبغي ان تتحول الى وسيلة غير مباشرة لانتزاع الملكية دون اتباع الاجراء القانوني، والا اصبح الواقع المادي (لوحده) قادرا على انشاء قيد على الملكية يفوق ما قرره القانون.

ويفهم من التوجه التمييزي لمحكمة الاستئناف ضربا لكل هذه الاسس والمفاهيم القانونية المستقرة، لأنه يفترض أن التحقيقات المطلوب استكمالها تترتب عليها نتائج معينة، لكن هذا التحقيقات التي تتمحور حول ثلاث مسائل: هي هل هناك استعمال للطريق وهل ان الطريق له ضرورة واهمية للناس وهل توجد بدائل لهذا الطريق، وأيا كانت نتيجة التحقيقات فإنها لا تغير من الوضع القانوني للطريق اذ يبقى انه طريق مشيد على عقار مملوك ملكية خاصة، ومن ثم فان التحقيقات المطلوبة غير ذات جدوى في بناء حكم قانوني رصين عليها، بل ان دفع منطق محكمة التمييز يحيل الامر الى وضع قانون شاذ، فالعقار يبقى مملوكا ملكية خاصة لا يستطيع مالكه رفع التجاوز عليه أو الزام الدائرة البلدية من معارضته في الانتفاع بملكه، فتصبح ملكية العقار قانونيا لمالكه (المدعي) لكن منافه هذا العقار من استعمال واستغلال وتصرف ليست له، فلا يبقى لحق الملكية أي معنى.

الخاتمة

يتضح من تحليل الحكم محل التعليق ان الاشكال الحقيقي لا يكمن في اثبات استعمال الجمهور للطريق، ولا في تحديد مدى حاجتهم اليه، وانما في تحديد الاثر الذي يمكن ان تنتجه هذه الوقائع على المركز القانوني لعقار مملوك ملكية خاصة.

فالقانون المدني العراقي اقام مفهوم المال العام على اقتران الملكية للدولة او للأشخاص المعنوية بالتخصيص للمنفعة العامة، بينما قرر الدستور والقانون المدني حماية الملكية الخاصة وعدم نزعها الا للمنفعة العامة وبمقابل تعويض عادل، كما نظم قانون الاستملاك الوسيلة التي يمكن من خلالها اخضاع العقار الخاص لمقتضيات المصلحة العامة في الحالات التي تتوافر فيها شروطه.

وعليه، فان الاستعمال الفعلي للطريق لا ينبغي ان يهمل، لكنه في الوقت نفسه لا ينبغي ان يمنح اثرا يتجاوز ما يسمح به القانون، فالاستعمال يكشف عن الواقع، والضرورة تكشف عن درجة المنفعة، والطريق البديل يكشف عن مدى الحاجة، اما القول ان الطريق عام، فانه يحتاج الى الية قانونية تحول بموجبه الملكية الخاصة الى ملكية عامة بالإضافة الى السند القانوني الذي يثبت ان هذه الملكية صارت ملكية عامة.

وتبقى النقطة الاكثر اهمية هي ان المنفعة العامة لا تساوي الصفة العامة للعقا ر. فقد يكون العقار الخاص محققا لمنفعة عامة، وقد يكون في استعمال الجمهور له ثابتا ومستقرا، ولكن هذا لا يغني عن وجود الاساس القانوني الذي يسمح بتغيير مركزه، فالمنفعة العامة قد تبرر اتخاذ اجراء الاستملاك، لكنها لا تستبدل به، ويمكن مقاربة هذا الوضع ببعض الاملاك الخاصة التي تحقق منفعة عامة فتبقى مملوكة ملكية خاصة كالمستشفيات الخاصة والمدارس والجامعات الخاصة لكنها لا توصف بانها مستشفيات عامة ولا مدارس خاصة بل تؤدي خدماتها بمقابل وليس بالمجان.

كما ان طول مدة الاستعمال لا يغير هذه النتيجة لوحده، فاستقرار الواقع الاجتماعي شيء، واكتساب الحق العيني شيء اخر، ولا ينبغي ان يؤدي مرور الزمن الى افتراض انتقال الملكية الخاصة الى الدولة او البلدية ما لم يقرر القانون لهذا الاستعمال ذلك الاثر، ويمكن تلخيص جوهر الموقف في هذه المسالة على النحو الاتي: ان الاستعمال الفعلي للعقار الخاص طريقا من قبل الجمهور يمكن ان يكون عنصر اثبات على وظيفة الطريق ومدى المنفعة العامة التي يؤديها، لكنه لا يكفي بذاته لإضفاء الصفة العامة على العقار أو لتجريد مالكه من سلطاته عليه، ما لم يقترن بسبب قانوني معتبر يبرر خضوع العقار لنظام المنفعة العامة وفقا للقواعد المقررة في التشريع العراقي.

إقرار تضارب المصالح
يُقر المؤلف بعدم وجود أي تضارب محتمل في المصالح فيما يتعلق بالبحث أو التأليف أو نشر هذا المقال.

التمويل
لم يتلقَ المؤلف أي دعم مالي لإجراء هذا البحث أو تأليفه أو نشره.

البيان الأخلاقي
هذا البحث يتوافق مع المعايير الأخلاقية لإجراء الدراسات العلمية. وقد تم الحصول على موافقة خطية من جميع المشاركين الأفراد المشمولين في الدراسة.

بيان توفر البيانات
البيانات متاحة عند الطلب من المؤلف المراسل.

الشكر والتقدير
لا يوجد شكر وتقدير أفصح به الباحث