

النظام القانوني لإدارة أملاك الدولة الخاصة (دراسة مقارنة)

إعداد

م.م. علي عبد العباس نعيم
كلية القانون / جامعة البصرة

مجلة دراسات البصرة

دراسات قانونية

مجلة علمية محكمة نصف سنوية تصدر عن مركز دراسات البصرة و الخليج العربي

ملحق العدد الخامس والعشرون السنة الثانية عشرة ٢٠١٧

ملخص

يهدف البحث الى محاولة رسم حد فاصل بين الاملاك العامة والخاصة العائدة للادارة نظراً للخلط الكبير بينهما , كما يحاول البحث ان يُبين الاوضاع التي تملك الادارة العامة تعظيم إيراداتها من أملاكها الخاصة , ببيعها او تأجيرها او اتاحة استعمالها للأفراد بعقود او قرارات ادارية (تراخيص) لقاء مقابل تنافسي كما متعارف عليه بين افراد القانون الخاص , كما لايقف البحث عند هذا الحد بل يتخطاه ليعرّفنا على آخر التطورات القانونية في بلاد القانون المقارن وتحديداً (فرنسا) وكيف ميّزت بين نوعي الاملاك وكيف اتاحت امام الافراد- كشاغلين للاملاك الخاصة - وسيلة الانتقال من تلك الاملاك , وخلص البحث الى جملة استنتاجات كان اهمها ضرورة اعادة بناء نظرية لتعظيم القيمة الاقتصادية للاملاك الخاصة وتجاوز سلبيات القانون الراهن "قانون بيع وايجار اموال الدولة رقم ٢١ لسنة ٢٠١٣ المعدل " بالاستفادة من التجربة الفرنسية في هذا الصدد .

المقدمة

تملك الادارة العامة الكثير من الاموال تحت حيازتها , ولكنها لا تخضع لاحكام قانونية متماثلة , فمنها ماتملكه ملكية عامة لاغراض النفع العام فحسب ويسمى بالاملاك العامة (الدومين العام) , ومنها ماتعول عليه الادارة في جني ايراداته وحاصلاته وتملكه ملكية "خاصة" على غرار اشخاص القانون الخاص ويسمى الاملاك الخاصة وهو ما سيكون مداراً لبحثنا .

أولاً// التعريف بالموضوع

لكي تقوم الادارة بتثمين املاكها الخاصة لابد من إطار قانوني لهذا "التثمين " والمتمثل بقانون بيع وإيجار اموال الدولة رقم (٢١) لسنة ٢٠١٣ المعدل الذي يكون بحسب الاصل مُكرّساً لإتاحة استعمال الافراد وتصرفهم باملاك الادارة على نحو ماهو سائد بين اشخاص القانون الخاص دون ان يكون رائدها الاساس هو تحقيق "الخير العام " للجماعة وان كان هذا الهدف لا يغيب عن جُل تصرفاتها الا انه هدف متوارٍ خلف مصلحة مسبقة هي تعظيم القيمة الاقتصادية لاملاكها الخاصة والحصول على مقابل مالي من وراء اتاحة تلك الاملاك للبيع او الاستعمال او الاستغلال .

ثانياً // مشكلة البحث

ان المطالع على دراسات القانون العام وتحديداً القانون الاداري والدستوري والقانون المالي, يجد غياباً واضحاً لكتابات وآراء هذا الفقه حول الاملاك الخاصة المملوكة للادارة على خلاف الابحاث التي كُتبت بغزارة حول الاملاك العامة سواءا من جهة تحديدها او تحديد مالکها او صور حمايتها فلم تلق الاملاك الخاصة المملوكة للادارة عين الرعاية والاهتمام من لدن الباحثين , رغم اكتظاظ المحاكم

بدعاوى تنازع الادارة العامة حول املاكها الخاصة , والعنصر الثاني من مشكلة البحث هو "انعدام" نظرية تسود القانون العراقي حول تحديد المنطقة الرمادية ان صح التعبير بين املاكها العامة والخاصة واخيراً الوهن التشريعي الذي انتاب تنظيم قانون بيع وايجار اموال الدولة رقم ٢١ لسنة ٢٠١٣ المعدل بحسبانه الاطار التشريعي المنظم لتصرف الادارة باملاكها الخاصة.

ثالثاً // هدف البحث

يستهدف البحث ترسية نظرية عامة لاملاك الدولة الخاصة من خلال اصلاح قانون بيع وايجار اموال الدولة الراهن ومن ثم رسم تنظيم قانوني واضح ومجدٍ لتنظيم استغلالها إستغلالاً اقتصادياً رشيداً ومدراً لعائد مالي لصالح الخزانة العامة

رابعاً // منهجية البحث

انصبت منهجية البحث على الإستعانة بالمنهج المقارن كون الدراسة شملت نظامين قانونيين مختلفين , النظام القانوني العراقي والفرنسي , كم لم تقف الدراسة عند حد المقارنة فحسب بل عمدت للاستعانة بالمنهج التحليلي للوقوف على ابرز نظريات وآراء الفكر القانوني في كلا النظامين القانونيين محل الدراسة

خامساً // هيكلية البحث

نزولاً عند مقتضيات مشكلة البحث ولتغطية مختلف زوايا الفرضية سنقسم البحث على مبحثين نتناول في المبحث الاول منها مفهوم املاك الدولة الخاصة وتمييزها من املاكها العامة وهو بدوره سينقسم الى اربعة مطالب

اما **المبحث الثاني** فسيكون مكرّساً لتوضيح الاجراءات القانونية لإدارة املاك الدولة الخاصة (بيع وايجار املاك الدولة) الذي سيتوزع الكلام فيه على مطلبين

المبحث الأول

مفهوم الاملاك الخاصة

تمتلك الدولة نوعين من الاموال , عامة^(١) وخاصة, الاولى ما كانت مخصصة لانتفاع الافراد بشكل مباشر , بشكل مجاني او شبه مجاني (مقابل رسوم او اثمان عامة رمزية) وتجسد دور الدولة الريعي تجاه افرادها , وتلك, احتلت النصيب الاوفر من دراسات الفقهاء والباحثين . اما الثانية (اموال الدولة الخاصة)^(٢) فهي اموال الدولة التي تمتلكها والتي تحكم بنظام قانوني شبيه لنظام ملكية الافراد الطبيعيين وتلك الاموال لم تلقَ ماتستحقه من دراسة وتنقيب لا في نظامها القانوني ولا في طبيعتها وحدودها , وقبل ان تُسلط الضوء على خفوت شُعلة ذلك الشطر الثاني من الاموال المملوكة للإدارة العامة^(٣) , لابد من الاشارة الى ان اغلب قوانين الدول العربية ومنها القانون العراقي, اعتنقت,

(١) درج الفقه القانوني العربي وتبعه الفقه العراقي , على استعمال مصطلح "الدومين العام" للإشارة لأموال الدولة العامة , والحقيقة ان تلك التسمية ماهي الا نقل حرفي نطقاً ومعنى, للكلمة الفرنسية "le Domaine publique" وهذا ما لانحيد الاخذ به وتقليده , مادام هناك مايقابلها في اللغة القانونية العربية التخصصية , لذا وإزاء ماتقدم, فاننا سنهجر استعمال مصطلح " الدومين العام "في كافة ارجاء هذا البحث ., لتفاصيل اوفى حول الاصطلاحات الفرنسية في مجال القانون , يوسف شلالة, المعجم العملي للمصطلحات القانونية والتجارية والمالية, منشأة المعارف, الإسكندرية د.ت, ص ٣٣٨

(٢) كما شاع بنفس السياق استعمال المصطلح الفرنسي "le Domaine privé" لدى الفقه القانوني العربي والعراقي, للدلالة على اموال الدولة الخاصة , ولنفس الاسباب التي ذكرناها بمناسبة تسمية اموال الدولة العامة , سنهجر تسمية " الدومين الخاص" .

(٣) الحق ان الاموال العامة والخاصة هي وسائل الادارة العامة "المادية" التي تُعَيَّنُها على النهوض بواجباتها تجاه حاجات الافراد المُتجددة , لذا نجد ان إلصاق ملكية تلك الاموال بشقيها, بالدولة أمر محل نظر , فالدولة مصطلح يوقع في التداخل وله, معنيان لايمكن ان تكون الادارة العامة منهما , وانما جزء من احدهما فقط.

مذهب القانون المدني civil law^(٤) الذي انتقل اليّنا من القانون الروماني عبر القانون المدني الفرنسي (code de droit civile française) وتلك الحقيقة تفرض على من يبحث في احكام ونظريات القانون المنبثقة عن تلك " المرجعيات القانونية" ان يعود لبحث المبدأ, بداية في تلك الجذور (اي القانون الفرنسي) باعتباره مصدر اساسي للقانون المدني العراقي الذي تُظَم احكام املاك الدولة بشقيها العامة والخاصة , ومن ثم نقوم بمعالجة احكام تفرقة تلك الاموال وفقاً للقانون العراقي . لذا نجد لزاماً علينا لغرض معالجة التفرقة بين هذين النوعين من الاملاك المشكّلة لجزء مهم من ذمة الدولة المالية , ان نقسيم المبحث الذي نحن بصدد الكلام حوله الى اربعة مطالب :

المطلب الاول

إنعدام التفرقة بين الأملاك العامة والخاصة

يشهد التاريخ القانوني والسياسي لفرنسا اختلاط ملكية الملك بملكية الدولة فلم تقم ادنى قرينة تؤيد إنفصال الملكيتين في العهد الملكي الذي كان سائداً في فرنسا وكل ما كان معروفاً آنذاك هو أملاك التاج "الدومين الملكي او دومين التاج" وقد خضعت هذه الاموال تدريجياً لنظام قانوني خاص كان وليد العرف والسياسة , وكانت املاك التاج تشتمل على حقوق معنوية Droits corporels وحقوق ذات طابع ضريبي droits fiscaux واموال "مادية" biens matériels , اذ لم يكن للملك ذمة مالية

(٤) سادت العالم نُظم قانونية او "عوائل قانونية" تميّزت كل منها بصفات وخصائص مختلفة ساهمت في تشكيل هويتها , فبينما اخذت اغلب قوانين الدول العربية بنظام القانون المدني le droit civil المنتقل اليّنا من القانون المدني الفرنسي , اختارت بعض الدول الاخرى نظام القانون الانكلي امريكي في تنظيم المعاملات المتعلقة بالملكية العقارية والعقود والمسؤولية العقدية والتقصيرية, وهو ما يصطلح عليه (the common law) لتفاصيل اكثر , د. عبد السلام الترماني, القانون المقارن والمناهج القانونية الكبرى المعاصرة, مطبوعات جامعة الكويت, ١٩٨٠, ص ٩٤-٩٧, ومن ص ١٣١-١٤١

مستقلة عن املاك الدولة , ومازاد في تجسيد هذه الوحدة هو صدور العديد من الاوامر والمراسيم ^(٥) التي شكّلت الإطار لهذا الوضع القانوني المستتب , واسبغت على تلك الاملاك صفة رسمية وستاراً رسمياً للملوك ؛للتصرف بها كما يشاؤون ؛ مما حدا ببعض الفقهاء الفرنسيين ان يُطلق على تلك الحقبة "بالنظرية الرسمية في أملاك التاج" ^٦

هذا , ورغم ماتقدم من إجماع على "تكتل" تلك الاموال في بوتقة واحدة (املاك التاج) الا ان ذلك الواقع لم يُثْنِ البعض من الفقهاء عن إنكار النظرية الرسمية لأملاك التاج ومحاولة الإلتفاف عليها , بإبتداع تفسير جديد لمفهوم تلك الأملاك مُسترشدين بالقانون الروماني ومأحواؤه من تقسيم للأشياء الى اشياء عامة , وأملاك التاج ؛ اذ وفقاً لرأيهم يكون للملك على النوع الاول من تلك الاموال حق إدارة وإشراف فحسب, دون ان يكون له ذات الحق في ملكيتها على غرار الفئة الثانية (أملاك التاج) من تلك الاموال ^٧. ولعل كان قصد هؤلاء الفقهاء هو الحد من سوء ادارة الملوك لأموال التاج اذ اسرف الملوك في فرض التكاليف المالية العامة على الافراد المنتفعين من املاك التاج , هذا ما حدا ببعض الفقهاء الفرنسيين ان يُطلق على هذا الاتجاه الفقهي "بالنظرية الفقهية" تمييزاً منهم عن الإتجاه السائد في تفسير ملكية أملاك التاج (النظرية الرسمية) ^٨

(٥) غيوم دو لالوا, هل يجب الغاء مبدأ عدم قابلية التصرف بالأملاك العامة ؟, بحث منشور, مجلة القانون العام وعلم السياسة, ع ٣, المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع, بيروت, ٢٠٠٦, ص ٥٨٩

(٦) إبراهيم عبد العزيز شيجا, الوسيط في أموال الدولة العامة والخاصة, دار المطبوعات الجامعية, الإسكندرية ١٩٩٥, ص ١٨-١٩

(٧) نوفل علي الصفو, التعريف باموال الدولة العامة, بحث منشور, مجلد ١, السنة ٩, العدد ٢٠, مجلة الرافدين للحقوق, كلية الحقوق, جامعة الموصل, ٢٠٠٤, ص ١٢٢. ميساوي حنان, التمييز بين املاك الدولة (الدومين العام, الدومين الخاص), رسالة ماجستير, كلية الحقوق, جامعة ابي بكر بلقايد, الجزائر, ٢٠٠٥, ص ٩

(٨) إبراهيم عبد العزيز شيجا, مصدر سابق, ص ٢٤

المطلب الثاني

الاتجاهات الموسّعة لمفهوم الأملاك الخاصة

بعد ان خفت توهج النظرية الرسمية في املاك التاج، لابل اندثار الاتجاهات الفقهية التي نادت بوحدها ، بزغت الى النور اتجاهات فقهية جديدة ^٩ اخذت على عاتقها تفسير التشريعات وتوطيد التعريفات لفئات مغايرة من "أملاك التاج" التي تحولت (اي املاك التاج) ^{١٠} الى املاك الدولة، وصدور العديد من القوانين والأوامر والمراسيم التي كان ابرزها التقنين المدني الفرنسي *code civile française* التي أوحت للفقهاء بواقعية هذا التوزيع الجديد لاموالها ، ولكن رغم ماتقدم فقد دب الخلاف والسجال عميقاً بين الفقهاء حول اي الفئة من الاموال تُعدُّ أملاكاً عامة ، وائاً منها تعد أملاكاً خاصة ؟ وكان منبع هذا السجال هو اختلافهم في تفسير نصوص القانون المدني الفرنسي الذي المَح الى تلك التفرقة في موطنين

الفرع الأول: معيار عدم القابلية للتملك العام

اولاً: مدرسة الفقيه "برودون"

إستناداً لهذا المعيار الذي تزعمه "برودون" ان المال يعد مُلكاً عاماً للدولة متى ما كان غير

قابل للتملك الخاص من جهة الأفراد ويعزو "برودون" عدم القابلية للتملك الفردي لتلك الاموال

(٩) محمد فاروق عبد الحميد، المركز القانوني للمال العام ط ١ ، مطبعة خطاب، القاهرة، ١٩٨٣ ، ص ٢١-٢٢

(١٠) احمد طلال عبد الحميد، النظام القانوني لاموال الدولة الخاصة، ط ١، موسوعة القوانين العراقية، صباح صادق جعفر، بغداد،

٢٠٠٨ ، ص ٣٧

لسببين^{١١}، الأولى طبيعة تلك الأموال التي تأبى التملك الفردي ، وثانيها هو تخصيصها للاستعمال العام من الأفراد (الكافة)^{١٢}

ثانياً: مدرسة الفقيه "ديكروك"

ساير الفقيه "ديكروك" سابقة "برودون" في ان المعيار المميز لأملاك الدولة الخاصة هو ان الأموال التي تقبل التملك الخاص نظراً بفتقادها خصائص الملك العام ، وتلك الخصائص تتجسد بطبيعة المال ذاته، التي تأبى طبيعتها التملك الخاص ، وغض "ديكروك" النظر عن طبيعة الاستعمال المرصود له^(١٣) الملك العام ، وبالتالي هو بحث في طبيعة الشيء ذاته صارفاً النظر عن طبيعة استعماله

الفرع الثاني/مُكنة استخدام المالك لسلطة الضبط الإداري

نادى بهذا الرأي الفقيه الفرنسي "آلبير"^{١٤} بمناسبة عرض احد الدعاوى امام انظاره لدى مجلس الدولة، وخلص "آلبير" الى ان الملك الخاص للإدارة يكون حينما تتعدم سلطة الضبط الإداري حياله، وبالتالي لايمكنها استخدام سلطات الضبط الإداري المتبوعة بإيقاع العقوبات الجنائية^{١٥}

(١١) المصدر السابق نفسه، ص ٤٠-٤١

(١٢) محمد سعيد فرهود، النظام القانوني للأموال العامة في النظام القانوني السوري، بحث منشور، مجلة الحقوق، ع ٣، ص

١٧، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ١٩٩٣، ص ٢٦٢

(١٣) بومزير باديس، النظام القانوني للأموال العامة في التشريع الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري -

قسنطينة، ٢٠١٢، ص ١٨

(١٤) محمد فاروق عبد الحميد، مصدر سابق، ص ٢٥

(١٥) المصدر السابق نفسه، ص ٢٥

الفرع الثالث: معيار إرادة المشرع

كان زعيم تلك النظرية هو الفقيه "جانس" وكان مُنتقداً بشدة سابقه ممن ميزوا بين نوعي املاك الدولة على اساس معايير يبتكرونها , وهو يقترح بدلاً من ذلك الرجوع لإرادة المشرع في كل حالة على حده لمعرفة طبيعة المال موضوع المنازعة, وهو لا يقيصر صفة المال الخاص على التصريح فحسب, وإنما يمدّه للإرادة الضمنية للمشرع ايضاً, التي تتجلى بإضفاء النتائج المترتبة على الملك العام والملك الخاص التابع للدولة , فمتى ما اقترنت الارادة التشريعية بإضفاء النتائج المترتبة على عدم جواز التصرف فيها , او حُرمة الاعتداء عليها او وجود سلطات ضبطية تجاهها تمارسها الادارة العامة عُدّ ذلك¹⁶ ملكاً عاماً للإدارة وما سواه من املاكها الخاصة .

المطلب الثالث/ المعايير المُضيقَة للأُملاك العامة

تبلورت تلك الاتجاهات الفقهية باتجاهين رئيسيين , مدرسة المرفق العام بزعامة العميد ليون دوكية, ومدرسة التخصيص للنفع العام بزعامة اندرية هوريو, وبالرغم من كل منها يحتفظ بوجهة نظر وحجج مستقلة عن الآخر , الا انهما يلتقيان في توسيع الاملاك العامة على حساب املاك الدولة الخاصة , ولغرض الاحاطة باراء وحُجج كل منها يتعين ان نعرض عليهما بفرعين متوالين , الاول سيكون موجه لعرض وجهات نظر مدرسة المرفق العام , في حين سيكون الثاني مكرسا لمدرسة التخصيص للنفع العام :

(١٦) ابراهيم عبد العزيز شيجا, مصدر سابق, ص ٧٨

الفرع الاول//مدرسة المرفق العام "مدرسة العميد ليون دوكيه"

اشتهر الفقيه الفرنسي "دوكيه" برد كافة نظريات القانون الإداري لفكرة مركزية ألا وهي فكرة المرفق العام ,اذ يربط طبقاً لوجه نظره- بين الاموال العامة, وبين تخصيصها لخدمة مرفق العام SERVIC PUBLIQUE , وعَدَّ "دوكيه" هذا المعيار هو المعيار الاسلم للتمييز بين املاك الدولة العامة عن املاكها الخاصة ^{١٧}. وهو لم يتوقف عند المفهوم التقليدي لمفهوم المرفق العام , بل وسَّع من مفهوم المرفق العام لينسحب الى سائر صور الحاجات العامة ^{١٨}.

الفرع الثاني /معيار التخصيص للنفع العام

قال بهذا الرأي الفقيه "هوريو", واعتمد في معياره الجديد على فكرة النفع العام (الخير العام)؛ فهو لم يلتفت لنصوص التقنين المدني الفرنسي؛ كونه عَدَّ مواد التقنين المدني المتعلقة بالاملاك العامة ^{١٩}, جاءت على ذكر وإشارة لتلك الاملاك وليس حصراً لها , وبالتالي فهو اعتبر تلك المواد لم

(^{١٧}) زهدي يكن, شرح مُفَصَّل لقانون الملكية العقارية والحقوق العينية غير المنقولة, ج ١, ط ٢, بيروت, د.ن, ١٩٥٩, ص ١١٢-

١١٣

(^{١٨}) محمد طعمة حاتم البيضاني, أوجه الحماية المدنية والادارية للمال العام في القانون العراقي, رسالة ماجستير, كلية القانون والسياسة, جامعة الكوفة, ٢٠١٥, ص ٦١-٦٢

(^{١٩}) وهي المواد (٥٤٠, ٥٣٨) من التقنين المدني الفرنسي

تُقَدِّم معياراً يُستَهدى به لتمييز املاك الدولة العامة من املاكها الخاصة ,لذ فهو تصدى لربط فكرة المنفعة العامة التي تتغياها شتى الانشطة التي تضطلع بها الدولة من تصرفاتها ,والتي تتخذ من املاك الدولة محلاً لها ,هذا مايعني هيمنة فكرة المنفعة العامة على آراء "هوريو" التي تصدرت نظريته للتمييز بين الاملاك العامة والخاصة المملوكة للشخص الاداري العام .

المطلب الرابع :التطور التشريعي الحديث في فرنسا وموقفه من التمييز بين نوعي املاك الدولة

شهد الفكر القانوني في فرنسا تطورات ملفتة للنظر تجاه الموقف من تصنيف وتحديد املاك الدولة العامة والخاصة, تكرست على صعيد التشريع والقضاء والفقه, فنجد ان المشرع عزم على توحيد احكام الاملاك العامة بمدونة اصدرها لهذا الغرض ^(٢٠) تضمنت المدونة احكاماً جديدة وتخريجاً وافياً, كما جاءت احكام القضاء الفرنسي على نحو مغاير لما درجت عليه سابقا, ولم يغيب هذا الوضع عن اقليم الفقهاء التي جادت بما لديها لتكريس هذا التوجه والكلام في هذا المطلب يقتضي تقسيم المطلب المائل الى فرعين وعلى النحو الاتي

الفرع الاول //توحيد النظام القانوني لأملاك الدولة العامة والخاصة

يعد هذا التحول في موقف المشرع الفرنسي إنعكاساً حقيقياً لموقف الفقهاء المعاصرين في فرنسا من النظام القانوني لاملاك الدولة (العامة والخاصة) فقد اتجه الفقه الى توسيع محيط الاملاك العامة لتشمل الاملاك المتاحة لاستعمال الافراد والاملاك المخصصة لاستعمال بعض الافراد ولكنها موجهة

(٢٠) صدرت مدونة تقنين الاملاك العامة او مدونة املاك الاشخاص العامة في سنة ٢٠٠٦

لنفع العام ^(٢١) هذه الاراء التي شهدها القرن العشرين تتميز بتحررها من نصوص التقنين المدني الفرنسي والتي حددت ما يُعد مُلكاً عاماً وما يُعد ملكاً خاصاً مملوكاً , وانها (اي الاراء) تتمحور حول هجر التمييز بين نوعي الاملاك الى الدمج بينهما وكان هؤلاء الفقهاء المحدثون يحاولون إحياء افكار الفقيه الكبير "ليون دُكيه" ومن هذا الفريق الاستاذة "لاتورنييري" والاستاذ "يولكا" اللذان وجدا في هجر التمييز , حلاً امثل للجدل الدائر في الاروقة الحقوقية الفرنسية حول افضل معايير التمييز بين نوعي تلك الاموال , وعزّزت "لاتورنييري" رأيها بالقول ان املاك الدولة الخاصة لم تتل تكريساً دستورياً ولم يكن المجلس الدستوري الفرنسي مؤازراً لفكرة التقسيم ^(٢٢) , اما "يولكا" فرأى ان الملكية العامة تقوم على قاعدتين اساسيتين , عدم جواز التنازل عن الملكية العامة بثمن يقل عن قيمتها , وعدم جواز الحجز على املاك الاشخاص العامة ^(٢٣) وتلقف المشرع جزءاً من تلك الافكار في مدونته الجديد لاملاك الاشخاص العامة دون ان يمحي اثار التفرقة بين الملك العام والملك الخاص المملوك للادارة العامة , ولم يكن القضاء الاداري الفرنسي مقتنعاً من تطبيق المعايير التقليدية للاملاك العامة فنجدّه وّسع من من نطاق الاملاك العامة مبتكراً مفاهيم لم تألفها سجلات المحاكم واقضيتها , فمد ملكية الاملاك لاموال ماكانت لتعتبر املاكاً عامة مستعينا بفكرة "الملحق غير القابل للانفصال " تارة وفكرة "التابع المفيد" تارة اخرى وكان حكمه الاكثر دلالة هو في دعوى Electricité de france ^(٢٤)

^(٢١) محمد محمد عبد اللطيف, القانون الاداري للاموال, الكتاب الاول, دار النهضة العربية, ٢٠١٤, ص ٢٥-٣١

^(٢٢) المصدر السابق نفسه , ٤١

^(٢٣) غيوم دو لا لوا, مصدر سابق, ص ٦٠١١-٦٠١٢

^(٢٤) Conseil d'état, 23 octobre, 1998, publié en

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETA-TEXT000008010510&fastReqId=558011261&fastPos=22>

الفرع الثاني// امكانية إئصال الاملاك العامة بحقوق عينية

ظلت الاملاك العامة محكومة بمبادئ تقليدية الغرض منها حمايتها وتمكينها من تأدية الاغراض "التقليدية" التي وجدت من اجلها ومن تلك المبادئ هو عدم جواز التصرف بالاملاك العامة التي من مشتقات هذا المبدأ هو عدم جواز ترتيب اي حقوق عينية عليه , ولكن الوضع الراهن تغيير كثيراً بصور مدونة املاك الاشخاص العامة لسنة ٢٠٠٦ , اذ اباحت لشاغل الملك العام ان يُرتب حقوق عينية تبعية على الملك العام الذي يشغله بصفة مؤقتة وذلك إستناداً لسند الإشغال الذي بموجبه يتمكن الشاغل من الإنتفاع بالملك العام في ضوء غرضه وطبيعته^(٢٥)

المطلب الرابع:موقف القانون العراقي من تحديد الملك العام والخاص

بعد استعراضنا لآخر ماتوصل اليه الفكر القانوني في فرنسا حيال الاملاك العامة, نعود للقانون العراقي باعتباره محل المقارنة لنرى مدى استجابته للتطورات التي حلت على نظرية المال العام , عند تصفح النصوص ذات العلاقة والتي ترسم توجه المشرع حيال املاك الدولة , نجد ان الموقف لازال متردداً ومتأرجحاً فلا هو هاجر للتمييز بين الاملاك العامة والخاصة المملوكة للدولة ولا هو بادر بشكل واضح الى تبني احدى النظريات التي سقناها آنفاً , فنجد ان الدستور العراقي تبني مفهومين

Voir ,article 2122 de code général de propriété publique en France 2006

(٢٥)

مختلفين , الاموال العامة والاملاك العامة^(٢٦) ورتب حرمة على التعامل بالاموال العامة , واحال على
المشرع قانوناً يصدر فيما بعد لتنظيم وادارة املاك الدولة

والراجع لدينا انه خصّ بالبند الاول املاك الدولة العامة بينما في البند الثاني املاكها الخاصة , وهذا
مايعني ان النظام القانوني العراقي مازال مُتمسكاً بالتفرقة التقليدية ولم يتبنَ النظرية الاشتراكية خلال
حقبة تسعينيات القرن العشرين , كما دعى الى ذلك بعض الفقهاء العراقيين^(٢٧)

كما اردف القانون المدني توضيحاً للملك العام لم ينشِ عنه المشرع لوقتنا الحاضر , بيّن فيه مايعد
ملكاً عاماً وما لايعد كذلك , وحالات تحول الملك العام الى ملك خاص للدولة مايؤهلها للتصرف
فيه^(٢٨)

وختم المشرع العراقي وجهته حيال الاملاك العامة في قانون بيع وايجار اموال الدولة , مُكتفياً بتحديد
نطاق سريان القانون على اموال الدولة^(٢٩) التي عناها ههنا باموال القطاع العام فحسبُ معرضاً عن
ذكر اي معيار للتمييز بين الاملاك العامة والاملاك الخاصة المملوكة للدولة , وجاءت احكام القضاء
العراقي هي الاخرى ترديداً ليس إلا , لنصوص التشريع , فنجد ان القرارات المتكررة للقضاء لم تأتِ
بجديد:

(لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً ولدى
عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للقانون لانه من الثابت بان العقار المرقم

(٢٦) المادة(٢٧) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ النافذ

(٢٧) علي محمد بدير, عصام عبد الوهاب البرزنجي, مهدي ياسين السلامي , مبادئ واحكام القانون الاداري, مديرية دار

الكتب للطباعة والنشر, بغداد, ١٩٩٣, ص ٣٨٩

(٢٨) المادة (٧٢,٧١) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل

(٢٩) المادة (١) من قانون بيع وايجار اموال الدولة رقم ٢١ لسنة ٢٠١٣ المعدل

٤/٧٤ موضوع الدعوى مسجل باسم (ط) الكويتي الجنسية وانه استناداً الى كتاب ديوان الرئاسة المنحل المرقم (٢٣٩٤٠) في ٩٩٣/٩/٢ تم وضع اليد على العقارات العائدة للكويتيين والسعوديين ووضعتها تحت تصرف المحافظات وعلى ضوء ذلك اصدر مجلس الوزراء / الامانة العامة كتابه المرقم ١٣٥٥/٤٤/١ في ٢٠٠٦/١/٢٣ تضمنت الترتيب برفع الحجز عن العقارات العائدة للكويتيين والسعوديين وبناء على ذلك فان محافظ بغداد اضافة لوظيفته وحسب صلاحيته المذكورة اجر العقار المذكور الى المدعي بموجب العقد المبرم بينهما ولمدة ثلاث سنوات أي للفترة ٢٠٠٤/١٢/١٨ ولغاية ٢٠٠٧/١٢/١٨ ولانتهاء مدة الايجار لذلك فليس من حق المميز (المدعي) المطالبة بمنع معارضته المدعى عليه له بمنفعة العقار لانتهاء العلاقة العقدية بينهما لاسيما وان العقار المذكور اصبح محسوباً على اموال الدولة في الوقت الحاضر فيما يخص ادارته والاشراف عليه ولذلك فلا يجوز ايجاره الا وفقاً لاحكام قانون بيع وايجار اموال الدولة رقم ٣٢ لسنة ١٩٨٦ لذلك قرر تصديق الحكم المميز ورد اللائحة التمييزية مع تحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في ١١ / صفر / ١٤٣٠ هـ الموافق ٢٠٠٩/٢/٩ م.^(٣٠)

استملاك العقار وتسجيله باسم الجهة المستملكة يصبح العقار من الاموال العامة التي لا يجوز تأجيرها الا بموجب المزايدة العلنية وفقاً لقانون بيع وايجار اموال الدولة ويكون شاغل العقار بعد ايلولته الى الجهة الرسمية لا يستند اشغاله الى مسوغ قانوني^(٣١)

^(٣٠) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (٢٠٨) ، في ٩-٢-٢٠٠٩ ، منشور ، <http://qanoun.iraqja.iq/index.php>

^(٣١) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (٦٩٧) في ٦-٤-٢٠٠٨ ، منشور ، <http://qanoun.iraqja.iq/index.php>

المبحث الثاني

الاجراءات القانونية للبيع والإيجار

قد يرى المالك التخلي عن ملكه للغير , اي انتقال ملكية المبيع للمشتري^(٣٢), والبيع عُرف بالقانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل في (م ٥٠٦) التي تنص على (مبادلة مال بمال) . كما قد يرى المالك عدم التخلي عن حق الانتفاع كاملا وبجزئية من استعمال واستغلال الغير , والغالب ان يتخلى فقط عن استعمال ملكه للغير , فيكون لهذا الغير ان يستعمل الشيء غير المملوك له فيما اعد له وبالقدر اللازم^(٣٣) , وعرفت (م ٧٢٢) من القانون المدني العراقي الايجار بانه (تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم لمدة معلومة وبه يلتزم المؤجر ان يمكن المستأجر من الانتفاع بالمأجور) .

رسم قانون بيع وإيجار اموال الدولة رقم ٢١ لسنة ٢٠١٣ آلية بيع وإيجار اموال الدولة , وعلى الادارة التقيد بالآلية المنصوص عليها في صلب القانون , التي منها ما تسبق البيع او الإيجار والأخرى عند البيع او الإيجار , لذا سنبحثه في مطلبين وعلى النحو الآتي :-

المطلب الأول : الآليات السابقة للبيع والإيجار

(٣٢) جعفر الفضلي, الوجيز في العقود المدنية ,مديرية دار الكتب للطباعة والنشر جامعة الموصل , ١٩٨٩ , ص ١٥ .

(٣٣) ممدوح طنطاوي , المناقصات والمزايدات, ط ١, المكتبة الجامعي الحديث الاربيطة - الاسكندرية, ٢٠٠٥ , ص ٣٧٦ .

المطلب الثاني :- آليات البيع والإيجار

المطلب الأول : الآليات السابقة للبيع والإيجار

لكي تتمكن الادارة من بيع او ايجار الاموال العائدة لها ، لابد من الحصول على موافقة من الجهة المختصة ، ومن ثم تشكل لجنة لتقدير المال المراد بيعه او ايجاره ، لذا ولغرض الاحاطة بتلك الاليات تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين :-

الفرع الاول : صدور الموافقة من الجهة المختصة

الفرع الثاني:- لجان التقدير

الفرع الاول : صدور الموافقة من الجهة المختصة

هناك قيود وضعها المشرع للتعبير عن ارادة الادارة ، وتعد لازمة لصحة التعبير عن ارادتها ، ويرتبط معه وجودا وعدمها ، كقيد الاختصاص^(٣٤) ، ويقصد به هو صلاحية موظف معين او جهة ادارية محددة في ابرام تصرف قانوني تعبيراً عن ارادة الادارة ، وتتحدد هذه الصلاحية بموجب احكام القانون او وفقا للمبادئ القانونية العامة^(٣٥) .

- مهند مختار نوح ، الايجاب والقبول في العقد الاداري ، ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠٠٥ ، ص ٢٦٩ .

(٣٥) - نقلا عن : المصدر السابق ، ص ٢٧١ .

ويرى بعض الفقهاء أن مثل هذه الضوابط والحدود لا تعتبر قيداً على حق التصرف في هذه الاموال , ولكنه مجرد تنظيم لهذا الحق يجد سنده في ان عُمال الادارة لا يتصرفون في هذه الاموال لحسابهم بل لحساب الادارة التي يعملون فيها ^(٣٦) .

اذن لاضفاء الحماية على اموال الدولة من التلاعب بها , فقد وضعت الدول ضوابط لتنظيم التصرفات التي تجرى عليها من قبل ممثلي الادارة , وقد انتهج العراق هذا الاسلوب ايضا , اذ يتطلب لبيع وايجار الاملاك العائدة للدولة :-

١- قراراً من الوزير المختص او رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة او من يخولة ,اي منهما على ان يحدد في القرار انواع واوصاف وكميات الاموال المراد بيعها او ايجارها .

٢- تحقق المصلحة العامة ^(٣٧) .

ويلاحظ بان المصلحة تكمن بالموازنة بين الجدوى التي تحققها الادارة من وراء بيع او ايجار املاكها , او بقاء هذه الاملاك تُدار من الادارة , وعلى ضوء رجحان كفة اي منهما , يُقرر عرض الاملاك للبيع او الايجار بطريق المزايدة العلنية من عدمه .

وقد يُثار تساؤل ما هو الاثر المترتب في حال صدور قرار البيع و الايجار من شخص غير مختص بإصداره , او عدم الحصول على الموافقات المطلوبة وفق القانون ؟ .

الاجابة عن السؤال المتقدم, ترتبط بقواعد الاختصاص ذاتها , التي هي من النظام العام , وقائمة على اساس من اعتبارات المصلحة العامة , ومؤيدة بالبطلان المطلق ^(٣٨) , وهذا يعطي للمتعاقد مع

^(٣٦) طعيمة الجرف , القانون الاداري, دار النهضة العربية - القاهرة , ١٩٨٥ , ص ٣٤٥ .

^(٣٧) (م ٢) من قانون بيع وايجار اموال الدولة رقم ٢١ لسنة ٢٠١٣ المعدل.

^(٣٨) مهند مختار نوح , مصدر سابق , ص ٣٨٢ .

الادارة حقاً في التعويض الذي يجد اساسه في خطأ الادارة لعدم حصولها على الاذن الذي اعدم العقد والحق بالمتعاقد معها أضراراً مادية او ادبية , واما على اساس قاعدة الإثراء بلا سبب اذا استطاع المتعاقد مع الإدارة اثبات انها قد افادت من جراء تنفيذه للعقد بدون وجه حق ^(٣٩) .

وهو ما استقر عليه الفقه الاداري الفرنسي لكون القواعد المتعلقة بالاذن السابق من النظام العام , وهو ما قرره مجلس الدولة ايضاً في فتواه مجتمعاً بتاريخ ١٨ / ٥ / ١٩٥٠ حيث بين ان (الاختصاص في القانون العام يقابل الاهلية في القانون الخاص , وكما يشترط لكي يكون التصرف الفردي صحيحاً مُنتجاً لاثاره القانونية ان يكون المُتصرف متمتعاً بالاهلية القانونية لإبرامه , كذلك يشترط لصحة التصرف الاداري ان يكون الموظف الذي يصدر منه هذا التصرف مُختصاً وان يكون موضوعه جائزاً ومشروعاً وان تراعى فيه الشروط الشكلية التي ينص عليها القانون , ... , وفي الحالة المعروضة لا اختصاص للسلطة التنفيذية في الترخيص باستغلال الثروة الطبيعية فالتزامها باطل بطلاناً مُطلقاً لعدم اختصاصها به ومن ثم لا يترتب على هذا الالتزام الباطل أثر) ^(٤٠) .

الفرع الثاني:- لجان التقدير

حدد مشروع قانون بيع وايجار اموال الدولة المذكور اعلاه طريقة تشكيل لجنة التقدير وعملها على

النحو التالي :-

أولاً :- طريقة تشكيل اللجنة

^(٣٩) عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الادارية, مطابع الولاء الحديثة ، ٢٠٠٥ ، ص ٩٦ .

^(٤٠) نقلا عن : د. جابر جاد نصار ، العقود الادارية ، ط ٢، دار النهضة العربية ، القاهرة، ٢٠٠٥ ، ص ١٣٤ - ١٣٥ .

تشكل اللجنة بقرار من الوزير المختص او رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة او من يخولة اي منهما (٤١) , من ثلاث اعضاء من الموظفين من ذوي الخبرة والاختصاص ويكون احدهم موظفاً حسابياً , لا يقل العنوان الوظيفي لأي منهم عن مدير او رئيس ملاحظين , او من له خدمة وظيفية لا تقل عن عشر سنوات (٤٢) .

وللجنة الإستعانة بموظف مختص من دائرة التسجيل العقاري (٤٣) , ويفهم منه بأن المشرع ترك للجنة التقدير سلطه تقديرية بالاستعانة بموظف من دائرة التسجيل العقاري من عدمه , وهذا جاء بالخلاف من نص (م ٧) من قانون بيع وإيجار اموال الدولة رقم ٣٢ لسنة ١٩٨٦ الملغى , التي تنص (...) ويضم اليهم موظف من دائرة التسجيل العقاري وموظف مالي من منتسبي وزارة المالية) .

ثانياً : - عمل اللجنة

تتولى اللجنة مايلي :-

- ١- إجراء الكشف على المال غير المنقول لتحديد رقمه وموقعه وجنسه ونوعه وحدوده واوصافه , ومشتملاته ومساحته وتبويب ما انشئ عليه من محدثات او مازرع او غرس فيه.
- ٢- لتقدير قيمة المال غير المنقول او بدل ايجاره , تسترشد اللجنة بالقيمة المقدرة له من دائرة التسجيل العقاري وباقيام العقارات المجاورة او بدلات بيعها او ايجارها السنوي الحقيقي او المقدر لإغراض الضريبة , ولها الاستعانة بمن ترى من الخبراء وتتخذ قرارها بالاتفاق او الاكثرية .

(٤١) (م ٦) من قانون بيع وإيجار اموال الدولة رقم ٢١ لسنة ٢٠١٣ .

(٤٢) (م ٧ اولا) من المصدر السابق نفسه.

(٤٣) (م ٧ ثانياً) من المصدر السابق نفسه.

٣- تنظم اللجنة محضراً يتضمن المعلومات اعلاه , يوقع من اعضاء اللجنة وموظف التسجيل العقاري والخبراء ان وجدوا , و لا يُعد هذا التقدير قطعياً الا بتصديقه من الوزير المختص او رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة او من يخولة اي منهما ^(٤٤) .

ويتم اتباع نفس الاجراءات اعلاه بخصوص بيع وايجار المال المنقول , مع مراعاة طبيعته (اي كونه مال منقول) ^(٤٥) .

المطلب الثاني :- أليات البيع والايجار

ان اليات البيع والايجار منها ما يكون مُمهد للمزايدة العلنية , والاخرى عند فتح المزايدة , هذا مما يتطلب بحثه في فرعين كالآتي :-

الفرع الاول : الآليات الممهدة للمزايدة العلنية

الفرع الثاني :- افتتاح المزايدة

^(٤٤) (م ٨ اولا وثانيا وثالثا) من المصدر السابق نفسه.

^(٤٥) (م ٢٩ اولا و ثانيا) من المصدر السابق نفسه.

الفرع الاول : الآليات ألممهدة للمزايدة العلنية

لبيع وإيجار اموال الدولة يتطلب تشكيل لجنة من ثلاث موظفين من ذوي الخبرة لا يقل العنوان الوظيفي لأي منهم عن مدير او رئيس ملاحظين او ممن له خدمة وظيفية لا تقل عن عشر سنوات (٤٦) .

و تتولى اللجنة اجراءات بيع الاموال غير المنقولة او ايجارها وفقا لاحكام قانون بيع وإيجار اموال الدولة رقم ٢١ لسنة ٢٠١٣ , وعلى النحو الآتي :-

١- تنظم اللجنة قائمة مزايدة تتضمن اوصاف العقار المثبته من لجنة التقدير , وفي حال تعدد الاموال غير المنقولة المراد بيعها او ايجارها فتتظم قائمة مزايدة لكل منها (٤٧) .

اذن فالمشرع تطلب لبيع وإيجار اموال الدولة اجراء مزايدة علنية , هذا مما يتطلب التحدث عن كل من العلانية , ومضمون الاعلان , على النحو الاتي :-

اولاً : العلانية

العلانية هي التي تضع المنافسة الحرة موضع التطبيق الفعلي , لانه دون الاعلان لا يوجد مجال حقيقي للمنافسة بين الراغبين في التعاقد مع الادارة , ويتحدد معنى العلانية من خلال قيام الادارة عندما تنوي التعاقد بتسليم المرشحين المحتملين كل المعلومات الأولية المتعلقة بالعقد المراد ابرامه ,

(٤٦) (م ٩) من قانون بيع وإيجار اموال الدولة رقم ٢١ لسنة ٢٠١٣ المعدل.

(٤٧) (م ١٢ و ثانيا) من المصدر السابق نفسه .

ونظرا لان العلنية هي الاساس لمبدأ المنافسة الحرة , فقد تنبأها المشرع الفرنسي بشكل واضح في كل التشريعات التي حكمت ابرام العقود ^(٤٨) .

وكذلك تبنى المشرع العراقي الاعلان عن البيع او الايجار بالمزايدة العلنية في صحيفة يومية تصدر في بغداد , ويعلق نسخة من الاعلان في الدائرة التي تقوم ببيعه او ايجاره واخرى على مدخله , وللجنة ان تقرر نشر الاعلان واذاعته بوسائل الاعلان الاخرى, اذا رأت ان المصلحة العامة تدعو الى ذلك ^(٤٩) , ويتبع نفس الاجراء عند بيع المال المنقول بالفقرتين اعلاه ^(٥٠).

و يستثنى من الاعلان في الصحف, المال غير المنقول الذي يقل البذل المقدر لايجاره عن خمسمائة الف دينار ^(٥١) .

وان القواعد التي تنص على ضرورة الاعلان تعد من القواعد الآمرة , لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي ببطلان مناقصة يكون الادارة لم تحترم قواعد العلانية , مُعتبراً ان المناقصة تكون في هذه الحالة معيبة في مبدئها نفسه , وكذلك الحال مع محكمة العدل الاوربية التي تعتبر قواعد العلانية ذات اثر مباشر على الوجود القانوني للعقد , وللاجراء الذي ابرم العقد على اساسه ^(٥٢) , وكذلك سايرت محكمة التمييز الاتحادية في العراق موقف القضاء المقارن فقضت بان اجراءات البيع بدون مزايدة علنية مشوبة بالبطلان ^(٥٣) * .

^(٤٨) مهند مختار نوح , مصدر سابق , ص ٥٨٩ - ٥٩٠ .

^(٤٩) (م ١٢ ثالثا - أ) من قانون بيع وايجار اموال الدولة رقم ٢١ لسنة ٢٠١٣ المعدل .

^(٥٠) (م ٣٠ اولا) من المصدر السابق نفسه.

^(٥١) (م ١٢ ثالثا - ب) من المصدر السابق نفسه.

^(٥٢) مهند مختار نوح , مصدر سابق , ص ٦٠٣ - ٦٠٤ .

^(٥٣) قرار محكمة التمييز الاتحادية في العراق ذي الرقم ٥٥٨ في ٢٦ / ٢ / ٢٠١٤ .

ثانيا : - مضمون الإعلان

يتضمن الاعلان جميع اوصاف المال غير المنقول المثبتة من قبل لجنة التقدير ويوم المزايدة وساعاتها وتاريخها وشروط الاشتراك فيها والمكان الذي تجري المزايدة فيه ومقدار التأمينات الواجب ايداعها ^(٥٤)، ويتبع نفس الاجراء عن الاعلان عن بيع او ايجار المال المنقول ^(٥٥) .

والشروط الواجب توفرها فيمن يشترك بالمزايدة هي :-

١ - الأهلية القانونية

يشترط فيمن يتقدم للتعاقد مع الادارة ان يكون متمتعاً بالأهلية القانونية اللازمة للتعاقد , ليصبح هذا الشخص قادرا على تلقي الحقوق والالتزامات في مواجهة الادارة ، اذ لا يمكن للادارة ان تقبل اشتراك فاقد الاهلية او ناقصها ^(٥٦) .

٢ - حسن السيرة والسلوك

يثبت عدم تمتع المتقدم بحسن السمعة اذا كان سبق له التعامل مع جهة الادارة وثبت غشه او تلاعبه , اوان يكون قد حكم عليه بعقوبة جنائية تستلزم حرمانه من القبول في اية خدمة في الحكومة بصفته

* استثناء من البيع والايجار بالمزايدة العلنية اجاز القانون البيع او الايجار دون مزايدة علنية بقرار من الوزير او رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة وفق ضوابط محددة، ينظر نص المواد (٢٥ , ٢٦ , ٢٧ , ٢٨ , ٣٧) من قانون بيع وايجار اموال الدولة رقم ٢١ لسنة ٢٠١٣ .

^(٥٤) (م ١٢ رابعا - أ) من القانون السابق .

^(٥٥) (م ٣٠ ثانيا) من القانون السابق .

^(٥٦) مهند مختار نوح ، مصدر سابق ، ص ٥٤٧ .

متعهداً او ملتزم , وهو ما اكدته المحكمة الادارية العليا بقولها (يشترط دائماً فيمن يتقدم للتعاقد مع الادارة ان يكون متمتعاً بحسن السمعة وهذا قيد لمصلحة المرفق ... فالادارة لها حق اصيل في استبعاد من ترى استبعادهم من قائمة عملائها ممن لا يتمتعون بحسن السمعة ولها مُطلق التقدير في مباشرة هذا الحق لا يحدها في ذلك الا عيب اساءة استعمال السلطة) (٥٧).

٣- ان لا يكون اجنبياً

سارت معظم التشريعات في الماضي بتفضيل المواطنين على الاجانب في اطار المنافسة على المزايدات العامة ، وهو ما يسمى بالشرط التفضيلي ، ففي فرنسا كان شرط الجنسية مقراً من قبل مجلس الدولة ، ولكن بعد نفاذ معاهدة روما عام ١٩٥٧ التي ادت الى ظهور السوق الاوربية المشتركة اصبح الشرط غير مقبول ومنعت المعاهدة اي تمييز بسبب الجنسية في نطاق العمليات التجارية ، وبعد ان قرر المجلس الدستوري الفرنسي عام ١٩٩٠ بان الاجانب المقيمين في فرنسا يملكون ذات الحقوق الدستورية التي يملكها المواطنون (٥٨) .

وفي العراق تنص (م ٥) من قانون بيع وايجار اموال الدولة رقم ٢١ لسنة ٢٠١٣ على (لا يجوز لغير العراقي شراء مال من اموال الدولة غير المنقولة مع مراعاة احكام قانون الاستثمار رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ المعدل) .

(٥٧) نقلاً عن : احمد سلامة بدر . العقود الادارية و عقد البوت ل B-O-T , دار النهضة العربية القاهرة , ٢٠٠٣ , ص ٧٨ .

(٥٨) هاتف مظهر الموسوي ، حدود السلطة التقديرية للإدارة في المزايدات العامة, ط١ , منشورات الحلبي الحقوقية , ٢٠٠٩ ,

٤ - ان لا يكون موظفاً في الادارة التي اتخذت قرار بالبيع او بالإيجار

ان الحظر الذي يمنع على الموظفين الدخول في المناقصات والمزايدات العامة يهدف الى حماية المصلحة العامة ويعتبر حظراً مؤقتاً اذ انه يزول بزوال سببه ,وهو انتهاء الرابطة الوظيفية بين الموظف والادارة إلا اذا نص القانون على خلاف ذلك ^(٥٩) .

ان سلطة الادارة في قبول المتقدمين للمزايدة هي سلطة مقيدة دائماً , فاذا كان المتنافس لم يُراعِ الضوابط لدخوله المنافسة , فأن الادارة تُلزم باستبعاده , اما اذ استنفذ كافة الشروط المطلوبة لدخوله المنافسة , اذ لا يكون للادارة اي مساحة تقديرية لرفضه ^(٦٠) .

وتعد قائمة المزايدة مفتوحة لمدة ثلاثون يوماً من اليوم التالي لنشر الاعلان , وعلى الراغبين بالشراء او الايجار مراجعة الدائرة المختصة لابداء رغبتهم بالشراء او الايجار , على ان يودع تأمينات لا تقل عن (٢٠ %) من القيمة المقدرة في حال البيع او من بدل الايجار لكامل مدته في حال الايجار ^(٦١) .

^(٥٩) جابر جاد نصار , مصدر سابق , ص ١٤٥ .

^(٦٠) مهند مختار نوح , المصدر سابق , ص ٤٩٧ .

^(٦١) (م ١٢ خامسا) من قانون بيع وايجار اموال الدولة رقم ٢١ لسنة ٢٠١٣ المعدل .

الفرع الثاني :- إفتتاح المزايمة

تجري المزايمة ضمن الوحدة الادارية التي يقع فيها المال غير المنقول ، وللوزير المختص او رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة او من يخولة اي منهما ان يقرر عند الضرورة اجراء المزايمة في مركز المحافظة التي يقع فيها المال غير المنقول ^(٦٢) .

تجري المزايمة علنا ولاتفتح باقل من (٧٠ %) من القيمة المقدرة ، ثم تقرر لجنة البيع والايجار الاحالة على المزايمة الاخير ، ويعد العرض الذي لا يزايد عليه خلال (٥) دقائق نهاية للمزايمة ^(٦٣) .

واذا لم يبلغ بدل بيع المال غير المنقول او ايجارة نتيجة المزايمة، القيمة المقدرة له من لجنة التقدير تمدد المزايمة لمدة (١٥) يوما تبدأ من اليوم التالي لنشر الاعلان بالصحيفة او تاريخ صدور في حالة عدم خضوعه للنشر ، واذا لم يبلغ بدل بيع المال غير المنقول او ايجارة نتيجة المزايمة الثانية (٨٠ %) من القيمة المقدرة ، يعاد تقديره من لجنة تقدير اخرى تشكل وفق الية تشكيل لجنة التقدير الاولى ، واذا لم يبلغ بدل البيع او الايجار (٨٠ %) من القيمة المقدرة الثانية يعرض الامر على الوزير او رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة للوقوف على الاسباب ومعالجتها ^(٦٤) .

(٦٢) (م ١٢ سادسا) من المصدر السابق نفسه .

(٦٣) (م ١٢ ثامنا) من المصدر السابق نفسه .

(٦٤) (م ١٣ اولا و ثانيا) من قانون بيع و ايجار اموال الدولة رقم ٢١ لسنة ٢٠١٣ المعدل .

يجوز الضم على بدل المزايد الاخير خلال (٥) ايام من تاريخ الاحالة , على ان لا يقل عن (١٥ %) من البديل الاخير الذي وصلت الية المزايدة , وعندئذ يعلن عن فتح المزايدة لمدة (٧) ايام تبدأ من اليوم التالي لنشر الاعلان في الصحيفة , ثم تجرى بعدذلك الاحالة ولا يجوز الضم على بدل المزايد الاخير , و لا يقبل طلب الضم على المزايدة مالم تستوفى التأمينات القانونية وفق النسب المحددة (٦٥) .

(٦٥) (م ١٢ تاسعا) من المصدر السابق نفسه .

الخاتمة

بعد ان انتهينا من بحثنا الموسوم *النظام القانوني لإدارة أملاك الدولة الخاصة*

-دراسة مقارنة ترشحت لدينا جملة من الاستنتاجات والاقتراحات وجدناها جديرة بالتسجيل عليها
تصل لأصحاب الشأن ليصلحوا ما عتري قانون بيع وإيجار أموال الدولة الراهن من عيوب صياغية
وتشريعية

أولا/الاستنتاجات

١-أملاك الدولة الخاصة هي الأموال العقارية و المنقولة التي تملكها الادارة ملكية اشبه بملكية
الأفراد فيتسنى لها بيعها وإيجارها والتصرف فيها بكافة اشكال التصرفات ويكون غرضها من ذلك هو
الحصول منها على مردود مالي لتتهدض تلك الادارة بواجباتها واختصاصاتها

٢- على الجانب الآخر من المقارنة ؛ هجرت فرنسا النظريات الفقهية الداعية للتمييز بين نوعي
املاك الادارة وتبنت التقريب بين احكامها دون ان تأخذ بتوحيدها وكأنها بذلك تريد ان تحيط كلا
النوعين "بسياج" واحد من الحماية وان تُحيي مذهب العميد "ليون دوكية"

٣- ظل النظام القانوني العراقي "مُتردداً" بين النظريات السائدة في القانون العام والقانون الخاص فلم نلمسه قد تبني نظرية او معياراً بذاته مع وجود انقسام بين الفقه العراقي بين من يذهب الى ان القانون العراقي وَحَدَّ بين نوعي الاملاك في الفترة السابقة على صدور دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ وبين فريق من الفقه يعارض هذا الرأي في الوقت الحاضر ويقول بتبني النظام القانوني العراقي للتمييز بين نوعي الاملاك

٤- صدرَ قانون بيع وايجار اموال الدولة حاملاً الرقم ٢١ لسنة ٢٠١٣ ولم تمضِ الاّ مدة قصيرة وتعرض "للإستدراك التشريعي " لوجود ثغرات تشريعية انتابت التشريع الجديد ورغم ماتقدم ظل التشريع المعدل قاصراً عن تحقيق الاهداف المنوطة به

٥- تشكل دراسة الاملاك الخاصة للادارة محط اهتمام الفقه المقارن ومحط تجاهل الفقه العربي عامة و العراقي خاصة , فلم يأخذ موضوع الاملاك الخاصة نصيبه من البحث والدراسة والاهتمام رغم اهميته كونه المعوّل عليه في رفد الخزانة العامة بالايادات المالية

٦- كنتيجة "لغموض الرؤية" لدى المشرع العراقي ظلت منازعات الاملاك الخاصة ,خاضعة للقضاء العادي بعيدة عن ساحة القضاء الاداري

٧- غياب تشريع موحد على غرار دول القانون المقارن يجمع المناقصات والمزايدات

ثانيا/المقترحات

١- تبني نظام قانوني موحد لاملاك الدولة العامة والخاصة من حيث الحماية والاختصاص القضائي مع المغايرة في النظام المالي الذي تخضع له كون الاخيرة تشكل مصدراً لدر الايرادات على خزانة الدولة

٢- نحت المشرع العراقي على تعديل قانون بيع وايجار اموال الدولة وبما يضمن اصدار تشريع موحد للمزايدات والمناقصات على غرار اغلب الدول العربية التي وحدت بين احكام المشتريات والمزايدات العامة

٣- نحت المختصين من فقهاء وباحثين على اعطاء موضوع (املاك الدولة الخاصة النصيب الذي تستحقه من الدراسة سواء من باحثي القانون العام او القانون الخاص

٤- الحد من سلطات مجلس الوزراء والوزراء الشخصية والاستثنائية في التعامل باملاك الدولة الخاصة نظراً لما اصاب تلك الاملاك من عمليات "بخس" وتفريط باقيامها الحقيقية وبيعت واجرت تحت غطاء "الصلاحيات الشخصية والحصرية"

٥- ندعو القضاء الاداري العراقي لاختذ دوره الذي ناله اقرانه في دول الازدواج القضائي وللتخلص من حالة "اللافاعلية" التي يعيشها

٦- ندعو الى وضع نظرية عامة لنهاية التصرفات القانونية الواقعة على الاملاك الخاصة ؛ فلم تعد نظريات الفسخ والابطال السائدة في القانون المدني ملائمة لتطبيقها على علاقات القانون العام كون ان تلك التصرفات تبقي كفة الادارة راجحة رغم المساواة "المفترضة" بين كفتي اطراف تلك العقود او التراخيص

المصادر والمراجع

قائمة المصادر

الكتب العربية

- ١- إبراهيم عبد العزيز شيحا, الوسيط في أموال الدولة العامة والخاصة, دارالمطبوعات الجامعية, الإسكندرية ١٩٩٥
- ٢- احمد سلامة بدر , العقود الادارية و عقد البوت لB-O-T , دار النهضة العربية القاهرة , ٢٠٠٣
- ٣- أحمد طلال عبد الحميد البديري, النظام القانوني لأموال الدولة الخاصة, ط ١, موسوعة القوانين العراقية, بغداد, ٢٠٠٨
- ٤- جابر جاد نصار , العقود الادارية , ط ٢, دار النهضة العربية , القاهرة, ٢٠٠٥
- ٥- جعفر الفضلي , الوجيز في العقود المدنية , مديرية دار الكتب للطباعة والنشر جامعة الموصل , ١٩٨٩
- ٦- زهدي يكن, شرح مُفَصَّل لقانون الملكية العقارية والحقوق العينية غير المنقولة, ج ١, ط ٢, بيروت, د.ن, ١٩٥٩
- ٧- طعيمة الجرف , القانون الاداري, دار النهضة العربية – القاهرة , ١٩٨٥

- ٨- عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الادارية , مطابع الولاء الحديثة ، ٢٠٠٥
- ٩- محمد فاروق عبد الحميد , المركز القانوني للمال العام , مطبعة خطاب , القاهرة, ١٩٨٣
- ١٠- محمد محمد عبد اللطيف , القانون الاداري للأموال , الكتاب الأول (الاملاك العامة ونزع الملكية للمنفعة العامة), دار النهضة العربية , القاهرة, ٢٠١٤
- ١١- ممدوح طنطاوي , المناقصات والمزايدات, ط ١ , المكتبة الجامعي الحديث الازارطة – الاسكندرية, ٢٠٠٥
- ١٢- مهند مختار نوح , الايجاب والقبول في العقد الاداري , ط ١ , منشورات الحلبي الحقوقية , ٢٠٠٥
- ١٣- هاتف كاظم الموسوي , حدود السلطة التقديرية للإدارة في المزايدات العامة, ط ١ , منشورات الحلبي الحقوقية, بيروت, ٢٠٠٩

الرسائل الجامعية

- ١- محمد طعمة حاتم البيضاني , أوجه الحماية المدنية والادارية للمال العام في القانون العراقي, رسالة ماجستير , كلية القانون – جامعة الكوفة, ٢٠١٥
- ٢- ميساوي حنان , التمييز بين املاك الدولة (الدومين العام , الدومين الخاص), رسالة ماجستير , كلية الحقوق , جامعة ابي بكر بلقايد , الجزائر, ٢٠٠٥

الأبحاث العلمية

- ١- غيوم دولالوا , هل يجب الغاء مبدأ عدم قابلية التصرف بالأملاك العامة ؟, بحث منشور , مجلة القانون العام وعلم السياسة , ع ٣ , المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع , بيروت , ٢٠٠٦
- ٢- محمد سعيد فريهود , النظام القانوني للأموال العامة في القانون السوري, بحث منشور , مجلة الحقوق , جامعة الكويت, ع ٣ , س ١٧ , سبتمبر ١٩٩٣
- ٣- مهند مختار نوح , الحقوق العينية الإدارية , بحث منشور , المجلة الدولية للقانون , كلية القانون , جامعة قطر , ع ١ , ٢٠١٦
- ٤ - نوفل علي الصفو , التعريف بأموال الدولة العامة, بحث منشور , مجلة الرافدين للحقوق, مجلد ١ , س ٩ , كلية الحقوق , جامعة الموصل , ٢٠٠٤

المصادر الاجنبية

القوانين

١-قانون بيع وايجار اموال الدولة رقم ٢١ لسنة ٢٠١٣ المعدل

٢-قانون ملكية الاشخاص العامة الفرنسي لسنة ٢٠٠٦

٣-الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ النافذ

٤-قانون بيع وايجار اموال الدولة رقم ٣٢ لسنة ١٩٨٦ الملغى