



جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة بابل – كلية القانون

النظام القانوني للتغيرات الطارئة في الاستملاك

– دراسة مقارنة –

اطروحة مقدمة

الى مجلس كلية القانون / جامعة بابل

وهي جزء من متطلبات نيل درجة الدكتوراه في فلسفة القانون / القانون الخاص

الطالب

عباس علي صاحب حسين

بإشراف

د. وسن قاسم غني الخفاجي

استاذ القانون المدني

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قُلِ اللَّهُمَّ مَالِكَ الْمُلْكِ تُؤْتِي الْمُلْكَ مَنْ تَشَاءُ وَتَنْزِعُ الْمُلْكَ مِمَّنْ تَشَاءُ وَتُعِزُّ
مَنْ تَشَاءُ وَتُذِلُّ مَنْ تَشَاءُ بِيَدِكَ الْخَيْرُ إِنَّكَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ {

الآية ٢٦ سورة آل عمران





الإهداء

أهدي هذا الجهد المتواضع

إلى روح والدي تغمده الله برحمته الواسعة

والى والدتي أطال الله في عمرها

والى أبنى يوسف و زوجتي

عرفاناً بإعانتها إياي طوال مدة العمل

شكر وعرفان

يسعدني أن أتقدم بخالص الشكر والثناء إلى الأستاذ الدكتورة الفاضلة (وسن قاسم غني) التي شرفتني بقبول الإشراف على الأطروحة ، و منحتني من غزير علمها وطيب أخلاقها والكثير الكثير من وقتها الثمين، وكان لتوجيهاتها القيمة ولآرائها السديدة و تشجيعها الرائع المستمر ومساندتي في جمع المصادر القانونية ... الأثر البالغ في إظهار الأطروحة بالصورة التي عليها الآن .

فجزاها الله عني خير الجزاء ورفعها الله إلى اسمي درجات العلم...

كما لا يسعني في هذا المقام إلا أن أتقدم بالشكر الجزيل إلى جميع أساتذتي في كلية القانون في جامعة بابل لما لهم من فضل كبير علينا وخص منهم (أ.د. ابراهيم اسماعيل ابراهيم الربيعي، أ.د. سعد الرهيمي، أ.د. منصور حاتم محسن الفتلاوي، أ. د. ايمان طارق مكي الشكري، أ.د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، أ.د. هادي حسين الكعبي، أ.د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، أ.د. فراس كريم شيعان،)، واحمد الله الذي حقق حلمي بالنيل من علوم هذه الكلية العريقة واساتذتها الكبار.

كما لابد أن أتقدم بالشكر الجزيل الى السيد عميد كلية القانون (أ.د. ميري كاظم عبيد) والسيد رئيس فرع القانون الخاص بكلية القانون جامعة بابل (أ.د. .خير الدين كاظم الامين).

كما أتقدم بجزيل الشكر والامتنان إلى الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة الذين تجشمو عناء السفر ومخاطر الطريق ليحضروا المناقشة .

فجزى الله من ذكرتهم ومن لم أذكرهم من الأساتذة الأفاضل والزملاء الكرام خير الجزاء وأدعو الله مخلصاً أن يمن عليهم من نعمه التي لا تعد ولا تحصى ويجعلهم في أحسن حال .

كما لا يفوتني أن أشكر أخيراً جميع الموظفين والموظفات في جميع المكاتب الذين بذلوا جهوداً سخية من الحصول على الكتب والمؤلفات القانونية ، وللجميع أتمنى الموفقية والنجاح .

المستخلص

يُعَدّ الإستملاك إحدى الوسائل التي منحها المشرع للإدارة في نزع الملكية الخاصة لتحقيق المنفعة العامة للمجتمع ، ولكن قد يحدث أثناء عملية الإستملاك تغيرات تطرأ ، تارةً تحدث بشكل إيجابي فتؤدي إلى تحسين موقع أو منفعة الجزء المتبقي من العقار المستملك أو العقارات المجاورة ، مما آثار هذا الأمر أشفالية في موقف التشريعات ، فذهبت بعضها إلى وجوب دفع الأفراد المستفيدين من التحسن مقابل عن ذلك ، في حين ذهب البعض الآخر إلى عدم تكليف الأفراد بذلك، على اعتبار أن من وظائف الإدارة الرئيسية هو تطوير من واقع المنفعة العامة للمجتمع.

وتارةً أخرى تحدث بشكل سلبي فتؤدي إلى أضرار عامة تضر بالمصلحة العامة للمجتمع، أو تؤدي أحياناً إلى أضرار خاصة تقع على الجزء المتبقي من العقار المستملك أو العقارات المجاورة له، الأمر الذي يدعوا إلى تدخل المشرع بوسائل وقائية لمنع وقوع الضرر أو التخفيف من أثره ، أو وسائل علاجية تجبر الضرر الحاصل .

المحتويات

الصفحة

المقدمة	١
الفصل الأول ماهية التغيرات الطارئة في الإستملاك	١٠
المبحث الأول مفهوم الإستملاك	١١
المطلب الأول تعريف الاستملاك	١٢
الفرع الأول تحديد معنى الإستملاك	١٣
الفرع الثاني نطاق الإستملاك	٢٢
المطلب الثاني شروط الاستملاك	٢٨
الفرع الأول الشروط السابقة على الإستملاك	٢٩
الفرع الثاني الشروط المقترنة للأستملاك	٣٦
المبحث الثاني مفهوم التغيرات الطارئة	٥١
المطلب الأول تعريف التغيرات الطارئة	٥٢
الفرع الأول معنى التغيرات الطارئة	٥٢
الفرع الثاني مصادر التغيرات الطارئة	٦٤
المطلب الثاني أنواع التغيرات الطارئة	٦٥
الفرع الأول التغيرات الطارئة الإرادية	٦٦
الفرع الثاني التغيرات الطارئة اللاإرادية	٦٩
الفصل الثاني تحسن العقار في الاستملاك	٨٢
المبحث الأول ماهية تحسن العقار في الاستملاك	٨٣
المطلب الأول تعريف تحسن العقار في الاستملاك	٨٤
الفرع الأول معنى تحسن العقار في الاستملاك	٨٤
الفرع الثاني خصائص تحسن العقار في الاستملاك	٩٢
المطلب الثاني شروط تحسن العقار المؤثر في الاستملاك	٩٦

الفرع الأول شروط تحسن العقار في الاستملاك الجزئي	٩٧
الفرع الثاني شروط تحسن العقارات المجاورة للعقار المستملك	١١٤
المبحث الثاني أحكام تحسن العقار في الاستملاك	١٢٥
المطلب الأول فكرة أستحقاق بدل تحسن العقار	١٢٦
الفرع الأول مشروعية أستحقاق بدل تحسن العقار	١٢٦
الفرع الثاني الأساس القانوني لإستحقاق بدل التحسن	١٣٤
المطلب الثاني تقدير بدل التحسن	١٤٦
الفرع الأول الضابط المحدد بنصاب في تقدير بدل التحسن	١٤٧
الفرع الثاني الضابط الغير المحدد بنصاب في تقدير بدل التحسن	١٥٣
الفصل الثالث الضرر الطارئ في الاستملاك	١٥٩
المبحث الأول ماهية الضرر الطارئ في الاستملاك	١٦٠
المطلب الأول تعريف الضرر الطارئ في الاستملاك	١٦٠
الفرع الأول معنى الضرر الطارئ في الاستملاك	١٦١
الفرع الثاني شروط الضرر الطارئ في الاستملاك	١٦٨
المطلب الثاني أنواع الضرر الطارئ في الاستملاك	١٨٢
الفرع الأول الضرر الطارئ الذي يقيم المسؤولية	١٨٣
الفرع الثاني الضرر الطارئ الذي لا يقيم المسؤولية	١٩٢
المبحث الثاني الوسائل القانونية للحد من الضرر الطارئ في الاستملاك	١٩٦
المطلب الأول الوسائل الوقائية للحد من الضرر الطارئ في الاستملاك	١٩٧
الفرع الأول الوسائل الوقائية للحد من الضرر الطارئ الذي يمس المصلحة العامة	١٩٧
الفرع الثاني الوسائل الوقائية للحد من الضرر الطارئ الذي يمس المصلحة الخاصة	٢٠٨
المطلب الثاني الوسائل العلاجية (التعويض) للحد من الضرر الطارئ في الاستملاك	٢١٥
الفرع الأول الأساس القانوني الذي يقوم عليه الإلتزام بالتعويض	٢١٦
الفرع الثاني مدى فاعلية التعويض عن الضرر الطارئ	٢٢٨

الخاتمة ٢٣٨

المصادر - - - - - ٢٥٠

الملخص باللغة الانكليزية 1

مقدمة

الحمد لله الأول قبل الإنشاء والآخر بعد فناء الأشياء والصلاة والسلام على نبينا محمد خير الأنبياء ، وعلى أهل بيته الأصفياء، وأصحابه النجباء، وعلى من اتبعهم فكان من الأولياء.

أما بعد..

يقتضي دراسة موضوع النظام القانوني للتغيرات الطارئة في الإستملاك، أن نبتدئ له بتسليط قليل من الضوء على المحاور الآتية : أولاً- موضوع الدراسة، ثانياً- أهمية الدراسة ثالثاً- اختيار الموضوع والتسمية رابعاً- إشكالية الدراسة خامساً - أهم الأسئلة التي تثيرها الدراسة سادساً- أهداف الدراسة سابعاً - الدراسات السابقة ثامناً- منهجية الدراسة تاسعاً- خطة الدراسة، ولهذا سنجعل من هذه المحاور تباعاً مادة هذه المقدمة .

أولاً- موضوع الدراسة :-

تُعد الملكية من أقدم الحقوق التي عرفها الانسان ، وهي حق طبيعي مقدّس وجد منذ القِدم في جميع المجتمعات البشرية، ولم تتأثر من حيث مكانتها مع ظهور الدولة وتطورها، بل كان وما زال يُعتبر معياراً لازدهار الدولة، ولكن التأثير تغير من حيث دورها، حيث أصبحت تؤدي دور وظيفة اجتماعية، لاسيما مع التطور الشامل في معظم المجالات، وتدخل الدولة فيها، فالأخيرة تكون في حاجة إلى إقامة العديد من المشاريع في توسيع وتطوير الخدمات للمجتمع، ففتحناج إلى عقارات لإقامة المشاريع عليها، فتارةً تكون هذه العقارات من الأموال العامة للدولة وأشخاص القانون العام ، فتستطيع الإدارة في إنشاء المشاريع عليها، لأنها مخصصة للمنفعة العامة، وتارةً أخرى تكون هذه العقارات التي تحتاجها الدولة سواء كانت أراضي أم منشآت مملوكة لإفراد، وقد يرفضون بيع عقاراتهم للإدارة بصورة رضائية ، وهذا الأمر يؤدي إلى تعطيل وتوقف مؤسسات الدولة عن أداء وظائفها أزاء المجتمع، وبذلك فإن الإدارة بحاجة إلى وسائل قانونية تستطيع من خلالها نزع ملكية العقار ولو بطريق جبري، لكي تحقق مشاريعها التي تخدم المنفعة العامة، ومن أجل ذلك قام المشرع بتشريع قانون الإستملاك، فالغاية منه في المقام الأول هو تحقيق المنفعة العامة، ذلك إن مصلحة الجماعة مقدمة على مصلحة الفرد.

وبذلك تستطيع الجهة المستملكة تحقيق أهدافها للمصلحة العامة للمجتمع من وراء الاستملاك، فتحدث تغييرات إيجابية في واقع المنفعة العامة للمجتمع، إلا أنه قد يحدث أحياناً أن تقترن بعملية الاستملاك تغييرات طارئة تغير من واقع المنفعة العامة أو الخاصة للأشخاص، فتارةً تكون هذه التغييرات الطارئة ايجابية فتؤدي إلى تحسن من واقع المنفعة الخاصة للجزء المتبقي من العقار المستملك أو للعقارات المجاورة للعقار المستملك، فتؤدي إلى زيادة في قيمته النقدية ، بسبب تحسن موقع العقارات أو زيادة في منفعتها .

وتارة أخرى تكون هذه التغييرات الطارئة سلبية وتتخذ إحدى الحالتين، الأولى تتمثل في أن المشروع المقام على العقار المستملك يحقق منفعة عامة للمجتمع من جانب، إلا أنه من جانب آخر قد يؤدي إلى تضرر في واقع المنفعة العامة للمجتمع بسبب نوع ونشاط المشروع المقامة على العقار المستملك. والثانية تتمثل في أن المشروع المقام على العقار المستملك يحقق منفعة عامة للمجتمع من جانب، إلا أنه من جانب آخر قد يؤدي إلى تضرر في واقع المنفعة الخاصة للأشخاص، فتحدث نقصان في القيمة النقدية أو بالمنفعة للجزء المتبقي من العقار المستملك أو من العقارات المجاورة للعقار المستملك.

ثانياً - أهمية الدراسة :-

يُعد موضوع التغييرات الطارئة بصورة عامة من النظريات الواسعة التي تحتوي على تطبيقات عدة يصعب الإلمام بها ، بل حتى المشرع قد عجز عن الإحاطة بكل فرضيات التغيير التي من الممكن أن تحدث في الوقائع القانونية، لذلك جاءت المعالجة التشريعية بصورة متناثرة في قوانين عدة على شكل تطبيقات نظم المشرع أحكامها، ومن دون أن يرجعها إلى تنظيم قانوني خاص بها كما فعل في نظرية العقد وغيره.

أما موقف الفقه فقد جاء مبيناً لشرح هذه التطبيقات في بيان أحكامها كلاً على حده ومن دون أن يرجعها إلى نظرية عامة أو ضابط عام يلم شتات هذه النظرية ، لذا فتنبرز أهمية البحث على المستوى النظري في لم شتات هذه النظرية من حيث ماهيتها في بيان المتشابه منها وإرجاعه إلى ضابط يجمعها .

وكذلك تبرز أهمية البحث على المستوى العملي في بحث تطبيقات التغيرات الطارئة التي نظمها المشرع في قانون الاستملاك ، وما رتب عليها من أحكام، تخص المستملك أو المستملك منه أو الغير .

ثالثاً - اختيار الموضوع والتسمية :

راودتنا فكرة التغيرات الطارئة في الإستملاك من الواقع العملي فيما يقوم به أشخاص القانون العام في استملاك العقارات وقيام المشاريع عليها لتحقيق المنفعة العامة، إلا أن هذه المشاريع بحكم موقعها أو بنوع نشاطها تؤدي إلى أحداث تغير طارئ لم يكن في حسابان الجهة المستملكة قصد في أحداثه، وهذا التغير يتمثل في صورتين فتارة يحدث بصورة إيجابية وتارة أخرى يحدث بصورة سلبية يلقي بضلاله على العقار المستملك جزءاً منه أو المنطقة التي أقيمت عليها المشروع .

أما عن تسمية موضوع الدراسة ، فلاحظنا من خلال معالجة المشرع في العديد من الوقائع القانونية والتصرفات القانونية في القوانين لا سيما الواردة في القانون المدني، للتغيرات التي تطرأ عليه، كما أنها نالت اهتمام المشرع في قوانين الاستملاك العراقية المتعاقبة، إذ خص هذه التغيرات الطارئة بتنظيم قانوني تحت تقسيم مستقل في القانون.

رابعاً - إشكالية الدراسة :

تتمثل إشكالية بحثنا في الخوض في مسألة التغيرات التي قد تطرأ في الاستملاك فتؤدي إلى التأثير في الغرض من الاستملاك وهو المنفعة العامة، فتارة تخرجه من نطاقه بصورة إيجابية لتحقيق منفعة خاصة، وتارة أخرى تخرجه من نطاقها بصورة سلبية لتحدث أضرار في المنفعة العامة أو الخاصة، مما تثير هذه الإشكالية على المستوى التشريعي في بيان النصوص التشريعية ومدى كفايتها في معالجة هذه التغيرات الطارئة عبر وسائل تشريعية وقائية وعلاجية.

وكذلك على المستوى القضائي في بيان صاحب الاختصاص في نظر هذه التغيرات الطارئة في عملية الاستملاك لتكون لجهة القضاء المدني أم لجهة القضاء الإداري، كما أن

نطاق اختصاص القضاء يثير إشكالية في مدى حدود سلطته الرقابية تقتصر على تحقق المنفعة العامة من عدمها أم أن سلطته تتجاوز هذا الحد لتتطرق إلى الآثار البعيدة التي يمكن أن تنترب على المنفعة العامة، كالأضرار الناتجة من المشروع المقام للمنفعة العامة ورجحانها على المنفعة أم لا.

خامساً - أهم الأسئلة التي تثيرها الدراسة:

تنثير الدراسة عدة تساؤلات رئيسية يستتبعها تساؤلات فرعية ، على أن نقتصر الأمر هنا على الأولى تاركين الثانية كلاً بحسب موضعه من الدراسة .

فنتجلى تساؤلات الدراسة الرئيسية بعدة فقرات نبينها بالآتي :-

١- قد يقع التغير بصورة طارئة في العلاقة القانونية للأشخاص أو الأشياء التي هي وعاء للحقوق، مما يقتضي الوقوف على ماهية هذه التغيرات الطارئة ، وما هو دور المشرع في طريقة تنظيمها، وهل هي أرادية أم غير أرادية ؟ .

٢- ماهية التطبيقات التشريعية للتغيرات الطارئة في الإستملاك التي نظمها المشرع، وما هو مصدر نشأتها، فهل هي تندرج تحت طائفة التغيرات في الوقائع الإرادية أم تحت طائفة التغيرات اللا إرادية ؟ .

٣- قد تؤدي واقعة الإستملاك إلى تغيرات تطرأ على العقار المستملك جزء منه أو العقارات المجاورة له ، فتؤدي إلى تغير إيجابي يعود بالفائدة على المستملك منه أو لإصحاب العقارات المجاورة ، فما هي هذه الفائدة وما هي صورها ؟ وهل كل فائدة تحصل يعتد بها المشرع أم أن المشرع خصها بشروط خاصة ؟ ومن هي الجهة المختصة بتقرير حصول التغير الإيجابي ؟ فهل تولى المشرع ذلك بنفسه؟ أم أعطى الاختصاص لجهة إدارية ؟ أم لجهة قضائية ؟ وهل يستحق المستفيدون من التغير الإيجابي بدون مقابل ؟ وما هو مسوغها القانوني؟ أم يجب أن يدفعوا مقابل له؟ وما هو أساسه القانوني؟ وعلى أي ضابط يقدر هذا المقابل؟ فهل حدده المشرع ؟ أم ترك الأمر لسلطة القضاء في تقديره .

٤- قد تؤدي واقعة الإستملاك إلى تغييرات تطرأ على العقار المستملك جزء منه أو العقارات المجاورة له ، فتؤدي إلى تغيير سلبي ، يتضرر المستملك منه أو أصحاب العقارات المجاورة للعقار المستملك ، فالتساؤل الذي يثار فما هو الضرر الطارئ في الاستملاك ؟ وما هي صوره التي نظمها المشرع والتي لم ينظمها ؟ وماهي شروط تحققه ؟ وهل تصدى المشرع لهذا النوع من الضرر بوسائل قانونية متمثلة بالوسائل الوقائية قبل وقوع الضرر، ووسائل وعلاجية تتمثل بالتعويض إذا وقع ؟ وما هو الأساس القانوني لأستحقاق التعويض ؟ .

سادساً- أهداف الدراسة :

تهدف الدراسة إلى تحقيق أهداف عامة على مستوى التغيرات الطارئة، وأخرى خاصة عندما تطرأ في الاستملاك ، والتي سوف نبينها بالآتي :-

١- تتجلى الأهداف العامة بالآتي :-

- أ- تهدف الدراسة إلى تحديد التغير الطارئ الذي يعتد به ويؤثر في المراكز القانونية، وبين التغير الطارئ الذي لا يعتد به ولا يؤثر في المراكز القانونية .
- ب- على المستوى النظري الفلسفي تهدف الدراسة إلى لم شتات التغيرات الطارئة التي تحدث في الوقائع القانونية والتصرفات القانونية وتنظيمها تحت ماهية معينة .

٢- تتجلى الأهداف الخاصة بالآتي :-

- أ- للدراسة هدف على المستوى التشريعي، تتمثل في معرفة موقف المشرع في مدى تحقيقه مبدأ العدل بين أطراف العلاقة القانونية في الاستملاك والغير ، ومعرفة الآلية التي أعتمدها في ذلك، وتقييمها ومعالجة القصور الذي شابها، وذلك عندما يطرأ التغير الطارئ في الاستملاك، ويرتب آثار، أن يستفيد أحد الأطراف، على حساب الطرف الآخر تارة .

وتارة أخرى عندما يتخلف عن التغير ضرر يطرأ بسبب عملية الإستملاك ، فيتضرر أحد أطراف العلاقة القانونية لعملية الإستملاك أو الغير ، مما يقتضي مبدأ العدل توفير حماية تشريعية بوسائل وقائية لمنع حدوث الضرر الطارئ وعلاجية تجبر الضرر الحاصل إذا وقع .

ب- على المستوى القضائي تهدف الدراسة إلى بيان حدود دور القضاء المدني وحدود دور القضاء الإداري عندما تطرأ التغيرات في عملية الإستملاك .

سابعاً- الدراسات السابقة

لم نجد وعلى مدى ما يزيد على سنتين من البحث، فيما تيسر لنا من الاطلاع على المصادر القانونية على مستوى الكتب القانونية والأطاريح ، دراسة تناولت النظرية العامة للتغيرات الطارئة في الاستملاك، أو دراسة حاولت لم شتات هذا الموضوع في نظرية ، رغم الآثار الكبيرة التي يربتها هذا التغير عند حصوله في الاستملاك. بل اننا لا نكون مبالغين إذا قلنا أننا لم نجد من أستخدم مصطلح (التغيرات الطارئة) قبل هذه الدراسة، في تناولها كنظرية عامة من حيث لم شتاتها في تطبيقات عدة ، وإنما هنالك دراستين على مستوى الرسائل، ودراسة وحيدة على مستوى البحث، تناولت الموضوع من مسميات متقاربة، ومختلفة من حيث المضمون، لذا يقتضي الوقوف على نقاط الالتقاء والأفتراق بين الدراسات السابقة ودراستنا الحالية والتي نوجزها بالفقرات الآتية :-

في العراق قدمت دراسة واحدة وهي :

١- احكام تبدل حالة العقار في قانون الاستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١، رسالة ماجستير مقدمة من قبل الطالب علي مجبل عزيز إلى معهد العلمين ، سنة ٢٠٢٠ .

تلقي هذه الدراسة في الخطوط العامة مع دراستنا من حيث تناولت التطبيقات في قانون الاستملاك العراقي، والباحث حسناً فعل في ذلك، مع اختلافنا فيما وصفه الباحث لهذه التطبيقات، من تسمية بأنها تبدل لحالة العقار، كما يتجسد أوجه الاختلاف الثاني في أن الباحث أنطلق من أحكام التبدل لحالة العقار دون الرجوع إلى مقدماتها في بيان مفهوم التبدل وأنواعه ومصادره ودور الإرادة في التبدل هل هو أرادي أم لا ؟ . مما أدى بالبحث إلى أن يشوبه الغموض والضبابية في موضع عدة.

كما أن أشكالية البحث أقتصرت على بيان تبدل حالة العقار لتطبيق تحسن العقار، وغاب عنه التطبيق الآخر الذي نظمه المشرع وهو تضرر العقار، كما أن تساؤلات البحث تركزت في أطاره

العام دون الخوض في جوهره، لا سيما التطبيق الثاني كالوسائل الوقائية والعلاجية في بيان موقف المشرع منها.

٢- تغيير حالة العقار في قانون الاستملاك دراسة مقارنة، د. جمال عبد الكاظم، بحث منشور في مجلة معهد العلمين العدد ٢، ٢٠٢٠.

تلتقي دراستنا مع البحث من حيث التسمية المتقاربة، وكذلك من حيث تناوله للتطبيقات في قانون الاستملاك العراقي، وذلك يرجع إلى وصف الباحث الصحيح لهذه الفكرة من حيث التسمية والتطبيقات، وقد أثار الباحث بعض من الإشكاليات والتساؤلات لفكرة البحث وكان موقفاً بها، إلا أنها لم تستوعب لفكرة الموضوع من جوانب عديدة، وذلك لأن موضوع البحث وتطبيقاته يُعد من المواضيع ذات النطاق الواسع ، وقد حاول الباحث أختزال لفكرة موضوع البحث، مما أدى إلا أن يتناول الموضوع بصورة مدمجة لتطبيقات التغيير، تحت مسميات مشتركة لم يراعي المختلفة منها، والكثير من الأحكام الخاصة بهما.

وفي لبنان قدمت دراسة واحدة

طوارئ الاستملاك للمنفعة العامة (دراسة مقارنة) رسالة ماجستير مقدمة من قبل الطالب نور الدين الموزاني إلى كلية الحقوق القسم العام الجامعة الإسلامية ، ٢٠٢٠ .

تلتقي هذه الدراسة في الخطوط العامة مع دراستنا من حيث التسمية إلا أنها تختلف من حيث المضمون من عدة جوانب، أولها أن الدراسة مقدمة إلى فرع القانون العام فبينت الدراسة جهة الجنبه الأجرائية للموضوع في قانون الاستملاك والقانون الإداري وفقهاءه ، بينما دراستنا مقدمة إلى فرع القانون الخاص فبينت دراستنا من جهة الجنبه الموضوعية للموضوع في قانون الاستملاك و القانون المدني وفقهاءه بصورة رئيسية مع بيان الجنبه الأجرائية للموضوع بصورة ثانوية بقدر تعلق الأمر به.

ثامناً - منهجية الدراسة :-

أن موضوع التغيرات الطارئة في الإستملاك يتحدد منهجية الدراسة على أربع مستويات:-

الأول :- يتحدد منهجية البحث على مستوى نظرية التغير بنوع واحد من التغيرات وهي الطارئة، أما التغيرات غير الطارئة في الاستملاك ، فهي خارج نطاق الدراسة على أن نشير إليها كلما اقتضت الضرورة لذلك .

الثاني :- يتناول موضوع الدراسة على مستوى تطبيقات التغيرات الطارئة، بنطاق قانون الإستملاك .

الثالث :- يتحدد موضوع الدراسة على مستوى وقت حصول التغير عند البدء بالإستملاك. ومؤدى ذلك فإن التغيرات الطارئة التي تحصل قبل البدء بعملية الإستملاك فإنها تخرج من نطاق بحثنا.

الرابع :- أن المنهج المتبع الذي اقتضت منا بحث الأشكالية هو المزج بين بعض المناهج العلمية في أطار ما يسمى بالتكامل المنهجي حيث أستخدمنا المنهج الوصفي في توضيح التغيرات الطارئة في الاستملاك والمنهج التحليلي في تحليل النصوص القانونية والتنظيمية وكذا الأحكام القضائية المتعلقة بها ، وكذلك المنهج المقارن، الذي ستعقد المقارنة بصورة منتظمة بين النظم القانونية والمتمثلة بالقانون العراقي والقانون المصري و الفرنسي .

وسبب انعقاد المقارنة بين هذه النظم القانونية لأنها متفقة على تبني فكرة التغيرات الطارئة في الاستملاك، ولكنها مختلفة في الحلول والاحكام، مما يقتضي الوقوف عن سبب هذا الاختلاف فيما بينهم في الأحكام وبيان أيجابيات وسلبيات كل موقف للوصول إلى الموقف الراجح.

تاسعاً - خطة الدراسة :- لغرض الإلمام بمختلف جوانب الموضوع والإجابة على مختلف التساؤلات أعتمدنا التقسيم الثلاثي للخطة على ثلاثة فصول ، سنتناول في الفصل الأول ماهية التغيرات الطارئة في الإستملاك ، والذي سنقسمه على مبحثين، نتناول في الأول مفهوم الاستملاك، وفي الثاني مفهوم التغيرات الطارئة.

أما الفصل الثاني، سنتناول فيه تحسين العقار في الاستملاك، والذي سنقسمه على
مبحثين ، نتناول في الأول ماهية تحسين العقار في الإستملاك، وفي الثاني أحكام تحسين العقار
في الاستملاك .

أما الفصل الثالث ، سنتناول فيه الضرر الطارئ في الإستملاك ، والذي سنقسمه على
مبحثين ، نتناول في الأول ماهية الضرر الطارئ في الاستملاك، وفي الثاني الوسائل القانونية
للحد من الضرر الطارئ في الاستملاك .

الباحث

الفصل الأول

ماهية التغيرات الطارئة في الإستملاك

في ظل المجتمعات البدائية القديمة، كانت الملكية تمتاز بنطاق واسع من حيث سلطات المالك، فكان ينظر إليها بأنها حق مطلق ^(١)، إلا أنه نتيجة لتطور المجتمعات واتساع نطاق مهام الدولة إزاء المجتمع من خلال فكرة المصلحة العامة، فالأخيرة من خلال تطبيقها من الناحية العملية، قد تتعارض من المصلحة الخاصة لحق الملكية في العديد من الجوانب، لذلك بادر المشرع بوضع العديد من القيود المختلفة على حق الملكية ^(٢)، من أهم هذه القيود التي ترد على حق الملكية، هي تلك التي تسعى لتحقيق المنفعة العامة، وهذا النوع من القيود له مظاهر عديدة ومتجددة تنشأ كلما دعت الحاجة إليها ^(٣)، ومن أهم القيود المقررة للمنفعة العامة هو قيد الإستملاك أو بما يسمى بنزع الملكية للمنفعة العامة.

^١ ينظر د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ج ١، بدون ذكر رقم الطبعة، شركة الطبع والنشر الاهلية، ١٩٦٠، ص ١٦.

^٢ ترد على حق الملكية نوعان من القيود أولاً- القيود القانونية وتنقسم على قيدان ١- القيود المقررة للمصلحة العامة : وتنقسم إلى أ- القيود المقررة للمنفعة العامة كالإستملاك (نزع الملكية) وكذلك الاستيلاء المؤقت على العقارات للمنفعة العامة في الأحوال الاضطرارية ويضاف لها القيود المقررة لتنظيم المدن. ب- القيود المقررة لمصلحة الأمن العام أو الصحة العامة أو السلامة العامة ج- القيود المقررة لمصلحة الزراعة د- القيود المقررة لمصلحة الدفاع عن سلامة البلد هـ- القيود المقررة لحفظ ثروة البلد وإنمائها و- القيود المقررة لمصلحة المالية والتأمين ي- القيود المقررة لتحقيق العدالة الاجتماعية.

٢- القيود القانونية المقررة للمصلحة الخاصة وهي ١- التزامات الجوار ٢- حقوق الارتفاق ٣- التلاصق في الحدود.

ثانياً- القيد الأراذي مثل شرط عدم التصرف. لمزيد من التفاصيل ينظر : د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ج ١، مصدر سابق، ص ١٦.

^٣ ينظر د. حسن علي الذنون، الحقوق العينية الأصلية، بدون ذكر رقم الطبعة، شركة الرابطة للطبع والنشر، بغداد - العراق، ١٩٥٤، ص ٥٥.

الفصل الأول..... ماهية التغيرات الطارئة في الإستملاك

فالإستملاك بمعناه العام يمثل أحد مصاديق الواقعة القانونية التي قد تتعرض لتغيرات تطرأ عليها، لأنها مرتبطة بشيء معين (العقار)^(١) ، و بأشخاص معينين (المستملك والمستملك منه والغير) ، و بزمان وبمكان معينين^(٢).

كما أن نظرية التغيرات الطارئة هي نظرية متناثرة في مصاديق الوقائع القانونية في القانون المدني وغيره من القوانين ، ومن أجل لم شتات هذه النظرية في بيان مفهومها ، نجد من الضروري الوقوف على هذه النظرية في لم شتاتها، لاسيما وان الفقه القانوني والباحثين تناولوها على نهج المشرع في مصاديق الوقائع القانونية .

ولغرض بيان ذلك بصورة مفصلة سنقسم هذا الفصل على مبحثين نتناول في الأول مفهوم الإستملاك ، وفي الثاني مفهوم التغيرات الطارئة .

المبحث الأول

مفهوم الإستملاك

يستلزم تنفيذ المشروعات العامة من قبل الإدارة في بعض الأحيان إلى إقامتها على أموال مملوكة ملكية خاصة للأشخاص، فيفترض أن الأصل هو أن تلجأ الإدارة إلى سدّ حاجاتها من العقارات إلى الوسائل الرضائية، عن طريق الأستملاك الرضائي مع ملاكها، وهي بذلك تخضع لقواعد القانون الخاص شأنها في ذلك شأن الأفراد، غير أنه قد يصعب على الإدارة الحصول على هذا الأموال بالوسائل الرضائية مع الملاك، بسبب أن الأفراد قد يرفضون التنازل عن ملكيتهم بالطرق الودية أو يغالون في المقابل المالي نظير تنازلهم عن هذه العقارات^(٣) .

^١ ينظر لمزيد من التفاصيل: د. محمد عبد الوهاب، تغير الشيء وأثره في التصرفات والوقائع القانونية، ط١، دار الفكر الجامعي، ٢٠١٨، ص ٩ وما بعدها.

^٢ ينظر د. عبد الحي حجازي ، عقد المدة أو العقد المستمر والدوري التنفيذ، مطبعة جامعة فؤاد الأول، ١٩٥٠، ص ١.

^٣ ينظر: أبراهيم عبد العزيز شبحا، الوسيط في مبادئ وأحكام القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، مصر، ١٩٩٩، ص ٤٣٧.

الفصل الأول..... ماهية التغيرات الطارئة في الإستملاك

والأمر لو ترك لرغبة هؤلاء الملاك لأدى لتعطيل تنفيذ المشروعات العامة التي تنوي الإدارة القيام بها لإشباع الحاجات العامة . لذلك جرى العمل لدى الإدارة هو إن تسلك طريق الأستملاك القضائي.

لذلك فالمشرع منح وسيلة تشريعية للإدارة وهي الإستملاك، تمكنها في تحقيق المنفعة العامة، عندما تتعارض مع المصلحة الخاصة للأشخاص، فيتم من خلالها نزع الملكية العقارية للمنفعة العامة مقابل تعويض عادل ^(١) .

ولغرض بيانها بصورة مفصلة ، سنقسم هذا المبحث على مطلبين، نتناول في الأول تعريف الاستملاك، وفي الثاني شروط الاستملاك .

المطلب الأول

تعريف الإستملاك

يعد الإستملاك وسيلة تشريعية لنقل الأموال من الملكية الخاصة إلى الملكية العامة، بغية تحقيق المنفعة العامة للمجتمع ، ومقابل تعويض عادل^(٢)، ونظراً لخطورة هذه الوسيلة التشريعية، لأنها تمس بكيان حق الملكية للأفراد ، وتغيّر في مركزه القانوني، فقد ضيق المشرع في نطاق استخدامها ، في أنها لا تستخدم إلا من أجل المنفعة العامة، والأخيرة هي المبرر الذي يسوغ لجهة الإدارة استخدام هذه الوسيلة، ومن هنا يقتضي الوقوف عليها في بيانها بصورة مفصلة ، لذا سنقسم هذا المطلب على فرعين، نتناول في الأول تحديد معنى الإستملاك وفي الثاني نطاق الإستملاك.

^١ د. درع حماد الدليمي، الحقوق العينية الأصلية، مكتبة السنهوري، بيروت- لبنان، ٢٠١٨، ص ٥٨.

^٢ محمد فاروق عبد الحميد ، التطور المعاصر لنظرية الأموال العامة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ١٩٨٨، ص ٢٢٤.

الفرع الأول

تحديد معنى الإستملاك

يعد موضوع الإستملاك من المواضيع التي تنبسط دراستها في القانون الإداري والقانون المدني، ففقهاء القانون الإداري يبحثون الإستملاك تحت عنوان وسائل الإدارة أو امتيازاتها^(١). ولذلك فقد جاءت تعريفات جانب من الفقه ينظرون إليه من زاوية أن الإستملاك يعد من إحدى أساليب الإدارة التي تمكنها من تحقيق المنفعة العامة ، باستخدام عنصر الجبر و الإكراه، وبناءً على ذلك فقد عُرف بأنه حرمان مالك العقار من ملكه جبراً للمنفعة العامة نظير تعويضه عما يناله من ضرر^(٢) ، وكذلك عُرف " إجراء إداري من شأنه حرمان شخص من ملكه العقاري جبراً عنه لتخصيصه للمنفعة العامة مقابل تعويض عادل^(٣) . وأيضاً عرف بأنه " قيام السلطة الإدارية بحرمان المالك من عقاره جبراً لتخصيصه للمنفعة العامة مقابل تعويض عادل " ^(٤).

والملاحظ على التعاريف السابقة أنها عرفت نزع الملكية بمصطلح الحرمان لملك الغير، وهذا ما لا يقصده أو يهدف إليه المشرع ، وإنما يهدف إلى تملك ملك الغير رضاءً أو إجباراً بمقابل تعويض عادل تحققاً للمنفعة العامة .

وكذلك عُرف بأنه " إجراء أداري يقصد به نزع مال قهراً عن مالكه بواسطة الإدارة لتخصيصه للنفع العام مقابل تعويض عادل يدفع له^(٥) ، وكذلك " عملية إدارية بموجبها تجبر

^١ ينظر د. سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري ، دراسة مقارنة ج٣، ط٩، دار الفكر العربي، ٢٠١٤، ص٧٩ ، وكذلك د. محمد فؤاد مهنا ، مبادئ وأحكام القانون الإداري ، مؤسسة شباب الجامعة ، ١٩٧٣، ص٧٨٣، وكذلك د. طارق المجذوب ود. هيام مروة، الوجيز في القانون الإداري الخاص، ط١، منشورات زين الحقوقية ، بيروت - لبنان ، ٢٠١٥، ص٩٩، وكذلك د. محمد بكر حسين ، الوسيط في القانون الإداري، ط١، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٦، ص ٢١٤ وكذلك محمد قدرى حسن ، القانون الإداري، ط١، إثراء للنشر والتوزيع، عمان - الأردن ، ٢٠٠٩، ص٣٢٦ .

^٢ سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري ، مصدر سابق، ص ٢٩٥ .

^٣ د. طعيمة الجرف ، القانون الإداري ، بدون ذكر رقم الطبعة، بدون ذكر المطبعة القاهرة، ١٩٧٣، ص٦٣٦.

^٤ د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، ١٩٩٩، ص٦٢٧.

^٥ د. فؤاد العطار ، القانون الإداري، ط٣، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٦، ص٥٥٩.

الفصل الأول..... ماهية التغيرات الطارئة في الإستملاك

الإدارة شخصاً على التنازل لها عن ملكية عقارية لغرض المنفعة العامة وبتعويض عادل ومسبق^(١).

أو من منظار آخر بأنه يمثل أحد امتيازات الإدارة في عملها. ولذلك عرفه البعض بأنه " امتياز ممنوح للإدارة بحيث تمكنه بواسطته حرمان مالك العقار من ملكه جبراً لأجل المنفعة العامة في مقابل تعويض عن ذلك ^(٢) .

فلعل المتأمل من تعاريف الفقهاء المطروحة يلاحظ أنها تركزت على أبراز الامتياز الذي منحه المشرع للإدارة ، وهي إرادة ذاتية تسمو على إرادة الأفراد ، تتمثل في عنصر الجبر في نزع الملكية للأفراد للمنفعة العامة ، ومبرر هذا الامتياز أنه لو ترك الأمر لحرية الأفراد ملاك العقارات المراد نزع ملكيتها، فإنهم يفضلون غالباً مصلحتهم الخاصة على المصلحة العامة^(٣)، ويرفضون البيع بصورة رضائية للإدارة ومؤدى ذلك تعطيل المصلحة العامة.

كذلك يلاحظ عليها أبراز عملية نزع الملكية، أنها تتم وفق إجراءات إدارية وتخضع للقضاء الإداري وليس للقضاء المدني ، وذلك يرجع إلى أن فقهاء القانون الإداري ينظرون إلى الإستملاك كأحد المفاصل الرئيسية للقانون الإداري ، كما انه يُعد من أحد النماذج التطبيقية لتمتع الإدارة بالسلطة التقديرية .

أما فقهاء القانون المدني فهم ينظرون إلى حق الملكية العقارية في مقدمة الحقوق العينية الأصلية لأنها أقواها وأكملها ^(٤) ، وهي من الحقوق المصونة والمحمية دستورياً^(٥)، وقد منع

1- Andre`Delaubadere, Traiteelementaire de driot Administratif, 4eme ,edition, Imprimerie Vaucon, Paris, 1967 , p 209.

^٢ محمد عبد الغني ، الاستملاك ورقابة القضاء الإداري دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة دمشق ، ٢٠٠٥، ص٢٥.

^٣ ينظر: د. محمد فؤاد مهنا ، مبادئ وأحكام القانون الإداري ، مصدر سابق، ص٨٠٠.

^٤ ينظر: د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ، مصدر سابق، ص٥.

^٥ منذ تأسيس الدولة العراقية فإن الدساتير المتعاقبة ، وكذلك القوانين الصادرة بموجبها حرصت على تأكيد مبدأ عدم جواز نزع الملكية الخاصة إلا إذا كان الغرض من ذلك هو تحقيق النفع العام، وأن أول دستور للعراق صدر في ١٩٢٥/١/١ باسم القانون الأساسي فقد ورد في نص المادة ١٠ " أن حقوق التملك مصونة ولا ينزع ملك أحد إلا لأجل النفع العام وفي الأحوال والطريقة التي يتبعها القانون ويشترط التعويض عادلاً" كما أن=

الفصل الأول..... ماهية التغيرات الطارئة في الإستملاك

المشروع الاعتداء عليها ^(١) ، كما زعم البعض من الفقه بان المشروع العراقي وعلى غرار المشروع الفرنسي قد أسبغ عليها صفة الإطلاق ^(٢) ، ومعنى هذه الصفة أن للمالك سلطة وسيادة وتحكماً كاملاً ، بحيث يكون للمالك الحق في اساءة استعمال الشيء حتى وأن أدى إلى الحاق الضرر بالغير ^(٣) ، ولكن هذا التفسير لا ينسجم مع التطورات التي حصلت في بداية القرن التاسع عشر حيث أنكمش المذهب الفردي وساد المذهب الاشتراكي، فأصبح ينظر إلى حق الملكية بأنه يؤدي

=الدستور المؤقت الصادر ١٩٧٠ أكد على الوظيفة الاجتماعية للملكية وعدم جواز نزع الملكية الخاصة إلا لمقتضيات المصلحة العامة ومقابل تعويض عادل ، كما ونصت المادة ١٦ /ب من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية الصادر ٢٠٠٤ " على أن الملكية الخاصة مصونة فلا يمنع أحد من التصرف في ملكه إلا في حدود القانون ولا ينزع أحد ملكه إلا لأغراض المنفعة العامة وفي الأحوال المبينة في القانون وبالكيفية المنصوص عليها فيه وشرط تعويضه تعويضاً عادلاً وسريعاً ، وأكد هذا المبدأ دستور العراق النافذ لسنة ٢٠٠٥ بالمادة ٢/٢٣ " لا يجوز نزع الملكية إلا لأغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل وينظم ذلك بقانون " .

^١ فالمشروع العراقي نص في المادة ١٠٥٠ " لا يجوز أن يحرم أحد من ملكه ، إلا في الأحوال التي قررها القانون وبالطريقة التي يرسمها . ويكون ذلك في مقابل تعويض عادل يدفع إليه مقدماً " .

وكذلك موقف المشروع المصري نص في المادة ٨٠٥ " لا يجوز أن يحرم أحد ملكه إلا في الأحوال التي يقرها القانون وبالطريقة التي يرسمها ويكون ذلك في مقابل تعويض عادل" وكذلك المشروع الفرنسي نص في المادة ٥٤٥ " لا يجبر أحد على التنازل عن ملكيته إذا لم يكن ذلك للمنفعة العمومية " .

^٢ ينظر: شاكر ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج١ ، مطبعة المعارف ، بغداد- العراق، ١٩٥٩، ص١٩٦، د. حسن علي دنون، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ص٢٥، د. صلاح الدين الناهي، محاضرات في القانون المدني العراقي، حق الملكية في ذاته، معهد الدراسات العربية، بدون ذكر رقم الطبعة، ١٩٦٠، ص١٨، حامد مصطفى، الملكية العقارية في العراق، ج١، مطبعة البيان العربي، ١٩٦٤، ص٥٠.

^٣ تفسير الفقيه ديمولومب لصفة الإطلاق المنصوص عليها في المادة ٥٤٤ من القانون المدني الفرنسي، أشار إليه د. طارق كاظم عجيل، الحقوق العينية الأصلية ، ج١، مكتبة السنهوري، بيروت- لبنان، ٢٠١٩، ص٢٥، هامش رقم ٢، وكذلك من أنصار هذا الرأي الفقيه (لوران) و(بورتاليس) و(سبنسر) ينظر لمزيد من التفاصيل : د. ثروت أنيس الاسيوطي ، مبادئ القانون، ج٢، الحق منشأة المعارف، السكندرية - مصر، بدون ذكر سنة الطبع، ص١٦-١٧.

الفصل الأول..... ماهية التغيرات الطارئة في الإستملاك

دور الوظيفة الاجتماعية، وهذا الدور الذي يحد من سلطات المالك عندما تتعارض مع مصلحة لها أولوية في الرعاية وأعدّها المشرع قيداً يرد على حق الملكية^(١).

فمن هذه القيود عندما يتعارض حق الملكية مع المصلحة العامة، فالأخيرة هي التي تقدم، وتفضل على الأول ، فالملاحظ على فقهاء القانون المدني و شراحه أنهم يبحثون الإستملاك تحت عنوان مساس الإدارة بحق الملكية^(٢) ، أو القيود الواردة على حق الملكية^(٣)، فهم يرون بأن هذه القيود هي قيود استثنائية ومقررة بنص القانون فلا يجوز التوسع في تفسيرها، لأن فيه مساس بحرمة الملكية الخاصة، وهذا ما أنعكس بصورة صريحة على تعريفهم للإستملاك ، فعرفه البعض بأنه " وسيلة استثنائية لاكتساب الأشخاص المعنوية العامة الحقوق العينية العقارية^(٤) .

كما عرف " هو عبارة عن نقل ملكية ، ويكون نقل الملكية هذا بناء على اتفاق بين المالك المنزوعة ملكيته وبين نازع الملكية الذي يستخدم الشيء المنزوع في الاعمال المقررة للمنفعة العامة ويحدد بمقتضى هذا الاتفاق مقدار التعويض الذي يقوم بدفعه نازع الملكية ، فإذا لم يتفقا عليه فإن لجهة الإدارة أن تجبر المالك على التخلي كرها عن ماله مقابل التعويض الذي تقدره المحكمة^(٥) .

والملاحظ على التعريف الأول أن الإستملاك يعد وسيلة استثنائية تستخدمها الإدارة، إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، فيتم من خلالها انتزاع الملكية الخاصة ونقلها للملكية العامة.

^١ ينظر د. طارق كاظم عجيل ، الحقوق العينية الأصلية، ج ١، مصدر سابق، ص ٢٦.

^٢ ينظر د. السنهاوري، حق الملكية، ج ٨، ط ٣، نهضة مصر، ٢٠١١، ص ٦١٧.

^٣ ينظر : د. عبد السلام ذهني ، الأموال ، مطبعة الإعتماد ، ١٩٢٦، ص ١٩٨ و د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ص ١٦ و د. حسن علي ذنون ، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ص ٥٥، د. طارق كاظم عجيل ، الحقوق العينية الأصلية، ج ١ ، مصدر سابق، ص ٦٤ ، و د. درع حماد الدليمي، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ص ٥٧.

^٤ حمدي باشا عمر، ماهية الملكية العقارية الخاصة، دار هومة، الجزائر ٢٠٠٢، ص ١١٣.

^٥ د. محمد كامل مرسي ، الملكية والحقوق العينية ، مطبعة الرحمانية، مصر، ١٩٢٣، ص ٤٢٥.

الفصل الأول..... ماهية التغيرات الطارئة في الإستملاك

والملاحظ على التعريف الثاني، أنه أشار إلى آثار الإستملاك هو نقل الملكية والتعويض، كما أنه تضمن صور نقل الملكية في الإستملاك وهما الرضائي والجبري، كما أنه أبرز ان عملية نزع الملكية تتم وفق إجراءات قضائية وليست إدارية .

وبالمقارنة بين فقهاء القانون الإداري و فقهاء القانون المدني، نجد أن الأخيرين ينظرون إلى الإستملاك بأن الأصل فيه هو الإستملاك الرضائي ، فإن لم يتفقا أطراف الإستملاك فلا بد من سلوك الطريق الآخر وهو الإستملاك الجبري والذي ينظرون إليه من زاوية استثناء من القاعدة العامة و هو مبدأ الرضائية في نقل الملكية ، بينما فقهاء القانون الإداري ينظرون إلى الإستملاك من زاوية بأنه امتياز منحة المشرع للإدارة وفق القانون ويشيرون في تعريفهم إلى عنصر الجبر في انتزاع الملكية الخاصة .

كذلك يلاحظ مما سبق على تعاريف فقهاء القانون الإداري ان عملية نزع الملكية تتم وفق إجراءات إدارية ، بينما فقهاء القانون المدني يلاحظ في تعاريفهم ان عملية نزع الملكية تتم أمام القضاء المدني.

وقد حاول بعض الشراح والباحثين الجمع فيما بين العناصر المميزة للإستملاك من وجهة نظر فقهاء القانون الإداري والمدني فعرفه البعض منهم بأنه قيام الإدارة باتخاذ إجراءات نقل الأموال الخاصة التي يمتلكها الأفراد إلى الدولة سواء طوعية أو جبرا ، بغرض تحقيق النفع العام، وفي مقابل تعويض^(١) .

فهذا التعريف أبرز ميزة الإجراء الإداري من جهة، وصور نقل الملكية الرضائية والجبرية من جهة أخرى.

وكذلك عُرف بأنها عملية يتم من خلالها نقل الملكية الخاصة إلى ملكية عامة ، بهدف تحقيق النفع العام ، ومقابل تعويض عادل^(٢) .

^١ د. سعد محمد خليل، نزع الملكية للمنفعة العامة بين الشريعة والقانون ، دار السلام، ط١، القاهرة، ١٩٩٣ ، ص٨١.

^٢ د. محمد عبد اللطيف ، نزع الملكية للمنفعة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨، ص٥.

الفصل الأول..... ماهية التغيرات الطارئة في الإستملاك

فالملاحظ على التعريف أنه خلا من إبراز صور نقل الملكية بصورة صريحة وأبرز فكرة نقل الملكية بصورة ضمنية والتي يستشف من أن نقل الملكية جاءت بصورة مطلقة إذ تشمل على نقل الملكية الرضائي أو الجبري.

وكذلك عُرِف بأنه امتياز أو مكنة للإدارة تخولها حرمان المالك من ملكه العقاري جبراً عنه لتحقيق المنفعة العامة ومقابل تعويض عادل (١) .

ويفهم من التعريف أنه وصف الإستملاك بأنه مكنة قانونية منحها المشرع للإدارة ، وبالرجوع إلى مفهوم المكنة القانونية ، يلاحظ أن بعض عناصرها ينطبق على الإستملاك ، وهو مبدأ القدرة القانونية الممنوحة للشخص في بناء مركز قانوني خاص ، على أن يحدث بإرادته وحدها أثراً قانونياً في المراكز القانونية للغير (٢) ، ودون توقف على رضا ذلك الغير (٣) ، واستناداً إلى هذه الميزة قام الباحث بإعطاء هذا الوصف على اعتبار أن الإدارة لها القدرة و بإرادتها المنفردة على أحداث أثراً قانونياً هو نقل ملكية العقار جبراً عن ماله .

ولكن يلاحظ أن الميزة الرئيسية للمكنة لا تتوفر في الإستملاك ، فالمكنة القانونية قائمة على أساس مبدأ الحرية والاختيار الممنوح للشخص فيجوز له أن يعمل وأن لا يعمل ، أن يتصرف وألا يتصرف (٤) ، فهي سلطة أو ميزة الخيار، أي خيار بين البدائل المحددة سلفاً (٥) .

بينما الملاحظ لجهة الإدارة ليس لديها هذا الخيار في أن تستملك أو لا تستملك إذا كانت المنفعة العامة متحققة ، بل أنها مجبره على الإستملاك، وإذا امتنعت عن ذلك فتعد مخلة بتنفيذ التزامها الذي أوجبه المشرع القيام به لمصلحة الجماعة .

^١ عزت صديق طنبوس ، نزع الملكية للمنفعة العامة ، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة عين الشمس، ١٩٨٨، ص ٢٥ .

^٢ ينظر د. وليم سليمان قلادة، التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري، ط١، المطبعة التجارية الحديثة، القاهرة - مصر، ١٩٥٥ ، ص ١١١

^٣ ينظر د. أبراهيم الدسوقي أبو الليل ، خيار الشفعة (دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقہ الإسلامي) مجلة الحقوق ، العدد الثاني ، ١٩٨٨، ص ٦٥.

^٤ ينظر د. عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ج ٢ مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٠، ص ١١٩.

^٥ ينظر د. أبراهيم الدسوقي أبو الليل، خيار الشفعة، مصدر سابق، ص ٦٠.

الفصل الأول..... ماهية التغيرات الطارئة في الإستملاك

فالم تأمل مما سبق، أن المشرع في الإستملاك قد خرج عن مبدأ الرضائية في نقل الملكية العقارية، ومبرره المنفعة العامة ، وإزاء ذلك ذهب جانب من الفقه إلى التشكيك بمصطلح الإستملاك في كونه لا يعبر عن مصداق ما تقوم به الإدارة ، لأنه في الاصطلاح اللغوي يعبر عن طلب الملك ولا يعني اجبار المالك على التخلي عن ملكه^(١) ، لذا فهم يرون بأن مصطلح نزع الملكية أقرب إلى المقصود من إجراء نزع الملكية لأن مصطلح الاستملاك يصدق في أحوال تخلي المالك عن ملكه طوعيا، فإنه لا يصدق على أحوال الاجبار والإكراه^(٢)، التي تمارسها الجهة المستملكة، ولذا استخدمت بعض التشريعات، منها المشرع المصري والفرنسي مصطلح نزع الملكية للمنفعة العامة للدلالة على المصاديق التي ينظمها القانون^(٣) .

أما موقف التشريعات، فالمشرع العراقي في قانون الإستملاك النافذ رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ لم يورد تعريف للإستملاك كما فعل في التشريعات السابقة^(٤)، وهذا ما يُعدّ نقصاً كان

^١ ' الإستملاك' لغة : ملك الشيء ملكاً ، حازه أو انفرد به تصرف به أو تصرف فيه فهو مالك .الملْك والملْك والمِلْك تعني احتواء الشيء والقدرة على الاستبداد به ... وملْك أي شيء يملكه ،،، وحكي عن الكسائي ارحموا هذا الشيخ الذي ليس له مُلْك ولا بصر أي ليس له شيء ، وحكاه الأزهري وقال ليس له شيء يملكه . وأملكه الشيء وملكه إياه تمليكا جعله ملكاً له يملكه ينظر : ابن منظور لسان العرب ، ج ١٠، دار صادر بيروت ، ص ٤٩٢-٤٩٣ ، والملْك بكسر فسكون مصدر ملك الشيء احتواه ، المملوك : اتصال شرعي بين الإنسان وبين شيء يكون مطلقا لتصرفه فيه وحاجزا من تصرف غيره فيه ينظر: ، د. محمد رواس قلعجي، معجم لغة الفقهاء، ط١، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع بيروت -لبنان ،سنة ١٩٨٥، ص ٣٤٦.

^٢ أحمد جمال الدين، الإستملاك ، ط٢، مطبعة الرابطة بغداد، ١٩٥٦، ص ٥.

^٣ ينظر: قانون نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة المصري رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ المعدل. وقانون نزع الملكية الفرنسي رقم ١٣٤٥ لسنة ٢٠١٤ النافذ .

^٤ في قانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٣٤ الملغي فقد عرف المشرع الإستملاك في المادة الأولى نزع الملكية لنفع عام ولقاء تعويض عادل يعين بموجب هذا القانون .

يلاحظ على المشرع أنه عرف الإستملاك بنزع الملكية وهذا يدل على صفة الجبر والإكراه دون صفة الرضائية في حين إن الإستملاك يشمل كلاهما ، فالتعريف لم يوضح المعرف بكل صفاته وإنما خص بعض صفات المعرف ولم يشمله كله، كما يلاحظ أنه أطلق من نطاق الملكية في حين إن المقصود الملكية العقارية والحقوق العينية المتعلقة به .

أما في قانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٦٠ الملغي فقد عرفه المشرع في المادة الأولى " هو نزع ملكية العقار لنفع عام ولقاء تعويض عادل يعين بموجب هذا القانون " ويلاحظ على هذا التعريف نفس الملاحظة الأولى للتعريف

الفصل الأول..... ماهية التغيرات الطارئة في الإستملاك

بالأحرى بالمشروع تضمينه على غرار القوانين السابقة، وذلك منعاً للاختلاط واللبس الذي يحتمل أن يحصل بين هذا المفهوم وبقية المفاهيم المشابهة له حسبما يرى البعض ذلك ^(١) .

وكذلك موقف المشرع المصري^(٢) ، فقد نظم إجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة، ولم يورد تعريف في قانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ المعدل بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة .

وكذلك موقف المشرع الفرنسي لم يورد تعريف في قانون نزع الملكية للمنفعة العامة بموجب المرسوم رقم ٩٩٧ - ٥٨ الصادر في ٢٣/١٠/١٩٥٨ الملغي، وكذلك أيضاً الحكم في قانون نزع الملكية النافذ الصادر بمرسوم رقم ١٣٤٥ الصادر في ٦/نوفمبر/٢٠١٤ النافذ.

أما على صعيد القضاء ، فعرفه القضاء العراقي بأنه "نزع ملكية العقار من يد صاحبه إلى الدولة لأغراض المنفعة العامة لقاء تعويض عادل" ^(٣)، وكذلك أيضاً عرفه القضاء المصري منذ بداية إنشاء محكمة النقض المصرية بأنه " حرمان مالك العقار من ملكه جبراً عنه للمنفعة العامة مقابل تعويض عما ناله من الضرر بسبب هذا الحرمان ^(٤) ، أما القضاء الفرنسي فمن

السابق للمشرع ، أما فيما يتعلق بالملاحظة الثانية وإن تجاوزها المشرع بعض الشيء بتحديد من نطاق الملكية وحددها بالملكية العقارية إلا أنه لم يشير أيضاً إلى الحقوق العينية العقارية المتعلقة به .

اما موقف قانون رقم ٥٤ لسنة ١٩٧٠ فقد عرف الإستملاك نزع ملكية العقار والحقوق العينية المتعلقة به لنفع عام ولقاء تعويض عادل يعين بموجب هذا القانون. يلاحظ على هذا التعريف فقط الملاحظة الأولى للتعريفات السابقة ، أما فيما يتعلق بالملاحظة الثانية فتجاوزها المشرع بتحديد من نطاق الملكية تحديداً نافياً للجهالة .

^١ خالد رشيد الدليمي، نزع الملكية للنفع العام دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه كلية القانون جامعة بغداد، ٢٠٠١، ص ١٠.

^٢ حرصت الدساتير المصرية المتعاقبة جميعها على النص على مبدأ صون الملكية الخاصة وعدم المساس بها إلا على سبيل الإستثناء وفي الحدود وبالقيود التي أوردتها... ومن أجل ذلك حظرت الدساتير لنزع الملكية الخاصة عن صاحبها إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض وذلك وفقاً لنص المادة ٩ من دستور ١٩٢٣، وكذلك في المادة ١١ من دستور ١٩٣٠ ، والمادة ٥ من دستور ١٩٧١ ، و المادة ٣٥ من دستور ٢٠١٤ النافذ .

^٣ محكمة التمييز، قرار رقم (٣٢٤/حقوقية) ، بتاريخ ٢٣/٢/١٩٧١ ، النشرة القضائية ، العدد الأول، السنة ٢، ١٩٧٢، ص ١٥٣.

^٤ محكمة النقض المصرية ، طعن رقم ٣٨ ، بتاريخ ٢٣/١١/١٩٣٣ أشار إليه د. الهيثم عمر سليم ، عدالة التعويض عن نزع الملكية الخاصة والإستملاك للمنفعة العامة في القانونين المصري والبحريني دراسة مقارنة، ٢٠١٤ ، ص ٣٣.

الفصل الأول..... ماهية التغيرات الطارئة في الإستملاك

خلال تتبعنا فيما تيسر لنا من مصادر للأحكام القضائية لمحكمة النقض الفرنسية، فلم نعثر على تعريف .

وإذا كان الرأي الغالب يرى أن أيراد التعريفات تُعد من عمل الفقه وليس المشرع ، إذا كانت مبررات التعريف لم تكن متوفرة في المصطلح لكي يعرفه المشرع، فالأخير لا يلجأ إلى التعريف في القوانين إلا إذا توفرت مبرراته ^(١) . ولعل المتأمل من تعريف الفقه، لا سيما الفقه المدني، أن الإستملاك يعد وسيلة استثنائية في نقل الملكية ، فنجد أنه من الضروري إيراد تعريف للإستملاك من أجل تحديد نطاقه وقطع دابر الاجتهاد في التوسع من نطاقه أو القياس عليه، عندما يكون مفهوم المصطلح غير مستقر لدى جهة الإدارة أو القضاء، وهذا ما فعله المشرع العراقي في التشريعات السابقة للإستملاك .

أما موقف المشرع العراقي في قانون الاستملاك النافذ، فلم يورد تعريف للإستملاك، وذلك لأن مفهومه أتضح بصورة جلية ومستقر لدى الإدارة والسلطة القضائية، وذلك بفضل التشريعات المتعاقبة لقانون الاستملاك في إيرادها للتعريف ، فمفهوم الاستملاك في قانون الاستملاك النافذ غير مثير للجدل في تحديد نطاقه أو الاجتهاد في التوسع فيه أو القياس عليه .

فإيراد تعريف للإستملاك ضرورة تشريعية نظرية ، وليست عملية ، وبناءً على ما تقدم نستطيع أن نعرف الإستملاك بأنه " تحمل أداء واجب بيع ملكية العقار والحقوق العينية المتعلقة به طوعاً أو جبراً لغرض المنفعة العامة ومقابل تعويض عادل يعين بموجب القانون .

^١ مبررات أيراد التعريف التشريعي أ- إذا أراد المشرع تحديد نطاقه لاسيما إذا كان هذا المصطلح يدخل في نطاق الأحكام الاستثنائية وليس ضمن نطاق الأحكام العامة ، فقد لا يرغب المشرع التوسع في نطاقه أو القياس عليه ينظر في شروط التعريف الصحيح د. مصطفى الزلمي، الالتزامات في ضوء المنطق والفلسفة، مطبعة شهاب أربيل- العراق ، ٢٠١١، ص ١٨ ب- عندما يكون المصطلح يشوبه الغموض أو يلتبس مع مصطلح آخر فيلجأ المشرع إلى تعريفه لإزالة الغموض عنه أو لرفع اللبس فيه عن غيره من المصطلحات. ينظر في شروط التعريف الصحيح د. مصطفى الزلمي، الالتزامات في ضوء المنطق والفلسفة، المصدر نفسه، ص ١٨ ج- عندما يكون التعريف نوعاً من القواعد المفسرة يلجأ إليها المشرع لتفسير لمبدأ أو نظام ينظر لمزيد من التفاصيل د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ج١، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٣، ص ٢٢٨.

الفرع الثاني

نطاق الإستملاك

من خلال تعريف الإستملاك، تبين لنا أن فقهاء القانون الإداري ينظرون إليه من زاوية كونه امتياز منحه المشرع للإدارة ، بينما فقهاء القانون المدني ينظرون إليه في كونه حق استثنائي ، وفي هذا الصدد فالتساؤل الذي يثار هو ما حدود الإدارة في استعمال هذا الامتياز على وفق نظرة فقهاء القانون الإداري أو إذا أثرنا التساؤل على وفق المنظار الثاني لفقهاء القانون المدني، فما هو حدود استعمال هذا الحق الاستثنائي من قبل الإدارة ؟. فهل هذه الحدود مقصورة على حق ملكية العقارات ؟ أم تشمل الحقوق العينية أيضاً ؟ أم تتعداها إلى المنقولات ؟. ولمعرفة الحدود الذي سمح بها المشرع للإدارة في انتزاع الملكية من أجل تحقيق المنفعة العامة. لابد من الرجوع إلى موقف التشريعات ، فنجد أن المشرع العراقي قد حدد نطاق الأستملاك إذ شمل تطبيقه على العقارات كافة، باستثناء العقارات التي تخضع لقوانين خاصة في نزع ملكيتها^(١) ، ومؤدى ذلك أن المنقولات خارج عن نطاق قانون الأستملاك، كما شمل بالنطاق الحقوق العينية الأصلية المتعلقة بالعقار^(٢) ، ومؤدى ذلك أن الحقوق العينية التبعية، خارج عن نطاق قانون الإستملاك، لأنها لا تكون محل لنزع الملكية، بل إنه يترتب على نزع الملكية تطهير العقارات مما عليها من التأمينات العينية ، فتنقل الملكية إلى الجهة المستملكة خالية من أي تأمين عيني أستناداً لنص المادة ١٢٩٨ من القانون المدني ، أما بالنسبة للدائن المرتهن فيعد العقار المرهون في حالة هلاك قانوني وينتقل الرهن إلى بدل الإستملاك كأثر من آثار نزع الملكية^(٣) .

^١ نصت المادة الثانية من قانون الإستملاك النافذ على نطاق سريانه " تسري أحكام هذا القانون على أولاً- العقارات كافة بما فيها الأراضي الزراعية وغير الزراعية والبساتين باستثناء العقارات التي تنظم التشريعات الخاصة بإجراءات نزع ملكيتها أو إطفاء الحقوق التصرفية فيها مع مراعاة أحكام المادة (٣) من هذا القانون ثانياً- حقوق التصرف في الأراضي المملوكة للدولة المستثناءه من أحكام اطفاء الحقوق التصرفية بمقتضى قانون توحيد اصناف اراضي الدولة رقم ٥٣ لسنة ١٩٧٦".

^٢ ثالثاً- الحقوق العينية الأصلية الأخرى المتعلقة بالعقار.

^٣ نصت المادة ١٢٩٨ " إذا هلك العقار المرهون رهناً تأمينياً أو تعيب أنتقل حق المرتهن إلى المال الذي يحل محله كالتعويض ومبلغ التأمين وبدل الإستملاك للمنفعة العامة والمرتهن أن يستوفي حقه من ذلك بحسب مرتبته"

الفصل الأول..... ماهية التغيرات الطارئة في الإستملاك

والعقارات التي يجوز نزع ملكيتها هي عقارات أو حقوق عينية على العقارات الأشخاص الطبيعية أو الأشخاص المعنوية الخاصة. كما أن الصفة الأجنبية للمالك لا تكون مانعاً من سريان قانون الإستملاك عليه ، أي يحق للإدارة نزع ملكية الأجنبي للمنفعة العامة، إذا لم تكن مقيدة بمعاهدة تمنعها من ذلك ^(١).

أما الحقوق العينية الأصلية المتعلقة بالعقار، فإن قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١٨١ لسنة ٢٠٠٢ قد رفع شرط الاستثناء الوارد بالفقرة (ثانياً) من المادة (٢) حيث قضى باختصاص محكمة بداءة موقع العقار بالنظر في دعوى اطفاء حق التصرف في الأراضي المشمولة بقانون توحيد اصناف اراضي الدولة رقم ٥٣ لسنة ١٩٧٦ وفقاً لإحكام قانون الإستملاك بناء على طلب الوزارات أو الجهات غير المرتبطة بوزارة أو البلديات .

كما تجدر الإشارة إلى ان المادة (٩) من قانون توحيد اصناف اراضي الدولة، قد نصت على أنه لا يجوز بعد نفاذ هذا القانون استملاك الحقوق التصرفية في الأراضي المملوكة للدولة ويصار إلى إطفائها وفقاً لإحكامه، ويستثنى من ذلك الحالات التي تنص القوانين عليها ، كما يتوجب في دعوى اطفاء حق التصرف ملاحظة توافر شروط الإطفاء المنصوص عليها في قانون توحيد أصناف أراضي الدولة ، حيث أن المحكمة وإن كانت تنتظر هذه الدعوى وفقاً لنصوص قانون الإستملاك من إجراءات ، إلا أن ملاحظة توافر شروط الاطفاء هو من أهم شروط هذه الدعوى ^(٢) .

أما بالنسبة لإستملاك الحقوق المعنوية فهي مستبعدة من نطاق تطبيق قانون الإستملاك النافذ، وإنما يطبق عليها نصوص قانونية أخرى تضمنها المشرع العراقي في المادة (٣٠) من قانون براءة الاختراع والنماذج الصناعية رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٠ المعدل بقانون براءات الاختراع والنماذج الصناعية والمعلومات غير المفصح عنها والدوائر المتكاملة والاصناف النباتية رقم ٨١

ينظر لمزيد من التفاصيل: د. درع حماد الدليمي، الحقوق العينية التبعية، مكتبة السنهوري، بيروت- لبنان، ٢٠١٩، ص ٩٨-١٠٢.

^١ مصطفى كامل محمد، الاستملاك للمنفعة العامة في القوانين المقارنة، ط ١، منشورات زين الحقوقية، بيروت - لبنان، ٢٠١٩، ص ٤٤.

^٢ شهاب أحمد ياسين، الوجيز في شرح قانون الإستملاك، ط ١، المكتبة القانونية ، بغداد- العراق، ٢٠١١، ص ٩.

الفصل الأول..... ماهية التغيرات الطارئة في الإستملاك

لسنة ٢٠٠٤، التي أجازت للوزير المختص نزع ملكية الاختراعات إذا اقتضت المصلحة العامة للبلاد أو لأسباب متعلقة بالدفاع الوطني، كما أجاز لمالك الاختراع المطالبة بالتعويض العادل بتقديم طلب إلى الوزير .

أما المنقولات فيرى البعض أنها لا يرد عليها الإستملاك، وذلك بسبب انتفاء الغاية من الإستملاك، لأن المنقولات المثلثة يمكن دائماً الحصول على مثلها من الأسواق^(١).

وهذا الرأي جدير بالتأييد في المنقولات المثلثة ، لكنه لا ينهض سبباً لتأييده في عدم نص المشرع على أستملاك المنقولات القيمة .

أما موقف المشرع المصري، فقد تناول نطاق سريان قانون نزع الملكية العقارية للمنفعة العامة رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ نص في المادة الأولى " يجري نزع ملكية العقارات اللازمة للمنفعة العامة والتعويض عنه وفقاً لإحكام هذا القانون "، كما نصت المادة الخامسة " يكون حصر وتحديد العقارات والمنشآت...".

ويرى جانب من الفقه أن المشرع لم يقصد في القانون سوى نزع ملكية العقارات ، لأنه لم يتحدث سوى عنها^(٢)، كما أن المشرع يقصد بمصطلح ملكية العقارات يشمل حق الملكية بالإضافة إلى الحقوق العينية الواردة على العقار (الأصلية - التبعية) ، وكذلك الدعاوى العينية المتعلقة بالعقار (دعاوى الاستحقاق - الفسخ)، فكل هذه الحقوق تنزع مع حق الملكية نفسه حتى تؤول العقار إلى الجهة المستملكة محرراً من كل عبء على ملكيتها التامة ، ولا يجيز المشرع المصري أن يرد نزع الملكية على الحقوق العينية العقارية الأصلية والتبعية دون حق الملكية^(٣) .

كما أن نطاق سريانه من حيث جنس العقار يشمل الاراضي المبنية وكذلك الأراضي غير المبنية ، وغالباً ما تكون هذه العقارات مملوكة لأشخاص القانون الخاص بنوعيتها ، أي

^١ ينظر: حسين محمد صالح، أحكام نزع الملكية للمنفعة العامة، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق - جامعة عين الشمس، ٢٠١١، ص ١٤٢.

^٢ د. شحاته غريب محمد، الاستملاك وتداعياته القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، ٢٠٠٦، ص ٤٨.

^٣ ينظر د. محمد بكر حسين، الوسيط في القانون الإداري، مصدر سابق، ص ٤٣٩ .

الفصل الأول..... ماهية التغيرات الطارئة في الإستملاك

الأشخاص الطبيعية والأشخاص المعنوية الخاصة ، فأى عقار مملوك لأي فرد من الأفراد يمكن نزع ملكيته للمنفعة العامة، كما أن أي عقار مملوك لشخص معنوي خاص يمكن أيضاً نزع ملكيته لتحقيق المنفعة العامة (١) .

ويميز جانب من الفقه بين نوعين لإموال الدولة، النوع الأول إذا كان العقار من الأموال العامة ففي هذه الحالة لا يمكن نزع ملكيته إلا بعد تجريده من صفة المال العام ، أما النوع الثاني وهي الأموال المملوكة ملكية خاصة لأشخاص القانون العام، فليس هناك ما يمنع من نزع ملكيتها، ومثال ذلك في حالة قيام الدولة بعمل منشأة عامة على عقار معين مملوك لأحد المحافظات ، ففي هذه الحالة يمكن نزع ملكية هذا العقار للمنفعة العامة (٢) .

لكن يرى رأي آخر جدير بالتأييد بأن الإدارة اعتادت على أن تسلك طريق آخر تحقق نفس الهدف، وهو تغيير الغرض الذي من أجله خصص هذا العقار، إذا كان مملوك لذات الجهة (٣) .

أما بالنسبة للحقوق المعنوية، فيرى جانب من الفقه أن جميع المنقولات مستبعدة من نطاق تطبيق قانون نزع الملكية . ويرتب الفقه على ذلك نتيجة بخصوص حقوق الملكية الفكرية باعتبارها منقولاً معنوياً (غير مادياً) فتكون خارج نطاق تطبيق قانون نزع الملكية للمنفعة العامة (٤) .

ولكن هذا لا يعني إن الحق المعنوي لا يمكن نزع ملكيته للمنفعة العامة، وإنما يتم ذلك من خلال تطبيق نصوص قانونية أخرى تضمنها المشرع المصري في نص المادة (٢٥) من قانون الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ ، فأجاز للوزير المختص أن يصدر قرار بعد موافقة اللجنة الوزارية المشار إليها في المادة (٢٣) من هذا القانون يقضي بنزع ملكية براءة الاختراع لتحقيق المصلحة العامة ، كما حدد القانون حالات معينة يمكن في حال توافرها نزع براءة الاختراع للمنفعة العامة ، وهذه الحالات تتمثل في براءة الاختراع التي تمس الأمن القومي

^١ ينظر د. شحاته غريب، الاستملاك وتداعياته القانونية، مصدر سابق ، ص ٤٧.

^٢ ينظر ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، مصدر سابق ، ص ٥٨٠.

^٣ د. طعيمة الجرف، القانون الإداري، مصدر سابق، ص ٦٣٧ .

^٤ د. شحاته غريب، الإستملاك وتداعياته القانونية ، مصدر سابق ، ص ٤٨ .

الفصل الأول..... ماهية التغيرات الطارئة في الإستملاك

للبلاد، وكذلك في حالات الضرورة القصوى التي لا يكون فيها الترخيص الإجباري كافياً لمواجهتها ، وأيضاً في حالة استغلال الاختراع لحاجات الدولة ^(١) .

أما في التشريع الفرنسي فإن النطاق الذي سمح به المشرع في المرسوم الصادر في ٢٣ أكتوبر ١٩٥٨ الملغي، في انتزاعها للمنفعة العامة هي العقارات المملوكة ملكية خاصة للأفراد أو للأشخاص المعنوية الخاصة، سواء كانت العقارات غير المبنية (اي الأراضي الزراعية أو الإراضي الجرداء أو أراضي الغابات) أم العقارات المبنية فيجوز نزعها كلاً أم جزءاً ، وفي حالة تضرر المستملك منه في حالة الإستملاك الجزئي فالمشرع أجاز له أن يطلب من القضاء أجبار الإدارة على أستملاك الجزء الآخر من العقار ^(٢) .

أما بالنسبة للعقارات المملوكة للدولة فهي تدخل ضمن نوعين من الأموال ، فالنوع الأول وهي تدخل ضمن أموال الدومين العام وهي الأموال المملوكة للدولة أو للمقاطعات أو الأقاليم فهذه العقارات لا يشملها نطاق قانون نزع الملكية . ولا يجوز في أي قانون آخر انتزاعها، ويرجع ذلك إلى أن هذه الأموال بطبيعتها مخصصة للمنفعة العامة ^(٣) ، لذلك فالمشرع خصها بميزة عدم القابلية للتصرف فيها، ولا يجوز تملكها بالتقادم ^(٤) .

وفي فرض إذا تحققت المنفعة العامة على هذه العقارات فالمشرع أجاز للإدارة أن تستفيد بعقارات الدومين العام وذلك بشرط أن تتفق مع الجهة المالكة ويكون ذلك بأحدى الطريقتين : الأولى أما بنقل إدارة هذا المال فقط إلى الإدارة التي تروم بناء المشروع الذي يحقق المنفعة العامة، إذا كان من المتعين بقاء هذه العقارات ضمن المال العام.

^١ د. شحاته غريب، الإستملاك وتداعياته القانونية ، المصدر نفسه، ص ٥١ .

^٢ ينظر : عزت صديق طنبوس، نزع الملكية للمنفعة العامة، مصدر سابق، ص ١٦٥.

^٣ ينظر : حسين محمد صالح ، أحكام نزع الملكية للمنفعة العامة، مصدر سابق، ص ١٤٠ .

^٤ ينظر: نص المادة (٧١) من القانون المدني العراقي، الموافقة للمادة (٨٧) من القانون المدني المصري، لمزيد من التفاصيل ينظر : عزت صديق طنبوس، نزع الملكية للمنفعة العامة، مصدر سابق، ص ١٦٦.

الفصل الأول..... ماهية التغيرات الطارئة في الإستملاك

أو بإنهاء تخصيصه للمنفعة العامة و إخراجها من نطاق الأموال العامة متى كان لا يتعين بقاء هذه العقارات بالضرورة في نطاق الأموال العامة وأدخاله في الدومين الخاص ومؤدى ذلك فإنه بالإمكان نزع ملكيته ^(١) .

أما النوع الثاني وهي العقارات التي تدخل ضمن أموال الدومين الخاص ، وهي العقارات المملوكة ملكية خاصة للأشخاص الإدارية اللامركزية كالمحافظات والأقاليم، فهذه العقارات تدخل في نطاق قانون نزع الملكية ويجوز انتزاعها للمنفعة العامة، وإذا كان العقار مملوك ملكية خاصة للدولة يراد الانتفاع به في مرفق آخر من مرافقها ففي هذا الفرض لا نكون بصدد نزع ملكية وإنما مجرد تغيير في التخصيص ^(٢) .

أما الحقوق العينية العقارية فقد أجاز المرسوم الصادر في ٢٣ أكتوبر ١٩٥٨ الملغي نزعها مستقلاً عن حق الملكية كحق الانتفاع أو حق السكنى أو حق الحكر وحق امتياز المناجم وغيرها من الحقوق ^(٣) .

أما في قانون نزع الملكية للمنفعة العامة الصادر في سنة ٢٠١٤ النافذ، فقد حدد المشرع نطاق الاستملاك فيشمل حق الملكية العقارية وكذلك الحقوق العينية المتعلقة بها وكذلك أصحاب الحقوق الشخصية ويعوضون عنها تعويض عادل ومسبق، ولم يشير المشرع بصورة صريحة إلى إمكانية نزع الحق العيني مستقلاً عن حق الملكية ^(٤) ، كما فعل في التشريع السابق الملغي .

^١ ينظر د. عبد الحكيم فودة، نزع الملكية للمنفعة العامة، دار الألفي القانونية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٤٩.

^٢ ينظر عزت صديق طنبوس، نزع الملكية للمنفعة العامة، مصدر سابق، ص ١٦٦-١٦٧.

^٣ ينظر حسين محمد صالح ، أحكام نزع الملكية للمنفعة العامة، مصدر سابق، ص ١٤١ . و ما تجدر الإشارة إليه أن قبل صدور المرسوم كان لا يجوز للإدارة أن تنزع ملكية الحقوق العينية بصورة منفردة كحق انتفاع أو ارتفاق إلا إذا أنصب نزع الملكية على كامل حق الملكية ، ينظر عزت صديق طنبوس، نزع الملكية للمنفعة العامة، مصدر سابق، ص ١٦٨.

^٤ Article L1

L'expropriation, en tout ou partie, d'immeubles ou de droits réels immobiliers ne peut être prononcée qu'à la condition qu'elle réponde à une utilité publique préalablement et formellement constatée à la suite d'une enquête et qu'il ait été procédé, contradictoirement, à la détermination des parcelles à exproprier ainsi qu'à la

الفصل الأول..... ماهية التغيرات الطارئة في الإستملاك

ويستملك تبعاً ضمن العقار المنزوع ملكيته العقار بالتخصيص فهو المنقول الذي وضعه مالكه لخدمة العقار أو استغلاله .

أما المنقولات، فوفقاً للقاعدة العامة، لا يجوز نزع ملكيتها للمنفعة العامة باستثناء المتعلق بنزع ملكية براءة الاختراع الخاصة بالدفاع المدني المنصوص عليه بالقانون الصادر في ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٣٥^(١)، كذلك أجاز القانون الصادر في ١١ أغسطس ١٩٣٦ بشأن تأميم المصانع الحربية، أن يكون محل نزع الملكية المنقولات ومواد التموين الضرورية لهذه المؤسسات^(٢) .

المطلب الثاني

شروط الإستملاك

لما كان الاستملاك يتم من خلال إجراءات قانونية ومادية تجيز للإدارة نزع ملكية العقار بسبب المنافع العامة ، ونظراً لخطورة هذا الإجراء على الملكية الخاصة للأشخاص في المساس بها، فالمشرع وضع شروط عدة، يجب تحققها لإتمام الإستملاك، لكي تمثل ضماناً لحماية الملكية الخاصة للأفراد.

وهذه الشروط تنقسم على نوعين، النوع الأول شروط سابقة على الإستملاك ، والنوع الثاني شروط مقترنة للاستملاك، وسنتناول بيان هذين النوعين في الفرعين الآتيين، وكما يلي .

recherche des propriétaires, des titulaires de droits réels et des autres personnes intéressées. Elle donne lieu à une juste et préalable indemnité.

^١ عزت صديق طنبوس، نزع الملكية للمنفعة العامة، مصدر سابق، ص ١٦٩.

^٢ حسين محمد صالح، أحكام نزع الملكية للمنفعة العامة، مصدر سابق، ص ١٤١.

الفرع الأول

الشروط السابقة على الإستملاك

قبل بدء المستملك بإجراءات الإستملاك لابد من تحقق الشرطين الآتيين:-

أولاً- وجود قانون يجيزه :- تتعارض نزع الملكية العقارية للأفراد مع قاعدة عامة مستقرة دستورياً في النظم القانونية (أن الملكية الخاصة مصونة) ^(١) . لذلك حرص المشرع على أن المساس بها عن طريق نزعها جبراً يعد استثناءاً تمارسه الإدارة وتنفيد في ممارستها عن طريق وجود قانون ^(٢) ، وينبغي على ذلك أن الإستملاك يجد مشروعيته من وجود قانون يجيزه ، فلا مشروعية بدون وجود قانون يسبق عملية الإستملاك، الذي ينظم أحكامه وضوابطه الواجب مراعاتها عند البدء بعملية الإستملاك ، ذلك أن الأخير يؤدي حتماً إلى المساس بالملكية الخاصة للأفراد فيحصل في أنه ينهض سبباً جدياً في إثارة مخاوف ملاك العقارات في مفاجأتهم بنزع ملكيتهم رغماً عنهم، فوجود قانون الإستملاك الذي يسبق عملية الأستملاك يوفر عدة ضمانات حقيقية للأفراد ، تتمثل بعلم الأفراد به ^(٣) .

وإذا كان سبق وإن تبين لنا أن فقهاء القانون المدني يرون في الإستملاك إجراء استثنائياً يرد على الملكية الخاصة، ما كان ليؤخذ به لولا اعتبارات هامة اقتضت الأخذ به تتمثل في المنفعة العامة، فإن جانب من فقهاء القانون الإداري يرون ذلك أيضاً، وهذا الاستثناء إذا كانت تبرره المنفعة العامة ، فلا يكفي وجود نص عام يشرع الاستملاك لجوازه، بل لابد بد من وجود قانون مسبق ينظمه ، من جميع جوانبه يكون سابقاً على المباشرة به ، لأن العمل بخلاف ذلك يجعل من عمل المستملك غاصباً للعقار، كذلك يعد غصباً للعقار وليس أستملاكاً إذا قام المستملك بنزع الملكية من دون مراعاة الأحكام والضوابط والإجراءات التي ينص عليها قانون

^١ خالد رشيد الدليمي ، نزع الملكية للنفع العام دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص ١٨.

^٢ علي نجيب حمزة ، أكتساب المال العام في القانون الإداري، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية العدد ١ المجلد الأول، ٢٠٠٩، ص ٣٥٢.

^٣ مروان محمد محروس و خليل محمد ، حماية الملكية الخاصة في أحكام المحكمة الدستورية البحرينية على ضوء التشريعات المنظمة لهذه الحماية، مجلة جامعة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد ١٤ العدد الثاني، ٢٠١٧، ص ٣٨٧.

الفصل الأول..... ماهية التغيرات الطارئة في الإستملاك

الإستملاك^(١). ومؤدى ذلك أن قانون الإستملاك يضبط نشاط الإدارة في قيامها بإجراءات الإستملاك وعند مخالفتها لهذه الإجراءات يثير هذا الأمر مسؤوليتها ويستوجب التزامها بتعويض المالك ، كما أنه يوفر لهم ضمانات التعويض العادل .

ولكي يتحقق هذا الشرط ، نلاحظ ان التشريعات غالباً ما تشرع تشريعاً عادياً للإستملاك أو في صورة قرار له قوة القانون صادر من السلطة التشريعية يقضي بالإستملاك^(٢) ، فلا يجوز أن يستند الإستملاك إلى قرار صادر من قبل السلطة التنفيذية أو إلى عرف، حتى لو كان هذا العرف قائماً قبل عملية الإستملاك^(٣) .

ثانياً- أن يهدف الاستملاك تحقيق المنفعة العامة

تُعَد فكرة المنفعة العامة الغاية من عملية الإستملاك بالنسبة للإدارة ، كما تعد هي المبرر الاستثنائي للمساس بحق الملكية الخاصة بالنسبة للأفراد ، فعملية الإستملاك في جوهرها تقوم على فكرة الموازنة بين ملكيتين : إحداها خاصة والأخرى عامة ، فترجح الثانية على الأولى ومؤدى ذلك يغدو الإستملاك مبرراً لها^(٤). إلا أن تغليب الملكية العامة على الملكية الخاصة ما كان ليقبل لولا أن الغاية المراد تحقيقها من ذلك هي المنفعة العامة .

وتعد فكرة المنفعة العامة من جهة ثانية شرطاً على سلطة الإدارة في الإستملاك ، ذلك أن أي إجراء أستملاك لا تهدف لتحقيق تلك المنفعة، يعتبر مخالفاً للقانون باعتباره غصباً للعقار المستملك ، إذ أن نطاق الإستملاك ومداه يتقيد بالمنفعة العامة، ومؤدى ذلك لا يجوز للإدارة أن تستملك أمولاً لا تتحقق المنفعة العامة من استملاكها ، ولا يجوز لها أن تستملك من العقار أكثر مما يحقق هذه المنفعة، وهذا ما أشار إليه المشرع في التشريعات المقارنة بصورة صريحة^(٥) .

^١ د. طعيمة الجرف، القانون الإداري ، مصدر سابق، ص ٦٣٦.

^٢ ينظر مصطفى مجيد، شرح قانون الإستملاك ، مصدر سابق ، ص ١٥.

^٣ خالد حمادة الخريشا، دعاوى الاستملاك أمام القضاء ، دراسة مقارنة، ط ١، دار الفكر، ٢٠١٠، ص ٤١ .

^٤ مروان محمد محروس و خليل محمد عبد الله ، حماية الملكية الخاصة في أحكام المحكمة الدستورية البحرينية على ضوء التشريعات المنظمة لهذه الحماية ، مصدر سابق ، ص ٣٨٨.

^٥ نص المشرع الفرنسي في قانون الإستملاك النافذ في المادة الأولى إلى أنه لا يمكن نزع الملكية بصورة كلية أو جزئية، للمباني أو حقوق الملكية العقارية إلا بشرط أن تتحقق المنفعة العامة الذي تم إنشاؤه مسبقاً ورسمياً بعد

الفصل الأول..... ماهية التغيرات الطارئة في الإستملاك

ومادام فكرة المنفعة العامة تمثل شرطاً على سلطة الإدارة في الإستملاك ، فالتساؤل الذي يثار ما المقصود بالمنفعة العامة؟.

كما أن فكرة المنفعة العامة تعد غاية وجود الإدارة والمرفق العام، وهي تعد الوسيلة القانونية التي تسبغ الشرعية على تصرفات الإدارة عند إجبار الأشخاص على انتزاع ملكيتهم، مما يثير هذا الأمر تساؤلاً عن المعيار المعتمد من قبل المشرع في تحديد المنفعة العامة؟.

لغرض الأجابة عن التساؤلات بصورة مفصلة، سنتناول بيان المقصود بالمنفعة العامة في الفقرة الأولى ، ومن ثم بيان معيار تحديد المنفعة العامة في الفقرة الثانية .

أ- المقصود بالمنفعة العامة

لعل المتأمل في الاصطلاح اللغوي لمعنى المنفعة ينصرف إلى كل ما يُنتفع به سواء أكان هذا النفع مادياً أم معنوياً^(١). غير أنه في الاصطلاح القانوني لا يكفي أن يكون المال نافعاً حتى يصبح من الجائز استملاكه بل لابد من أن تتخذ المنفعة طابعاً عاماً للمجتمع ، أي بعبارة أخرى لا تتوجه بالانتفاع إلى شخص أو أشخاص معينين بذواتهم بل إلى جميع الأشخاص أو إلى طائفة منهم ، وبصرف النظر عن عدد من تطبق عليهم .

وهذا ما تضمنه جوهر تعريف الفقهاء للمنفعة العامة ، إذ عرفها جانب من الفقه بأنها مجموع الأعمال التي ترمي إلى خدمة المجتمع على القدر الذي تكون مصلحته تبرر التضحية بمصلحة الفرد التي تتناقض مع الخير الذي تجنيه الجماعة^(٢) .

أما موقف الفقه في فرنسا ، فيعرف المنفعة العامة بأنها إشباع لحاجات الناس سواء في ذلك المنفعة العامة في نزع الملكية أم في حرية التجارة والصناعة^(١).

التحقيق ... وكذلك المشرع المصري نص في المادة الأولى من قانون نزع الملكية النافذ " يجري نزع ملكية العقارات اللازمة للمنفعة العامة ... " .

^١ ينظر د. إبراهيم أنيس د. عبد الحليم منتصر ، المعجم الوسيط ، مجمع اللغة العربية، ط٢، القاهرة- مصر، ص ٩٤٢.

^٢ أسامة الحناينة وآخرون، نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة في التشريع الأردني، بحث منشور في مجلة علوم الشريعة والقانون المجلد ٤٢، العدد ٣، ٢٠١٥، ص ٤.

الفصل الأول..... ماهية التغيرات الطارئة في الإستملاك

ويفهم من هذا التعريف أنه يؤسس فكرة المنفعة العامة على أساس إشباع الحاجات العامة ، فإن للجماعة أيضا حاجاتها العامة التي يسعى الجميع إلى تحقيقها (٢) .

ولا مناص للمشرع من النص على أن المنفعة التي تبرر القيام بعملية الإستملاك يجب أن تكون عامة. إذا كان يبتغي تحقيق أحد أهم المبادئ القانونية مبدأ المساواة وعدم التحيز (٣)

ب- أسلوب تحديد المنفعة العامة

لعل المنتبِع لموقف التشريعات، نجد أنها اختلفت بين أسلوبين في تحديد مفهوم المنفعة العامة :

الأسلوب الأول : ويمثل الأسلوب الجامد إذ ينص المشرع على سبيل التعداد للأعمال التي تحقق المنفعة العامة، وهذا النهج اتبعه المشرع العراقي في قانون الإستملاك الملغي رقم ٥٧ لسنة ١٩٦٠ الملغي ، فاستخدم أسلوب التعداد والحصص في بيان الصور التي تعد فيها المنفعة العامة متحققة والتي من أجلها يتم الإستملاك وقد أوردها على سبيل الحصر (٤) ، وبذلك

¹ Cabanes et labetoulle : chronique sous c. e. 23.6.1972 . p. 452

أشار إليه د. أحمد المواني ، فكرة المنفعة العامة في نزع الملكية الخاصة (نظرية الموازنة) ، بدون ذكر مكان الطبع ، بدون ذكر سنة الطبع، ص ٣٠ .

^٢ د. وحيد رافقت، القانون الإداري ، بدون ذكر مكان الطبع ، ١٩٣٧، ص ٢٣٢.

^٣ ينظر د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ج ١، مصدر سابق، ص ١٣٤.

^٤ المادة الثانية - تعد الأمور التالية من النفع العام :- ١- فتح أو توسيع الشوارع والمقابر والفسح والحدائق ومحلات الرياضة المعدة لمصلحة الجمهور . ٢- انشاء الأحواض لتعمير السفن والأرصعة والمستودعات والمخازن وما يتعلق بالمرافئ والساحات التي يستفاد منها للأغراض المذكورة . ٣- انشاء وتوسيع الطرق والجسور والسكك الحديدية والمطارات والتلفون والبرق واللاسلكي والإذاعة والتلفزيون وغيرها من وسائل المواصلات العامة . ٤- فتح وإنشاء الترعة ومجاري المياه والكهاريز ومخازن الماء وخزاناته والأعمال الأخرى التي يعود نفعها على الزراعة والري والملاحة النهرية وإدارة شؤون الأنهار وإنشاء السدود والأعمال الأخرى التي تتعلق بمكافحة الفيضان ٥- نشاء المستشفيات والمعاهد الصحية والملاجئ والسجون والميائتم والمدارس والمعاهد الخيرية التي تديرها أو تشرف عليها الحكومة .

٦- مباني الحكومة والبلديات والمؤسسات شبه الرسمية .

٧- انشاء المجاري لتصريف المياه وسحب الأقدار وتجفيف المستنقعات وإصلاح الأراضي المنخفضة والمالحة .

٨- انشاء الثكنات والمباني العسكرية والساحات اللازمة للاستعراضات العسكرية وإقامة ميادين للرمي وساحات للطيران والأمور الأخرى المطلوبة لمقاصد وأغراض عسكرية .

الفصل الأول..... ماهية التغيرات الطارئة في الإستملاك

فالمشرع لم يشأ أن يترك تقدير المنفعة العامة لجهة الإدارة، وإنما أوردتها هو على سبيل الحصر، حتى لا تتوسع الإدارة في نطاق المنفعة العامة أو تتعسف في استعمال هذا الحق، ويبدو أن المشرع كان ينظر إلى الإستملاك إلى كونه من طائفة الأحكام الاستثنائية .

ويذهب البعض إلى تأييد فكرة هذا الأسلوب بصورة عامة، فيرى إن المنفعة العامة هو المبرر الوحيد للمساس بحق الملكية الخاصة وانتزاعها جبراً فهو يعد استثناءً كفه الدستور، وأن في عدم تحديد مضمون هذا الاستثناء ، قد يقود إلى تعسف جهة الإدارة إذا ما ترك بدون تعريفه ووضع ضوابط له لاسيما وان مفهوم المنفعة العامة مفهوم مرن وغير منضبط ^(١) .

ولكن هذا الأسلوب تعرض للانتقاد من قبل جانب آخر من الفقه لما فيه من إسهاب وتفصيل لا يمكن ان يكون جامعاً لما قد تقضي ضرورات المصلحة العامة باعتباره من المنفعة العامة ^(٢) ، كما أنه لا يلبي المسائل المستجدة والمستحدثة لها فيما إذا ما تم تحديده من قبل المشرع.

الأسلوب الثاني :- ويمثل الأسلوب المرن، ففي هذا الأسلوب أكتفى المشرع بذكر توجيه عام يعد فيه الملكية الخاصة مصونة ، ولا يجوز نزع ملكيتها إلا للمنفعة العامة، وهذا التوجه يترك للإدارة تقدير ما يعد محققاً للمنفعة العامة من أعمال، وحتى لا تتعسف الإدارة في سلطتها

٩- الأعمال المتعلقة باستثمار مرافق وثروات البلاد الطبيعية ومشاريع اسالة الماء والتوزيع والخدمات الصحية العامة التي تقوم بها الحكومة او البلديات أو أي شخص بينه وبين الحكومة اتفاق بموجب امتياز .
١٠- الأمور التي تعهدت بها الحكومة العراقية بمعاهدة أو اتفاقية مصدقة بقانون بأن تستملك عقارات تطبيقاً لبنودها .

١١- إنشاء حي جديد .

١٢- الأعمال التي يقصد بها تحسين المدينة وتجميلها.

١٣- بناء دوائر ومخازن ومعامل ومزارع نموذجية مما لها علاقة بأعمال الدوائر ذات الاختصاص حسب قوانينها الخاصة .

=١٤- انشاء الأسواق والمحلات التي تقتضيها الأسباب الصحية وشروط العمران العصرية لغرض بيع أو خزن المواد الغذائية .

١٥- مشاريع الاسكان الحكومية والدور المعدة لسكنى الموظفين والمستخدمين في الدوائر الرسمية وشبه الرسمية.

^١ برهيمي سهام فكرة المنفعة العمومية في نزع الملكية، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون ، جامعة الإمارات العربية المتحدة العدد ٥٥، ٢٠١٣ ، ص ٣٥١.

^٢ د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ، مصدر سابق، ص ٢٠.

الفصل الأول..... ماهية التغيرات الطارئة في الإستملاك

التقديرية، يكون هذا التقدير خاضع لرقابة القضاء، وهذا المسلك اتبعه المشرع العراقي في قانون الإستملاك الملغي رقم ٥٤ لسنة ١٩٧٠^(١) ، فالملاحظ على توجه المشرع في هذا القانون قد تغير فلم يستخدم أسلوب التعداد الحصري في بيان المنفعة العامة التي من أجلها يتم الإستملاك، وإنما عرف النفع العام بصورة عامة وترك نطاق تحديدها لسلطة الإدارة تحت رقابة القضاء .

كما أن فكرة المنفعة العامة هي فكرة نسبية وتتغير باستمرار تبعاً للظروف التي تحيط بها. ومؤدى ذلك أن أتباع المشرع أسلوب التعداد الحصري لا يلبي المسائل المستجدة والمستحدثة للمنفعة العامة فيما إذا ما تم تحديده من قبل المشرع .

ولكن موقف المشرع العراقي في قانون الإستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ النافذ ، لم يستخدم أسلوب التعداد على سبيل الحصر أي تحديد نطاقها من قبله، أو حتى على سبيل المثال كما هو كان متبع لدى التشريعات السابقة، فقد كان أكثر مرونة فهو لم يؤرد تعريف للمنفعة العامة .

وايضاً يلاحظ أن المشرع العراقي في قانون الاستملاك النافذ انتهج أسلوباً مختلفاً في تقرير المنفعة العامة وتركها للسلطة التقديرية للإدارة وليس لسلطة القضاء المدني كما كان الحال لدى التشريع السابق .

وهذا يدل على أن المشرع أراد أن يركز على أن طبيعة أعمال الإستملاك هي إدارية^(٢) ، كما انه أراد أن يؤمن سرعة إنجاز عملية الإستملاك لتمكين دوائر الدولة والقطاعين العام والمختلط من تحقيق أغراضها وتنفيذ خططها ومشاريعها^(٣).

ونلاحظ أن عدم تحديد مفهوم المنفعة العامة من قبل المشرع وعدم تعريفها، بسبب نسبية هذه المنفعة وتغيرها باستمرار والمرونة التي تحيط بها.

كما يلاحظ أن المشرع المصري أتبع نفس الأسلوب في قانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ النافذ، فإنه بالرغم من قيامه بتحديد الأعمال التي تدخل في نطاق أعمال المنفعة العامة، إلا أنه لم يحصرها في هذا القانون فقط ، كذلك عد من أعمال المنفعة العامة ما يعد كذلك في أي

^١ نصت المادة السابعة " ١- تقرر المحكمة في أول جلسة تحقق النفع العام في طلب الإستملاك أو عدم تحققه.

^٢ ينظر: مصطفى مجيد، شرح قانون الإستملاك، مصدر سابق ، ص ١٨٤.

^٣ ينظر: الأسباب الموجبة للقانون.

الفصل الأول..... ماهية التغيرات الطارئة في الإستملاك

قانون آخر . كما منح المشرع المصري لرئيس الوزراء سلطة إضافة مشروعات وأعمال أخرى إلى تلك المبينة في القانون لإضفاء صفة المنفعة العامة عليها ^(١) .

كما أن المادة الثالثة من قانون الإستملاك قد منحت مجلس الوزراء سلطة خاصة لتقرير الإستملاك في الأحوال التي لا يمكن اعتبار المنفعة العامة متحققة فيها وفقا للتعدد والمعايير الواردة في المادة الثانية آنفة الذكر، فقد نصت المادة الثالثة على ان " لمجلس الوزراء في حالات أستثنائية أخرى يراها ضرورية ان يقرر الاستملاك للمنفعة العامة " والظاهر من النص أن هذه السلطة أستثنائية، من جهة، فلا يصح التوسع فيها، وأنها مقرونة بالضرورة من جهة أخرى، فحيث لا يتحقق عنصر الضرورة لا يجوز لمجلس الوزراء استعمال سلطته هذه.

مما سبق يتبين أن تحديد ما يعد من مبررات الإستملاك للمنفعة العامة، المرجع فيه المادة الثانية من قانون الإستملاك ، أما ما لا تنطبق عليه تلك المعايير فالمرجع فيه مجلس الوزراء بقرار خاص، وإن سلطة مجلس الوزراء استثنائية .

وكذلك أيضاً الموقف لدى المشرع الفرنسي في قانون الإستملاك النافذ، إذ أتبع أسلوب المرن ولم يستخدم أسلوب التعداد الحصري ، وإنما ترك الأمر إلى السلطة التقديرية للمفوض أو الهيئة المكلفة في مدى تحقق المنفعة العامة ^(٢)، ويتم ذلك من خلال إصدار تصريح بذلك ، كما أنه أعطى سلطة تقديرية لمجلس الدولة في تحديد الأعمال التي لا يمكن بحكم طبيعتها أو أهميتها إعلانها ذات منفعة عامة إلا بأصدار مرسوم من قبلهم ^(٣) .

وبالرغم من إيجابيات فكرة المنفعة العامة إلا أنها لا تخلو من سلبيات فلا زالت فكرة المنفعة العامة من أكثر المفاهيم التي اثارت الجدل حولها سواء بين الفقهاء أو المشرعين، والسبب في ذلك هو مرونة مفهوم هذه المصلحة وتبدلها من حالة إلى أخرى ومن مكان إلى آخر وهو مرتبط بالفلسفة السائدة في الدولة، ففي الفلسفة الليبرالية فإن المنفعة العامة تقوم على التعارض مع المنفعة الخاصة، أي أن المنفعة العامة تتجاوز في أهميتها المصلحة الخاصة

^١ د. نجم الأحمد، المفهوم القانوني للمنفعة العامة في نطاق الإستملاك، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية المجلد ٢٩- العدد الثاني، ٢٠١٣، ص ٢٦.

^٢ ينظر المادة 1-112 من قانون نزع الملكية للمنفعة العامة .

^٣ ينظر المادة 1-121 L من قانون نزع الملكية للمنفعة العامة.

الفصل الأول..... ماهية التغيرات الطارئة في الإستملاك

وبالتالي يكون نزع الملكية أو الاستملاك على أساس رجحان المنفعة العامة بالمقارنة مع المنفعة الخاصة أي مصلحة صاحب العقار المراد أستملكه (١) .

ومؤدى ذلك إن فكرة المنفعة العامة تعطي للإدارة سلطة تقديرية واسعة في الواقع العملي الذي قد يفتح المجال الواسع للإدارة في أن تتعسف في أستعمال هذه السلطة التقديرية، والتي تتعاطى مع أحد المبادئ الأساسية لحق الإنسان وهو حق الملكية الخاصة للأفراد المصون دستورياً وتشريعياً فهذه السلطة التقديرية الواسعة للإدارة فيما إذا أساءت أستخدامها فإنها سوف تؤدي إلى أنتهاك هذا المبدأ .

الفرع الثاني

الشروط المقترنة للأستملاك

أشترط المشرع شرطين على الجهة المستملكة أن تلتزم بها أثناء عملية الإستملاك والتي نبينها بالآتي:

أولاً- إتباع الإجراءات الخاصة التي يتطلبها القانون

يقصد بإجراءات نزع الملكية الوسائل أو الطرق التي رسمها المشرع في قانون الاستملاك، وأوجب على الإدارة إتباعها عند القيام بنزع ملكية عقار أو منطقة معينة للمنفعة العامة^(٢)، والتي يترتب عند عدم مراعاة تلك الإجراءات من جانب الإدارة عند نزع الملكية، فيصبح عمل الإدارة في مركز قانوني غير مشروع وهو مركز الغاصب^(٣) .

فهذه الإجراءات تمثل شرطاً على سلطة الإدارة في أن تسلك الطريق الذي رسمه المشرع لها، والأخير نظمها بقانون خاص ولا تتبع إلا في أحوال خاصة وهي حالة نزع الملكية .

^١ زياد خلف عليوي، معيار المصلحة العامة في الإستملاك، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ، جامعة كركوك، ص٧.

^٢ ينظر: عزت صديق طنبوس، نزع الملكية للمنفعة العامة، مصدر سابق، ص٢٠١.

^٣ ينظر: مروان محمد محروس وآخرون، حماية الملكية الخاصة في أحكام المحكمة الدستورية البحرينية ، مصدر سابق، ص٣٩٣.

الفصل الأول..... ماهية التغيرات الطارئة في الإستملاك

ومؤدى ذلك إن المشرع قد أسبغ صفة النظام العام في هذه الإجراءات بحيث لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها بين أطراف الإستملاك .

وفي فرض إذا لم تتبع الإدارة هذه الإجراءات فإن لذوي الشأن الطعن أمام القضاء بذلك ، وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية " التشريع الخاص الذي ينظم هذه الإجراءات كلها متعلقة بالنظام العام لتعلق موضوعه واتصال أحكامه بمنفعة عامة " (١) .

وقد حظيت هذه الإجراءات الشكلية لإتمام عملية الإستملاك عناية خاصة لدى المشرع العراقي إذ خصص لها الباب الرابع من القانون ، كما أنه نظمها بأسلوب يختلف عن أسلوب التشريعات السابقة ، إذ نظم هذه الإجراءات بحسب كل نوع من أنواع الإستملاك ، فنظم الإستملاك الرضائي في الفصل الأول منه وفي المواد (٧،٦،٥،٤) .

وقد بينت المادة الرابعة العملية الفنية لهذا النوع من الإستملاك ويتم من خلال الاتفاق بين الإدارة ومالك العقار بالتراضي، على أن يقدر بدل العقار من قبل لجنة تسمى هيئة التقدير التي يصبح قرارها باتاً ملزماً لإطراف الاستملاك إذا لم يتم الاعتراض عليه خلال عشرة أيام أمام رئيس هيئة التقدير، ويعتبر الاتفاق بين الطرفين وقرار هيئة التقدير وإيداع بدل العقار في دائرة التسجيل العقاري أساساً للتسجيل في السجل العقاري، وإذا لم يسدد بدل العقار خلال ستين يوماً من تاريخ تبليغ الإدارة بقرار هيئة التقدير يستطيع صاحب العقار إلغاء موافقته على الإستملاك^(٢).

أما النوع الثاني، الإستملاك القضائي، فنظم المشرع إجراءاته في الفصل الثاني في المواد من (٩ - ١٥) فأجاز المشرع لدوائر الدولة والقطاع العام التي يحق لها الإستملاك بموجب القانون، ويستثنى من ذلك الاستملاك لأغراض عسكرية من إجراءات الاستملاك القضائي .

فيتم الاستملاك القضائي من خلال تقدم طلب الإستملاك إلى محكمة البداية التي يقع العقار في دائرتها متضمناً فيه عدم وجود مانع قانوني أو تخطيطي من الإستملاك ، مع صورة قيد

^١ محكمة النقض المصرية قرار رقم ٥١٥ بتاريخ ١٦/٥/١٩٧٧ أشار إليه عزت صديق طنبوس ، نزع الملكية للمنفعة العامة، مصدر سابق، ص ٢٠٣.

^٢ زياد خلف عليوي، معيار المصلحة العامة في الإستملاك ، مصدر سابق، ص ١١.

الفصل الأول..... ماهية التغيرات الطارئة في الإستملاك

العقار وأسماء مالكيه ثم تعين المحكمة موعداً للنظر في طلب الإستملاك خلال عشرة أيام من تاريخ تسجيل الطلب لدى المحكمة ومن ثم دعوة الطرفين للحضور^(١).

وبعد أكمال كافة المستمسكات يصار إلى تقدير التعويض من قبل هيئة التقدير التي تشكل من قاضي محكمة البداية رئيساً وعضوية رئيس دائرة التسجيل العقاري أو من ينوب عنه ورئيس دائرة الضريبة أو من ينوب عنه وممثل عن المستملك وممثل عن المستملك منه ، ويقدر التعويض بعد أن تستمع الهيئة إلى أقوال الطرفين أو من ينوب عنهما أو من كان حاضراً منهما ولا تقدر الهيئة التعويض إلا بعد إجراء الكشف على العقار وتستطيع الاستعانة بالخبراء لهذا الغرض ، وتصدر قرارها بالاتفاق أو بالأغلبية الأعضاء على أن تبين هيئة التقدير إلى صفة العضو المخالف وجهة مخالفته وأسبابها وإلا يكون قرار المحكمة غير صحيح ومخالف للقانون^(٢)، وتفصل المحكمة في طلب الإستملاك على وجه الاستعجال ويفهم الطرفين بالقرار ثم يدفع بدل الإستملاك نقداً مع المصاريف إلى المحكمة التي بدورها تشعر دائرة التسجيل العقاري بتسجيل المستملك بعد أكتساب قرار الاستملاك درجة البتات^(٣).

أما النوع الثالث من الإستملاك، هو الإداري، فنظم المشرع العراقي إجراءاته في الفصل الثالث في المواد (٢٢-٢٥)، وهذا النوع من الإستملاك أشار إليه المشرع عندما يكون كل من المستملك والمستملك منه من دوائر الدولة أو القطاعين العام والمختلط، عدا الأوقاف، حيث يجري استملاكه إدارياً ويتم باتفاق بين الطرفين ، ويفصل الوزير المختص في الخلاف الناشئ عن الإستملاك الإداري إذا كان العقار تابعاً لدوائر وزارته أما إذا كان الطرفان من وزارات مختلفة فيفصل مجلس الوزراء في الخلاف الناشئ عنه، ويتم تقدير وتحديد التعويض باتفاق الطرفين أما إذا لم يتم الاتفاق فيتم الطلب من هيئة التقدير تقدير التعويض وفقاً لإحكام القانون^(٤).

^١ د. نكتل إبراهيم عبد الرحمن، الموازنة بين المنافع والأضرار في قانون الإستملاك، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الموصل - كلية القانون، ص ١٨٨.

^٢ محكمة أستاناف نينوى الاتحادية ، قرار رقم ٢٣٥، بتاريخ ١٣/٩/٢٠٠٩ . متاح على موقع قاعدة التشريعات العراقية <https://iraqlid.hjc.iq/VerdictsTextResults.aspx>

^٣ شهاب أحمد ياسين، الوجيز في شرح قانون الإستملاك، مصدر سابق ، ص ١٨.

^٤ شهاب أحمد ياسين، الوجيز في شرح قانون الإستملاك، المصدر نفسه ، ص ٦٨ .

الفصل الأول..... ماهية التغيرات الطارئة في الإستملاك

أما في التشريع المصري، فإن الإجراءات التي نظمها المشرع لنزع الملكية تمر بمرحلتين : الأولى الإجراءات السابقة على تقرير المنفعة العامة وتتمثل هذه الإجراءات في سلطة الإدارة في اختيار العقارات للمنفعة العامة، والمرحلة الثانية صدور قرار تقرير المنفعة العامة:

فتبدأ المرحلة الأولى في اختيار الإدارة العقارات للمنفعة العامة، فيبدو إن المشرع المصري قد أعطى ثقته للإدارة في اختيار العقارات اللازمة نزعها من أجل تحقيق المنفعة العامة، وجعل سلطة إصدار قرارات نزع الملكية من اختصاصها وحدها^(١) ، كما وصف جانب آخر من الفقه بأنها سلطة مطلقة للإدارة^(٢) ، وذلك يرجع إلى عدة أسباب ، فنظراً لأن تطبيقات نزع الملكية للمنفعة العامة كثيرة الوقوع في العمل، فإذا اشترط المشرع صدور تشريع بها ويجعل الأمر من اختصاصه، فإن من شأن ذلك أن يلقي على عاتق السلطة التشريعية عبئاً لا مبرر له، ومن شأنه أيضاً أن يعوق مشروعات المنفعة العامة التي تقوم بها الدولة في كل وقت^(٣) . كما أن جهة الإدارة تتمتع بمقومات الخبرة والمعرفة في تحديد واختيار العقارات اللازمة نزعها لتحقيق المنفعة العامة^(٤) .

ونظراً لهذه الأسباب فإن لجهة الإدارة أن تحدد الموقع الملائم لإقامة المشروع وتعين العقارات اللازمة له وهذا ما قضى به القضاء الإداري " متى تقررت صفة النفع العام لمشروع ما، فلا وجه للأحتجاج بموقع المشروع بمقولة أن جهة الإدارة كان بوسعها تدبير موقع آخر ، وذلك أن تحديد موقع المشروع يدخل في مجال السلطة التقديرية لجهة الإدارة ولا معقب عليها في اختيارها لموقع المشروع مادام مسلحها يخلو من إساءة استعمال السلطة " ^(٥).

ويبدو أن القضاء الإداري المصري يرى إذا كان للإدارة السلطة التقديرية في اختيار العقارات اللازمة للمنفعة العامة ، فإن هذا لا يعد حقاً مطلقاً للإدارة وإنما تخضع لرقابة القضاء

^١ ينظر د. سمير تناعو ، مصادر الإلتزام، ط ١، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية- مصر، ٢٠٠٩، ص ٥٤٣.

^٢ ينظر د. سعد محمد خليل ، نزع الملكية للمنفعة العامة بين الشريعة والقانون، دار السلام، ط ١، القاهرة، ١٩٩٣، ص ٨٧.

^٣ د. سمير تناعو، مصادر الإلتزام، مصدر سابق، ص ٥٤٤.

^٤ حسين محمد صالح العذري، أحكام نزع الملكية للمنفعة العامة، مصدر سابق، ص ٢٠٣.

^٥ قرار المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم ٤١٦ بتاريخ ١٨/ يناير/ ١٩٨٦ أشار إليه حسين محمد صالح العذري، أحكام نزع الملكية للمنفعة العامة ، المصدر نفسه ، ص ٢٠٤.

الفصل الأول..... ماهية التغيرات الطارئة في الإستملاك

لا سيما إذا أساءت الإدارة استعمال سلطتها في اختيار تلك العقارات أو في التوسع في المساحة المطلوبة لنزع تلك العقارات .

اما المرحلة الثانية فتبدأ بصدر قرار بتقرير المنفعة العامة من رئيس الجمهورية وهو صاحب الاختصاص الأصلي ، وله أن يفوض رئيس مجلس الوزراء في إصدار هذا القرار . وهذا ما نص عليه المشرع المصري في المادة الثانية من قانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ النافذ وبصدر القرار بتقرير المنفعة العامة يجب أن يرفق مع القرار مذكرة ببيان المشروع ورسم بالتخطيط الإجمالي له وللعقارات اللازمة له، وينشر القرار في الجريدة الرسمية ويلصق في المحل المعد للإعلانات بالمقار الرئيسية لوحدات الإدارة المحلية ، وفي مقر العمدة أو الشرطة وفي المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها العقار .

وبمجرد نشر القرار في الجريدة الرسمية ، يكون لمندوب الجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية الحق في دخول الأراضي التي تقرر نزع ملكيتها لإجراء العمليات الفنية والمساحية ووضع علامات التحديد ، أما بالنسبة للمباني والمشروعات فيجب أن يخطرأ ذوا الشأن بموجب خطاب موصى عليه بعلم الوصول لغرض دخول العقار^(١) . ثم يليها عدة اجراءات لاحقة لتقرير المنفعة العامة^(٢) .

^١ ينظر: د. محمد قدرى حسن، القانون الإداري، مصدر سابق، ص ٣٣٢-٣٣٣ .

^٢ بعد صدور قرار تقرير المنفعة العامة بالطريقة المحددة كما أوضحناها سابقا ، يتعين على الإدارة أن تتخذ سلسلة من الإجراءات اللاحقة على هذا القرار، فأول إجراء تتخذه الإدارة تقوم بحصر العقارات التي تقرر لزومها للمنفعة العامة ، وهذا ما نصت عليه المادة الخامسة من قانون نزع الملكية بأن يكون حصر العقارات والمنشآت التي تقرر لزومها للمنفعة العامة بواسطة لجنة مؤلفة من مندوب عن المصلحة القائمة بإجراءات نزع الملكية ومن أحد رجال الإدارة المحليين ومن الصراف ، ومن ثم تقوم اللجنة بتحرير محضراً تبين فيه هذه الممتلكات وأسماء الملاك وأصحاب الحقوق ، ومحل إقامتهم ويوقع كشوف الحصر أعضاء اللجنة المذكورة والحاضرين جميعهم إقراراً منهم بصحة البيانات الواردة بها وإذا أمتنع أحد ذوي الشأن عن التوقيع أثبت ذلك في المحضر مع بيان أسباب امتناعه . ومن ثم تتولى المصلحة القائمة بإجراءات نزع الملكية مهمة إعداد كشوف من واقع عملية الحصر تبين فيها العقارات والمنشآت التي تم حصرها ومساحتها ومواقعها وأسماء ملاكها وأصحاب الحقوق فيها ومحال إقامتهم والتعويضات التي تقدرها كمقابل لتلك العقارات ، ومن ثم تقوم الجهة الإدارية بعد أن تعد كشوفاً من واقع عملية الحصر بالإعلان في الجريدة الرسمية وفي جريدتين واسعتي الانتشار عن موعد عرض الكشوف، تقوم بعرض هذه الكشوف في الأماكن المحددة قانوناً مع أخطار الملاك وأصحاب الشأن بوجوب الإخلاء في مدة أقصاها خمسة أشهر بكتاب موصى عليه بعلم الوصول . ويجوز لذوي الشأن خلال ثلاثين يوماً من تاريخ

الفصل الأول..... ماهية التغيرات الطارئة في الإستملاك

أما في التشريع الفرنسي فإن التنظيم القانوني لإجراءات نزع الملكية في التشريع الفرنسي يختلف عن غيره من التشريعات المقارنة حيث تمر الإجراءات بمرحلتين المرحلة الأولى هي الإجراءات الإدارية ، والثانية الإجراءات القضائية الخاصة بتقدير التعويض.

ويبدأ أول أجراء إداري هو التحقيق السابق على تقرير المنفعة العامة ^(١) ، فلم يجرز المشرع تقرير المنفعة العامة على عقار إلا بعد تحقيق مسبق ويتم فتح ملف التحقيق بمعرفة المفوض أو الهيئة المكلفة بتحقيق المنفعة العامة ^(٢) ، ويجب أن يشتمل الملف على المستندات اللازمة لبيان العقار وأسباب اعتباره أستملاك العقارات من المنافع العامة وتقدير إجمالي للنفقات، فمنذ الأمر الصادر في أكتوبر سنة ١٩٥٨ لم يعد إعلان المنفعة العامة بقرار من المشرع ، بل تعلن بقرار إداري ، وترسل الإدارة طالبة نزع الملكية الملف إلى المحافظ الذي يأمر بفتح ملف التحقيق، وأن تتوفر في هذا القرار شروط النشر في جريدتين يوميتين ولا يعفى من ذلك الإعلان في الأماكن المحددة لإعلان الجمهور ، ويجب ألا تقل مدة فتح الملف عن ١٥ يوماً أما الحد الأقصى للتحقيق فيحدده مفوض الجمهورية .

=أنتهاء مدة العرض الإعتراض على البيانات الواردة بالكشوف أو على مبلغ التعويض ، فإذا لم تقدم الإعتراضات في المدة المذكورة اعتبرت البيانات الواردة بالكشوف نهائية أما في حالة التقدم بالإعتراضات فيكون لذوي الشأن الحق في الطعن على القرار الصادر أمام المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها العقار خلال سنتين يوماً من تاريخ إعلان القرار والأجراء الأخير هو نقل الملكية فقد أوجب المشرع على أصحاب العقارات التي لم تقدم في شأنها معارضات بالتوقيع على نماذج خاصة بنقل ملكيتها للمنفعة العامة ، أما الممتلكات التي يتعذر الحصول على توقيع أصحاب الشأن في خصوصها لأي سبب فيصدر قرار نزع ملكيتها من الوزير المختص ، وتودع النماذج أو القرار الوزاري مكتب الشهر العقاري المختص ويترتب على هذا الإيداع بالنسبة للعقارات الواردة بها جميع الآثار المترتبة على شهر عقد البيع . وإذا لم تودع النماذج أو القرار الوزاري طبقاً للأجراءات القانونية سالفة الذكر خلال سنتين من تاريخ نشر قرار المنفعة العامة في الجريدة الرسمية عد القرار كأن لم يكن بالنسبة للعقارات التي لم تودع النماذج أو القرار الخاص بها . ينظر : د. محمد قدري حسن، القانون الإداري، مصدر سابق، ص ٣٣٣.

^١ ينظر : نص المادة 1-110 L من قانون نزع الملكية النافذ.

^٢ ينظر : نص المادة 1-112 L من قانون نزع الملكية النافذ .

الفصل الأول..... ماهية التغيرات الطارئة في الإستملاك

ونظام التحقيق يختلف بحسب ما إذا كان المشروع المزمع أقامته له تأثير على البيئة من عدمه ، فإذا كان له تأثير فإنه يخضع للتحقيق للنظام الخاص الوارد في قانون البيئة ^(١).

أما إذا كانت المشروعات المقترحة لا تؤثر على البيئة فإنه يسري عليها النظام العام للتحقيق الوارد في قانون نزع الملكية .

ويعلن المحقق رأيه في النهاية ، ويرسل الأوراق إلى الإدارة لإعلان قرار المنفعة العامة ، أياً كان رأي المحقق متفقاً أو مخالفاً لرأي الجمهور بالموافقة على المشروع أو برفضه فإن هذا لا يؤثر على قرار الإدارة التي تضع رأيه في الاعتبار إلا أن لها الحق في مخالفته ^(٢) . وكل ما يترتب على مخالفته هو حلول الوزير مكان المحافظ في تقرير المنفعة العامة ، فإن كانت السلطة للوزير أمتنع عليه الأمر قبل أخذ رأي مجلس الدولة.

وبعد صدور رأي المحقق يليه الإجراء الإداري وهو صدور قرار تقرير المنفعة العامة والذي عهد المشرع في إصداره إلى المحافظ المفوض من رئيس الجمهورية وهو يمارس هذا الاختصاص ليس أصلياً، وإنما عندما تحقق شروط محددة - ان يكون رأي المحقق هو الموافقة على المشروع - أن تكون العقارات المراد نزع ملكيتها تقع في المحافظة التي يرأسها ، إما إذا كانت العقارات المراد نزع ملكيتها تقع في محافظتين فإن الأمر يتطلب صدور قرار مشترك من مفوضي الجمهورية المعنيين . وكذلك أعطى المشرع للوزير صلاحية محدودة جداً وفق المرسوم الصادر في ٥ فبراير ١٩٧٢، في إصدار قرار تقرير المنفعة العامة بالنسبة لإنشاء الإدارات المركزية ، والعمليات التي يجب بشأنها الحصول على رأي الهيئة الوطنية للعمليات العقارية ، وهي العمليات المتعلقة بعقارات تقع في أكثر من محافظة ولم يكن هناك اتفاق بين مفوضي الجمهورية ^(٣) .

^١ ينظر : نص المادة 1-122 من قانون نزع الملكية النافذ ، وكذلك نص المادتين (1-126 L -2-123 L) من قانون البيئة اللتان نظمتهما نظام التحقيق الخاص، بينما كان الأمر قبل صدور قانون نزع الملكية النافذ خاضعاً للقانون الصادر في ١٢ يوليو ١٩٨٣ المعدل بالمرسوم الصادر في ٢٣ أبريل ١٩٨٥ ينظر لمزيد من التفاصيل: حسين محمد صالح العذاري، أحكام نزع الملكية للمنفعة العامة، مصدر سابق، ص ١٩١.

^٢ ينظر: نص المادة 2-121 L من قانون نزع الملكية النافذ .

^٣ د. سعد محمد خليل ، نزع الملكية للمنفعة العامة بين الشريعة والقانون، مصدر سابق، ص ١١٠.

الفصل الأول..... ماهية التغيرات الطارئة في الإستملاك

كما يختص مجلس الدولة بإصدار مرسوم يبين فيه فئات الأعمال التي لا يمكن إصدار بها مرسوم إلا من خلاله أما لسبب طبيعة المنفعة العامة أو لأهميتها^(١)، ومثالها إنشاء مطارات وموانئ وطرق السيارات والسكك الحديدية وقنوات الملاحة^(٢).

فبعد صدور قرار تقرير المنفعة العامة بوثيقة تبين الأسباب التي دعت إلى نزع ملكيتها^(٣)، يليه أجراء حصر الممتلكات التي ستنزع ملكيتها، وتتم عملية الحصر بإجراءات مشابهة لإجراءات تقرير المنفعة العامة وهي إجراء تحقيق جزئي وصدور قرار الحصر.

والأصل في الإستملاك هو أن يكون رضائي فيقوم المستملك بأخطار المستملك منه بمقدار عرضه لمبلغ التعويض، كما يدعوا المستملك منه عن الإفصاح عن طلبه للمبلغ^(٤)، وفي حالة عدم توصل الطرفين إلى الاتفاق بصورة رضائية على مبلغ التعويض فيتم تحديد من قبل قاضي نزع الملكية^(٥)، ويصدر أمر نقل الملكية إلى الجهة المستملكة^(٦).

ولكن قد تقوم الإدارة بعدم أخطار المستملك منه بمقدار عرضها لمبلغ التعويض وإنما تلجأ مباشرة إلى قاضي نزع الملكية لتحديد مقداره، وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية إن الأخطار بالعروض ليس إجراء شكلي إلزامي قبل أمر نزع الملكية، كما أن الدفع به لأول مرة أمام محكمة النقض يشكل دفعا بعدم القبول لكونه ليس متعلقاً بالنظام العام، لذا قررت المحكمة رد الطعن^(٧).

^١ ينظر: نص المادة 1-121L من قانون نزع الملكية للمنفعة العامة النافذ.

^٢ من الجدير بالذكر قبل صدور قانون نزع الملكية النافذ كان أختصاص مجلس الدولة للمشاريع المنفعة العامة ذات الطبيعة أو الأهمية الخاصة تخضع للمرسوم الصادر في ١٩ مايو ١٩٥٩ المعدل طبقاً للقانون الصادر في ١٢ يوليو ١٩٦٦ ينظر لمزيد من التفاصيل د. سعد محمد خليل، نزع الملكية للمنفعة العامة بين الشريعة والقانون، مصدر سابق، ص ١١٠.

^٣ ينظر: نص المادة 1-122L من قانون نزع الملكية النافذ.

^٤ ينظر نص المادة 4-311L من قانون نزع الملكية النافذ.

^٥ ينظر نص المادة 5-311L من قانون نزع الملكية النافذ.

^٦ ينظر: نص المادة 1-220L من قانون نزع الملكية النافذ.

^٧ محكمة الاستئناف الفرنسية، الغرفة المدنية الثالثة، قرار رقم ٥٤١، تاريخ القرار ٢٤/ يونيو/ ٢٠٢١ قرار منشور في موقع محكمة النقض الفرنسية. <https://www.courdecassation.fr/publications/>.

ثانياً - دفع تعويض مقابل الإستملاك

بما ان نزع الملكية الخاصة يعد أجباراً قانونياً، فرضه المشرع للمنفعة العامة، والتي ترجح على المنفعة الخاصة لتعارضها معها، إلا أن المشرع لم يهمل المنفعة الخاصة البتة، فأشترط لإكمال عملية الإستملاك قانوناً أن تقوم الجهة المستملكة بدفع تعويض لمالك العقار، وأصحاب الحقوق العينية أن وجدوا، وهذا الشرط يمثل ضماناً حقيقية للمنزوعة ملكيتهم وهو حصولهم على تعويض عادل، وذلك من أجل تحقيق التوافق بين المنفعة العامة والمنفعة الخاصة، ومن أجل أن يغطي الضرر الذي أصاب مالك العقار (١) .

ولذلك اشترطت الدساتير العراقية المتعاقبة على شرط التعويض العادل(٢)، وآخرها الدستور العراقي النافذ لسنة ٢٠٠٥ إذ نص في المادة ٢٣/ ثانياً " أن الملكية الخاصة مصونة ولا يجوز نزعها إلا لأغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل " .

كذلك قد أكد على شرط عدالة التعويض في القانون المدني في نص المادة (١٠٥٠) بالقول " لا يجوز أن يحرم أحد من ملكه إلا في الأحوال التي يقرها القانون وبالطريقة التي يرسمها، ويكون ذلك في مقابل تعويض عادل يدفع إليه مقدماً " .

وكذلك أيضاً في قانون الإستملاك النافذ في المادة الأولى منه، وأعدده من الاهداف الأساسية للقانون .

^١ حسين محمد صالح العزري، أحكام نزع الملكية للمنفعة العامة، مصدر سابق ، ص ١٥٣ .

^٢ الدستور الصادر ١٩٢٤ والذي أطلق عليه القانون الأساسي العراقي نصت المادة العاشرة " إن حقوق التملك مصونة ولا ينزع ملك أحد إلا لإجل المنفعة العامة في الأحوال والطريقة التي يعينها القانون وبشرط التعويض عنه تعويضاً عادلاً" وكذلك الدستور المؤقت لعام ١٩٥٩ حيث نصت المادة ١٣ " الملكية الخاصة مصونة وينظم القانون أداء وظيفتها الاجتماعية ، ولا تنزع إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض . وكذلك تكرر نفس النص في الدستور المؤقت الصادر في ١٩٦٤/٤/٢٩ في المادة ١٢ والدستور المؤقت الصادر في ١٩٦٨/٩/٢١ في مادته (١٧/أ) . وكذلك في دستور المؤقت ١٩٧٠ حيث أكد في المادة ١٦ منه " عدم جواز نزع الملكية الخاصة إلا لمقتضيات المصلحة العامة ووفق تعويض عادل ، حسب الأصول التي يحددها القانون وإن الملكية الخاصة والحرية الاقتصادية الفردية مكفولتان في حدود القانون " وكذلك قانون إدارة الدولة العراقية الانتقالية الصادر ٢٠٠٤ حيث نصت المادة ١٦/أ على أن الملكية الخاصة مصونة فلا يمنع أحد من التصرف في ملكه إلا في حدود القانون ، ولا ينزع أحد عن ملكه إلا لأغراض المنفعة العامة في الأحوال المبينة في القانون وبالكيفية المنصوص عليها فيه وشرط تعويضه عنه تعويضاً عادلاً وسريعاً .

الفصل الأول..... ماهية التغيرات الطارئة في الإستملاك

ولكن هناك حالتين نصت عليهما قانون إدارة البلديات العراقي رقم ١٦٥ لسنة ١٩٦٤ المعدل على جواز الاستملاك بدون بل .

الحالة الأولى: المادة (٥٣) أجازت أخذ جزء من ملكية عقار بشكل مجاني دون تعويض^(١) .

وهذا الحكم يثير تساؤل في مدى تعارضه مع حكم المادة (٢٣/ ثانيا) من الدستور النافذ والمادة (١٠٥٠) من القانون المدني والتي قضت بصورة مطلقة بعدم جواز نزع الملكية إلا لأغراض المنفعة العامة ومقابل تعويض عادل ؟.

فالتأمل من نص المادة (٥٣) يلاحظ أن المشرع أوجب على المجلس البلدي اتخاذ قرار نزع الملكية ما لا يتجاوز ربع مساحة العقار مجاناً، أما إذا اقتضت الحالة أخذ أكثر من الربع فعلى المجلس المعني استملاك ما يزيد على الربع وفقاً لقانون الاستملاك . وبذلك فإن المشرع ميز بين فرضيتين :

الفرضية الأولى: قيام المجلس البلدي بنزع ملكية ما لا يزيد على الربع القانوني ففي هذه الحالة تطبق أحكام قانون إدارة البلديات فقط دون الرجوع إلى قانون الاستملاك ، ويلاحظ على موقف المشرع العراقي عدة ملاحظات نبينها بالآتي

١- أستخدم المشرع العراقي لفظ (أخذ) ولم يستخدم لفظ (نزع الملكية) أو لفظ (يستملك) كذلك يلاحظ أستخدم المشرع لفظ مجاناً، وهذا يدل على ان أخذ ملكية الأفراد في هذه الحالة تتم بدون تعويض من قبل المجلس البلدي .

٢- أشرتت المادة المذكورة لأخذ ربع المساحة العامة لكل ملك مجاناً أن يكون هذا الملك أرضاً ، وبخلافه إذا لم يكن الملك أرضاً فإنه لا يمكن أخذ ربع مساحته مجاناً إلا في حالة إعادة بنائه من جديد .

^١ نصت المادة (٥٣) من قانون إدارة البلديات العراقي " على المجلس أن يقرر ما يلي لغرض تنفيذ التصميم الأساسي والتصاميم التفصيلية والقيام بالخدمات والمنافع العامة أخذ ما يقتضي من الأملاك المشيدة أو المقسمة سابقاً وفقاً للتصميم المصدق على أن لا تتجاوز على ربع المساحة العامة لكل ملك مجاناً وذلك إذا كان الملك أرضاً، وعند إعادة بنائه إذا كان ملكاً مشيداً، وفي حالة ما إذا اقتضى أخذ أكثر من الربع فعلى المجلس أن يستملك ما يزيد على الربع وفقاً لقانون الاستملاك " .

٣- لم تشترط المادة المذكورة تحسن العقار لأجل أخذ ربع مساحته دون بدل وهذا بخلاف ما أشرتته المادتين (٣٧ و ٣٨) من قانون الإستملاك من أن ربع مساحة العقار لا تستحق إلا إذا تحقق التحسن في العقار المستملك جزء منه .

٤- أوجبت المادة المذكورة على المجلس البلدي أخذ ما لا يتجاوز على ربع المساحة العامة لكل ملك مجاناً أي ان الأخذ في هذه الحالة أمر وجوبي ، لذلك لا يتصور أن تكون المساحة المأخوذة بدون بدل أقل من ربع المساحة العامة للعقار . أما إذا اقتضى الأمر أخذ أكثر من ربع مساحة العقار فعلى المجلس البلدي في هذه الحالة أن يستملك ما يزيد على الربع وفقاً لقانون الاستملاك . وبذلك يتفق حكم المادة في قانون إدارة البلديات بخصوص الربع القانوني مع حكم المادة (٣٧) من قانون الاستملاك ^(١) .

٥- أن الجهة التي تأخذ ملكية العقار هي جهة إدارية ، لذلك لا يمكن اعتبار أخذ ملكية ربع مساحة العقار وفقاً للمادة (٥٣) نزاعاً للملكية بالتراضي لأنه لا يوجد اتفاق بين الجهة التي تأخذ ربع مساحة العقار مجاناً وبين مالك العقار، كما لا يمكن اعتباره استملاك قضائي لأنه لم يتم عرض هذا الموضوع على القضاء ، كما لا يمكن القول بأننا أمام حالة استملاك إداري ، لأن من شروط هذه الحالة وفقاً للمادة (٢٢) من قانون الاستملاك ، أن يكون العقار المطلوب استملاكه عائداً لدوائر الدولة .

فالملكية العقارية تنزع بصورة جبرية بقرار إداري صادر عن المجلس البلدي بموجب نص المادة (٥٣) من قانون إدارة البلديات ، ومن ثم تنتهي الحاجة إلى تقديم طلب الاستملاك إلى محكمة بداءة موقع العقار من قبل البلدية المعنية.

٦- لا يمكن لمالك العقار الطعن في مشروعية قرار نزع ملكيته أمام محكمة القضاء الإداري استناداً لقانون مجلس الدولة رقم ٧١ لسنة ٢٠١٧ ^(٢).

ومن الجدير بالذكر أن نص المادة (٢) من القانون أشارت إلى سريان قانون مجلس شوري الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ وتعديلاته، باستثناء نص الفقرة الرابعة من نص المادة ٦ ، وبما أن نص المادة (٧/ رابعاً) من قانون مجلس شوري الدولة تُعد سارية المفعول التي أشرتت للنظر

^١ ينظر : ظاهر مجيد قادر وآخرون، نزع ملكية العقار دون بدل، بحث منشور في مجلة كلية القانون جامعة صلاح الدين - أربيل، العدد ٢٤ السنة ٤، ٢٠٢٠، ص٥.

^٢ قانون مجلس الدولة ، رقم ٧١ لسنة ٢٠١٧، منشور في الوقائع العراقية ، العدد ٤٤٥٦، ص٣.

الفصل الأول..... ماهية التغيرات الطارئة في الإستملاك

في صحة القرارات الإدارية عدم تعيين مرجع للطعن فيها ، في حين أن المادة (٥٦) من قانون إدارة البلديات قد عينت مرجعاً للطعن في قرار أخذ ربع مساحة العقار بدون بدل^(١).

الفرضية الثانية : قيام المجلس البلدي بنزع ما يزيد على الربع القانوني سواء كان الاستملاك جزئياً أم كلياً : تطبق في هذه الحالة أحكام قانون إدارة البلديات بخصوص الربع القانوني وأحكام قانون الاستملاك بخصوص ما يزيد على الربع القانوني، ونظراً لعدم اشتراط تحسين العقار فإنه يتصور من الناحية العملية أخذ ربع مساحة العقار دون بدل سواء أكان الاستملاك جزئياً أم كلياً وهذا ما قضى به القضاء في أحكام عدة أكد فيها على أخذ ربع مساحة العقار دون بدل حتى لو كان الاستملاك كلياً وذلك استناداً إلى قانون إدارة البلديات^(٢).

فمن خلال ما تقدم تبين لنا أن المشرع العراقي أجاز نزع ملكية ربع مساحة العقار بدون بدل وفقاً لقانون إدارة البلديات ولم يشترط تحسين القسم المتبقي من العقار في حالة الاستملاك

^١ نصت المادة (٥٦) من قانون إدارة البلديات العراقي " ١- تكون قرارات المجلس في أستعمال وظائفه المنصوص عليها في هذا القانون والتي لا تتطلب صرف مبلغ من أمانة العاصمة والبلدية المختصة تابعة للأعتراض خلال ثلاثين يوماً من قبل الوزير بالنسبة لأمانة العاصمة والسلطة الإدارية بالنسبة للبلديات الأخرى ...".

^٢ محكمة أستئناف بغداد الرصافة ، قرار رقم(٧٦٥) بتاريخ ٢٠١٠/٨/٣٠ وكذلك حكم محكمة أستئناف الرصافة رقم(٧٦١) بتاريخ ، ٢٠١٠/٨/٢٦ ، متاح على قاعدة التشريعات العراقية

<https://iraqlid.hjc.iq/VerdictsTextResults.aspx>

وكذلك قرار محكمة أستئناف الرصافة الاتحادية ، رقم ٧٦٣ ، بتاريخ ٢٠١٠/٨/٢٦ متاح على قاعدة التشريعات العراقية <https://iraqlid.hjc.iq/VerdictsTextResults.aspx>

وكذلك قرار محكمة أستئناف الرصافة الاتحادية ، رقم (٧٨٣) بتاريخ ٢٠١٠/٨/٢٩ متاح على قاعدة التشريعات العراقية <https://iraqlid.hjc.iq/VerdictsTextResults.aspx>

قرار محكمة أستئناف الرصافة، رقم ٧٧٢ ، بتاريخ ٢٠١٠/٨/٣٠ متاح على قاعدة التشريعات العراقية <https://iraqlid.hjc.iq/VerdictsTextResults.aspx>

وكذلك قرار محكمة أستئناف الرصافة الاتحادية، رقم (٧٩١)، بتاريخ ٢٠١٠/٨/٣١ متاح على قاعدة التشريعات العراقية <https://iraqlid.hjc.iq/VerdictsTextResults.aspx>

والقرار رقم (٨١٥) بتاريخ ٢٠١٩/٩/١٦ ، وكذلك قرار محكمة بداءة دهوك رقم (١٢/استملاك قضائي/٢٠١٣) بتاريخ ٢٠١٣/٧/٢٣ ، وكذلك قرار محكمة بداءة دهوك ، قرار رقم(٤٤/استملاك قضائي/ ٢٠١٣) بتاريخ ٢٠١٣/١١/٢٤ ، اشار إليهما ظاهر مجيد قادر وآخرون، نزع ملكية العقار دون بدل ، مصدر سابق، ص ٦.

الفصل الأول..... ماهية التغيرات الطارئة في الإستملاك

الجزئي ، وكذلك الحكم في حالة الاستملاك الكلي إذ أجاز اخذ ربع مساحة العقار بدون بدل ومن ثم يقتصر التعويض إلى ثلاثة أرباع مساحة العقار المتبقية ، وهذا الحكم منافي للعدالة والمنطق القانوني وتتعارض مع حكم المادة (٢٣/ ثانياً) من الدستور والمادة ١٠٥٠ من القانون المدني .

والحالة الثانية: في نص المادة (٩٧) التي أوجبت أن يتم تسجيل بأسم البلدية بدون تعويض كافة الشوارع الواقعة داخل حدودها المخصصة للنفع العام ، مما كان هذا النص محل غموض لدى محاكم الدرجة الأولى، في عدم تحديد صنف أو جنس أو ملكية العقارات التي أصبحت كلها أو جزءاً منها مخصصة للنفع العام مما أثار أشكالية في نطاق شموله للعقارات هل يشمل الملكية الخاصة ؟ أم يشمل العقارات العائدة للوزارات والجهات الرسمية ؟ أم كلاهما .

اجابت على ذلك المحكمة الاتحادية العليا في طعن قُدم إليها ، ووجدت المحكمة أن عمومية نص المادة (١/٩٧) من قانون ادارة البلديات بعدم تشخيص صنف وجنس وملكية تلك العقارات التي تذهب أو جزءاً منها إلى شوارع حادثة قبل نفاذ القانون المذكور أو بعد نفاذه وتسجل بدون عوض بأسم البلديات ما دامت واقعة داخل حدودها، وان هذه العمومية جعلت نص المادة السالفة الذكر مخالفة لأحكام المادة (٢٣) من الدستور التي حصنت الملكية الخاصة ولم تجوز نزعها إلا لأغراض المنفعة العامة ومقابل تعويض عادل لتلك العقارات ، وبناء عليه قرر الحكم بعدم دستورية نص المادة (١/٩٧) من قانون إدارة البلديات بقدر تعلق الأمر بالملكية الخاصة للعقارات التي تذهب أو جزءاً منها إلى شوارع حادثة قبل نفاذه أو بعد نفاذه داخل حدود البلديات^(١) .

^١ ووجدت المحكمة الاتحادية العليا أن النص موضوع الطعن بعدم الدستورية قد تضمن في جانب منه فعلاً إجرائياً وهو إلزام دوائر التسجيل العقاري بتسجيل الشوارع كافة المتروكة أستعمالها للنفع العام الواقعة داخل حدود البلدية أو التي تدخل ضمن حدودها عند حدوث تغييرات في الحدود عند نفاذ قانون ادارة البلديات، أو تلك الشوارع التي تحدث بعد نفاذه وفقاً للقوانين المرعية وتسجل بأسم البلديات دون عوض ، وتضمن النص كذلك أثراً ترتب على الجانب الاجرائي منه وهو تسجيل تلك العقارات دون عوض باسم البلديات ، ولاحظت المحكمة من خلال قراءة نص المادة (٩٧) أنها لم تحدد صنف أو جنس أو ملكية العقارات التي أصبحت أو جزءاً منها شوارع متروكة للنفع العام داخل حدود البلديات وهل أن هذه العقارات مملوكة ملكاً صرفاً ، ملكية خاصة أو عائدة إلى الوزارات او الجهات الرسمية غير المرتبطة بوزارة، وازاء ذلك ترددت المحاكم في دلالة النص موضوع الطعن

الفصل الأول..... ماهية التغيرات الطارئة في الإستملاك

أما موقف المشرع المصري، فكذلك أكدت جميع الدساتير المتعاقبة على مبدأ عدالة التعويض واعتبرته شرطاً لازماً للاستملاك^(١)، باستثناء الدستور الصادر لسنة ١٩٧١ فقد أورد لفظ التعويض غير موصوف بكونه عادلاً في المادة (٣٢) منه وهذا النص جاء خلافاً لما تضمنه الدساتير السابقة والتي أكدت على مبدأ التعويض العادل في نزع الملكية .

وهذا الأمر أثار خلاف لدى الفقه المصري، فذهب جانب من الفقه إلى أن هذا النص معيب، لأنه يفتح الطريق أمام جهة الإدارة لكي تصرف تعويضات غير عادلة لإصحاب العقارات التي تم نزع ملكيتها^(٢)، في حين يرى جانب آخر أن المشرع الدستوري لم يريد العدول عن التقليد المستقر قبله من ضرورة منح من تنزع ملكيته تعويضاً عادلاً وكاملاً لا سيما أن

=بعدم الدستورية ما بين شموله للعقارات المملوكة ملكية خاصة وما بين اقتصار حكمه على العقارات العائدة للدولة وحيث أن توجه المحاكم أخيراً إلى شمول النص المتقدم للعقارات المملوكة ملكية خاصة والتي ذهبت أو جزءاً منها إلى الشوارع داخل حدود البلديات وحرمان اصحابها من التعويض عن تسجيلها باسم البلديات بدون عوض وكذلك حرمانها من المطالبة بأجرمتلها سواء كانت تلك الشوارع محدثة قبل نفاذ قانون ادارة البلديات أو بعد نفاذه ، ووجدت المحكمة الاتحادية العليا أن عمومية نص المادة (١/٩٧) من قانون ادارة البلديات بعدم تشخيصه صنف وجنس وملكية تلك العقارات التي تذهب أو جزءاً منها إلى شوارع حادثة قبل نفاذ القانون المذكور أو بعد نفاذه وتسجل بدون عوض بأسم البلديات ما دامت واقعة داخل حدودها وان هذه العمومية جعلت نص المادة السالفة الذكر مخالفة لأحكام المادة (٢٣) من الدستور التي حصنت الملكية الخاصة ولم تجوز نزعها إلا لأغراض المنفعة العامة ومقابل تعويض عادل لتلك العقارات ، وبناء عليه قرر الحكم بعدم دستورية نص المادة (١/٩٧) من قانون إدارة البلديات بقدر تعلق الأمر بالملكية الخاصة للعقارات التي تذهب أو جزءاً منها إلى شوارع حادثة قبل نفاذه أو بعد نفاذه داخل حدود البلديات. المحكمة الاتحادية العليا، قرار رقم ١٠٨ وموحدتها ١٢٤/اتحادية/٢٠١٩، بتاريخ ٢٠٢٠/١/٢٠ غير منشور.

^١ دستور ١٩٢٣ نصت المادة التاسعة " للملكية حرمة فلا ينزع عن أحد ملكه إلا بسبب المنفعة العامة في الأحوال المبينة في القانون وبالكيفية المنصوص عليها فيه ، وبشرط تعويضه تعويضاً عادلاً " في دستور ١٩٥٦ نصت المادة ١١ منه " الملكية الخاصة مصونة وينظم القانون أداء وظيفتها الاجتماعية ولا تنزع الملكية إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل وفقاً للقانون " وكذلك دستور ١٩٥٨ نصت المادة ٥ منه " الملكية الخاصة مصونة وينظم القانون أداء وظيفتها الاجتماعية ولا تنزع الملكية إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل وفقاً للقانون " .

^٢ ينظر د. خالد فتحي عبد الحميد ، الاستيلاء الإداري ،كلية الحقوق جامعة القاهرة، بدون ذكر سنة الطبع ، ص٣٤٧ وكذلك عزت صديق طنبوس، نزع الملكية للمنفعة العامة، مصدر سابق، ص٥٢.

الفصل الأول..... ماهية التغيرات الطارئة في الإستملاك

ضمانات الملكية الخاصة والشرعية وردت في الدستور الجديد بصورة أوفى منها في جميع الدساتير السابقة^(١) .

إلا أن القضاء المصري قد حسم الخلاف و أفتى بوجود أن يكون التعويض عادل عند نزع الملكية^(٢) .

أما في دستور ٢٠١٤ النافذ، فالمشرع قد نص على شرط التعويض العادل بصورة صريحة، كما أنه مما يلاحظ على موقف المشرع الدستوري المصري أنه تأثر بموقف المشرع الفرنسي حيث أشتراط في التعويض العادل أن يكون مسبقاً قبل اتمام عملية الاستملاك^(٣) .

كما أن المشرع المصري أكد على شرط التعويض العادل في القانون المدني رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ فقد نصت المادة (٨٠٥) لا يجوز أن يحرم أحد من ملكه إلا في الأحوال التي يقرها القانون وبالطريقة التي يرسمها ويكون ذلك في مقابل تعويض عادل "

أما موقف المشرع الفرنسي فقد حرص المشرع على مبدأ عدالة التعويض حتى أصبح من المبادئ الثابتة في التشريعات ، وقد أرسى ضمانات هامة لنزع الملكية ، والتي تتمثل في أن يكون نزاعها للمصلحة العامة ومقابل تعويض يؤدي للمالك قبل حيازة العقار^(٤) . وكذلك أكد المشرع هذه الضمانات في التشريعات العادية^(٥) .

^١ ينظر: د. سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، بدون ذكر رقم الطبعة، دار الفكر العربي، ٢٠١٦ ، ص ٦١١.

^٢ محكمة النقض المصرية قرار رقم ٣١٨٣ بتاريخ ١٩٩٥/١/٢٩ أشار إليه د. الهيثم عمر سليم، عدالة التعويض، مصدر سابق، ص ٤٠.

^٣ دستور ٢٠١٤ نصت المادة ٣٥ " الملكية الخاصة مصونة وحق الإرث فيها مكفول ، ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا في الأحوال المبينة في القانون ، وبحكم قضائي ، ولا تنزع الملكية إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل يدفع مقدماً وفقاً للقانون" .

^٤ في التشريع الفرنسي نصت المادة ١٧ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر سنة ١٨٧٠ على أن " الملكية الخاصة مقدسة وذات حرمة ولا يجوز أن يحرم منها أحد إلا وفقاً لمصلحة عامة يتم تقريرها قانوناً وبشرط دفع تعويض عادل ومسبق " .

^٥ نص القانون المدني الفرنسي على هذه الحماية في المادة (٥٤٥) والتي منعت حرمان الأفراد من ملكياتهم إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل ومسبق ، وكذلك أكد على هذه الضمانة المرسوم الصادر في ٨ أغسطس

أما في قانون نزع الملكية النافذ ، فقد تغيّر نهج المشرع ولم يأخذ بمبدأ التعويض العادل إذ لم يشير إليها ، وإنما أشار بصورة صريحة في المادة (1-321L) إلى مبدأ التعويض الكامل إذ نص على أن التعويض يغطي جميع الأضرار المباشرة والمادية .

المبحث الثاني

مفهوم التغيرات الطارئة

لو أمكن أن نتصور أن الأرض توقفت عن الدوران ، وأن كل مخلوق عليها ركن إلى السكون ، يترتب على هذا التصور أن العلاقات القانونية بين الأشخاص أو الأشياء التي هي اوعية للحقوق تبقى في حالة سكون دون تغير في الزمن الذي تجرد فيه كل حركة ^(١).

فكل ما يستجد من الحاجات في كل زمان ومكان نكون أمام حالة التغير ، فالأشياء تخضع للزمن وتتغير من خلاله، فإذا حدث بعد ذلك أية حركة، نكون أمام تغير آخر من شأنه أن يعدل في هذه العلاقات القانونية أو الأشياء محل الحقوق ^(٢)، فهذه الحركة المستمرة بالتغير التي وقعت تسمى (بالواقعة) فإذا كانت من شأنها أن تنتج أثراً قانونياً سميت بالواقعة القانونية^(٣)، والأخيرة قد يحصل التغير فيها بصورة طارئة أو غير طارئة .

فالوقائع القانونية بمجملها كمصدر رئيسي للالتزامات و الحقوق ^(٤) ، في حالة تغير مستمر مما يعكس تأثيراً على الحقوق والالتزامات لا محالة ، فإن تدخل القانون يصبح لازماً.

لذلك نجد أن المشرع في كثير من مصاديق الوقائع القانونية يعالج الأثر القانوني لهذه التغيرات بنصوص صريحة سواء كانت طارئة أو غير طارئة، وفي هذا الصدد يثار تساؤل

١٩٣٥ والأمر الصادر في ٢٣ أكتوبر ١٩٥٨ المنظم لنزع الملكية وأشار فيه على مبدأ التعويض العادل والمسبق .

^١ ينظر: د. السنهوري، الوسيط مصادر الالتزام، ج١، ط٣، نهضة مصر ، ٢٠١١، ص ١٣٠.

^٢ ينظر د. عبد الحي حجازي، عقد المدة، مصدر سابق، ص ١.

^٣ ينظر : د. السنهوري، الوسيط مصادر الالتزام، مصدر سابق ، ص ١٣٠.

^٤ ينظر د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني - مصادر الإلتزام، مصدر سابق، ص ٢٨-٢٩

الفصل الأول..... ماهية التغيرات الطارئة في الإستملاك

ماهية التغيرات الطارئة ، وماهو الفرق عن التغيرات غير الطارئة ؟ وما هي أنواعها ؟ لذلك يقتضي الوقوف على معناها ومميزاتها التي تمتاز بها عن غيرها .

وقد تطرأ هذه التغيرات في عملية الإستملاك ، مما يثار التساؤل، حول تطبيقات هذه التغيرات في عملية الإستملاك ؟ وهل أهتم المشرع بمعالجة أحكامها ؟ .

فلغرض بيان ماهية التغيرات الطارئة، لابد من تحديد معنى التغيرات الطارئة وهذا ما سنتناوله في المطلب الأول، ومن ثم بيان أنواع التغيرات الطارئة ، وهذا ما سوف نتناوله في المطلب الثاني.

المطلب الأول

تعريف التغيرات الطارئة

قد يحصل التغير بفعل المالك ، كما لو قام بهدم العقار ، أو هدمه وبناءه مجدداً، كما قد يحصل التغير بفعل الغير، كما لو أقام الجار ببناء مجمع للأعمال التجارية أو الترفيهية ، إذ سيؤدي ذلك إلى زيادة في قيمة العقارات المجاورة ، أو قد تتضرر العقارات الخاصة نتيجة لأعمال يقوم بها الجار الملاصق ، كما لو أراد الجار إقامة فندق بطوابق كثيرة فأضطره إلى حفر ووضع قواعد وأعمدة أدت إلى تصدع جدران العقارات المجاورة.

فهذه التغيرات وأن كانت تشترك بمعناها العام مع التغيرات الطارئة في قانون الإستملاك ، إلا أنها في الأخير لها معنى مختلف، فلتحديد معنى التغيرات الطارئة بصورة مفصلة ، سنقسم هذا المطلب على فرعين نتناول في الأول تعريف التغيرات الطارئة، وفي الفرع الثاني مصادر التغيرات الطارئة

الفرع الأول

معنى التغيرات الطارئة

التغيرات الطارئة مصطلح مكون من مفردتين (التغيرات) و (الطارئة)، فتحديد معنى هذا المصطلح يتطلب البحث على معنى كل لفظ من ألفاظه منفرداً ، في الاصطلاح اللغوي لكي معرفة معناه في أصله ، وكذلك في الاصطلاح القانوني، وذلك من أجل معرفة مدى التناسب والمطابقة بين المعنى اللغوي والمعنى القانوني ، فوجود العلاقة الوطيدة بين المعنيين

الفصل الأول..... ماهية التغيرات الطارئة في الإستملاك

تساعدنا في الوصول إلى وضع تعريف للمصطلح . ومن أجل بيان ذلك بصورة مفصلة، سنقسم هذا الفرع على فقرتين ، نتناول في الأولى تعريف التغيرات الطارئة لغة وفي الفقرة الثانية تعريف التغيرات الطارئة في الاصطلاح .

أولاً- تعريف التغيرات الطارئة لغة :-

التغيرات : جمع مفرد لها تغيّر: ومصدرها (غَيَّرَ) فمن خلال التصفح لمعاجم اللغة نجد في طياتها معاني عدة ^(١) ، ومن خلال تتبعنا للمعاني التي لها علاقة وطيدة بالمعنى القانوني فإنها تدور على أصلين .

فالأصل الأول (تَغْيَرُ) الشئ عن حاله : تحول أي تغير الحال وانتقال الشئ من حالة إلى أخرى...^(٢) ويقال تغيّرت الأشياء وتغير الشئ عن حاله : تحول الشئ : اختلف ، ويقال غير الدهر : أحواله المتغيرة وورد في حديث الاستسقاء : من يكفر الله يلق الغير أي تغير الحال وانتقالها من الصلاح إلى الفساد ...^(٣).

ويقال تَغْيَرُ الشئ عن حاله : تَحَوَّلَ ، والغَيَّرُ: الاسم من التَغْيَرُ ، وتغيّرت الأشياء : اختلفت ، وغَيَّرَ الدهرُ أحواله المتغيرة ...^(٤) والغَيَّرُ من تغير الحال^(٥) ، وتغيّر الوضع : أصبح على غير ماكان عليه ، تبدل ، تحول " تغيّرت الأحوال وتبدلت " .. تغيّر في مجرى الأحداث : تغيّر مفاجئ^(٦) ... التغيرات العرضية : التغيرات التي تتعرض لها قيم الظاهرة نتيجة أسباب أو عوامل طارئة أو حوادث فجائية خارقة للعادة ولم تكن في الحسبان مثل حدوث الزلزال^(٧).

^١ من هذه المعاني للتغْيَرُ: المبادلة لأنها بدل القتل... ينظر لمزيد من التفاصيل أبي الفضل جمال الدين ، لسان العرب، ج٥، دار صادر ، بيروت- لبنان، بدون ذكر سنة الطبع، ص٤٠.

^٢ علي بن محمد الحسيني الحنفي (الجرجاني) كتاب التعريفات ، دار النفائس ، بيروت ، ٢٠٠٣ ، ص١٢٦ .

^٣ ينظر لمزيد أبي الفضل جمال الدين ، لسان العرب، ج٥ ، مصدر سابق، ص٤٠ .

^٤ أبي الفضل جمال الدين ، لسان العرب، ج٥، مصدر سابق، ص٤٠ .

^٥ محمد مرتضى الزبيدي، تاج العروس، ج١٣، التراث العربي، مطبعة حكومة الكويت، ١٩٧٤، ص٢٨٧.

^٦ د. أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، ط١، عالم الكتب ، ٢٠٠٨، ص١٦٥٤.

^٧ د. أحمد مختار ، معجم اللغة العربية ، مصدر سابق ، ص١٦٥٥.

والمتغير هو التبدل والتحول قبال الثابت وهو الأستقرار والدوام ^(١).

والمتأمل من المعنى اللغوي الأول أن المراد من المصطلح تغير هو تحول أو تبدل الشيء من حاله إلى أخرى من دون تدخل ارادي مقصود في أحداث هذا التغير.

والأصل الثاني (غَيَّرَهُ) جعله غير ما كان و(غَيَّرَهُ) حوله وبدله ^(٢) .. بمعنى التبدل والتحويل أي استبدال الشيء بغيره ^(٣).

وغيره : حوله وبدله كأنه جعله غير ماكان ^(٤)، وقال الراغب : والتغيير يقال على وجهين : لتغير صورة الشيء دون ذاته ، يقال غيرت داري إذ بنيتها بناء غير الذي كان والثاني : لتبديله بغيره ، نحو غيرت غلامي ودابتي إذ أبدلتها بغيرهما ^(٥). وفي التنزيل العزيز : ذلك بأن الله لم يك مغيراً نعمة أنعمها على قوم حتى يغيروا ما بأنفسهم ^(٦)، معناه حتى يبدلوا ما أمرهم الله ^(٧) وقوله تعالى ((..... إن الله لا يُغَيِّرُ ما بقوم حتى يُغَيِّرُوا ما بأنفسهم)) ^(٨) وغيرها من آيات التنزيل الحكيم، ... وغيّر عليه الأمر حوله ... ^(٩)، والتغيير إحداث شيء لم يكن قبله ^(١٠)... و الاسم من التغيير (الغَيْرُ) ^(١١) قولك غيّرت الشيء فتغير ، وغيّره : حوّله وبدّله كأنّه جعله غير ما كان ، والغَيْرُ الاسم من التغيّر ،... ^(١٢).

^١ محمد بن أبي بكر الرازي ، مختار الصحاح ، مكتبة لبنان ، ١٩٨٦ ، ص ٦١ .

^(٢) منصور محمد ابن احمد الأزهر ، تهذيب اللغة ، المجلد السابع ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ٢٠٠١ ، ص ١٦١ .

^(٣) د. محمد رواس قلججي، ود. حامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء مصدر سابق، ص ١٠٤ .

^(٤) أبي الفضل جمال الدين، لسان العرب، ج٥، مصدر سابق، ص ٤٠

^٥ الراغب الأصفهاني ، مفردات القرآن ، بدون ذكر رقم الطبعة ، دار المعرفة، بيروت - لبنان، بدون ذكر سنة الطبع ، ص ١٠٦ .

^٦ سورة الانفال ، اية ٥٣ .

^٧ محمد مرتضى الزبيدي ، تاج العروس ، ج ١٠ ، مصدر سابق، ص ٢٨٦ .

^(٨) سورة الرعد / آية رقم (١١) .

^٩ ينظر لمزيد من التفاصيل، أبي الفضل جمال الدين، لسان العرب، ج٥، مصدر سابق، ص ٤٠ .

^(١٠) علي بن محمد الحسيني الحنفي (الجرجاني) ، كتاب التعريفات ، مصدر سابق، ص ١٢٦ .

^{١١} محمد مرتضى الزبيدي ، تاج العروس ، مصدر سابق، ص ٢٨٦ .

^{١٢} أبي الفضل جمال الدين، لسان العرب ، ج٥، مصدر سابق، ص ٤٠ .

والمتأمل من المعنى اللغوي الثاني أن المراد من المصطلح في هذا المعنى هو أما التحول أو التبديل من حالة الى أخرى بفعل تدخل ارادي مقصود في احداثه .

كما الملاحظ في أن التغيير يقع على صورة الشيء دون ذاته وهو التغيير بالكم ، وأما ان يقع على ذات الشيء دون صورته وهو التغيير بالكيف ، وأما أبدال الشيء بغيره اي الاستبدال.

أما الطارئة في الاصطلاح اللغوي فمن خلال التصفح لمعاجم اللغة نجد في طياته عدة معاني لمصطلح " الطارئة " فهي مشتقة من الفعل طرأ ويقال طرأ الأمر حدث بعد أن لم يكن، حدث فجأة ، خلاف الأصلي^(١) ، فهي الأمور الخارجة عن العادة التي تحدث فجأة دون توقع لها، أو هي الأمور التي تحدث نتيجة أسباب أو عوامل طارئة أو حوادث فجائية خلاف العادة ولم تكن في الحسبان.

والمتأمل من المعنى اللغوي للمصطلح الطارئ فيه دلالة على التغير الذي يحدث من دون تدخل ارادي مقصود . فهو تغير لا ارادي طارئ.

ثانيا- تعريف التغيرات الطارئة اصطلاحاً :- أن لتحديد معنى لمصطلح التغيرات الطارئة، شأنه شأن أي مصطلح لفظي تنتوع وتعدد تعريفاته بتنوع وتعدد الحثيات المأخوذة فيه عند تعريفه .

وبناءً على ذلك يعرف التغير بمعناه العام لدى الفقه القانوني : هو انتقال الشيء من حالة إلى أخرى^(٢) ، وكذلك تناول الفقه التغير في مصداق تغيير الشيء المغصوب، فعرفه بأنه تبدل الشيء من حالة إلى أخرى كما أو كيفاً أو كمأ وكيفاً معاً^(٣).

ولاحظ البعض على هذا التعريف أنه يشمل على معنى التحول والتبديل للتغير من الناحية اللغوية، ذلك لأن التعريف ذكر التغير في الكمية أي الزيادة أو النقصان وهذا هو المعنى

^١ معجم لغة الفقهاء، د. محمد رواس قلنجي، ود. حامد صادق قنبي، مصدر سابق، ص ٢١٦.

^(٢) ينظر د.حسن علي نون، شرح القانون المدني العراقي، العقود المسماة ، مطبعة الرابطة ، بغداد، ١٩٥٤، ص ٥٧.

^٣ د. مصطفى الزلمي ، الالتزام برد غير المستحق ، دراسة مقارنة ، الطبعة الثانية ، المكتبة القانونية ، بغداد ، بلا سنة طبع، ص ٣٠٤-٣٠٥

الفصل الأول..... ماهية التغيرات الطارئة في الإستملاك

الذي قصده أغلب الفقهاء أو التغير في الكيفية والذي قد يقصد به تبدل الشيء عما كان عليه وقد يقصد به تغير قيمة الشيء . ذلك لأن كلا من تبدل الشيء وتغير قيمته من الممكن أن يجتمعا مع التغير في الكمية وهو ما عبر عنه (كماً وكيفاً معاً) ^(١) .

وكذلك أيضاً تناول الفقه التغير في مصداق تغير حالة العقار في قانون الاستملاك، فعرفه بأنه " تبدل في حالة العقارات إيجاباً أو سلباً ، بسبب إقامة مشاريع المنفعة العامة، سواء كان التبدل الايجابي تحسناً في منفعة العقار أم موقعه، وسواء كان التبدل السلبي في منفعة العقار أم كان ضرراماديا " ^(٢) .

إلا انه يتبين لنا من تعريف الفقه أن للتغير نوعان ، الأول كماً و الثاني كيفاً ، والتغير كماً له صورتان قد تكون بالإضافة عليه أو النقصان منه ، أما التغير كيفاً فهو تحول أو تبدل الشيء من وضع إلى آخر .

أما في الاصطلاح التشريعي فمن خلال تتبعنا لموقف المشرع العراقي، وغيره من القوانين محل المقارنة، لم نجد تعريف للتغير ، ولكن نجد استعمال المشرع للمصطلح في العديد من فروض النصوص القانونية، وأحياناً أخرى لا يستعمل المشرع لفظ التغير وإنما بلفظ أحد صوره هو الزيادة^(٣) أو النقصان^(٤) ، فيلاحظ على المشرع العراقي أنه أستخدم مصطلح التغير في العديد من نصوص القوانين والتي تتضمن في دلالتها على المعنى اللغوي.

^١ ينظر:عباس سمير حسين، تغير قيمة المال المرهون، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة كربلاء كلية القانون، ٢٠١٦، ص٤١.

^٢ د. جمال عبد كاظم، تغير حالة العقار في قانون الاستملاك دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص٧٤.

^٣ مثال ذلك في التشريع المصري نص المادة ٥٠٢ من القانون المدني أ- إذا حصل للشيء الموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته ...".

^٤ وفي حالة أخرى خاصة نص عليها المشرع العراقي في المادة ١٩٥ والتي تتناول حالة (التغير بالنقصان لقيمة المغصوب) " إذا نقصت قيمة المغصوب بعد الغصب فليس للمغصوب منه إلا أن يقبله كما هو دون إخلال بحقه في التعويض عن الأضرار الأخرى ،..."ويبين النص صورة التغير الحاصل في المال المغصوب الناشئ عن النقصان في القيمة النقدية للمال المغصوب بصورة غير ارادية ولا دخل لأرادته الغاصب كأن يكون نتيجة تغير الأسعار هبوطها أو كما من يغصب حيواناً فهزل،وهنا يعد التغير لا إرادي ينظر د. حسن علي دنون ، المبسوط في شرح القانون المدني، الخطأ ، ج٢، ط١، دار وائل للنشر، ٢٠٠٦ ، ص٢٦٥.

ففي دلالة تحول الشيء من حاله إلى أخرى من دون تدخل إرادي مقصود نجد أن هنالك العديد من النصوص تضمنت هذا المصطلح لاسيما في القانون المدني العراقي ، يتناول مصداق الغصب كتطبيق لفكرة الخطأ في المسؤولية في نص المادة ١٩٤ "١- إذا تغير المغصوب عند الغاصب ...".

فالم تأمل من النص انها تعالج حالة (تغير المغصوب) من غير فعل الغاصب أي تغير المغصوب من تلقاء نفسه بفعل الطبيعة أو بفعل الزمن ^(١) فهو تغير لا إرادي نتيجة عوامل وظروف خارجية تؤدي إلى تغير يطرأ على المال المغصوب ، ومثال ذلك إذا كان المغصوب عنياً فصار زيبياً ، وهذا المصداق التشريعي يدخل ضمن طائفة التغيرات اللارادية.

كذلك نص المشرع في موضع آخر من القانون المدني وبالتحديد نص المادة (٥٢٢) أشار إلى التغير للأرادي الذي يصيب المبيع ((من رأى شيئاً بقصد الشراء ثم اشتراه ... فلا خيار له إلا إذا وجد الشيء قد تغير عن الحال الذي رآه فيه).

وتبين هذه المادة أن التغير هو انتقال من حال إلى أخرى فالشيء باق ولكن توجد في معالمه التغير ^(٢)، ولذلك كان هو السبب في ثبوت الخيار إذا تغير الشيء عن حاله، لأن الشيء المتغير يعد شيئاً جديداً فللمشتري الخيار إذا رآه ^(٣) .

وكذلك أشار المشرع العراقي إلى التغير في قانون التسجيل العقاري النافذ في نص المادة ٨٨ إلى القول يجري الكشف على العقار في الأحوال الآتية ٢- عند إجراء أي معاملة أخرى تتعلق بالحقوق العينية الاصلية إذا كان قد مضى على تقدير قيمة العقار سنة كاملة ، ويجوز إجراء الكشف بقرار من رئيس الدائرة إذا كانت المدة أقل من ذلك وتوافرت لديه معلومات بحصول تغيير في القيمة) .

فيلاحظ على النص أن المشرع أوجب على رئيس الدائرة إجراء الكشف عند إجراء أي معاملة تتعلق بالحقوق العينية إذا كان قد مضى على تقدير قيمة العقار سنة كاملة، كما يلاحظ

^١ د.حسن علي ذنون ، المبسوط في شرح القانون المدني ،الخطأ ، ج٢، مصدر سابق، ص٢٥٥.

^٢ ينظر د.علي شاكرا البديري، التغير الجبري لمالك العين واثره في التصرفات القانون ط١، ٢٠١٦، ص٧.

^٣ ينظر د. طارق كاظم عجيل، المطول في شرح القانون المدني ، ج١، مصدر سابق ، ص١٦٣.

الفصل الأول..... ماهية التغيرات الطارئة في الإستملاك

أن المشرع لم يكتفي بالحكم على التغيرات التي تحدث إذا مضى على تقدير العقار سنة كاملة، بل أنه اعطى سلطة تقديرية لرئيس الدائرة أن يجري الكشف حتى إذا كانت المدة أقل من سنة متى توافرت لديه بحصول تغيّر في القيمة.

والسبب في ذلك أن قيمة العقار معرضة للتغير دائماً تبعاً للظروف الاقتصادية و للتبدلات التي تطرأ على المنطقة موقع العقار بسبب أعمال المنفعة العامة أو تعديل المناطق العمرانية وتبديلها من سكنية إلى صناعية ^(١) .

فالتغيرات التي تحدث على قيمة العقار ليس لإرادة أطراف العلاقة التعاقدية أو القانونية التي تتعلق بالحقوق العينية الأصلية .

أما موقف المشرع المصري والفرنسي في القانون المدني فهما لم يتناولوا مصداق الغصب كتطبيق لفكرة الخطأ في المسؤولية التقصيرية، ومؤدى ذلك فهو لم ينظم أحكام التغيرات على المال المغصوب على غرار ما فعله المشرع العراقي .

وكذلك فهما لم يأخذوا بفكرة خيار الرؤية في العقود ، ومؤدى ذلك فهما لم ينظما مسألة حصول تغير في المبيع بعد الرؤية وقبل التسليم.

وفي نظرية الظروف الطارئة في قانون العقود الفرنسي الجديد أستعمل المشرع مصطلح التغير^(٢)، للدلالة على تبدل الظروف بصورة لا ارادية وغير متوقعة عند إبرام العقد ، ويرى البعض أن المشرع لم يحدد طبيعة هذا التبدل في الظروف، فلم يشترط أن يكون في الظروف الأقتصادية^(٣) .

أما الدلالة الثانية للتغير وهي تحول أو تبدل الشيء من حاله إلى أخرى بتدخل إرادي مقصود، كذلك نجد أن هنالك العديد من النصوص تضمنت هذا المصطلح لاسيما في القانون المدني العراقي ، ففي نص المادة ١٩٤ الفقرة الثانية "إذا غير الغاصب المال المغصوب

^١ ينظر مصطفى مجيد ، شرح قانون التسجيل العقاري، ج١، مكتبة السنهاوي، ٢٠٠٨، ص ٦١٠-٦١١.

^٢ نصت المادة (١١٩٥) من تعديل القانون المدني بموجب المرسوم رقم ٢٠١٦ - ٣١ بتاريخ ٢٠١٦/٢/١٠ " إذا حدث تغير في الظروف ، غير ممكن التوقع عند إبرام العقد (...).

^٣ د. محمد حسن قاسم، القانون المدني مصادر الإلتزام، ط١، ج٢، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٨، ص ٨٨.

الفصل الأول..... ماهية التغيرات الطارئة في الإستملاك

بحيث يتبدل أسمه ... " ومثال ذلك التغير في الكيف فمن غصب حنطة وزرعها في أرضه كان ضامناً للحنطة وبقي المحصول له، أو كما من غصب قماشاً وخاطه ثوباً ، ومن غصب صوفاً وقام بغزله ^(١)، ففرض النص يتناول حالة التغير بالتبدل الذي يحصل بإرادة الغاصب، ويعد هذا التغير إرادي لأن الإرادة قصدت حدوث هذا التغير .

وقد يحدث التغير الإرادي بالتحويل بالزيادة عليه كما في فعل الغاصب في تغيير بعض أوصاف المغصوب بزيادة شيء عليه من ماله، وتؤدي إلى زيادة في القيمة النقدية للمال المغصوب ^(٢)، فلو كان المغصوب ثوباً فصبغه الغاصب أو كان خاتماً فوضع فيه حجراً ثميناً فهذا التطبيق يدخل ضمن طائفة التغيرات الإرادية وهذا ما تضمنته الفقرة الثالثة من المادة ١٩٤ من القانون المدني .

وفي صورة أخرى للتغير بالتحويل بالنقصان نص عليها المشرع في المادة ١٩٥ من القانون المدني "... إما إذا كان نقصان قيمة العين المغصوبة بسبب استعمال الغاصب أو بفعله فإنه يكون ملزماً بضمان هذا النقصان .

فالنص يعالج حالة حصول التغير في المال المغصوب في صورته النقصان في القيمة النقدية للمال المغصوب بفعل أرادة الغاصب ^(٣) كما إذا غصب الغاصب سيارة أنقصت قيمتها بسبب استعمال الغاصب لها، وهنا يعد التغير ارادي .

وفي موضع آخر في عقد الإيجار نصت المادة ٧٤٢ من القانون المدني العراقي " على المؤجر بعد قبضه الأجر المسمى المشروط تعجيله ان يسلم المأجور للمستأجر بالحالة التي عليها وقت العقد فأن كانت قد تغيرت بفعله أو بفعل غيره تغيراً يخل بالمنفعة المقصودة ... " ولعل المتأمل من النص أن المشرع قيد من نطاق التغير واقتصر على التغير الإرادي وفي صورتين الأولى إذا وقع بفعل أرادة المؤجر والثانية بفعل أرادة غيره .

^١ ينظر د. حسن علي ذنون ، المبسوط ، الخطأ ، مصدر سابق، ص ٢٦٠.

^٢ د. جواد كاظم سميسم، د. أحمد سلمان شهيب، مصادر الالتزام ، ط٢، منشورات زين الحقوقية، بيروت - لبنان، ٢٠١٧، ص ٣٠٨.

^٣ ينظر د. حسن علي ذنون ، المبسوط ، الخطأ، مصدر سابق، ص ٢٦٥.

الفصل الأول..... ماهية التغيرات الطارئة في الإستملاك

وفي مصداق آخر في عقد الإيجار على التغيّر الإرادي نصت المادة ٧٥٣/ ف ١ " لا يجوز المؤجر ان يتعرض للمستأجر في استيفائه المنفعة مدة الإجارة ، ولا ان يحدث في المأجور تغييراً يمنع الانتفاع به أو يخل بالمنفعة المعقود عليه" .

ففي هذا النص منع المشرع المؤجر من قيام تغييراً بإرادته يمنع بأنتفاع المستأجر في المأجور أو يخل بمنفعة الشيء .

وكذلك نص المشرع العراقي على مصداق آخر في قانون إيجار العقار المرقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل في المادة ٤/١٧ من على أنه "إذا أحدث المستأجر تغييراً جوهرياً في المأجور دون موافقة المؤجر التحريرية". ويلاحظ ان المشرع استخدم مصطلح تغييراً من قبل المستأجر أي هو تغيير من قبل أرادة المستأجر كقيام المستأجر بتغيير واجهة العقار أو هدم الحائط بين غرفتين^(١)، وكذلك نص المشرع على مصداق التغير الإرادي في عقد الهبة في المادة ٦٢٣/ و " يمنع الرجوع في الهبة ... إذا غير الموهوب له الموهوب على وجه يتبدل به اسمه كالحنطة اذا طحنت دقيقاً"

وكذلك في قانون الاستملاك في نص المادة ٥٣ " إذا أدى تنفيذ المشروع إلى تغيير طريقة استغلال العقار الذي لم يمسه الاستملاك ...

مما تقدم يلاحظ على موقف المشرع العراقي أنه استعمل مصطلح تغيير وأراد به نفس معنى التغير، فهو لم يفرق بين مصطلح التغير ومصطلح التغيير إذ استخدمهما في ذات المعنى، في حين أن التغيير هو اتجاه الإرادة إلى تحول الشيء من حالة إلى أخرى بينما التغير هو تحول الشيء من حالة إلى أخرى من دون تدخل إرادي مقصود.

أما موقف المشرع المصري والفرنسي فهما كذلك لم يعالجوا مسألة حدوث التغيرات الإرادية التي تحدث على المال المغصوب .

وفي موضع آخر يستشف الفقه الفرنسي لحصول التغيّر الإرادي من مفهوم الدلالة الضمنية لنص المادة (١٦١٤) " يجب على البائع تسليم المبيع على حالته التي كانت عند العقد

^١ ينظر د. سعيد مبارك ود. صاحب الفتاوي ود. طه ملا حويش ، الموجز في العقود المسماة (البيع والإيجار والمقاوله) مكتبة السنهوري ، بيروت ، ٢٠١٢، ص ٣٥٨.

الفصل الأول..... ماهية التغيرات الطارئة في الإستملاك

ومن وقت تمام العقد تكون الثمرة للمشتري " فالدلالة الصريحة للنص أن هنالك التزام على البائع بأن يسلم المشتري المبيع بالحالة التي كانت نفسها وقت إبرام العقد ، والدلالة الضمنية للنص تشير إلى أنه في حال تغير المبيع إلى حالة أخرى لا يعد البائع قد أوفى التزامه ، بمعنى إذا تغير المبيع إلى غير ما كان عليه وقت التعاقد فيجب على البائع إعادة حال المبيع إلى ما كان عليه وبخلافه فلا يعد البائع قد أوفى بالتزامه^(١) .

ويبين الفقه الفرنسي أن البائع ملتزم قانوناً بتسليم المبيع بالحالة التي كان عليها وقت العقد ، ومن ثم لا يجوز له أن يغير من حالة المبيع لأنه سينقل المبيع من حالة إلى أخرى غير التي كان عليها وقت العقد^(٢) .

من خلال ما تقدم يتبين لنا إن المشرع العراقي قد أهتم بفكرة التغير الإرادي والأرادي حيث نظم العديد من تطبيقاته في أغلب القوانين، لا سيما القانون المدني .

وعلى قدر تعلق الأمر بموضوع بحثنا، فالتساؤل الذي يثار هل التغيرات الطارئة في الإستملاك هي تغيرات أرادية أم غير أرادية ؟. للإجابة على هذا التساؤل نتوقف على بيان مصطلح الطارئ ، وهذا ما سنتناوله في الفقرة التالية.

أما تعريف الطارئة ففي الاصطلاح القانوني فيستخدمه الفقه للدلالة على كل أمر يحدث من دون تدبير مسبق ، فهو أمر عرضي أستجد في الشيء ويؤثر فيه، فقد أستُخدم هذا المصطلح عند بحثهم في الأهلية وبما يسمى الأحوال الطارئة على الأهلية أو عوارض الأهلية^(٣) .
فالملاحظ أن استعمال جانب من الفقه لمصطلح الطارئ لا يختلف عن المعنى في الاصطلاح اللغوي .

^١ نقلاً عن د. محمد عبد الوهاب، تغير الشيء وأثره في التصرفات والوقائع القانونية، مصدر سابق ، مصدر سابق، ص ٣١.

^٢ Henri ,Leon et Jean Mazeaud : Droit Civil, t11.3e ed , Paris , 1968,p778.

<https://www.lgdj.fr/catalogsearch/result/>

متوفر على الموقع الإلكتروني

^٣ يقصد بعوارض الأهلية كل أمر يحدث للشخص بعد أن يبلغ رشيداً فيؤثر في أهليته تأثيراً يختلف قوة وضعفاً فقد يزيلها أو ينقص منها ينظر د. أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الإلتزام، مصادر الإلتزام، ج١، ط٢، مطبعة مصر، ١٩٥٤، ص ١٣٥.

أما في الاصطلاح التشريعي فأن المشرع العراقي، وغيره من القوانين محل المقارنة، لم تورد تعريف للطارئ ، إلا ان هذا لا يعني خلوها من الإشارة إلى هذا الاصطلاح في بعض نصوص القوانين والتي تتضمن في دلالتها المعنى اللغوي له ، فالمشرع العراقي أستخدم المصطلح في نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني في نص المادة ٢/١٤٦ " إذا طرأت حوادث استثنائية عامة..." وكذلك الأمر لدى المشرع المصري في القانون المدني في المادة ٢/١٤٧ " ...إذا طرأت حوادث استثنائية عامة "

وقد ذهب جانب من الفقه أن هذه النظرية تطبق في حالة حصول تغير غير إرادي يؤدي إلى الاختلال في توازن الالتزامات في العقد ^(١) .

وفي موضع آخر تناوله المشرع في قانون الإستملاك في نص المادة ٢٦ /أولاً لدوائر الدولة وللقطاعين الاشتراكي والمختلط في الحالات الاستثنائية الطارئة ، كالفيضان أو تفشي وباء... وكذلك المشرع المصري أستخدم المصطلح في قانون نزع الملكية للمنفعة العامة في المادة ١٥ " في حالة حصول غرق أو قطع جسر أو تفشي وباء ، وسائر الأحوال الطارئة ... "

من خلال هذه النصوص التي أشارت إلى مصطلح الطارئ نجد ان معنى الطارئ في الاصطلاح القانوني لدى المشرع لا يختلف عن المعنى اللغوي له ، في كونه تغير غير إرادي .

ولكن في موضع آخر يلاحظ أن المشرع العراقي قد أستعمل المصطلح بخلاف المعنى اللغوي في بعض المصاديق، ففي قانون الإستملاك تناول المشرع في الفصل الثاني تحت عنوان تحسن العقار دون أستملكه في نص المادة ٤١ " اذا طرأت على العقار ...زيادة في قيمته بسبب تحسن موقعه " وفي وكذلك في المادة ١٩ " يلزم ملاك العقارات التي يطرأ عليها تحسين بسبب أعمال المنفعة العامة.."

^١ ينظر: د. السنهوري، الوسيط، مصادر الإلتزام، ج١، مصدر سابق، ص٦٣١. وكذلك د. علي سليمان ، مصادر الإلتزام، ط٥، ديوان المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٣، ص٩٩-١٠٠، وكذلك د. أنور السلطان، المبادئ القانونية العامة ، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٥، ص٣٣٥-٣٣٦.

الفصل الأول..... ماهية التغيرات الطارئة في الإستملاك

فيفهم من النص أن التغير الحاصل في القيمة النقدية قد نشأ تسبباً من فعل المستملك وليس مباشراً، لأنَّ أرادة الجهة المستملكة اتجهت إلى فعل الإستملاك ولم تتجه إلى النتيجة وهي الزيادة في القيمة النقدية .فالتغير الذي حدث هو تغير أرادي طارئ .

وكذلك أيضاً في موضع آخر أستعمل المشرع العراقي المصطلح بخلاف المعنى اللغوي عند بيانه لإحكام الغصب، إذ نصت المادة ١٩٥ " إذا تناقصت قيمة المغصوب بعد الغصب فليس للمغصوب منه إلا ان يقبله كما هو دون اخلال بحقه في التعويض عن الأضرار الأخرى ، ولكن اذا طرأ على قيمة المغصوب نقصان بسبب استعمال الغاصب أو بفعله لزمه الضمان " .

فالمشرع تناول في فرض النص التغير بالنقصان في قيمة المال المغصوب وأراد في حكم النص تناول نوعين للنقصان الأولي النقصان للأرادي الذي حدث بدون تدخل إرادة الغاصب وإنما لظروف خارجية ، فإرادة الغاصب لم تقم بفعل يؤدي إلى نقصان من القيمة كما أن ارادته لم تتجه ولم تقصد النتيجة وهي النقصان في القيمة، وهذا ما تناوله في الشق الأول من النص، وتناول في الشق الثاني النقصان الإرادي والذي قد يقع بسبب استعمال الغاصب أو بسبب فعله ، فإرادة الغاصب أجهت إلى الفعل أي أن بسبب فعل الغاصب أدى إلى حدوث النقصان أو بسبب استعمال المال المغصوب ولكن أرادته لم تتجه إلى النتيجة ولم تقصدها وهي حدوث النقصان في قيمة المال المغصوب ^(١) .

ويلاحظ مما سبق أن المشرع استعمل مصطلح الطارئ مع التغير الإرادي عندما تتجه الإرادة إلى فعل الغصب أو إلى استعمال المال المغصوب ومن دون أرادة النتيجة وهي حدوث التغير، فالأخير حدث بصورة طارئة ، ومؤدى ذلك ان المشرع استخدام مصطلح طراً بخلاف المعنى اللغوي الذي يدل على التغير الذي يحدث بدون تدخل إرادي .

كما أن النص يعتريه الحشو والتكرار في فرض النص فهو قد أعاد بيان فرض النص في الشق الأول والثاني .

^١ ينظر د.حسن علي ذنون، المبسوط الخطأ، ج٢، مصدر سابق، ص٢٦٥. أن السبب القانوني الذي ينشئ التغير مصدره (غَيْر) يرد إلى أصل منطقي واحد وهو التصرف القانوني

فمن خلال ما تقدم يمكننا ان نضع تعريفاً للتغيرات الطارئة إذا نظرنا إليه من زاوية أنواعه بأنه "تبدل أو تحول للشيء من حالة إلى أخرى ^(١) بفعل لا أرادي ^(٢) ، أو أرادي في أحداث الفعل دون قصد تحقيق النتيجة ^(٣) .

الفرع الثاني

مصادر التغيرات الطارئة

يقصد بمصدر التغيرات الطارئة، السبب القانوني الذي أنشأ التغير، ويرجع مصدر التغيرات بصورة عامة إلى العمل القانوني أو الواقعة القانونية ، فالسبب القانوني الذي ينشئ التغير والتغيير يرد إلى أصل منطقي واحد وهو الواقعة القانونية ، وهذه الواقعة تنقسم إلى قسمين : القسم الأول واقعة اختيارية وهي تكون راجعة لإرادة الانسان وتنقسم إلى أعمال قانونية تتجه فيه الإرادة إلى أحداث الفعل وإرادة النتيجة سواء كانت صادرة من إرادة واحدة، كما في التصرف القانوني الصادر من جانب واحد، والذي يترتب عليه تغيير في الآثار القانونية، وهنا نكون أما تغيير أرادي مقصود من جانب واحد ، أو أن ينشأ هذا التغيير من تلاقي أرادتين أو أكثر ، كما في العقد الذي تتجه فيه إرادة أطرافه إلى تغيير المحل (المعقود عليه) من حالة إلى حالة أخرى ^(٤)، وفي هذا الفرض نكون أما تغيير أرادي مقصود من أرادتين .

وأعمال مادية تارةً تتجه فيه الإرادة إلى أحداث العمل المادي من حيث الفعل دون قصد تحقيق النتيجة ، وهنا نكون امام صورة تغير أرادي طارئ من حيث النتيجة كما في المصادق التشريعي لنص المادة ١٩٥ " ...ولكن إذا طرأ على قيمة المغصوب نقصان بسبب استعمال الغاصب أو بفعله لزمه الضمان.

^١ ويقصد به الزيادة أو النقصان .

^٢ أي كل فعل صادر من غير الإنسان أو لإسباب خارجة عن إرادة الإنسان.

^٣ أي كل فعل صادر من إرادة الإنسان لكن دون أن يقصد تحقيق النتيجة

^٤ عرف المشرع العراقي العقد في المادة (٧٣) من القانون المدني هو " ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدین بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه " .

الفصل الأول..... ماهية التغيرات الطارئة في الإستملاك

وتارةً أخرى تتجه فيه الإرادة إلى أحداث الفعل وقصد النتيجة كما في أتلان مال الغير الناشئ عن التعمد وهنا نكون أمام صورة تغيير أرادي مقصود .

والقسم الثاني وقائع قانونية طبيعية أي لا يرجع التغيير لإرادة الانسان وإنما لاسباب خارج عن ارادة الانسان ، وهنا نكون أمام صورة تغيير لا أرادي طارئ ، كما في مصداق القوة القاهرة والظروف الطارئة.

وهذا النوع الأخير من التغيير يثبت له من الخصائص ما تميزه عن غيره من التغيرات، فهو يثبت له خاصية عدم التوقع، ويقصد بها هي كل حدث غير متوقع او بعبارة أخرى حدث يستعصي توقعه بوسائل الإدراك الإنساني ، حتى وإن أمكن توقعه فإنه يستعصي على المقاومة، فهذا الحدث يتصف بصفة المفاجأة والحتم ، وهو أن الشخص يؤخذ بها من غير أن يعد العدة لملاقاتها بالوسائل المناسبة^(١) أو بصورة خاصة هو أن تكون هذه الحوادث غير متوقعة وقت نشوء الواقعة القانونية ، ولا يعني هذا أن تكون هذه الحوادث مستبعدة تماماً ، فلا شيء مستبعد حدوثه في الحياة ولكن يكفي ألا تكون هذه الحوادث متوقعة سواء من حيث الفعل والنتيجة أو من خلال النتيجة فقط^(٢).

المطلب الثاني

أنواع التغيرات الطارئة

من خلال بيان تعريف التغيرات الطارئة تبين لنا أن للتغيرات الطارئة لها نوعين الأولى التغيرات الطارئة الإرادية والثانية التغيرات الطارئة للإرادية، ويندرج تحت هذين النوعين العديد من التطبيقات التي تنبسط في شتى القوانين التي يصعب الإلمام بها ، بل حتى المشرع قد عجز عن الإحاطة بكل فرضيات التغيير التي من الممكن أن تحدث في الوقائع القانونية، فالفقه أشار إلى العديد من الحالات التي لم تحظ بتنظيم قانوني ، وإذا كان يصعب الإلمام بكل أنواع التغيرات الطارئة ، وكل نوع يباين الآخر من حيث الحقيقة و الأثر، إلا أننا نستطيع أن نرجعها إلى ضابط واحد يجمعها وهو من خلال بيان أنواع التغيرات الطارئة من حيث دور الإرادة ، ولغرض

^١ د. قذافي عزت الغنايم، العذر وأثره في العقود المعاوضات المالية، ط١، دار النفائس ، عمان الإردن، ٢٠٠٨، ص٣٠٣.

^٢ د. سمير تناغو ، مصادر الإلزام، مصدر سابق، ص١٦٢.

بيان هذه الصور بصورة مفصلة، سنقسم هذا المطلب على فرعين، نتناول كل نوع في فرع مستقل.

الفرع الأول

التغيرات الطارئة الإرادية

من خلال ما سبق تبين لنا أن التغيرات الطارئة الإرادية يقصد بها هو كل تحول أو تبدل للشيء من حاله إلى آخر ، كما أو كيفاً أو كماً وكيفاً معاً ، بفعل تدخل الإرادة في أحداث الفعل دون قصد تحقيق النتيجة .

وفي هذا الفرض نكون أما تغير طارئ من حيث النتيجة، فالأخيرة تكون عرضية بسبب الفعل، ومصاديق هذه الصورة من التغير الذي يقتزن في عملية الإستملاك ، كما في التغير الناتج عن تنفيذ مشروعات عامة من قبل الجهة المستملكة، فإرادة الأخيرة أتجهت إلى قصد تحقيق التحسن في المنفعة العامة إلا أنه تارةً قد يحصل تحسن للمنفعة الخاصة بالرغم من إن أرادة الجهة المستملكة لم تقصد النتيجة ، فتؤدي إلى تحسن موقع العقار أو زيادة في المنفعة ، كما في تطبيق التحسن الذي يطرأ على الجزء المتبقي من العقار المستملك، أو في تطبيق التحسن الذي يطرأ على العقارات المجاورة للعقار المستملك، كما لو قامت الجهة المستملكة بتنفيذ مشروعات عامة أدت إلى زيادة قيمة العقارات المجاورة كمشاريع الكهرباء والري أو بسبب فتح طريق بجوار العقار أو إنشاء منتزه أو شق ترعة أو بسبب زيادة العمران في الجهة الكائن بها العقار^(١) .

وتارةً أخرى قد يحصل تضرر للمنفعة الخاصة، بالرغم من إن أرادة الجهة المستملكة لم تقصد هذه النتيجة وإنما قصدت المنفعة العامة ، ويتمثل هذا التضرر في صورة النقصان في المنفعة أو صورة النقصان في القيمة النقدية ، كما في الضرر الذي يطرأ على الجزء المتبقي من العقار المستملك، كأن ينحبس الجزء المتبقي عن الطريق العام، أو في الضرر الذي يطرأ على العقارات المجاورة للعقار المستملك ، كما في إنشاء المصانع البتروكيمياوية والمعامل، فما تسببه

^١ ينظر: د. طارق المجذوب ود. هيام مروة، الوجيز في القانون الإداري الخاص، مصدر سابق، ص ١٤٨-

الفصل الأول..... ماهية التغيرات الطارئة في الإستملاك

هذه المشروعات من مخلفات وتلوث بيئي تؤثر على الأراضي المجاورة لها مما يؤدي إلى انخفاض قيمتها النقدية^(١).

وتتميّز التغيرات الطارئة الإرادية عن التغيرات غير الطارئة الإرادية من خلال دور الإرادة فتتحقق الأولى عندما تتجه الإرادة إلى أحداث الفعل دون تحقيق النتيجة، بينما الثانية تتحقق عندما تتجه الإرادة إلى أحداث الفعل والنتيجة معاً، ومصاديق هذه الصورة منبسطه في شتى القوانين، على ان تقتصر الأمر على بيان بعض منها ، ففي التشريع العراقي نص المشرع في القانون المدني بنص المادة ١١١٩ " اذا أحدث شخص بناءً أو غراساً أو منشآت أخرى بمواد من عنده على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضاء صاحبها ، كان لهذا أن يطلب قلع المحدثات على نفقة من أحدثها .." فالتغير الذي أحدثه الشخص في أرض الغير من دون رضائه، هو قاصد فعل القيام بالبناء أو المنشآت وقاصد النتيجة وهو أحداث زيادة متصلة على الأرض^(٢)، فتحولت من أرض إلى بناء، فالتغير حدث بالكم اي بالزيادة عليه ولم يغير من ذات الشيء .

وقد يحصل هذا المصادق من التغير الأراذي في أرض الغير برضائه، وهذه الصورة أشار إليها المشرع العراقي في نص المادة (١١٢١) من القانون المدني العراقي النافذ^٣، وطبقها القضاء العراقي، ففي قضية قضى بها "...ان المشيدات التي تم أحداثها كانت بعلم وموافقة المدعى عليهما، وإذا أحدث شخص منشآت بمواد من عنده على أرض غيره بأذنه، فان لم يكن بينهما اتفاق على مصير ما أحدثه ، فلا يجوز لصاحب الأرض أن يطلب قلع المحدثات ويجب عليه إذا لم يطلب صاحب المحدثات قلعها أن يؤدي إليه - أي مالك الأرض- قيمتها قائمة عملاً بأحكام المادة(١١٢١) من القانون المدني^(٤) .

^١ ينظر : د. عباس محمد نصر الله، القانون الإداري الخاص، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت - لبنان، ٢٠١٦، ص ٢٨٨.

^٢ ينظر د. حسن علي ذنون ، شرح القانون المدني العقود المسماة، مصدر سابق، ص ٥٣.

^٣ نصت المادة ١١٢١ " اذا أحدث شخص منشآت بمواد من عنده على أرض غيره بأذنه، فان لم يكن بينهما اتفاق على مصير ما أحدثه، فلا يجوز لصاحب الأرض ان يطلب قلع المحدثات ويجب عليه اذا لم يطلب صاحب المحدثات قلعها، ان يؤدي إليه قيمتها قائمة".

^٤ محكمة بداءة كربلاء، قرار رقم ١٦٥، بتاريخ ١٠/٤/٢٠٢٢ مكتسب الدرجة القطعية ، غير منشور .

الفصل الأول..... ماهية التغيرات الطارئة في الإستملاك

وفي التشريع الفرنسي نص عليه المشرع في المادة ٥٧٠ من القانون المدني الفرنسي " إذا استخدم احد الحرفيين أو أي شخص مادة لا تعود إليه وذلك لتشكيل شيء من نوع جديد فسواء أكانت المادة يمكن أن ترجع إلى حالتها الأولى أم لا ، فان لمالكها الحق في المطالبة بالشيء المتشكل أو المصنوع بعد تسديد أجرة العمل والمقدرة في تاريخ التسديد " .

فهذا النص يشير إلى تغير الشيء بفعل الإرادة يسميه الفقه الفرنسي بالاستصناع ، والذي يعني نشوء مادة جديدة من مواد تعود للغير ونشوء مادة نتيجة تحولها من وضع إلى وضع آخر ، فقرر المشرع لمالك المادة الحق في المطالبة بملكية الشيء الجديد على إن يسدد أجرة العمل وتقدر الأجرة بتاريخ التسديد ^(١) .

أو قد يكون التغير العادي في صورة أخرى ليست بالكم وإنما بالكيف أي تغير في ذات الشيء، وهذا التغير يقع على شكل التغير بالمزج ويقصد به الخلط بين شيئين فاكثر وهما أما ان يكونا من نوع واحد أو يختلفا في النوع وفي كلتا الحالتين أما ان يمكن فصل احدهما عن الآخر أو لا يمكن ^(٢) . وهذا النوع من التغير قد يحدث في المنقول مع بقاءه منقولاً كما في الحنطة عندما تطحن فتصبح دقيقاً وقد يحدث التغير أيضاً مع المنقول فيتحول إلى عقار كما في استعمال الطابوق والأخشاب في البناء ^(٣) .

في حين أن جانب آخر يميّز بين عدة صور للتغير بالكيف الأولى التغير بالضم أو الاندماج وهو اتحاد شيئين تعود ملكية كل واحد منهما إلى مالك مستقل ليشكلا كلا الشيئين وحدة واحدة مع إمكانية تمييز أحدهما عن الآخر ^(٤) .

¹ planiol et Ripert par picard: Traité pratique de droit civil français / Tome III, Les biens ,2eed ,T 111 , Les Biens , Paris , 1952, p279.

<https://www.worldcat.org/title/traite>

متوفر على الموقع الإلكتروني

^٢ ينظر د. مصطفى أبراهيم الزلمي ، نظرية الإلتزام برد غير المستحق ، مصدر سابق ، ص٣٠٨.

^٣ ينظر د. محمد عبد الوهاب، تغير الشيء وأثره في التصرفات والوقائع القانونية، مصدر سابق ، ص٦١.

^٤ ينظر د. محمد عبد الوهاب، تغير الشيء وأثره في التصرفات والوقائع القانونية، المصدر نفسه، ص٢٠.

والثانية التغير بالمزج (الخلط) هو اتحاد شيئين اتحاداً لا يمكن معه تمييز أحدهما عن الآخر. والثالثة التحويل هو نشوء مادة نتيجة تحويلها من وضع إلى وضع آخر^(١) . ومصادق ذلك نص المادة ٥٧٠ من القانون المدني الفرنسي " ولقد صدر بهذه المادة قانون رقم ٦٠ - ٤٦٤ في ١٧ ايار ١٩٦٠ التي جاء فيها ما يلي ((إذا استخدم أحد الحرفيين أو أي شخص مادة لا تعود إليه وذلك لتشكيل شيء من نوع جديد ، فسواء أكانت المادة يمكن أن ترجع إلى حالتها الأولى أم لا، فإن لمالكها الحق في المطالبة بالشيء المتشكل أو المصنوع بعد تسديد أجرة العمل والمقدرة من تأريخ التسديد)).

الفرع الثاني

التغيرات الطارئة اللاإرادية

نقصد بالتغيرات الطارئة اللاإرادية هو كل تحول أو تبدل للشيء من حاله إلى آخر ، كماً أو كيفاً أو كماً وكيفاً معاً ، من دون تدخل الإرادة، أي لأسباب خارج عن فعل الإرادة ، وإنما ينشأ التغير نتيجة ظروف تطرأ على الأشياء أو الأشخاص فتؤدي إلى التغير في الأشياء أو الأشخاص ، وهذه التغيرات الطارئة اللاإرادية نقسمها من حيث نطاقها إلى عامة وأخرى خاصة، ولغرض بيان ذلك بصورة مفصلة، سنقسم هذا الفرع على فقرتين، نتناول في الأولى التغيرات الطارئة اللاإرادية العامة وفي الثاني التغيرات الطارئة اللاإرادية الخاصة .

أولاً- التغيرات اللاإرادية الطارئة العامة

لعل المتأمل في التشريعات المقارنة نجد أن نظرية التغيرات اللاإرادية الطارئة العامة نظم المشرع أحكامها كنظرية عامة في القانون المدني، وتجد صداها الواسع في تطبيق العقود من الناحية العملية لا سيما في العقود المستمرة التنفيذ، التي تمتاز بطول مدتها، ويرجع ذلك أما لاتفاق الأطراف على استمرارها، وذلك تلبيّة لاحتياجاتهم^(٢) ، لا سيما في العقود التي تمتاز

^١ ينظر د. محمد عبد الوهاب ، تغير الشيء وأثره في التصرفات والوقائع القانونية، المصدر نفسه ص ٢٠.

^٢ ينظر د. عبد الحي حجازي، عقد المدة، مصدر سابق، ص ٢-٣.

الفصل الأول..... ماهية التغيرات الطارئة في الإستملاك

بضخامة الأعمال المطلوب القيام بها، والتي تحتاج إلى وقت طويل لإتمامها فيسعى المتعاقدان لإبرام العقود المستمرة وذلك من أجل تحقيق قدر من الاستقرار في معاملاتهم^(١).

ومادام العقد ممتداً في الزمن ، فإنه سيكون عرضة للتأثر بتغيرات الظروف المحيطة به ، فالظروف المحيطة بإبرام عقد ممتد لسنوات طويلة لا يمكن أن تبقى على حالها طوال هذه المدة، فنسبة احتمال حدوث تغيرات طارئة تكون كبيرة، فإن هذا بلا شك سيؤثر على بعض عناصر العقد وتتأثر تبعاً لذلك التزامات المتعاقدين^(٢).

وأسباب التغيرات الطارئة العامة التي تصيب العقد متنوعة فقد تكون ناتجة من ظرف سياسي ، كحالة حدوث الحرب أو كالقرارات الصادرة من حكومة دولة معينة بقطع العلاقات بينها وبين حكومة دولة أخرى ، مما يجعل تنفيذ التزامات الطرف المنتمي إلى هذه الدولة مستحيلاً أو مرهقاً^(٣).

وقد تكون هذه الظروف اقتصادية كوجود أزمة اقتصادية أو ارتفاع مفاجئ في أسعار المواد الأولية أو المواد المصنعة أو المنتجة^(٤).

وقد تكون هذه الظروف تشريعية أو قانونية كصدور بعض القوانين التي تمنع الاستيراد والتصدير أو تمنع تداول رؤوس الأموال مما يؤثر بشكل أو بآخر على تنفيذ العقد^(٥).

وقد تكون هذه الظروف ترجع إلى الطبيعة كحدوث الزلازل أو الفيضان أو حدوث وباء^(٦).

^١ ينظر لمزيد من التفاصيل، د. عبد الحي حجازي، عقد المدة ، المصدر نفسه، ص٣، وكذلك ينظر ص١٥٤ وما بعدها.

^٢ : د. شريف غنام، أثر تغيير الظروف في عقود التجارة الدولية، ط١، مطبعة الفجيرة الوطنية، دبي - الإمارات، ٢٠١٠، ص٥.

^٣ د. سمير تناغو، مصادر الإلتزام، مصدر سابق، ص١٥٦ .

^٤ ينظر: د. شريف غنام، أثر تغيير الظروف في عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص٥.

^٥ من تطبيقات هذه الصورة من الظرف الطارئ صدور قانون الإصلاح الزراعي قبل تسجيل العقار في دائرة التسجيل العقاري، فأعتبر القضاء أن صدور هذا القانون يعد ظرفاً طارئاً لإنفاص التعويض الاتفاقي إلى الحد المعقول ، قرار محكمة التمييز رقم ٢٩٣٧ بتاريخ ١٩٦٧ ، منشور في مجلة القانون المقارن بغداد - العراق، العدد الثاني ، ١٩٦٨.

^٦ ينظر لمزيد من التفاصيل : د. عصمت عبد المجيد، النظرية العامة للألتزام، ج١، مصدر سابق، ص٤٢٢.

الفصل الأول..... ماهية التغيرات الطارئة في الإستملاك

ففي مثل هذه الحالات الطارئة تؤثر على الوظيفة الأساسية للعقد وتزلزل استقرار المراكز القانونية وتختل المنفعة المتبادلة بين الأطراف خلال مدة التنفيذ . وهذا ما يتعارض مع مبدأ العدالة الذي يعد من أهم المبادئ القانونية الذي يأخذه المشرع بنظر الاعتبار عند سن التشريع، فالعدالة تقتضي في إعادة النظر في الأحكام المتولدة عن هذا العقد إذا ما أظهر الأطراف رغبتهم في الاستمرار في العلاقة التي تربطهم.

ويترتب على ذلك أن مثل هذه الظروف الطارئة غير المتوقعة تفرض واقع جديد على أطراف العقد خلال مرحلة تنفيذ العقد تختلف عن واقع لحظة إبرام العقد بالنسبة لإطرافه .

وهذا الواقع الجديد يختلف من حيث مدى تأثيره على العقد ، فحادث الزلزال أو الحرب ... الخ قد ينتج عنه أن يصبح تنفيذ الالتزام العقدي مستحيلاً في حالة، ومرهقاً في حالة أخرى^(١).

ومؤدى ذلك كان من المنطقي أن يختلف الجزاء المترتب على حدوث التغير الطارئ بحسب كل حالة، وبذلك فجاءت المعالجات التشريعية للتغيرات الطارئة من حيث مدى تأثيرها على العقد، وليس من حيث مصاديق وقوعها ، فتارةً يؤثر التغير الطارئ على العقد يجعل من تنفيذه مستحيلاً وفي هذا الصدد تنوعت المصطلحات التي تستخدمها التشريعات في تنظيم هذا التغير، فبعض التشريعات تستخدم مصطلح القوة القاهرة^(٢) وبعضها أستحالة التنفيذ^(٣) وبعضها نظرية ال frustration of contract^(٤) فأختلف المفاهيم بين هذه المصطلحات المختلفة يعكس كل مصطلح نظرية قانونية مستقلة في تعريفها ونتائج تطبيقها عن باقي النظريات الأخرى فالقوة القاهرة في القوانين اللاتينية أو القوانين المتأثرة بها تتمتع بمفهوم مختلف عن فكرة استحالة التنفيذ في القانون الألماني ونفس الأمر ينطبق على نظرية frustration التي يعرفها النظام الإنجليزي.

^١ د. قذافي عزت الغنايم، العذر الطارئ وأثره في العقود ، مصدر سابق، ص ٣٠٣.

^٢ ينظر: القانون المدني العراقي في المادة (٢١١) والقانون المدني المصري في المادة (٢١٥) والقانون المدني الفرنسي في المادة (١١٤٨).

^٣ ينظر: قانون الالتزامات الألماني في المادة (٢٧٥) وقانون الالتزامات السويسري المادة (١١٩) .

^٤ ينظر: القانون الإنجليزي والقانون التجاري الأمريكي الموحد في المواد (٢-٣١٣ و ٢-٣١٤ و ٣-٣١٥).

الفصل الأول..... ماهية التغيرات الطارئة في الإستملاك

وتارة أخرى يؤثر التغير الطارئ للأفراد على العقد يجعل تنفيذ التزامات أحد طرفي العقد وهو المدين ضاراً به ومرهقاً دون أن يجعله مستحيلًا، لكن موقف النظم القانونية اختلفت في طريقة الحل إلى اتجاهين : الإتجاه الأول : ذهب جانب من النظم لقانونية إلى الاعتراف تشريعياً بنص عام وصريح يجيز للقاضي أن يتدخل لإعادة توازن العقد الذي أخل بسبب تقلبات الطارئة التي أستجبت ونظمتها تحت عنوان نظرية الظروف الطارئة ^(١) .

وتطبيقاً لذلك قضى القضاء العراقي إنه وجد من خلال تحقيقات المحكمة التي اجرتها إن المدعية المميزة قد استأجرت من المدعى عليه كشك داخل بناية جامعة بابل لمدة سنة واحدة تبدأ اعتباراً من ٢٩ / ١٠ / ٢٠١٩ ولغاية ٢٨ / ١٠ / ٢٠٢٠ وببديل إيجار قدره واحد وعشرون مليون ومائة الف دينار تم تسديدها على شكل دفعة واحدة وبسبب الظروف الاستثنائية التي مر بها البلد المتمثلة بحدوث المظاهرات وقطع الطرق وانقطاع الدوام الرسمي للفترة ١ / ١٠ / ٢٠١٩ ولغاية ١٦ / ٢ / ٢٠٢٠ ونتيجة لذلك فقد تعذر على المدعية الانتفاع بالمأجور خلال الفترة الزمنية التي رافقت ذلك وأن تلك الظروف كانت غير متوقعة ولم يكن المدعية سبباً فيها مما حرّمها للانتفاع خلافاً لإرادتها وحيث ان محكمة الاستئناف وفي حكمها المميز لم تراعى هذه الجهة مما أخل بحكمها فقررت نقضه ... ^(٢) .

ولعل المتأمل في قرار المحكمة فيه إشارة إلى خصائص التغير الذي طرأ على العقد في أنه غير متوقع ، وأن التغير حدث بدون تدخل أرادة المدعية فهو تغير لا إرادي .

الاتجاه الثاني :- يذهب جانب من النظم القانونية إلى الاعتراف بالنظرية على أساس قضائي، تحت مسمى " انهيار الأساس التعاقدي " ومن دون وجود نص عام في هذه القوانين يسمح بمراجعة العقد ويمنح القاضي سلطة التدخل لتعديل التزامات المتعاقدين، فأن قضاء هذه الدول قد سمح لنفسه على أساس مبدأ حسن النية والعدالة بالتدخل لإجراء مثل هذا التعديل ^(٣) .

^١ المشرع المصري نظم النظرية في نص المادة ٤٧ / ٢ من القانون المدني، وكذلك موقف المشرع العراقي في نص المادة ١٤٦ / ٢ .

^٢ محكمة التمييز الاتحادية، قرار رقم ٢٢٤٢ / الهيئة الاستئنافية عقار / بتاريخ ٢٦ / ٥ / ٢٠٢١ غير منشور .

^٣ النظام القانوني السويسري الذي أجاز للقاضي التدخل لمراجعة شروط العقد إذا تغيرت نتيجة لظروف غير متوقعة ، وقد أسس القضاء السويسري وخاصة المحكمة الفيدرالية هذا التدخل على أساس المادة الأولى من

الفصل الأول..... ماهية التغيرات الطارئة في الإستملاك

في حين الملاحظ أن بعض التشريعات لم تعالج المسألة كنظرية عامة ، كموقف المشرع الفرنسي في القانون المدني فكان في بادئ الأمر يرفض تطبيق النظرية أجمالاً ، فيعارض هذا النظام منح القاضي سلطة التدخل لتعديل شروط العقد إذا أخلت توازنه بسبب أحداث غير متوقعة وخارجة عن إرادة الأطراف ، فمنذو الحكم الشهير لمحكمة النقض الفرنسية في عام ١٨٧٦ في قضية " canal dl craponne " فإن المحكمة تعطي أولوية لتطبيق مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، على تعديل بنود العقد إذا تغيرت الظروف المحيطة به فالقوة الملزمة للعقد هو الأساس الذي تستند إليه القانون الفرنسي ، ولكن هذا لا يعني أن النظام القانوني الفرنسي لا يعرف هذه النظرية فالقانون الإداري الفرنسي يعرف جيداً نظرية الظروف الطارئة ، بل أن القضاء الإداري الفرنسي أقام لها قضاء راسخاً يسمح للقاضي الإداري بالتدخل بتعديل العقد إذا توافرت شروط النظرية في القانون الإداري الفرنسي ^(١).

ولكن نظرة المشرع تغيرت في تعديل القانون المدني بموجب المرسوم رقم ٢٠١٦ - ٣١ بتاريخ ١٠/٢/٢٠١٦ وأخذ بنظرية الظروف الطارئة في نص المادة (١١٩٥) حتى اعتبره جانب من الفقه الفرنسي بمثابة ثورة في قانون العقود الفرنسي ^(٢) .

وكذلك أيضاً نظمها المشرع في قانون الإستملاك ، فتجد صداها في أعمال الإدارة عندما يطرأ عليها ظروف استثنائية، كالفيضانات والزلازل أو الأمراض الوبائية أو في سائر الأحوال

القانون المدني التي تتحدث عن سلطة القاضي في تكملة النقص في القانون وكذلك يؤسس على نص المادة الثانية التي تتطلب حسن النية في تنفيذ العقد ، وكذلك موقف النظام القانوني الألماني فقانون الإلتزامات لا يحتوي على نص عام يقضي بمراجعة العقد ولكن الفقه والقضاء الألماني وضعاً طريقاً يسمح للقاضي بالتدخل لتعديل العقد في حالات معينة ، وقد جاءت محاولات الفقه والقضاء استجابة للتغيرات الاقتصادية الكبيرة التي صاحبت الحرب العالمية الأولى مثل زيادة الديون وارتفاع نسبة التضخم والكساد الاقتصادي ، وقد أسس القضاء الألماني بالتطبيق الواسع للمادة ١٥٧ من قانون الإلتزامات التي توجب تفسير العقود بحسن نية وكذلك بالاستناد إلى نص المادة ٢٤٢ التي تلزم المدين بتنفيذ التزامه بحسن نية ينظر: د. شريف غنام، أثر تغيير الظروف في عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص ٤٧.

^١ ينظر لمزيد من التفاصيل، د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج ٢، ط ٤، ١٩٨٧، ص ٥١٥ وما بعدها .

²B. DONDERO, la réforme du droit des contrats (ordonnance no 2016 -31 du 10 fév. 2016) .

متاح على الموقع الإلكتروني: <http://brunodondero>

الفصل الأول..... ماهية التغيرات الطارئة في الإستملاك

الطارئة، فالمشرع أجاز لها إن تستولي على العقار مؤقتاً لغرض القيام بإعمالها فهذا الجواز مبني على المصلحة العامة ودرء الخطر^(١) ، وفي حالة استمرار الظرف الطارئ مدة معينة^(٢)، فالمشرع أوجب على الجهة المستولية أن تطلب إستملاكه لقاء تعويض^(٣) .

فهذا التغيرات إذا طرأت قد تكون سبباً لغرض المصلحة العامة، تؤدي بالإدارة إلى استملاك العقار، فهو التغيرات أدت إلى نشوء الإستملاك، وليست مقترنة به أي تولدت بعد نشؤه .

فالتغيرات الطارئة العامة بالرغم من أختلاف مسمياتها في النظم القانونية، إلا أنها تثبت لها السمات الآتية : ١- هي واحدة في مفهومها، ومتعدده في أثرها :- فحادث الزلزال أو الحرب... الخ فهو ثابت في مفهومه، ولكن أثره متعدد تارةً قد ينتج عنه أن يصبح تنفيذ الإلتزام العقدي مستحيلاً ونكون أمام القوة القاهرة ، و تارةً أخرى قد ينتج عنه ان يصبح تنفيذ الإلتزام مرهقاً ونكون أمام الظروف الطارئة.

٢- ثابتة في خصائصها في أنها

أ- تغير غير إرادي :- تعد هذه الخاصية العامة المشتركة لدى جميع التغيرات الطارئة اللا ارادية العامة ، فهي لا تقتصر على العامة وإنما الخاصة أيضاً ، ومضمون هذه الخاصية هو أن التغير يقع من دون أن تتجه الإرادة في أحداثه .

ب- حادث استثنائي :- تعد هذه الخاصية أيضاً مشتركة لدى جميع التغيرات الطارئة العامة والخاصة، والمقصود بها هو الحادث غير العادي ، ويكون الحادث غير عادي إذا كان المتعاقدان يعتقدان عدم تحققه في فترة تنفيذ العقد، فإذا وقع في تلك الفترة أعتبر حادثاً استثنائياً غير مألوف وعلى العكس من ذلك فإن الحادث يكون عادياً إذا كان المتعاقدان بحسب البيئة والظروف الأخرى يعدان ذلك الحادث محتمل الوقوع وعليه فإذا كان الحادث غير استثنائي لم يكن تغيراً طارئاً .

^١ ينظر لمزيد من التفاصيل : مصطفى مجيد، شرح قانون الاستملاك ، مصدر سابق، ص ١٠٠.

^٢ حدد المشرع العراقي في نص المادة ٢٨ المدة بسنتين ، بينما المشرع المصري حددها في نص المادة ١٦ بثلاث سنوات .

^٣ ينظر : نص المواد ٢٦-٢٨ من قانون الإستملاك العراقي ، والمواد ١٥-١٦ من قانون نزع الملكية المصري.

ج- غير ممكن دفع الحادث :- كذلك تعد هذه الخاصية مشتركة لدى جميع التغيرات الطارئة ، العامة والخاصة، وهذه الخاصة لها ارتباط وثيق بسابقتها ، لأن في الأصل العام أن المدين ملزم بتقاضي الحوادث التي تعجزه عن الوفاء إذا كان في وسعه ذلك ، فإما إن ثبت عجزه عن دفعه فيكون حادثاً استثنائياً

د- حادث عام : ويقصد بالحادث العام أي مكتسب صفة العمومية أي الحادث الاستثنائي حادثاً عاماً وشاملاً للناس كافة ، أو لطائفة منهم ، كأهل بلد أو إقليم معين . وهو بهذه الخاصية يتميز عن التغيرات اللا ارادية الطارئة الخاصة بالحادث الاستثنائي في الأخير يحدث بصورة خاصة لشخص معين بالذات أو أشخاص معين فهو حدث خاص .

ثانيا- التغيرات اللا ارادية الطارئة الخاصة

أن التغيرات الطارئة اللا ارادية الخاصة، قد تطرأ على الأشخاص ، وعندئذ نستطيع إن نسميها بالتغيرات الطارئة اللا ارادية الشخصية أو أن تطرأ على شيء معين أو أشياء معينة بالذات ، وعندئذ نستطيع أن نسميها بالتغيرات الطارئة اللا ارادية الموضوعية ولغرض بيانها بصورة مفصلة سوف نتناول كل منهما في فقرة مستقلة .

١- التغيرات الطارئة اللا ارادية الشخصية

نقصد بالتغيرات الطارئة اللا ارادية الشخصية هي التي تحدث عند الأشخاص ومن دون تدخل إرادتهم، ومصادق ذلك عوارض الأهلية ، كعارض الجنون أو العته الذي يصيب عقل الأشخاص مما يؤدي إلى الانتقال من الأهلية، فهو آفه تصيب العقل فتعدم قدرته على التمييز، كما انها تعدم اهلية الأداء عند الشخص فلا يستطيع أن يعبر الشخص عن إرادته تعبيراً منتجاً لآثاره القانونية^(١) .

^١ ينظر : د. سمير تناغو، مصادر الإلتزام، مصدر سابق، ص ٢٨.

فهذا التغير يحدث بسبب لا أرادي بسبب خلل يصيب العقل، أي بعبارة أخرى فهو كل أمر يحدث للشخص بعد أن يبلغ رشيداً فيؤثر في أهليته تأثيراً يختلف قوة وضعفاً فقد يزيلها أو ينقص منها^(١) .

فعارض الجنون والعته يعد من مصاديق التغيرات الطارئة الشخصية ، وذلك لأن الخلل الذي أصاب الفرد لم يكن للإرادة دور فيها وإنما نشأ العارض بصورة عرضية وغير متوقع ، فهو قبل العارض يعتد بأقواله وأعماله وبعد العارض لا يعتد بأقواله وأعماله^(٢) .

ومصادق آخر للتغيرات الطارئة اللا ارادية التي تطرأ على الأشخاص الطبيعية هي حالة الموت ، والتي لها تأثير كبير على الوقائع القانونية لا سيما في العقود ، وقد نص المشرع العراقي وكذلك المصري على تطبيقاته في العقود ، كعقد الإيجار مثلاً فقد يطرأ على أشخاص العقد خلال مدة سريانه حدوث وفاة أحد أشخاصه قبل انتهاء مدته.

والأصل أن واقعة الموت التي تطرأ مع المؤجر أو المستأجر لا يؤدي إلى انتهاء الإيجار قبل انقضاء مدته، وذلك لأن الأصل في عقد الإيجار ليس من طائفة العقود التي يراعى فيها الاعتبار الشخصي ، وبناءً على ذلك يستمر الإيجار قائماً بين المؤجر وورثة المستأجر أو بين المستأجر وورثة المؤجر أو بين ورثة كل منهما والحكم في هذا الفرض في حالة حدوث تغيرات طارئة شخصية فلا تؤثر على حكم العقد^(٣) ، ولكن استثناءً في بعض صور عقد الإيجار عندما تكون شخصية المتعاقد محل اعتبار كما في عقد الإيجار الذي يبرم بسبب حرفة المستأجر كما لو كان محامياً أو طبيباً أو مهندساً أو استأجر المكان لمباشرة عمله ، فإذا مات جاز لورثته أن يطلبوا إنهاء الإيجار^(٤) .

^١ ينظر : د. أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الإلتزام في القانون المدني ، مصدر سابق، ص ١٣٥.

^٢ ينظر: د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الإلتزام، مصادر الإلتزام، دار الكتب للطباعة والنشر، ١٩٨٦ ، ص ٧٢.

^٣ ينظر : د. سمير تناغو، عقد الإيجار، منشأة المعارف، ٢٠٠٨ ، بدون ذكر رقم الطبعة، ص ٤٤٥.

^٤ ينظر: د. عصمت عبد المجيد ، الوجيز في العقود المدنية المسماة، ط ١، منشورات زين الحقوقية، ٢٠١٥، ص ٥٧٧-٥٧٨.

الفصل الأول..... ماهية التغيرات الطارئة في الإستملاك

وإذا كان المشرع قد خص التغير الطارئ للشخص بالموت بحكم استثنائي عن القاعدة العامة عندما تكون شخصية المتعاقد محل اعتبار ، بيد أن هذه الصورة من التغير ليست بالنادرة الحدوث في الواقع العملي، وذلك يرجع إلى ما يتميز به عقد الإيجار بأن المنفعة فيه لا تستوفي مرة واحدة وإنما تستوفي شيئاً فشيئاً ، فمن طبيعة هذه العقود يطول زمن تنفيذها فتتغير الأحوال والظروف ويطرأ من الحوادث ما لم يكن في حسابان المتعاقدين أثناء إبرام العقد فيمتنع أستيفاء المنفعة المعقود عليها كلياً أو جزئياً.

وفي فرض ثاني لا يكون عقد الإيجار قد أبرم بسبب حرفة المستأجر ولكن موته جعل تنفيذ العقد مرهقاً لورثته أو مجاوزاً لحدود حاجتهم وتضرب المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري مثلاً على ذلك " إذا كان المورث قد أستأجر منزلاً بأجرة عالية نظراً لمكانته الاجتماعية ثم مات ، فلم يبق للورثة حاجة للمنزل ولا طاقة لهم بدفع اجرته بعد أن انقطع عنهم كسب مورثهم لا سيما إذا كانت الأجرة تستنفذ جزءاً كبيراً مما ورثوه ... " (١) .

ومصادق آخر للتغيرات الطارئة اللا ارادية الشخصية التي نص عليها المشرع هي إعسار المستأجر، فإذا كانت القاعدة العامة أن إعسار المستأجر لا يؤثر على الأجرة التي لم يحل ميعاد استحقاقها ، إلا أن القاعدة الخاصة اجازت للمؤجر أن يطلب فسخ عقد الإيجار قبل انتهاء مدته إذا لم يقدم له المستأجر في ميعاد مناسب تأمينات تكفل الوفاء بالأجرة التي لم تحل. والسبب الذي دعى بالمشرع إلى تقرير القاعدة الخاصة نظراً للتغير بالنقصان الذي طرأ على الذمة المالية للمستأجر مما قد يجعله غير قادر على دفع الأجرة للمؤجر (٢) .

التطبيق الثالث الذي نص عليه المشرع في فرض تغيير الموظف أو المستخدم الذي يغير محل إقامته بسبب الوظيفة ، فأجاز له المشرع أن يطلب إنهاء إيجار مسكنه إذا كان هذا الإيجار معين المدة (٣)، على أن يراعى مواعيد التنبيه و الإنذار التي نص عليها المشرع (٤).

^١ مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني ج٤، مطبعة مذكور ،القاهرة - مصر، ١٩٥٠، ص ٥٨٢.

^٢ ينظر نص المادة ٦٠٣ من القانون المدني المصري وكذلك نص المادة من القانون المدني العراقي.

^٣ ينظر نص المادة ٦٠٩ من القانون المدني المصري .

^٤ ينظر المواعيد التي نص عليها المشرع المصري في المادة ٥٦٣ من القانون المدني .

ففي حالة قيام الموظف الحكومي أو المستخدم فيها أو المستخدم في أي عمل آخر ، طالما أن لرب العمل أن ينقله من مكان إلى آخر ، فإذا اضطّر الموظف بسبب عمله تغيير محل إقامته من بلد إلى آخر أعتبر ذلك عذراً طارئاً جاز له على أساسه أن يطلب إنهاء الإيجار قبل أنقضاء مدته ^(١) ، فيطبق هذا العذر عندما ينقل الموظف إلى مكان عمل آخر لسبب يقتضيه العمل الذي يقوم به ، فيضطّر الموظف المستأجر أن يغير محل إقامته .

أما إذا كان النقل بناءً على طلبه أو بسبب خطئه تنفيذاً لقرار تأديبي مثلاً ففي هذه الحالة تكون أمام تغير إرادي فلا ينطبق حكم النص، لأن الأخير ينطبق على التغير ألاً إرادي الطارئ ^(٢).

٢- التغيرات اللارادية الطارئة الموضوعية

نقصد بالتغيرات الطارئة اللارادية الموضوعية هي التي تحدث على الأشياء ومن دون تدخل الإرادة ، فبطراً تغيرات من حيث الكم أو الكيف على الأشياء ، ومصادق ذلك على التغير بالكيف بالزيادة نص عليه المشرع الفرنسي عليه في نص المادة ٥٦٦ من القانون المدني " إذا اتصل شيان مملوكان لمالكين مختلفين اتصالاً صاراً به شيئاً واحداً .

وفي التشريع العراقي والمصري يبيّن الفقه نفس المصادق على تطبيق عقد البيع و ذلك عندما يحدث تغير بالزيادة في مساحة الأرض المبيعة نتيجة الالتصاق بطمي النهر بها ^(٣) .

فيعد هذا التغير في المبيع بالزيادة عما كان عليه وقت البيع بسبب أجنبي لا بفعل البائع .

كذلك في تطبيق عقد الرهن حيث نتلمس آثاراً واضحة للتغير في نطاق العقد وذلك أمر طبيعي باعتبار أن المال المرهون عرضة للعديد من التغيرات، وذلك لوجود فترة زمنية بين عقد الرهن وبين انقضائه والتي قد تنصب زيادة أو نقصان على قيمة المال المرهون ^(٤).

^١ ينظر: د. سمير تناغو، مصادر الالتزام ، مصدر سابق، ص ٣١٧.

^٢ ينظر لمزيد من التفاصيل: د. عصمت عبد المجيد، الوجيز في العقود المدنية المسماة، مصدر سابق، ص ٥٨٢-٥٨٣.

^٣ د. كمال ثروت الوندائي، عقد البيع، ط ١، ١٩٧٣، بدون ذكر أسم المطبعة، ص ١٤٣، ينظر د. سمير تناغو، عقد البيع ، ط ١، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية- مصر ، ٢٠٠٩، ص ٢١٦.

^٤ ينظر : عباس سمير حسين ، تغير قيمة المال المرهون، مصدر سابق، ص ٤١.

الفصل الأول..... ماهية التغيرات الطارئة في الإستملاك

ويمكن أن نمثل بالزيادة في المال المرهون راجعة إلى فعل الطبيعة كزيادة مساحة الأرض المرهونة بسبب الطمي مثلاً حيث يعد الطمي جزءاً من الأرض التي ترسبت فوقها..

أما صورة التغير بالكم فمصادق ذلك حدوث زيادة في القيمة النقدية نتيجة لارتفاع الأسعار أو انخفاضها لعدة أسباب اقتصادية وغيرها .

وتطبيق ذلك في عقد الرهن عندما يكون تغير قيمة المال المرهون غير متعلق بطبيعته وإنما لعوامل اقتصادية، كارتفاع الأسعار وانخفاضها مثلاً مما يؤثر في قيمة المرهون ، وتغير الأسعار يرجع إلى تغير قيمة النقود ، فالنقود تتغير ارتفاعاً و انخفاضاً بمرور الزمن محدثة زيادة أو نقصاً في مقادير ما تساويه من السلع ، فانخفاض الأسعار مثلاً يؤدي إلى انقاص ضمان الدائن المرتهن إذ تكون قيمة المال المرهون غير كافية عند التنفيذ للإيفاء بحق المرتهن.

فالتغير الحاصل بالقيمة النقدية للمال المرهون دون أن يطرأ على الشيء الذي يرد عليه الرهن أي تغير، أي بمعنى قد تكون القيمة النقدية للمرهون هي محل التغير ابتداءً وليس انتهاءً . وهذا ما يؤثر على ضمان الدائن المرتهن، فالقيمة النقدية للمال المرهون هي التي تمكن الدائن في إستيفاء دينه ^(١) .

أو في فرض قد تحدث التغيرات الطارئة اللا ارادية إلى النقصان في الشيء ، والنقصان له عدة صور يمكن أن يتحقق فيها فقد تؤدي التغيرات الطارئة إلى النقصان في القيمة النقدية للشيء، كما إذا نقصت قيمة المبيع قبل تسليمه إلى المشتري دون ان يصاب المبيع المذكور بأي تلف مادي، ويكون السبب في نقص القيمة راجعاً إلى أسباب اقتصادية كتهور سعره في السوق فإن النقص هذا يقع على المشتري ولا يكون البائع مسؤولاً عنه ^(٢) .

أما في صورة أخرى تتمثل في حالة الهلاك الكلي للعين قبل التسليم فنص المشرع المصري في المادة ٤٣٧ من القانون المدني على أنه "إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه ، انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن ، إلا إذا كان الهلاك بعد اذار المشتري لتسلم المبيع"

^١ ينظر لمزيد من التفاصيل: عباس سمير حسين، تغير قيمة المال المرهون، مصدر سابق ، ص ٤٩.

^٢ د. كمال ثروت الوندائي، عقد البيع، مصدر سابق ، ص ١٥٤.

الفصل الأول..... ماهية التغيرات الطارئة في الإستملاك

فالتزام البائع بالتسليم هو التزام بتحقيق نتيجة، فإذا أخل به البائع وحدث الهلاك الكلي لسبب خارج عن إرادته بسبب أجنبي، فقرر المشرع الحكم بتحمل البائع تبعة الهلاك^(١).

وكذلك في تطبيق عقد الرهن فقد تؤدي التغيرات التي تصيب المال المرهون إلى نقص قيمته وتتمثل في صورة الهلاك المادي كأن يطرأ عليه ظرف يغير حالته المادية ويترتب على ذلك ضياع قيمته، وقد يكون سبب هلاك المرهون سبب أجنبي لا يد للراهن أو المرتهن فيه^(٢)، فهذه التغيرات تنصب على الشيء ابتداءً وعلى قيمة انتهاءً، لأن كل تغير في الشيء المادي إيجاباً أو سلباً يؤثر في النهاية بقيمة المال المرهون^(٣).

وقد يكون تغير قيمة المال المرهون راجعاً إلى أسباب قانونية كما هو الحال بالنسبة للهلاك القانوني والذي يتحقق بإنقضاء حق الرهن على المال المرهون مع بقاء المرهون قائماً كما في نزع ملكية العقار المرهون للمنفعة العامة^(٤).

وكذلك نص المشرع المصري نفس الصورة في تطبيق عقد الإيجار في حالة هلاك العين المؤجرة بسبب أجنبي خارج عن إرادة المتعاقدين سواء أكان الهلاك كلياً أو جزئياً و كان الجزء المتبقي من العين في حالة لا تصلح للانتفاع الذي أعدت من أجله أو نقص هذا الانتفاع نقصاً كبيراً وهذا ما نص المشرع المصري في المادة ١/٥٦٩.

ومصادق آخر ذلك في التشريع الفرنسي نص المادة ١٧٢٠ من القانون المدني " يجب على المؤجر أن يسلم ما أجره في حالة مرضية من ترميم وتصليح ويجب عليه أيضاً أن يقوم مدة الإيجار بواجب ما يحدث في المكان من الترميمات اللازمة ماعدا الترميمات الخاصة بالمستأجر" فالنص يشير في دلالته على المؤجر التزام أن يسلم المأجور بحالة جيدة وان حدث خلال مدة الإيجار خلل في منفعة المستأجر بسبب يتعلق بالعين المستأجرة، فإنه يجب على

^١ ينظر: د. سمير تتاغو، عقد البيع، ط١، مكتبة الوفاء القانونية، ٢٠٠٩، ص٢٣٠.

^٢ ينظر: عباس سمير حسين، تغير قيمة المال المرهون دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص٤٨.

^٣ ينظر: عباس سمير حسين، تغير قيمة المال المرهون دراسة مقارنة، المصدر نفسه، ص٤٨.

^٤ ينظر لمزيد من التفاصيل: د. سمير تتاغو، التأمينات الشخصية والعينية، ج٢، منشأة المعارف، الإسكندرية - مصر، ١٩٩٦، ص٢١٢ - ٢١٣.

الفصل الأول..... ماهية التغيرات الطارئة في الإستملاك

المؤجر إقامة الترميمات والتصلّيات الواجبة عليه لغرض أن يتقل العين المستأجرة من الحالة السيئة إلى الحالة الجيدة التي كانت عليها وقت العقد .

مما سبق تبين لنا أن التغيرات الطارئة الإرادية والإرادية تنبسط في شتى القوانين ولها عدة مصاديق نظمها المشرع في عدة تطبيقات ، وكان من ضمنها التغيرات الطارئة الإرادية في تطبيق الإستملاك، التي نالت اهتمام التشريعات المقارنة من حيث تنظيمها بنصوص قانونية، وهما تطبيقان، الأول هو تحسن العقار الذي يطرأ في الإستملاك ، وهذا ما سوف يكون مادة الفصل الثاني والتطبيق الثاني هو تضرر العقار بصورة طارئة في الإستملاك، وهذا ما سوف يكون مادة الفصل الثالث .

الفصل الثاني

تحسن العقار في الاستملاك

أن التحسن الذي تقصده الإدارة في تغيير من واقع المنفعة العامة للمجتمع ، حملت له من النعم ما لا تحصى ، ولو كان في بعض الأحيان على حساب الأفراد بنزع ملكيتهم الخاصة من أجل المنفعة العامة، فخطورة هذا الإجراء يشكل استثناءً على قاعدة الملكية الخاصة مصونة.

وقد يتأتى من المنفعة العامة بسبب الاستملاك بنعم لم تكن متوقعة، فتحدث تغيير إيجابي يمس المنفعة الخاصة للأشخاص تارةً تطرأ على الجزء المتبقي من العقار المستملك ، وتارة أخرى تطرأ على العقارات المجاورة للعقار المستملك، فتحدث زيادة في قيمتها النقدية أو بالمنفعة ، بسبب نوع المنفعة العامة المقامة من قبل الجهة المستملكة أو نشاطها^(١) ، أي تستفاد عقارات معينة من ذلك ، وهذا التغيير بالتحسن بالمنفعة الخاصة ليس ناتج من اتجاه إرادة الإدارة المستملكة في تحقيقه بصورة مقصودة، و إنما نشأة بصورة طارئة وعرضية بسبب نوع المنفعة الناتجة من المشاريع العامة المقامة على العقار المستملك.

وهذا الأمر يقتضي بالوقوف على بيان تعريف تحسن العقار، وما هي شروط تحققه؟. كما أن أحكامه لدى موقف التشريعات المقارنة تثير عدة تساؤلات تتلخص في حالة تحقق تحسن العقار، فهل يؤثر في العلاقة القانونية إزاء أطراف الإستملاك وأزاء الغير (أصحاب العقارات المجاورة للعقار المستملك)، إذ يصيبهم التأثير لاسيما مركزهم المالي ، أي بعبارة أخرى هل يستحق اصحاب العقارات التي طرأ عليها تحسن هذه المنفعة دون مقابل ؟ وما هو المبرر لذلك؟ أم انه يجب أن يدفعوا مقابل لهذا التحسن ؟ وهذا المقابل يثير أيضاً عدة تساؤلات ، فما هي أنواعه ؟ وما هو مقداره ؟ ومن هي الجهة المخولة بتقديره ؟ وأخيراً ما هو الأساس القانوني لهذا المقابل ؟.

^١ - ينظر: د. عصمت عبد المجيد، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الإلتزام، ج١، مصدر سابق، ص ٧١٠، وكذلك ينظر: د. عباس محمد نصر الله، القانون الإداري الخاص ، مصدر سابق ، ص ٢٠٦.

ولغرض الوصول للإجابة عن هذه التساؤلات، سنقسم هذا الفصل على مبحثين، نتناول في الأول بيان ماهية تحسن العقار الطارئ في الإستملاك، وفي الثاني أحكام تحسن العقار الطارئ في الاستملاك .

المبحث الأول

ماهية تحسن العقار في الإستملاك

سعيًا لتحسين واقع المنفعة العامة من قبل الإدارة في المجتمع، فقد تلجأ الإدارة إلى نزع الملكية العقارية لتحقيق هذا الهدف، من خلال قيام المشاريع عليها، لأنها تمثل جزء من خطة التنمية القومية للبلاد ^(١)، وهو من المهام الأساسية للإدارة التي تقوم بها لخدمة المجتمع، فالغرض من عملية الإستملاك للإدارة هو تحسين من واقع المنفعة العامة ^(٢)، وهو المبرر الوحيد الذي أعطى المشرع له المشروعية لجواز انتزاع الملكية الخاصة ، ومؤدى ذلك لم تجز التشريعات المقارنة الإستملاك من أجل تحسين من واقع المنفعة الخاصة لأشخاص معينين. فالمشرع قد قطع الطريق أمام الإدارة ومنعها في طلب الإستملاك لتحقيق المنفعة الخاصة، ولم يضيفي عليها صفة المشروعية في جواز الاستملاك من أجل المنفعة الخاصة ^(٣) .

إلا أنها قد تحدث بصورة عرضية وغير مقصودة من قبل الإدارة وهي في صدد تحقيق المنفعة العامة ، تتحقق أيضا المنفعة الخاصة ، وفي هذا الصدد يثار عدة تساؤلات ماهو تحسن العقار الطارئ الذي ينشأ بسبب الإستملاك ؟ وما هي شروط تحققه ؟ وما هي أنواعه ؟.

ولغرض الإجابة على هذه التساؤلات بصورة مفصلة، سنقسم هذا المبحث على مطلبين نتناول في الأول تعريف تحسن العقار في الاستملاك ، وفي الثاني الشروط القانونية الواجب توافرها لقيام تحسن العقار .

^١ ادريس الفاخوري، الحقوق العينية ، ط٢، دار النشر المعرفة، ٢٠١٣، ص٩٢.

^٢ ينظر: حسن البغال ، نزع الملكية للمنفعة العامة، فقهاً وقضاءً، ط٢، دار الثقافة العربية للطباعة ، ١٩٦٦، ص١٨.

^٣ ينظر : نص المادة ٢٣ من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ وكذلك نص المادة ٣٥ من دستور جمهورية مصري لسنة ٢٠١٤، وكذلك نص المادة ١٧ من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي الصادر لسنة ١٧٨٩.

المطلب الأول

تعريف تحسن العقار في الإستملاك

لما كان الاستملاك لا يصح إلا للمنفعة العامة ، أي لإقامة مشاريع ذات صبغة مجتمعية كإقامة الجسور أو فتح أو توسيع طرق أو إقامة متنزهات أو حدائق عامة، فقد يحصل بإقامة هذه المشاريع أن تتغير العقارات بتحسنها بسبب إقامة هذه المشاريع^(١)، فيحصل تحسن ملموس في العقارات المملوكة لأشخاص القانون الخاص في قيمتها النقدية أو منفعتها أو كلاهما.

ولغرض بيان تعريف تحسن العقار بصورة مفصلة ، لابد من الوقوف على معناه ، وهذا ما نتناوله في الفرع الأول ، ومن ثم لابد من بيان خصائصه ، وهذا ما نتناوله في الفرع الثاني .

الفرع الأول

معنى تحسن العقار في الإستملاك

للتحسن عدة معاني في الاصطلاح اللغوي^(٢) ، ومن المعاني المستخدمة في علم القانون تتحدد بمعنيين، الأول بأنه الزيادة ، والثاني التغير أو التحول نحو الأفضل ، أي صار أحسن مما كان^(٣)، والمعنى الأول هو الشائع في الاستخدام في الاصطلاح الشرعي لدى الفقهاء، وبينوا أحكامها عندما تحدث في التصرفات القولية أو الفعلية^(٤) ، لا سيما فقهاء الأحناف إذ

^١ ينظر د. جمال عبد كاظم، تغير حالة العقار في قانون الاستملاك " دراسة مقارنة" بحث منشور في مجلة معهد العلمين، العدد ٢، ٢٠٢٠، ص ٦٦.

^٢ ينظر لمزيد من المعاني لمصطلح التحسن : أبن منظور ، لسان العرب ، ج١٣، دار صادر ، بيروت - لبنان، بدون ذكر سنة الطبع، ص ١١٤ وما بعدها .

^٣ ينظر د. محمد روااس قلعجي ، ود. حامد صادق قنبيي، معجم لغة الفقهاء، كصدر سابق، ص ٩٢. وكذلك د. أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة ، ج ١، ط ١، عالم الكتاب ، القاهرة - مصر، ٢٠٠٨، ص ٤٩٧.

^٤ التصرفات القولية تنقسم إلى الانشاءات والإسقاطات ، والأولى تنقسم إلى إيقاعات ويقصد بها التصرفات التي تتم من جانب واحد كالجعالة والوصية ، وعقود: ويقصد بها التصرفات التي تتم من جانبين ، أما الثانية وهي التي تؤدي إلى إنهاء حالة قانونية قائمة كالإبراء من الدين ، أما التصرفات الفعلية يقصد بها الأعمال

الفصل الثاني تحسن العقار في الاستملاك

قسموها إلى أربعة أنواع، ترجع إلى كون الزيادة متصلة أو منفصلة، وكل منهما أما متولدة من الأصل أو غير متولدة (١) .

والمأمل من تقسيم فقهاء الأحناف للزيادة أنها نالت اهتمامهم بتتويعها، وذلك لتفاوت أحكامها عندهم بحسب تلك الأنواع ، أما غيرهم فما بيّن موحد النظرة إلى الزيادة أو مكتفٍ بتقسيم الزوائد إلى متصلة أو منفصلة وإدارة الحكم على ذلك فقط (٢).

أما في الاصطلاح القانوني فموقف المشرع العراقي في القانون المدني فالشائع في الاستخدام مصطلح الزيادة ونظم أحكامها في العديد من التصرفات القانونية (٣) والوقائع القانونية (٤) ، إذ جاءت أحكامها متأثراً بمجلة الأحكام العدلية التي تعد تقنين للراجح في آراء الفقه الحنفي .

أما في القانون المدني المصري فإن مصطلح الزيادة لا يرقى إلى ذلك الوضوح كما هو الحال في القانون المدني العراقي، فقلما نجد فيه تطبيقات للزيادة، وقد يعود السبب في ذلك إلى

=المادية التي تكون سبباً للضمان ، كغصب مال الغير . ينظر د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني مصادر الالتزام ، مصدر سابق، ص ٣١.

^١ ينظر لمزيد من التفاصيل : الكاساني بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٥، ط ٢، دار الكتاب العربي، ١٩٨٢، ص ٢٧٠.

^٢ ينظر لمزيد من التفاصيل ، د. عبد الستار ابو غدة، الخيار وأثره في العقود ، ج ١، ط ٢، مطبعة مقهوي، الكويت، ١٩٨٥، ص ٢٨٤.

^٣ في عقد البيع نص المادة ٥٦٣ " ١- زيادة شيء من مال المشتري ...". ينظر لمزيد من التفاصيل د. حسن علي دنون ، شرح القانون المدني العراقي ، عقد البيع، مطبعة الرابطة، بغداد - العراق، ١٩٥٣، ص ٢٤٧ وفي عقد الهبة نص المادة ٦٢٣ " يمنع الرجوع في الهبة أ- ان يحصل للموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته ، فإذا زال المانع عاد حق الرجوع ...".

^٤ نص المادة ١٩٦ " زوائد المغصوب مغصوبه مثله ... " فالنص بيّن حالة الزيادة المتولدة من الشيء متصلة كانت أم منفصلة .

وكذلك نص المادة ١١٦٥ " يملك الحائز حسن النية ما قبضه من زوائد وما استوفاه من منافع مدة حيازته" ويفهم من النص إن ما يقبضه الحائز أمران الأول الزوائد وتشمل الزوائد المنفصلة المتولدة و الثاني المنافع وتشمل الزوائد المنفصلة غير المتولدة كالعوض المادي الذي يدره الشيء عن طريق استغلاله ينظر لمزيد من التفاصيل شاكر ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ٢، مطبعة المعارف، بغداد ١٩٥٩، ص ١٧٥١.

الفصل الثاني تحسن العقار في الاستملاك

اقتباسه كثيراً من الاحكام من القانون المدني الفرنسي، ولكن مع ذلك نجد بعض النصوص والتطبيقات التي أشار فيه المشرع إلى معالجة الزيادة^(١).

أما القانون المدني الفرنسي فقد أخذ بهذه الانواع في الزيادة ولكن تحت مسميات مختلفة قد لا تستوعبها ، فالزيادة المتولدة من الشيء يسميها المشرع الفرنسي بالثمار الطبيعية سواء كانت متصلة ككلاً المروج الطبيعية أو منفصلة كنتاج الحيوان^(٢) ، أما الزيادة غير المتولدة فيسميها المشرع الفرنسي بالثمار الصناعية متى ما كانت متصلة بالشيء كالزراع والغرس في الأرض^(٣) ، أما إذا كانت منفصلة عنه فيسميها بالثمار المدنية كالأجرة المستحقة عن تأجير الأراضي والمنازل^(٤).

ويلاحظ على موقف المشرع الفرنسي ، أن مصطلح الثمار لا يستغرق كل أنواع الزيادة، فكل أنواع الثمار تدخل ضمن مفهوم الزيادة في حين أن هنالك تطبيقات للزيادة لا يصدق عليها وصف الثمار فالعلاقة بينهما العموم والخصوص المطلق ، فكل ما يُعد ثمار هو زيادة وليس كل ما يعد زيادة هو ثمار كما في نوع الزيادة المتصلة غير المتولدة كالبناء على الأرض.

^١ ينظر نص المادة ٥٠٢ من القانون المدني التي بيّنت موانع الرجوع عن الهبة ومن أحدى حالاتها حصول زيادة متصلة للشيء الموهوب وتؤدي إلى زيادة قيمته .

^٢ نصت المادة ٥٨٣ فقرة ١ من القانون المدني " الثمار الطبيعية هي التي تنتجها الأرض من نفسها ومحصول الحيوانات ونتاجها ثمار طبيعية كذلك " . ينظر : شبيب مقلد وآخرون من المترجمين والأساتذة والباحثين ، القانون المدني الفرنسي بالعربية، طبعة دالوز ٢٠٠٩ الثامنة بعد المئة بالعربية ، ٢٠١٢ الطبعة العربية دالوز، جامعة القديس يوسف، طباعة L.E.G.O S.P.A - إيطاليا ، ٢٠١٢، ص ٦٧٢ .

^٣ نصت المادة ٥٨٣ فقرة ٢ من القانون المدني " والثمار الصناعية هي التي يكون الحصول عليها من الأرض بواسطة الزراعة " . ينظر : شبيب مقلد وآخرون من المترجمين والأساتذة والباحثين ، القانون المدني الفرنسي بالعربية، المصدر نفسه، ص ٦٧٢.

^٤ نصت المادة ٥٨٤ " الثمار المدنية هي أجور المنازل وفوائد المبالغ المستحقة ورواتب الإيرادات ... " . شبيب مقلد وآخرون من المترجمين والأساتذة والباحثين ، القانون المدني الفرنسي بالعربية، المصدر نفسه، ص ٦٧٢.

الفصل الثاني تحسن العقار في الاستملاك

أما في قانون الإستملاك فيلاحظ أن المشرع العراقي في بادئ الأمر لم يأخذ بفكرة التغيرات الطارئة الإيجابية في قانون استملاك الأموال غير المنقولة رقم ٤٣ لسنة ١٩٣٤ الملغى^(١).

وإنما أشار إليها في قانون إدارة البلديات الملغى رقم ٨٤ لسنة ١٩٣١ الملغى، إذ تضمن تعيّن وجائب البلدية في فتح وتوسيع الطرق وأستيفاء الشرفية (رسم التحسن)^(٢).

وكذلك نظمها المشرع بصورة مفصلة في نظام الطرق والأبنية رقم ٤٤ لسنة ١٩٣٥ الملغى، إذ خصص لها الفصل الرابع منه تحت عنوان (في الشرفية) فعرّفها هو زيادة الملك شرفاً بفتح الطريق أو توسيعه أو تعديل إستقامته فإزدادت قيمته^(٣).

ولكن رؤية المشرع تبدلت في التشريعات المتعاقبة لقانون الإستملاك، وأخذ بالفكرة، كما أنها نالت اهتمام المشرع من حيث وضع تنظيم قانوني لها^(٤)، وتوسع بصورة كبيرة في تنظيم أحكامها في قانون الإستملاك النافذ^(٥).

^١ قانون استملاك الأموال غير المنقولة ، رقم ٤٣ لسنة ١٩٣٤ ، نشر في الوقائع العراقية ، العدد ١٣٦٣ بتاريخ ١٤/٦/١٩٣٤.

^٢ ينظر لمزيد من التفاصيل أحمد جمال الدين، الاستملاك، مصدر سابق، ص ٦٧.

^٣ ينظر : نص المادة (١٣) من نظام الطرق والأبنية رقم ٤٤ لسنة ١٩٣٥ الملغى.

^٤ في قانون الإستملاك رقم ٥٧ لسنة ١٩٦٠ الملغى ، خص المشرع تنظيم قانوني في الباب السابع تحت مسمى التحسينات التي تطرأ على العقارات بسبب أعمال المنفعة العامة إذ نظمها في المواد (١٩-٢٤) ، إذ أولى المشرع أهمية له من حيث التنظيم القانوني ينظر لمزيد من التفاصيل د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية مصدر سابق، ص ٣١-٣٢.

وبصدر قانون الاستملاك رقم ٥٤ لسنة ١٩٧٠ الملغى أشار المشرع إلى حكم التحسن في المادة الثالثة وكذلك في المادة الحادية عشر، إذ لم يشأ المشرع بتنظيمه تحت تقسيم معين من القانون، وإنما تناول أحكامه في نصوص فرعية، والإشارة إلى أحكامه بصورة مقتضبة. ينظر: لمزيد من التفاصيل حول قوانين الإستملاك الملغية مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري، ج ٣، مصدر سابق، ص ٢١٦ وما بعدها.

^٥ ينظر: وفي قانون الإستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ النافذ، فقد خص التحسن بفعل الإستملاك بتنظيم قانوني في الباب الرابع منه، وتناوله في صورتين ، الأولى تحسن ما تبقى من العقار المستملك إذ نظم أحكام هذه الصورة في الفصل الأول وفي المواد (٣٧-٤٠) أما الصورة الثانية تحسن العقار دون إستملاكه فنظمه في الفصل الثاني وفي المواد (٤١-٤٨) .

الفصل الثاني تحسن العقار في الإستملاك

كما يلاحظ أن المشرع أستقر في استخدام مصطلح التَّحَسُّن في قوانين الإستملاك المتعاقبة الملغية^(١) وحتى النافذ، ولعل يرجع السبب في ذلك لأن المشرع أراد أن يشمل الصورتين الأولى وهي الزيادة في المنفعة والثانية التغيّر بموقع العقار نحو الأفضل وهذا ما أشرطه المشرع في النوع الأول لتحقيق التحسن في الجزء المتبقي من العقار المستملك^(٢) ، وكذلك أشرط في النوع الثاني للتحويل أو التغيّر نحو الأفضل، لتحقيق التحسن للعقارات المجاورة للعقار المستملك، فذكر عدة أمثلة لتحسن موقع العقارات كظهوره مباشرة على الشوارع أو الساحات أو المتنزهات أو الجسور أو الطرق^(٣).

فالمشرع العراقي أستخدم مصطلح التحسن لأنه أعم وأشمل حيث يشمل كلا الصورتين التغيّر بالزيادة التي تحصل بالمنفعة وكذلك التغيّر أو التحويل في موقع العقار نحو الأفضل .

ففي نص المادة ٣٧ من قانون الإستملاك النافذ أشار إلى صور تحسن العقار

" تحسن، موقع أو منفعة القسم المتبقي منه وزيادة قيمته بسبب الاستملاك" وكذلك في نص المادة ٣٨ "... وثبت لهيئة التقدير ان الاستملاك يؤدي إلى تحسن موقع أو منفعة ، القسم المتبقي منه وزيادة قيمته ..."

وفي نص المادة ٤١ " إذا طرأت على العقار ... زيادة في قيمته ، بسبب تحسن موقعه ..."

فلعل المتأمل من النصوص المشار إليها نجد ان التحسن قد يرد على منفعة العقار وقد يرد على موقع العقار ، والمتأمل من النصوص المذكورة نجد أن الزيادة في القيمة النقدية كانت بسبب التحسن وأنه أمر طارئ على العقار وليس مقصوداً بذاته، أي أنه نشأ بصورة عرضية. وهذه النتيجة نتلمسها أيضاً في تعريف المشرع للتحسن في نص المادة (٣٩) بأنها زيادة حادثة في القيمة المنوه عنهما في المادتين (٣٧-٣٨) ، فالمتأمل من مصطلح الزيادة الحادثة أنها لم تكن مقصودة بين طرفي الإستملاك وإنما نشأت بصورة حادثة أو عرضية أو طارئة .

^١ قانون الإستملاك رقم ٥٧ لسنة ١٩٦٠ ، المنشور في الوقائع العراقية ، العدد ٣٤٣ ، بتاريخ ١٩٦٠/٥/٨ ،

قانون الإستملاك رقم ٥٤ لسنة ١٩٧٠ ، المنشور في الوقائع العراقية ، العدد ١٨٥٥ ، بتاريخ ١٩٧٠/٣/٢٢ ،

^٢ ينظر نص المادة ٣٧ من قانون الاستملاك النافذ .

^٣ ينظر نص المادة ٤١ من قانون الاستملاك النافذ .

الفصل الثاني تحسن العقار في الاستملاك

أما موقف المشرع المصري ففي قانون نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة رقم (١٠) لسنة ١٩٩٠ المعدل ، فقد نظم التغيرات التي تطرأ في الإستملاك في الباب الخامس تحت مسمى أحكام عامة ووقفية ^(١). فنظم النوع الأول من التغير الإيجابي الذي يطرأ على الجزء المتبقي من العقار المستملك إذا كان موقع العقار خارج المدن في نص المادة (١٧) إذ أستخدم مصطلح الزيادة ^(٢) ، أما إذا كان موقع العقار داخل المدن فنظم المشرع هذا النوع من التغير الإيجابي في نص المادة (١٩) إذ استخدم مصطلح التحسن، وهذا الاختلاف في المصطلح يترتب عليه اختلاف في الأحكام، لأن الأخير نطاقه أوسع لاسيما من حيث صوره .

بينما في النوع الثاني من التغير الإيجابي الذي يطرأ على العقارات المجاورة للعقار المستملك نظمه في نص المادة (١٩) من قانون نزع الملكية النافذ إذ أستخدم المشرع مصطلح التحسن ^(٣) ، وكذلك خصه بأحكام تفصيلية بقانون خاص تحت مسمى فرض مقابل تحسين على العقارات التي يطرأ عليها تحسين رقم ٢٢٢ لسنة ١٩٥٥.

أما في التشريع الفرنسي ففي قانون نزع الملكية للمنفعة العامة رقم ١٣٤٥ الصادر في ٦ نوفمبر ٢٠١٤ النافذ نظم التغير الإيجابي الذي يطرأ على الجزء المتبقي من العقار المستملك في نص المادة (L321-5) إذ أستخدم مصطلح الزيادة للدلالة عليه ^(٤) .

^١ قانون نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠، المنشور في الجريدة الرسمية العدد ٢٢ بتاريخ ٣١، مايو ١٩٩٠.

^٢ نصت المادة (١٧) من قانون نزع الملكية النافذ " إذا زادت ... قيمة الجزء الذي لم تنزع ملكيته بسبب أعمال المنفعة العامة ... " .

^٣ نصت المادة (١٩) من قانون نزع الملكية النافذ " يلزم ملاك العقارات التي يطرأ عليها تحسين بسبب أعمال المنفعة العامة ... " .

^٤ L321-5 نص المادة

Si l'exécution des travaux consécutifs à une expropriation partielle procure une augmentation de valeur immédiate au reste de la propriété, le juge statue sur cette augmentation par une disposition distincte. Le montant de la plus-value se compense en tout ou partie avec l'indemnité d'expropriation.

الفصل الثاني تحسن العقار في الاستملاك

وواضح من خلال النصوص القانونية لموقف التشريعات المقارنة، أن في بعضها دلالة صريحة وبعضها الآخر دلالة ضمنية، على أن التحسن ينشأ بصورة طارئة وعرضية وغير مقصودة من حيث النتيجة. فهو تغير قد يحدث أو لا يحدث في جزء من العقار المستملك أو في العقارات المجاورة بفعل الجهة المستملكة لكن دون أن تقصد النتيجة في تحقيق هذا التغير.

إذ يتوقف حدوثه على عدة عوامل منها موقع العقار ونوع المشروع المراد قيامة على العقار المستملك، جنس وصنف العقار.. الخ ومثال ذلك إذا كان العقار في الأصل واقع على الطريق العام، فأن استملاك جزئه لا يؤثر في تغير هذه الصفة، بخلاف الحال إذا كان العقار واقع في طريق فرعي وان استملاك جزئه سوف يجعله واقعاً على الطريق العام ففي المثال الأخير التحسن متحقق بخلاف المثال الأول^(١).

أما موقف فقهاء القانون فمصطلح تحسن العقار لم ينل أهتمامهم من حيث تعريفه، وإنما أقتصروا أهتمامهم على بيان آثاره، فلم نعثر إلا على تعريف وحيد للتحسن من قبل الفقه إذ عرفه بأنه " النتائج الطارئة المصاحبة لعملية الإستملاك التي قد تحدث في سياق عملية الاستملاك" ^(٢).

والملاحظ أن التعريف تناول لتحسن من زاوية النظر إلى الآثار بمعناها العام وهي النتائج التي تترتب عن الاستملاك دون معرفه ماهي هذه النتائج، كما ان التعريف لم ينظر إلى التحسن من زاوية أوسع شمولاً من حيث أصله وصورة وأنواعه .

وكذلك الأمر لدى الباحثين إذ لم ينل أهتمامهم، فلم نعثر إلا على تعريف وحيد إذ عرفه بأنه " زيادة قيمة العقار أو تحسن موقعه أو منفعته نتيجة للاستملاك لغرض المنفعة العامة بتقرير من لجنة التقدير المختصة يترتب عليه أخذ ربع مساحة العقار من دون بدل في حالة

^١ شهاب أحمد ياسين، الوجيز في شرح قانون الاستملاك، مصدر سابق، ص ١٥٠.

^٢ د. عباس محمد نصر الله، القانون الإداري الخاص، مصدر سابق، ص ٢٠٦.

الفصل الثاني تحسن العقار في الإستملاك

الاستملاك الجزئي ، او دفع رسم التحسن بقدر ربع مبلغ الزيادة في حالة تحسن العقار من دون الاستملاك (١) .

ويلاحظ على هذا التعريف أنه عرف التحسن في ثلاث صور وهي الزيادة في قيمة العقار أو تحسن موقعه أو منفعته فهو أستخدم (أو) التخيرية أي أنه يمكن أن يحدث التحسن بأحدى هذه الصور، بينما الملاحظ أن المشرع العراقي أورد صورتان وهما تحسن موقعه أو منفعته ويجب أن يؤدي إلى الزيادة في قيمة العقار لكي يتحقق التحسن وهذا ما نستشفه من خلال أستخدم المشرع (و) العطف ، وبخلاف ذلك لا نكون أمام تحسن العقار حتى وأن تحققت صور التحسن .

وأما بالنسبة للموقف القضائي ، فمن خلال تتبعنا فيما تيسر لنا من القرارات القضائية لم نجد تعريفاً للتحسن العقار في الإستملاك. وهذا يمثل وضعاً طبعياً إذ ليس من مهمة القضاء إصدار التعريفات إلا بصدد مصطلح ينتابه الغموض في تفسيره أو في تحديد نطاقه في التطبيق العملي، عندئذ تكون الضرورة ملحة في أيراد تعريف من قبل القضاء لغرض ايضاحه .

والملاحظ أن موقف المشرع العراقي في قانون الإستملاك النافذ قد أفرد للتحسن نوعين : الأول التحسن في موقع العقار المستملك جزءاً منه أو للعقارات المجاورة ، والثاني يتمثل في التحسن في منفعة للعقار المستملك جزءاً منه أو العقارات المجاورة .

ويتمثل النوع الأول في حالة استملاك لأجل شق طريق عام حيث ان العقارات المحاذية للطريق العام ترتفع قيمتها النقدية ويتفاوت ارتفاع قيمتها هذه بحسب موقع الإستملاك ويختلف من مكان إلى آخر.

ويتمثل النوع الثاني في حالة الإستملاك لأجل توسيع المطارات أو فتح الترعة ومخازن المياه التي تعود نفعها على الزراعة .

فمن خلال ما تقدم يمكننا ان نضع تعريفاً للتحسن الطارئ في الإستملاك إذا اردنا أن نعرفه من زاوية أوسع شمولاً من حيث أصله وصوره وأنواعه التي أشار إليها المشرع العراقي

^١ علي مجبل عزيز ، أحكام تبديل حالة العقار في قانون الاستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ ، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس معهد العلمين للدراسات العليا ، ٢٠٢١ ، ص ٥٢ .

فنقول " أرتفاع في قيمة العقار الناشئة من زيادة منفعته أو تحسن موقعه نحو الأفضل أو كلاهما، يحدث في الجزء المتبقي من العقار المستملك أو العقارات المجاورة له، بسبب المنفعة العامة المقامة على العقار المستملك".

الفرع الثاني

خصائص تحسن العقار في الاستملاك

من خلال تحديد معنى تحسن العقار في الإستملاك نجد أنه يتصف بخصيصة واحدة ، وهي الصفة الطارئ، ويقصد بها، أن الأرتفاع في قيمة العقار الناتجة من التحسن حدثت بصورة عرضية من قبل الجهة المستملكة ، فلم تتجه أرادتها إلى تحقيقها من حيث النتيجة ، ولم يكن هو الباعث الدافع إلى القيام بعملية الإستملاك ، وإنما كان الباعث الدافع هو تحقيق المشروع المراد قيامه من أجل المنفعة العامة ، كذلك لم تتجه إرادة المستملك منه إلى تحقيقه ولم يكن لديه قصد في ذلك.

وهو بذلك يختلف عن صوره التحسن غير الطارئ الذي تقوم به الجهة المستملكة، فهي أرادت الفعل و ارادت النتيجة في تحقيق تحسن من واقع المنفعة العامة للمجتمع .

وكذلك يختلف عن صوره التحسن غير الطارئ الذي يحدثه المستملك منه، فالأخير قد يقوم ببعض الأعمال التي لها تأثير مباشرة على أرتفاع القيمة الحقيقية للعقار المراد استملاكه^(١) ، أو بمعنى آخر هو تغيّر يحدث بفعل المالك أو صاحب الحق العيني بإضافة بناء أو منشآت أو محدثات إلى العقار المراد استملاكه، بقصد أحداث تحسن العقار وزيادة قيمته ومنفعته^(٢). فالتغيّر في هذه الصوره هو إرادي غير طارئ ، وأن كان يتحد مع التغيّر الإرادي الطارئ في أن كلاهما يؤدي إلى الزيادة في القيمة النقدية إلا أنه يختلف عنه بوجود قصد في تحقيق التحسن، فالإرادة اتجهت إلى أحداث التغيّر من حيث النتيجة .

^١ غيتاوي عبد القادر، الضمانات التشريعية والقضائية لنزع الملكية الخاصة من أجل المنفعة العامة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان ، ٢٠١٤، ص١٣٦، هامش رقم ١.

^٢ ينظر : د. مصطفى محمد محمود عبد الكريم، التعويض عن نزع الملكية للمنفعة العامة، ط١، مكتبة الوفاء القانونية، ٢٠١٨ ، ص١١٣-١١٤.

الفصل الثاني تحسن العقار في الاستملاك

ويتجسد أوجه الاختلاف أيضاً في الأحكام، فالمرجع العراقي ذهب في قانون الإستملاك النافذ إلى عدم جواز مالك العقار بعد أخطاره بقرار نزع الملكية إدخال التحسينات إلا تلك الضرورية واللازمة لسلامة العقار وبخلاف ذلك عده المشرع سيء النية لأنها أجريت بنية الزيادة في مبلغ التعويض، ونتيجة ذلك قرر المشرع عدم استحقاق تعويض عنها^(١)، فإذا كانت هذه التحسينات قابلة للإزالة فلصاحبها إزالته على نفقته الخاصة ويشترط في ذلك عدم الإضرار بالأعمال المراد تنفيذها^(٢).

وكذلك الأمر أيضاً لدى المشرع المصري إذ نظم حالة التغير الإيجابي الذي يحدثه المالك أو صاحب الحق العيني فقد ميز بين حالتين، الحالة الأولى إذا أجريت التحسينات قبل نشر قرار نزع الملكية في الجريدة الرسمية، فالمشرع افترض قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس وهي أن هذه التحسينات قد أحدثت بصدد الحصول على تعويض أعلى مالم يثبت المالك أو صاحب الحق العيني خلاف هذه القرينة، أما الحالة الثانية إذا أجريت هذه التحسينات بعد نشر قرار نزع الملكية في الجريدة الرسمية فالمشرع افترض قرينة قانونية قاطعة غير قابلة لإثبات العكس إن هذه التحسينات قد أجريت من أجل الحصول على تعويض أعلى^(٣).

وكذلك الأمر لدى المشرع الفرنسي منذ صدور مرسوم ١٩٣٥ فقد قضى بعدم شرعية كل الآثار الناتجة عن كل عمل هدفه تحسين عقار يعلم مالكة مسبقاً أنه محلاً للنزاع وهذا من أجل الحصول على تعويض أكبر من القيمة الحقيقية لهذا العقار^(٤).

وكذلك الحكم لدى قانون نزع الملكية الصادر في ١٩٥٨ الملغي فإن المشرع قد بين المادتين (13-14 L) أن كل التحسينات ومهما كانت طبيعتها حتى ولو كانت سابقة على أمر

^١ قانون الإستملاك العراقي النافذ ينظر نص المادة ٣٦ "أولاً- لا يشمل التعويض قيمة البناء والغراس والتحسينات والإضافات التي ادخلت على العقار بعد تبليغ المستملك منه بطلب الإستملاك".

^٢ د. صالح أحمد اللهبي، فكرة نزع الملكية للمنفعة العامة، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ٨، العدد ٢٨، ٢٠١٩، ص ٢٩١.

^٣ ينظر: نص المادة ٢٢ من قانون نزع الملكية النافذ.

^٤ ينظر غيتاوي عبد القادر، الضمانات التشريعية والقضائية لنزع الملكية الخاصة من أجل المنفعة العمومية، مصدر سابق، ص ١٣٨.

الفصل الثاني تحسن العقار في الاستملاك

نزع الملكية لا يمكن أن تؤدي إلى رفع قيمة التعويض إذا أتضح أنها تمت من أجل رفع قيمة التعويض^(١).

وكذلك الحكم في قانون نزع الملكية النافذ الصادر في ٢٠١٤، حيث بين أن التحسينات التي تجري بقصد من أي نوع مثل الإنشاءات ، والمزارع ، والتركيبات المختلفة التي كان من الممكن إجرائها للمباني أو الصناعة أو الأعمال قبل إعلان المنفعة العامة لا يستحق بصدها تعويض إذا أجريت هذه التحسينات بهدف الحصول على تعويض أعلى مالم يثبت خلاف ذلك^(٢) أما التحسينات اللاحقة لصدور إعلان المنفعة العامة فيفترض أنها قد أجريت لهذا الغرض^(٣).

فيلاحظ بعد ذلك أن المشرع الفرنسي قد ميّز بين حالتين للتغير الإرادي الذي يحدثه المالك أو صاحب الحق العيني الحالة الأولى إذا أجريت التغيرات قبل إعلان المنفعة العامة، فالمشرع افترض قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس وهي أن هذه التحسينات قد أحدثت بصدد الحصول على تعويض أعلى مالم يثبت صاحب الحق العيني خلاف هذه القرينة، أما الحالة الثانية إذا أجرى المستملك منه هذه التحسينات بعد صدور إعلان المنفعة العامة، فالمشرع أفترض قرينة قانونية قاطعة غير قابلة لإثبات العكس إن هذه التحسينات قد أجريت من أجل الحصول على تعويض أعلى .

وجدير بالذكر ، أن المشرع المصري قد أورد نوعاً من الإستملاك قريب مما ذكر أعلاه ، إلا أنه يختلف عنه ، وهو نزع الملكية من أجل التحسين ، وهو ما أنفرد به التشريع المصري وأشار إليه في قانون نزع الملكية رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ الملغي^(٤) .

¹ Philippe godfrin , Des biens , domaine, travaux , expropriation, , Droit administratif 6eme edition , armand colin paris, 2001 P446.

<https://halldulivre.com>

متاح على موقع الإلكتروني

^٢ ينظر: نص المادة (L322-1) من قانون نزع الملكية النافذ .

^٣ ينظر: الموقع الإلكتروني لقاعدة التشريعات الفرنسية <https://www.legifrance.gouv.fr/codes>

^٤ نصت المادة ٢٢ " إذا كان الغرض من نزع الملكية هو إنشاء أحد الشوارع أو الميادين أو توسيعه أو تعديله أو تحديده أو إنشاء حي جديد أو لشأن من شؤون الصحة أو التحسين أو التجميل ، جاز ان يشمل نزع الملكية فضلاً عن العقارات اللازمة للمشروع الأصلي ، أية عقارات أخرى ترى السلطة القائمة على أعمال التنظيم أنها

فالمشرع المصري في القانون أعلاه ذكر صورتين يجوز فيهما نزع الملكية الخاصة:

- ١- عندما تريد فيها جهة الإدارة تحقيق منفعة عامة، لشأن من شؤون التنظيم (إنشاء شارع أو ميدان أو توسيعه أو إنشاء حي جديد.. إلخ)، أو الصحة أو الري، أو الأغراض العسكرية، أو غير ذلك من شؤون المنفعة العامة.
- ٢- التي تريد فيها جهة الإدارة، لا تحقيق منفعة عامة، بل التحسين والتجميل. والتحسين الذي تنزع الملكية لتحقيقه إما أن يكون تابعا لمشروع من مشروعات المنفعة العامة فتتزع ملكية عقارات أخرى غير العقارات اللازمة لتحقيق المنفعة العامة، أو أن يكون مستقلا غير مرتبط بأي مشروع للمنفعة العامة فيكون نزع الملكية بقصد تحقيق التحسين أو التجميل المطلوب^(١).

والاختلاف الثاني يتجسد بأن المشرع المصري خص النوع الثاني ببعض الأحكام الخاصة، حيث أجاز للسلطة القائمة على أعمال التنظيم في حالة نزع الملكية للتحسين أو التجميل أو لإنشاء حي جديد تأجيل دفع الثمن أو التعويض المستحق عن كل عقار تجاوز قيمته

= لازمة لتحقيق الغرض المقصود من المشروع، أو لأن بقاءها بحالتها من حيث الشكل أو المساحة لا يتفق مع التحسين أو التجميل المطلوب. كما يجوز نزع ملكية أية عقارات أخرى بقصد تحقيق الأغراض سالف الذكر، دون أن يكون ذلك مرتبطا بمشروع منفعة عامة".

^١ ويتبين لنا أن للاستملاك مبرر واحد هو تحقيق المنفعة العامة، غير أن المنفعة العامة هي مصدر المباشر لنشوء التحسن الناتج عن الإستملاك، لأن في تحقيق المنفعة العامة قد يؤدي إلى تحقيق التحسن أو قد يؤدي إلى تحقق الضرر.

فالمستملك ينبغي إلى تحقيق المنفعة العامة كإقامة طريق عام أو بناء جسر أو أي مرفق عام آخر. فإقامة هذه المشاريع تحقق النفع العام، لأن بإعتبار أن المشاريع التي تقام على الأرض المستملكة غايتها تحقيق النفع العام، غير أنها تؤثر بصورة عرضية على الجزء الآخر من العقار في حالة الإستملاك الجزئي وكذلك قد تؤثر على العقارات المجاورة للأرض المستملكة.

وهذا التأثير يتجسد بالتغيير في صورة التحسن على العقارات المجاورة أو الجزء الآخر من الأرض غير المستملكة فيؤدي هذا التحسن في زيادة في القيمة النقدية للعقار المستملك جزء منه أو العقارات المجاورة. أو الزيادة في منفعة العقار المستملك جزء منه أو العقارات المجاورة.

الفصل الثاني تحسن العقار في الإستملاك

ألف جنيه لمدة لا تزيد على خمس سنوات وبفائدة قدرها ٤ % من قيمة المبالغ المؤجلة وتدفع الفائدة في نهاية كل سنة (١) .

وقد أعطى المشرع المصري سلطة تقديرية للإدارة في ان تستملك من أجل تحقيق التحسن كلاً حسب نطاق عمله سواء في المجال الصحي كبناء المستشفيات، أو الصناعي كبناء المعامل أو في تنظيم المدن وتجميلها بفتح الطرق أو توسعتها أو قيام الساحات العامة وغيرها من المشاريع الحيوية المتعلقة بالمنفعة العامة ، فهذه المشاريع تقوم بها الإدارة المستملكة لغرض تحسن هذا القطاع المراد تطويره ، فهذا النوع من التحسن والذي يرمي لتحقيق المنفعة العامة هو المبرر الآخر والذي من خلاله تستطيع السلطة المساس بالملكية الفردية .

وقد تعرض هذه الصورة من نزع الملكية إلى انتقاد من قبل جانب من الفقه فهم يرون ان كلاهما يحقق المنفعة العامة فما التحسن والتجميل إلا صورة من صور المنفعة العامة المراد تحقيقها (٢).

وفي قانون نزع الملكية النافذ لم يأخذ المشرع بهذه الصورة من نزع الملكية وإنما أكتفى بالآخرى.

المطلب الثاني

شروط تحسن العقار المؤثر في الإستملاك

إذا أدى الإستملاك إلى حدوث تحسن في الجزء المتبقي من العقار المستملك أو في العقارات المجاورة بصورة طارئة، فإن التساؤل الذي يثار هل ان كل تحسن يطرأ يعتد به ويؤثر في العلاقة القانونية لإطراف الاستملاك أو لا؟ أم إن هنالك شروط من الواجب توافرها في التحسن لكي يؤثر أو يترتب آثار قانونية إزاء المستملك منه في حالة الإستملاك الجزئي و (الغير) المتمثل بأصحاب العقارات المجاورة للمستملك منه؟ وإذا تخلفت هذه الشروط فلا يعتد بالتحسن ولا يترتب أثراً قانونياً .

^١ ينظر : د. السنهوري، حق الملكية، مصدر سابق، ص ٦٣٦-٦٣٧.

^٢ ينظر د. السنهوري ، حق الملكية ، مصدر سابق، ص ٦٣٢، وكذلك ينظر: د. وفاء سيد أحمد ، قيود الملكية للمصلحة العامة، ط ١، دار الفجر للنشر والتوزيع، ٢٠١٩، ص ٢٢٧-٢٢٩.

ولغرض الإجابة على التساؤلات أعلاه سنقسم هذا المطلب على فرعين ، إذ سنتناول في الفرع الأول شروط تحسن العقار في الإستملاك الجزئي ، وفي الفرع الثاني نتناول شروط تحسن العقارات المجاورة للعقار المستملك .

الفرع الأول

شروط تحسن العقار في الإستملاك الجزئي

في هذا النوع من التحسن الطارئ ، لكي يؤثر في العقار المستملك جزءاً منه ، وينعكس ذلك على أطراف العلاقة القانونية في الاستملاك والغير، يجب توافر ثلاثة شروط، الأول حصول ارتفاع في القيمة النقدية والثاني أن تكون زيادة القيمة عادت بالفائدة على باقي العقار المنزوعة ملكيته والثالث قيام الرابطة السببية بين الإستملاك وارتفاع القيمة النقدية، ولغرض بيان هذه الشروط بصورة مفصلة، سنتناول كل شرط في فقرة مستقلة .

أولاً- ارتفاع القيمة النقدية

يقصد بهذا الشرط حصول زيادة في القيمة النقدية في الجزء المتبقي من العقار المستملك ، ويلاحظ أن المشرع العراقي قد أستقر على ذلك في تشريعات الإستملاك المتعاقبة الملغية ^(١) .

وكذلك في قانون الإستملاك النافذ، إذ نص في المادة (٣٧) " ... وزيادة قيمته بسبب الاستملاك " ، فنستشف هذا الشرط من خلال مفهوم المخالفة للنص، ففي حالة استملاك جزء من العقار ولم يؤد الاستملاك إلى تغير بالارتفاع في القيمة النقدية، فلا يمكن القول بوجود تحسن في العقار .

^١ فبالرجوع إلى قانون الإستملاك رقم ٥٧ لسنة ١٩٦٠ الملغى فإنه أشار إلى هذا النوع من التحسن الناتج من الإستملاك في المادة (٢٠) ، وأشترط في المادة (١٩) الزيادة في القيمة النقدية بسبب أعمال المنفعة العامة. أما موقف في قانون الإستملاك الملغى رقم ٥٤ لسنة ١٩٧٠ فقد أشار إلى هذا النوع في المادة الثالثة ، وأيضاً أشترط أن تكون هنالك زيادة في القيمة النقدية ، بيد ان الملاحظ أن هذا لا يعد شرطاً جوهرياً وأساسياً كما هو الحال في قانون الإستملاك السالف الذكر، وإنما يمكن أن يتحقق التحسن في حالة حدوث زيادة في الانتفاع ، فنص المادة الثالثة تضمن حرف (أو) التخييرية " مقابل تحسن انتفاع أو زيادة قيمة ما تبقى منه... " .

الفصل الثاني تحسن العقار في الاستملاك

والملاحظ إن المشرع أعتمد معيار محدد لحصول التحسن من عدمه وهو معيار موضوعي لا شخصي ، ويتجلى بثبوت لدى هيئة تقدير العقار تحقق التحسن، وهذا ماأكده القضاء ولم يجز لغيرها القيام بذلك في بعض من أحكامه ^(١) ، في حين يلاحظ في أحكام أخرى أجاز للخبراء القيام بالتقدير ^(٢) .

وحدد المشرع العراقي تحقق ارتفاع القيمة النقدية بأحدى الصورتين ، اما أن يحدث في موقع العقار ^(٣) أو في منفعة القسم المتبقي من العقار ^(٤) .

فتحقق إحدى هاتين الصورتين أو كلاهما لا يكفي لتحقيق التحسن الذي يرتب أثراً قانونياً، وإنما أشتط المشرع حصول زيادة في القيمة النقدية للقسم الباقي من العقار المستملك ^(٥) ، وبهذا فإن المشرع العراقي في قانون الإستملاك النافذ قد أختط منهجاً مختلفاً عن تشريعات الإستملاك السابقة التي لم تشط ذلك.

ومؤدى ذلك فإذا تحسن موقع العقار أو منفعته ولم تؤدي إلى زيادة في قيمته النقدية، فإن هذا التحسن لا ينتج أثر قانوني إزاء أطراف الإستملاك ولا يعتد بهذا التحسن .

اما إذا زادت قيمته النقدية فإن التحسن ينتج أثراً قانونياً، والأثر القانوني هو استحقاق مقابل لهذا التحسن ، ولا يسعنا المجال لتفصيله هنا على ان نورد في الموضع المناسب ، وعليه فإن أخذ المقابل منوطاً بزيادة قيمة القسم المتبقي من العقار ^(٦) .

^١ قرار محكمة التمييز ، رقم القرار ١٥١٩ / مدنية ثانية عقار / ١٩٧٢ ، بتاريخ ١٩٧٣/٣/٧ منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني ، العدد ٣ ، السنة ١ ، ١٩٦٢ ، ص ٢١٩ .

^٢ قرار محكمة التمييز ، رقم القرار ٢٩٠٥ / ح / ٩٦١ في ١٠ / ٢ / ١٩٦١ . قرار منشور في النشرة القضائية العدد الأول ، السنة ٤ ، ١٩٧٥ ، ص ٢٦٦ .

^٣ ومثال ذلك كأن تكون طول جبهة العقار على الشارع (٣م) أمتار وبعد استملاك قسم منه يصبح طول جبهة القسم الباقي على الشارع العام (٥) متر ، أو يقع القسم الباقي على ساحة عامة مباشرة ويشيد عمارة أو سوق .

^٤ ومثال ذلك كفتح مجرى للنهر المحاذي للأرض الزراعية .

^٥ مصطفى مجيد ، شرح قانون الإستملاك ، مصدر سابق ، ص ١٥١ .

^٦ ينظر : لمزيد من التفاصيل عن أستحقاق مقابل التحسن ، ص ١١٨ وما بعدها .

الفصل الثاني تحسن العقار في الاستملاك

وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة التمييز بأن ((إذا كان الإستملاك الجزئي لا يزيد في تحسن أو انتفاع قيمة الجزء الباقي من العقار فلا يجوز للمستملك أخذه بلا بدل وإن قلت مساحته عن الربع القانوني))^(١) .

أما موقف المشرع المصري ، فإنه لم ينظم هذا النوع من التحسن بتنظيم مستقل، وإنما تناوله في الباب الخامس تحت عنوان أحكام عامة ووقفية من قانون نزع الملكية النافذ ، وفي نص المادة (١٧) فأشترط الزيادة في القيمة النقدية للجزء الذي لم تنتزع ملكيته ، كما أنه أوجب على اللجنة المختصة في تقدير التعويض مراعاة هذه الزيادة في تقدير التعويض أي كلما ارتفعت القيمة النقدية للجزء غير المستملك كلما قل تعويض الجزء المستملك^(٢).

وكذلك أيضاً المشرع الفرنسي في قانون نزع الملكية النافذ ، فإنه لم ينظم هذا النوع من التحسن بتنظيم مستقل، وإنما تناوله في الفصل الأول تحت عنوان التعويض من القسم الثاني من الكتاب الثالث في المادة 5-321 L وأشترط حصول زيادة في القيمة النقدية^(٣).

ولاحظ البعض أن المشرع العراقي جعل معيار التحسن في صورتين تحسن موقع أو زيادة منفعة الجزء المتبقي من العقار هما اللذان يؤديان إلى زيادة قيمة العقار أساساً في التعويض بينما نص المشرع المصري إلى معيار الزيادة في القيمة للجزء المتبقي من دون الإشارة إلى هذه الصور^(٤) .

مما سبق يتبين لنا أن المشرع العراقي في قانون الإستملاك النافذ قد أستخدم حرف (واو) الجمع إذ لا يكفي إحدى صور التحسن ، وإنما لابد أن يفترن بهما زيادة في القيمة النقدية .

^١ محكمة التمييز قرار رقم ١٩٧/مدنية ثانية عقار بتاريخ ١٧/٣/١٩٧٣ ، النشرة القضائية العدد الأول ، السنة الرابعة ص ٢٦٤ .

^٢ د. هيثم عمر سليم، عدالة التعويض عن نزع الملكية الخاصة والإستملاك للمنفعة العامة في القانونين المصري مصدر سابق، ص ٦٢ .

^٣ وكذلك الحكم في المادة (٢٠) من قانون نزع الملكية الصادر في ١٩٥٨ الملغي ينظر لمزيد من التفاصيل: عزت صديق طنبوس، نزع الملكية للمنفعة العامة، مصدر سابق، ص ١١٧ .

^٤ ينظر : د. جمال عبد كاظم ، تغير حالة العقار في قانون الاستملاك ، مصدر سابق ، ص ٧٢ .

الفصل الثاني تحسن العقار في الاستملاك

وهو بذلك أختط منهج مختلفاً عن التشريعات الملغية ^(١) وعن التشريعات المقارنة في شروط التحسن من حيث الاكتفاء بشرط الزيادة في القيمة النقدية .

ويشير موقف التشريعات أعلاه عدة تساؤلات ، تتلخص في من هي الجهة المختصة في تقدير حدوث ارتفاع في القيمة النقدية أم لا ؟ هل هي جهة إدارية أم قضائية ؟ ومن ثم ماهي المعايير المعتمدة في تقدير ارتفاع القيمة النقدية ؟ فهل تدخل المشرع في ذلك ؟ أم ترك الأمر لسلطة القضاء التقديرية ؟ أم لجهات إدارية؟ .

ولغرض بيان موقف التشريعات بصورة مفصلة سوف نتناول في الإجابة على كل سؤال في فقرة مستقلة ، إذ سنتناول في الفقرة الأولى الجهة المختصة في تقدير حدوث ارتفاع في القيمة النقدية ، وفي الفقرة الثانية المعايير المعتمدة في تقدير ارتفاع القيمة النقدية.

١- الجهة المختصة في تقدير حصول ارتفاع في القيمة النقدية

أن تحديد الجهة المختصة له أهمية من حيث معرفة هل هي جهة إدارية أم قضائية، وإذا لم يكن التقدير منصفاً بالنسبة لأحد طرفي الاستملاك، فإن الطعن على التقدير يكون أمام جهة القضاء الإداري أم القضاء المدني؟.

فمن خلال تتبعنا لموقف المشرع العراقي في التشريعات المتعاقبة لقوانين الإستملاك الملغية، يلاحظ أن توجه المشرع لم يستقر على نهج معين، وإنما تغير من جهة إدارية خالصة^(٢) إلى هيئة مشتركة تضم جهة قضائية وإدارية ^(١) ، ومما يلاحظ أيضاً أن المشرع قد

^١ في قانون الإستملاك رقم ٧٥ لسنة ١٩٦٠ الملغي ، أشرط المشرع فقط زيادة القيمة ، بينما في قانون الإستملاك رقم ٥٤ لسنة ١٩٧٠ الملغي لم يكن زيادة القيمة هو الشرط الجوهرى، وإنما وضع له بديل آخر إذا تحقق يتحقق التحسن وهو الزيادة في المنفعة إذ جاءت عبارة النص بحرف (أو) التخييرية .

^٢ في قانون الاستملاك رقم ٥٧ لسنة ١٩٦٠ الملغي أعطى المشرع الاختصاص لجهة إدارية خالصة، فيلاحظ انه خول متصرف اللواء في المادة ٩/ب بتشكيل لجنة التثمين، ونص في المادة ١٩ على إحدى صلاحياتها هو تقدير الزيادة في القيمة النقدية، ويلاحظ على اللجنة أنها لجنة إدارية وتخلو من العنصر القضائي. أما دور الجانب القضائي فهو جهة رقابة إذ تخضع جميع هذه الإجراءات القضائية لرقابة المحكمة فقد نصت الفقرة الأخيرة من المادة ١١ المعدلة " ولا ... يمنع الطرفين من مراجعة المحكمة عن أيه مخالفة قانونية " .

الفصل الثاني تحسن العقار في الإستملاك

أعطى دوراً واسع النطاق للجهة القضائية في الإستملاك فغلب جانب الإجراءات القضائية على جانب الإجراءات الإدارية . كما أنه قد أعطى الاختصاص في الطعن في الدعوى لجهة القضاء المدني أمام محكمة التمييز ^(٢) .

أما موقف المشرع في قانون الإستملاك النافذ رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ فيبدو أنه بقي على نهجه من حيث تحديد الجهة المختصة من قبل هيئة التقدير التي تتشكل برئاسة قاضي المحكمة وعضوية رئيس دائرة التسجيل العقاري ورئيس دائرة الضريبة وممثل عن المستملاك وممثل عن المستملاك منه ^(٣) . فالمشرع العراقي سار على نفس المنوال في التشريع السابق، إذ أبقى على هيئة التقدير المختلطة (قضائية وإدارية) ، وأعطى أيضاً دوراً واسع النطاق للجهة القضائية في الإستملاك فغلب جانب الإجراءات القضائية على جانب الإجراءات الإدارية، ولكن بصورة أقل من التشريع السابق . كما أنه يلاحظ أنه قد أعطى الاختصاص لجهة القضاء المدني وليس الإداري ، ولكن المشرع العراقي قد غير من الوصف القانوني للإستملاك ففي القانون السابق وصفه بأنه دعوى بينما في القانون النافذ وصفه بطلب للإستملاك ^(٤) .

والمشرع حدد المحكمة المختصة بالنظر في الاعتراضات المقدمة للمتصرف على تقدير قيمة التحسن وغيرها من الإجراءات الإدارية هي محكمة البداية التي يقع العقار المستملاك في دائرة اختصاصها وذلك بموجب نص المادة ٣/١٢ ينظر لمزيد من التفاصيل د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ص ٢٩.

^١ أما موقف المشرع في قانون رقم ٥٤ لسنة ١٩٧٠ الملغي ، فقد حدد الجهة المختصة من قبل هيئة خاصة التي أحدى مهامها تقدير ارتفاع القيمة وتؤلف هذه اللجنة برئاسة الحاكم وعضوية ممثل عن المستملاك وآخر عن المستملاك منه إذا كان حاضراً ، وكل من رئيس دائرة الطابو وضريبة الدخل أو ضريبة العقار أو من يقوم مقامهم في المحافظة أو القضاء أو الناحية. ينظر: نص المادة ٨ من القانون.

^٢ ينظر نص المادة ٦ من القانون الاستملاك رقم (٥٤) لسنة ١٩٧٠ الملغي.

^٣ ينظر نص المادة ١٣ من قانون الإستملاك.

^٤ ينظر شهاب أحمد ياسين، الوجيز في شرح قانون الإستملاك، مصدر سابق، ص ٢٢.

الفصل الثاني تحسن العقار في الاستملاك

وقد أعطى المشرع العراقي حق الاعتراض على قرار هيئة التقدير أمام محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية^(١) ، ومؤدى ذلك فإن القضاء المدني هو المختص في الطعون المقدمة .

أما عن موقف المشرع المصري فإن اللجنة المكلفة بتقدير التعويض والزيادة في القيمة النقدية بسبب التحسن الطارئ هي لجنة إدارية تشكل في كل محافظة بقرار من وزير الأشغال العامة والموارد المائية وتتكون من مندوب عن هيئة المساحة رئيساً وعضوية مندوب عن كل من مديرية الزراعة ومديرية الإسكان والمرافق ومديرية الضرائب العقارية بالمحافظة بحيث لا تقل درجة أي منهم عن الدرجة الأولى^(٢) .

فيلاحظ على موقف المشرع المصري أن الجهة المختصة بتقدير التعويض هي جهة إدارية ولم يتوفر فيها الجانب القضائي بخلاف الحال في التشريع العراقي الذي يترأس اللجنة قاضٍ .

أما بخصوص تحديد الجهة المختصة بالطعون فيبدو أن المشرع المصري قد نال هذا الموضوع أهمية كبيرة فقد نظمته في باب مستقل وهو الباب الثالث تحت مسمى الفصل في المعارضات والطعون، فهو أعطى الحق للملاك وأصحاب الحقوق العينية التنظيم لدى الجهة النازعة للملكية أو إلى المديرية أو الإدارة التابعة لها بعاصمة المحافظة الكائن في دائرتها العقار. وأعطى لذوي الشأن الحق في الطعن على القرار الذي صدر في التنظيم أمام القضاء المدني محكمة البدأة الكائن في دائرتها العقار .

وكذلك أعطى لكل من الجهة طالبة نزع الملكية وذوي الشأن من الملاك وأصحاب الحقوق خلال أربعة أشهر من تاريخ انتهاء مدة عرض الكشف الحق في الطعن أمام القضاء المدني محكمة البدأة التي يقع العقار في منطقتها^(٣).

أما المشرع الفرنسي فقد أستقر على أن القضاء المدني هو الجهة المختصة بتحقيق حصول زيادة في قيمة الجزء المتبقي من العقار نتيجة لنزع الملكية جزء منه وأن تكون زيادة القيمة

^١ ينظر نص المادة ٦١ من القانون الاستملاك.

^٢ ينظر نص المادة ٦ من قانون نزع الملكية النافذ .

^٣ د. محمد بكر حسين، الوسيط في القانون الإداري، مصدر سابق ، ص ٤٨١-٤٨٢ .

الفصل الثاني تحسن العقار في الاستملاك

واضحة وغير مبهمة ويصدر القاضي حكم فيها بصورة منفصلة عن مبلغ تعويض نزع الملكية^(١).

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية " .. عدم وضوح زيادة القيمة في الاعتبار إذا كانت هذه الزيادة مفترضة أو كان تحققها محتمل الحصول في المستقبل..."^(٢) .

٢ - المعايير المعتمدة في تقدير ارتفاع القيمة النقدية

إذا حدثت زيادة في القيمة النقدية في الجزء المتبقي من العقار المستملك بصورة حادثة أو طارئة^(٣)، ففي هذا الفرض نبحت عن المعيار الذي أعتمدته المشرع لتقرير حدوث الزيادة في القيمة النقدية من عدمها، فهل تدخل المشرع بوضع هذه المعايير، وهل هي على سبيل المثال أم الحصر ؟ أم أن المشرع ترك الأمر للسلطة التقديرية للجهات المختصة أو للقضاء في تقدير هذه المعايير ؟. للإجابة على هذا التساؤل لابد من استعراض موقف التشريعات المختلفة .

أن الملاحظ على موقف المشرع العراقي في قوانين الاستملاك المتعاقبة الملغاة لم يستقر على نهج معين، فكانت رؤية المشرع في بادئ الأمر أنتهج أسلوب التعداد والأمثلة^(٤) .

^١ نص المادة (٢٠) من قانون نزع الملكية الصادر سنة ١٩٥٨ الملغي لمزيد من التفاصيل ينظر : عزت صديق طنبوس، نزع الملكية للمنفعة العامة، مصدر سابق، ص ١١٨. وكذلك ينظر نص المادة 5-321L من قانون نزع الملكية النافذ.

^٢ نقلاً عن عزت صديق طنبوس، نزع الملكية للمنفعة العامة، مصدر سابق، ص ١١٨ .

^٣ ينظر نص المادة (٣٩) من قانون الإستملاك العراقي النافذ.

^٤ في قانون الإستملاك رقم ٥٧ لسنة ١٩٦٠ الملغي ان تقدير الزيادة وان كان خاضع إلى لجنة التثمين، إلا ان المشرع وضع عدة صور للدلالة على الزيادة في القيمة النقدية على لجنة التثمين أن تأخذ بها ، ونص عليها في المادة ١٩ في خمس فقرات " ... حسبما يلي ١- عند ظهور العقار مباشرة على الشوارع والميادين والساحات والمنتزهات و الجسور والطرق والعقارات التي تليها ٢- عند توسع جبهة العقار ٣- عند توسع الشارع أو الميدان أو الساحة أو المنتزه الذي يقع عليه العقار ٤- عند استملاك جزء من عقار سبق ان استملك جزء منه ٥- العقارات التي ازدادت قيمة بسبب أعمال المنفعة العامة الأخرى غير التي وردت في الفقرات المتقدمة .

فالتساؤل الذي يثار هل إن هذه الأمثلة التي تدلل على الزيادة في القيمة النقدية للعقار المستملك جزء منه على سبيل المثال أم على سبيل الحصر؟ فالملاحظ في سياق نص المادة ١٩ ، وكذلك من تعداد الفقرات

الفصل الثاني تحسن العقار في الاستملاك

إلا أن رؤية المشرع في قانون الاستملاك اللاحق قد تغيرت وانتهج معيار مرن وهو ترك الأمر للسلطة التقديرية للجهات المختصة .

الأربعة الأولى أنها جاءت على سبيل الحصر، وأن صياغة نصوصها جامدة وليست مرنة ، وأنها بصدد حالات محددة لا تقبل التأويل أو القياس عليها بإضافة حالات أخرى .

يرى جانب من الفقه أن أسلوب التعداد الذي يلجأ إليه المشرع فيه إسهاب وتقصيل وأحياناً قد لا يكون جامعاً وليس مانعاً . ينظر د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في شرح الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ص ٢٠.

فهذا الأسلوب من الصياغة القانونية لا يخلو من السلبيات لا سيما لو استخدمت في غير موضعها، ولكن في بعض الأحيان قد لا يجد المشرع وسيلة بديلة لصياغة النص القانوني ، إذ لا مناص من الإسهاب والتقصيل ، لاسيما إذا كانت الحكمة التشريعية التي يبتغيها المشرع من التعداد الحصري هو توضيح مصطلح غامض فلكي يزيل غموض المصطلح ويسهل تطبيقه من الناحية العملية ، يورد المشرع الأمثلة وهو ما فعله في المادة ١٩ إذ أنها تمثل أمثلة إيضاحية للجنة التثمين فغالباً ما يورد المشرع الأمثلة الغرض منها هو توضيح الحكم القانوني للجهة المراد تطبيقه أو للمستفيد .

وقد تكون الحكمة التشريعية بعدما يورد من أمثلة بعد بيان الحكم القانوني فيه إشارة إلى أن هذه الأمثلة تشكل قرينة قانونية قاطعة وغير قابلة لإثبات العكس على انطباقها للحكم القانوني، فالتعداد الحصري للحالات الواردة في نص المادة ١٩ أراد المشرع منها ان تكون مصداق حقيقي لتحقيق التحسن الطارئ الناشئ بفعل الإستملاك، وبما أنها مقررة من قبل المشرع فلا وجود لسلطة تقديرية للقاضي أو الجهات المختصة في مخالفة هذه القرينة القانونية القاطعة.

والملاحظ على موقف المشرع العراقي في الفقرة الخامسة توقع أنه هنالك من الحالات التي أغفلها أو التي يمكن ان تظهر في المستقبل وتؤدي إلى تحسن العقار المستملك جزءاً منه فلكي لا يكون حكم النص جامداً وينطبق فقط على الأمثلة التي كانت في زمن التشريع ، فأعطى المشرع سلطة تقديرية للجهة المختصة في أن تطبق حكم النص على الحالات التي أغفل المشرع النص عليها أو التي تستجد بمرور الزمان وهذا ما يجعل حكم النص مرناً ونطاق واسع يستوعب حالات أخرى .

فمن خلال ما تقدم يتبين حكم نص المادة (١٩) لم يأت على سبيل الحصر وأن حكم النص يستوعب مصاديق أخرى خاضعة للسلطة التقديرية للجهة المختصة .

الفصل الثاني تحسن العقار في الاستملاك

ولم يستخدم معيار أيراد صور على سبيل المثال أو الحصر للدلالة على الزيادة في القيمة النقدية ^(١) .

أما موقف قانون الإستملاك النافذ رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ فكذاك يلاحظ أن المشرع قد أستغنى عن أسلوب التعداد في الصياغة القانونية إذ لم يورد أمثلة للدلالة على الزيادة في القيمة النقدية ، وإنما خول بصورة صريحة هيئة التقدير في المادة (٣٩) منه لتقدير الزيادة الحادثة أو الطارئة في القيمة النقدية في الجزء المتبقي من العقار المستملك ^(٢) .

أما موقف المشرع الفرنسي فإنه لم يستخدم أسلوب التعداد في الصياغة القانونية إذ لم يورد صور للدلالة على الزيادة في القيمة النقدية ، ومؤدى ذلك أن المشرع ترك الأمر للسلطة القضائية ، فهي التي تقرر فيما إذا حدثت زيادة في القيمة النقدية للعقار أم لا .

فمن خلال تتبع البعض لموقف القضاء الفرنسي لاحظ أنه قد قضى في عدة صور للمنفعة العامة التي جرى نزع الملكية لإجلها تؤدي إلى زيادة في القيمة النقدية.

ففي صورة شق الطرق العامة، فإذا تم نزع ملكية جزء من أرض محصورة أو لا يوجد منفذ للمرور إليها وذلك بشق طريق عام فإنه بإقامة هذا المشروع سيصبح الجزء الباقي من الأرض واجهة على الطريق العام مما يترتب عليه زيادة قيمة هذا الجزء الباقي.

أو إذا كانت الأرض محبوسة عن الطريق العام وأصبحت بعد نزع الملكية جزء منها ذات واجهة على الشارع ، فالقضاء الفرنسي في تقديره لزيادة القيمة التي عادت على الجزء المتبقي بعد نزع الملكية، إنما يضع في اعتباره العناصر الواقعية ويوازن بين ما يعود على الجزء الباقي من فائدة وما قد يناله من الضرر، وتطبيقاً لذلك قضى القضاء الفرنسي بأن شق طريق جديد

^١ في قانون الإستملاك رقم ٥٤ لسنة ١٩٧٠ يلاحظ أن المشرع قد أستغنى عن أسلوب التعداد في الصياغة القانونية، إذ لم يورد صور للدلالة على الزيادة في القيمة النقدية ، ومؤدى ذلك أن المشرع ترك الأمر للسلطة التقديرية للهيئة الخاصة المكلفة بالكشف والتأمين وأن لم يشر إلى ذلك بصورة صريحة ، فهي التي تقرر فيما إذا حدث زيادة في القيمة النقدية للعقار أم لا .

^٢ نص المادة ٣٩ " تقدر قيمة المساحة المأخوذة والزيادة الحادثة في القيمة المنوه عنهما في المادتين (٣٧، ٣٨) من قبل هيئة التقدير المنصوص عليها في هذا القانون."

الفصل الثاني تحسن العقار في الاستملاك

في أرض زراعية كان لها مخارج على طرق مخدومة إنما ينتج عنه زيادة طفيفة في القيمة التي تعود على باقي الأرض الزراعية متى أدى هذا الطريق إلى الازدحام ومصدر للمضايقات بالنسبة للعربات التي تخدم هذه الأرض الزراعية^(١).

والقضاء الفرنسي لا يرى في كل الأحوال أن توسيع طريق عام يترتب بالضرورة زيادة في قيمة العقارات، وفي قضية أخرى قضى فيها أن نزع ملكية جزء من الأراضي المملوكة للأفراد من أجل توسيع طريق عام ممهد بالفعل وفقاً للنموذج العادي، زيادة في القيمة تعود على باقي الأرض .

وكذلك قضى بأن توسيع طريق عام موجود وممهد بهدف جعله شرياناً كبيراً للحركة، إنما يترتب عليه جلب ضوضاء للقطاع الذي يمر فيه ومصدراً للإزعاج وأن المنازل القريبة من هذا الطريق ستقل قيمتها في السوق العقارية تبعاً لذلك .

ولا تكون هناك ثمة زيادة في القيمة، كذلك إذا تم توسيع طريق ضيق مسدود متى كان هذا الطريق سيبقى مسدوداً حتى بعد توسيعه.

أو إذا كان هذا الجزء يقع في مستوى مدلى أو منحدر من الشارع وسيبقى تبعاً لذلك غير صالح للبناء عليه.

أو توسيع طريق بين المقاطعات يخدم أراضي زراعية فمتى كانت هذه الأراضي مخدومة بطرق أكثر اتساعاً من هذا الطريق فإنه لا زيادة في القيمة^(٢).

والم تأمل من موقف المشرع العراقي والفرنسي ، نلاحظ أنهما لم ينصا بصورة صريحة على اعتبار أن توسع الشارع يعدّ من الصور الثابتة بصورة قطعية التي تؤدي إلى زيادة في القيمة النقدية، وهي صورة قابلة لإثبات العكس.

¹ - C.A. paris expro 6 our . 1967 a.j.p.l. 1967 p1024pontoise expro 24 our 1968 ponts et ch aussees cLdivers .

أشار إليه عزت صديق طنبوس، نزع الملكية للمنفعة العامة ، مصدر سابق، ص ١١٨.

² ينظر لمزيد من التفاصيل عزت صديق طنبوس، نزع الملكية للمنفعة العامة، مصدر سابق، ص ١١٩.

الفصل الثاني تحسن العقار في الاستملاك

وبالمقارنة بين موقف القضاء الفرنسي والعراقي، يلاحظ فيما قضى القضاء الفرنسي في بعض وقائع الإستملاك، إذ ثبت لديهم أن توسيع الشارع ليس دائماً يعود بالزيادة في القيمة النقدية .

فيبدو أن موقف الفرنسي يحقق العدالة لأنه يدخل في تفاصيل الأمور وجزئياتها في مدى تحقق التحسن ويعتمد على معايير تفصيلية ، بينما المتأمل من موقف القضاء العراقي يلاحظ أنه افترض أن توسع الشارع يعد قرينة قانونية قاطعة وغير قابلة لإثبات العكس على ارتفاع القيمة النقدية .

وهذا ما هو مستقر عليه لدى القضاء العراقي إذ قضى " ...إذ تأيد من خلال تحقيقات المحكمة أن الأرض كانت محبوسة عن الشارع العام وان تنفيذ هذا الشارع يجعل منها مطلة على شارع عام الامر الذي يؤدي إلى زيادة ملحوظة في قيمة هذا الجزء المتبقي بعد الاستملاك ... قررت المحكمة الحكم بما يلي : أولاً- نزع ملكية الارض في جزء من القطعة المرقمة (x) وبمساحة ٧٥ دونم و٣٣ متر مربع وتسجيله ملكاً صرفاً باسم مديرية بلدية كربلاء ...ثانياً- الزام المستملك منهم عدا المستملك منه الاول وزير المالية اضافة لوظيفته بتأديتهم للمستملك مبلغ وقدره (١٣٠٥٦٨٠٠٠٠) مليار وثلاثمائة وخمسة ملايين وستمائة وثمانون الف دينار بما يكمل الربع القانوني (١) .

ويلاحظ أن الحكم أعلاه أستند إلى وجود زيادة ملحوظة في قيمة الجزء المتبقي غير المستملك جراء فتح هذا الشارع، فهل تكفي منفعة الشارع لإستملاك بدل التحسن؟ .

وهل مجرد فتح الشارع العام على الأرض الزراعية يعد ذلك تحسناً، ويبرر للمستملك اقتطاع بدل التحسن ؟ .

فلاحظ على موقف القضاء الآتي :-

^١ محكمة بداءة كربلاء قرار رقم ٩ بتاريخ ٢٠١٥/٩/١٣ مكتسب الدرجة القطعية ، غير منشور .

أ- أنه لم يفرق بطبيعة وموقع العقار فيما إذا كان داخل مراكز المدن وتلك التي تقع خارج مراكز المدن ، كما أنه لم يفرق بين ما إذا كان فتح الطريق في ارض زراعية تختلف فيها ارتفاع القيمة عن الأرض الصناعية وكذلك عن الأرض التجارية.

صحيح ان فتح الشارع يزيد من القيمة النقدية للأرض المستملك منها ، ولكن هذه الزيادة تختلف بحسب الأسس السالفة الذكر، فموقف المشرع العراقي والقضاء لم يراع هذه الأسس في تقدير التعويض وإنما شملهن بتعويض واحد وهو استقطاع الربع القانوني .

ب- أن المشرع لم يفرق بين صنف الأراضي فيما إذا كانت أراض مملوكة ملك صرف و الأراضي الاميرية مفوضة بالطابو لإصحاب حق التصرف وأن هذا الصنف من الأراضي قيد المشرع فيه سلطات صاحب حق التصرف في الاستعمال والاستغلال بقيود عدة ، منها أصحاب الحقوق التصرفية في الأراضي الزراعية المملوكة للدولة في منع استغلال الارض أو إقامة منشآت عقارية عليها لغير الأغراض الزراعية^(١).

كما ان قانون توحيد أصناف أراضي الدولة ضيق من نطاق سلطة الاستغلال لصاحب حق التصرف فباستغلال الأرض لإغراض الإنتاج النباتي أو الحيواني وإجراء التصرفات التي تقتضيها تلك الأغراض^(٢).

وأن سمح المشرع في وقت لاحق لإصحاب حق التصرف في الأراضي المملوكة للدولة (المفوضة بالطابو سابقا) بإنشاء المشاريع السياحية أو الكازينوهات عليها أستثناءً من أحكام الفقرة أولاً من المادة الثانية من قانون توحيد أصناف أراضي الدولة رقم ٥٣ لسنة ١٩٧٦^(٣).

^١ ينظر: تعليمات المجلس الزراعي الاعلى في توحيد اصناف اراضي الدولة فقرة الثالثة من المادة الثانية تعليمات رقم ١٣٢ لسنة ١٩٧٦ المنشور في الوقائع العراقية العدد ٢٥٤٥ بتاريخ ١٩٧٦/٨/٢٣.

^٢ قانون توحيد أصناف أراضي الدولة رقم ٥٣ لسنة ١٩٧٦ المادة الثانية ، منشور في الوقائع العراقية، العدد ٢٥٣١ بتاريخ ١٩٧٦/٥/٣١ .

^٣ قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ٥٩٠ لسنة ١٩٨٩ / ٩/٢١ .

الفصل الثاني تحسن العقار في الاستملاك

فالمتأمل مما سبق نجد انه وان تم فتح الشارع إزاء الجزء المتبقي من العقار المستملك إلا أنه تبقى الأرض زراعية ولا يحق لصاحبها أن يستغلها في مشاريع صناعية أو تجارية نتيجة للقيود القانونية السالفة الذكر من قبل المشرع .

فيلاحظ على المشرع العراقي وأن أشتراط أن تكون هنالك زيادة في منفعة أو موقع العقار وزيادة قيمته النقدية لإستحقاق الربع القانوني، إلا أن التساؤل الذي يثار هل أن كل زيادة يعتد بها لإستحقاق الربع القانوني الذي هو بدل التحسن ، فالمتأمل من النص القانوني أنه ساوى ما بين الزيادة الطفيفة في القيمة النقدية كما في الأراضي الأميرية المفوضة بالطابو فصاحبها مقيد بالانتفاع بالزراعة فقط والزيادة الكبيرة كما لو وقع الإستملاك على العقارات غير الأميرية المفوضة بالطابو والتي يمكن استغلالها لإغراض تجارية أو صناعية أو سكنية .

أما المشرع المصري فيلاحظ أنه لم يستخدم أسلوب التعداد في الصياغة القانونية إذ لم يورد صور للدلالة على الزيادة في القيمة النقدية ، وإنما أوجب على اللجنة المنصوص عليها في المادة (٦) من هذا القانون ^(١) مراعاة الزيادة الحاصلة في القيمة النقدية للجزء المتبقي من العقار المستملك ^(٢) ، فهي التي تقرر فيما إذا حدث زيادة في القيمة النقدية للعقار أم لا.

ثانياً- أن تكون زيادة القيمة عادت بالفائدة على الجزء المتبقي من العقار المستملك

ويتمثل هذا الشرط في ان تكون الزيادة في القيمة النقدية قد عادت بالفائدة على باقي العقار المنزوع جزء منه ، أي في فرض أن تكون عملية الإستملاك جزئي للعقار ويستولي عليها المستملك وأن يؤدي هذا الاستملاك إلى زيادة قيمة الجزء غير المستولى عليه ^(٣)، ومن مفهوم المخالفة لنص المادة (٣٧) من قانون الاستملاك النافذ في حالة استملاك كامل العقار لا يمكن

^١ نص المادة ٦ من قانون نزع الملكية النافذ " يتم تقدير التعويض بواسطة لجنة تشكل بكل محافظة بقرار من وزير الأشغال العامة والموارد المائية ، من مندوب عن هيئة المساحة رئيساً وعضوية مندوب عن كل من مديرية الزراعة ومديرية الإسكان والمرافق ومديرية الضرائب العقارية بالمحافظة بحيث لا تقل درجة أي منهم عن الدرجة الأولى ويتم تغيير أعضاء هذه اللجنة كل سنتين ..."

^٢ ينظر نص المادة ٨ من قانون نزع الملكية.

^٣ ينظر : عزت صديق طنبوس، نزع الملكية للمنفعة العامة، دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص ١٢١.

الفصل الثاني تحسن العقار في الاستملاك

أن نتصور أن هناك تحسناً للعقار كون تمام مساحة العقار أصبحت من ضمن المشروع المستملك^(١) ، ومؤدى ذلك لا سبيل لتحقيق التحسن في حالة الإستملاك الكلي.

وهذا الشرط أشارت إليه المحاكم في العراق في بعض أحكامها إذ قضت " ... ذلك أنه ثبت لهيئة التقدير أن الاستملاك يؤدي إلى تحسين موقع العقار المطلوب استملاك جزء منه إذ سيصبح مطلاً على الشارع الرئيسي مما يزيد في قيمته ...".^(٢) وكذلك قضت " ... إذا أدى الاستملاك إلى تحسن موقع العقار أو منفعة القسم المتبقي منه وزيادة قيمته ...".^(٣) .

وفي فرض قد يكون عقارين يملكهما مالك واحد قد يترتب على نزع ملكية أحدهما زيادة في القيمة النقدية للعقار الآخر غير المنزوع ملكيته ؟ فهل في هذا الفرض من التحسن يعتد به ويؤثر في المراكز القانونية أم لا؟.

يفرق البعض بين فرضيتين الأولى إذا اعتبرنا أن العقارين يمثلان ملكية واحدة فعندئذ تطبق قاعدة زيادة القيمة والثانية على العكس من ذلك إذا اعتبرنا أن كل عقار هو ملكية مفرزة قائمة بذاتها فعندئذ لا تطبق قاعدة زيادة القيمة^(٤) .

ونلاحظ على هذا الرأي أن الملكية إذا كانت واحدة فلا نكون أمام عقارين وإنما عقار واحد.

والملاحظ أن موقف التشريعات اختلفت في المرجع لإعمال قاعدة زيادة القيمة إلى اتجاهين ، فالأول يمثل موقف المشرع الفرنسي فنص في المادة (٢٠) من قانون نزع الملكية الفرنسي الملغي، تجعل المرجع في إعمال قاعدة زيادة القيمة هو فكرة الملكية وليس العقار أو جزء من العقار فقد وردت عبارة النص "...للباقي من الملكية" .

أما موقف القضاء الفرنسي، فالمعيار الذي تبناه لتطبيق قاعدة زيادة القيمة يتحصل في وجود وحدة عقارية متجانسة بين الملكيات المملوكة لنفس المالك الذي نزع ملكية جزء من عقاره

^١ د. جمال عبد كاظم، تغيير حالة العقار في قانون الاستملاك، مصدر سابق، ص ٧٠.

^٢ محكمة استئناف بغداد الرصافة الاتحادية، قرار رقم ٩٠٦ / استملاك / بتاريخ ١٦ / ٧ / ٢٠١٤ ، غير منشور

^٣ محكمة الأتحادية العليا ، قرار رقم ١٢ / اتحاد / إعلام ، بتاريخ ٨ / ١ / ٢٠٠٨ أشار إليه د. جمال عبد كاظم، تغيير حالة العقار في قانون الاستملاك ، مصدر سابق، ص ٧٠ .

^٤ عزت صديق طنبوس، نزع الملكية للمنفعة العامة، دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص ١٢١.

الفصل الثاني تحسن العقار في الاستملاك

فكلما توافرت هذه الوحدة، كأن تكون الملكيات كلها ملكيات زراعية، فإن القضاء يطبق قاعدة زيادة القيمة .

وكذلك الأمر في موقف المشرع المصري فقد جاء متأثراً بموقف المشرع الفرنسي فنص في المادة (١٧) " ...الجزء الذي لم تنزع ملكيته ... " .

أما الاتجاه الثاني فيمثل موقف المشرع العراقي فقد جسد قاعدة زيادة القيمة في فكرة العقار وهذا ما جاء في نص المادة ٣٧ " ...أرض العقار... " (١) .

ويبدو لنا أن الإتجاه الأخير هو الأدق في أعمال قاعدة زيادة القيمة لأنها ترد على العقار الذي هو محل الملكية والأخيرة حق يتميز من العقار .

ويلاحظ أن التشريعات، وإن اتفقت على أن تكون زيادة القيمة يجب ان تعود بالفائدة على الجزء المتبقي سواء على العقار أو حق الملكية للمستملك ، لكن ما هو الوقت الذي يعتد به في زيادة القيمة على الجزء المتبقي من العقار المستملك هل هو وقت صدور قرار الإستملاك؟ أم وقت صدور الحكم ؟ أم وقت بناء المشروع المراد قيامه على الأرض المستملكة؟ أم وقت تنفيذ المشروع ؟ .

أن المتتبع لموقف المشرع العراقي في قوانين الإستملاك المتعاقبة، فإنه أستقر على قاعدة الاعتماد بزيادة القيمة بتاريخ الكشف (٢) . وكذلك الموقف في قانون الإستملاك النافذ فإنه يعتد بوقت زيادة القيمة بتاريخ الكشف الذي تجريه هيئة التقدير (٣) .

^١ وكذلك الأمر في التشريعات السابقة قانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٦٠ المواد (١٩ - ٢٠) وكذلك قانون رقم ٥٤ لسنة ١٩٧٠ المادة (٣) .

^٢ فيلاحظ في قانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٦٠ إنه لم يشر إلى الوقت الذي يعتد به لتقدير زيادة القيمة النقدية بصورة صريحة لكن المتأمل من موقف المشرع أنه يعتد بتاريخ الكشف الذي تجريه لجنة التثمين لأنه في هذا الوقت إذا ثبت حدوث زيادة في القيمة النقدية فإنه سوف يتم أستقطاع ربع مساحة العقار بدون بدل مقابل لهذا التحسن ، وكذلك الحكم في قانون رقم ٥٤ لسنة ١٩٧٠ ينظر نص المواد (٣ - ٨ - ٩) .

^٣ ينظر نص المواد (١٣ ٤،٥،٦) .

الفصل الثاني تحسن العقار في الاستملاك

أما المشرع المصري فقد خول لجنة الكشف مراعاة الزيادة في القيمة النقدية ^(١) وقت صدور قرار نزع الملكية ^(٢) ، لأن في هذا الوقت على اللجنة أن تقدر التعويض للمستملك منه وأن احد اسس تقدير التعويض هو مراعاة الزيادة الحاصلة في القيمة النقدية ^(٣) .

أما المشرع الفرنسي فإنه يعتد بزيادة القيمة النقدية عند نزع الملكية وفور تنفيذ العمل المراد قيامه على العقار المستملك، ولا يعتد بواقعة الاستيلاء التي لا تترتب عليها زيادة في القيمة النقدية ، كما انه لا يتطلب ذلك مهلة معينة، أو مضي مدة معينة ، فإذا لم تظهر الزيادة إلا بصورة متأخرة فلا مجال إذا لاستعادتها ^(٤) ، ولكن ما هو الحكم في حالة التنفيذ على مراحل؟.

ومثال ذلك لو كان التنفيذ سيشمل جزء من محيط العمل لتجديد المدينة فعندئذ لن ينتج مثلاً عن عملية الهدم الأولية للعقار الواقع في دائرة المشروع أية زيادة في القيمة للجزء الذي لم ينزع منه وأنه يتعين أن يستتبع ذلك مراحل متعددة تستغرق سنوات طويلة حتى تظهر زيادة القيمة ، وعليه يصعب القول بوجود زيادة في القيمة عند تقدير التعويض، ومع ذلك فقد ذهب القضاء في فرنسا بأنه ليس من الضروري دائماً ان ننتظر حتى يحقق المنزوعة ملكيته ربحاً من الجزء الباقي بعد نزع عقاره (كأن يبيع هذا الجزء مثلاً) حتى يقال بوجود زيادة في القيمة ^(٥) .

ثالثاً - قيام الرابطة السببية بين ارتفاع القيمة النقدية والاستملاك

ومضمون هذا الشرط ان يكون الارتفاع الحاصل في القيمة النقدية للجزء المتبقي من العقار المستملك ناتج من المنفعة العامة المتحققة من عملية الاستملاك، وينبغي على ذلك لا يجوز للمستملك أن يطالب باستعادة زيادة القيمة إذا لم تكن هذه الزيادة ناتجة عن تنفيذ العمل أو

^١ ينظر نص المادة ١٧ من قانون نزع الملكية النافذ .

^٢ ينظر : ص المادة ٦ من قانون نزع الملكية النافذ.

^٣ حسين محمد صالح العذري، أحكام نزع الملكية للمنفعة العامة، رسالة دكتوراه، مصدر سابق، ص ٢٨٧-٢٨٩.

^٤ ينظر نص المادة 5-321L من قانون نزع الملكية النافذ.

^٥ نقلاً عن : عزت صديق طنبوس، نزع الملكية للمنفعة العامة، مصدر سابق، ص ١٢٠-١٢١.

الفصل الثاني تحسن العقار في الاستملاك

المشروع، وإنما نتجت مثلاً عن تغيير في النظام الاقتصادي، أو الاجتماعي أو السكاني^(١)، أو حدث ارتفاع الأسعار بصورة طبيعية بالنسبة للمنطقة التي جرى استملاك جزء منها^(٢).

أما موقف المشرع العراقي فيلاحظ على التشريعات المتعاقبة لقانون الإستملاك أنها اشترطت قيام الرابطة السببية، بين العنصر الأول من الرابطة السببية هو ارتفاع القيمة النقدية، والعنصر الثاني الذي لم يستقر المشرع على نهج في تحديده، فيلاحظ على المشرع العراقي في قوانين الإستملاك المتعاقبة^(٣)، حددت العنصر الثاني بسبب أعمال المنفعة العامة، أما موقف المشرع في قانون الإستملاك النافذ فقد نص في المادة ٣٧ " ... زيادة القيمة بسبب الاستملاك ... " فيلاحظ على موقف المشرع أنه اتخذ ضابطاً مختلفاً عن التشريعات السابقة فأقر زيادة القيمة بسبب الإستملاك وليس بسبب أعمال المنفعة العامة.

أما المشرع المصري فيلاحظ أنه قد حدد العنصر الثاني بسبب أعمال المنفعة العامة في نص المادة (١٧) " إذا زادت ..قيمة الجزء الذي لم تنزع ملكيته بسبب أعمال المنفعة العامة ...".

أما موقف المشرع الفرنسي في قانون نزع الملكية الملغي فقد أشار في نص المادة ٢٠ أنه يجب أن تكون زيادة القيمة بسبب تنفيذ الاعمال التي من أجلها تم نزع جزء من العقار^(٤).

ويبدو أن موقف المشرع العراقي الأخير كان غير موفق في اعتماد العنصر الثاني لقيام الرابطة السببية بسبب الإستملاك، وذلك لأن الزيادة في القيمة النقدية لا تتحصل من الإستملاك في حد ذاته، فأستملاك العقار لا يؤثر في ارتفاع القيمة النقدية أو انخفاضها، وإنما المشروع المراد قيامه هو الذي يؤثر في الزيادة في القيمة النقدية أو قد يؤدي إلى انخفاضها لذلك فموقف المشرع العراقي في تشريعات الإستملاك المتعاقبة الملغية وكذلك موقف المشرع المصري والفرنسي كان أكثر دقة في تحديد العنصر الثاني لقيام الرابطة السببية.

^١ ينظر: عزت صديق طنبوس، نزع الملكية للمنفعة العامة، دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص ١٢٢.

^٢ د. نزيه كباره، الملك العام والملك الخاص، ط ١، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت - لبنان، ٢٠١٠، ص ٢١٧.

^٣ في قانون الإستملاك رقم ٥٧ لسنة ١٩٦٠ الملغي في المادة ١٩ " على لجنة التثمين بطلب المتصرف تعيين ما ازداد قيمة من العقارات بسبب أعمال المنفعة العامة .." وكذلك الحكم نفسه في قانون الإستملاك رقم ٥٤ لسنة ١٩٧٠ في نص المادة (٣) " ... تحسن أو زيادة قيمة ما تبقى منه بسبب أعمال النفع العام...".

^٤ عزت صديق طنبوس، نزع الملكية للمنفعة العامة، دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص ١٢٢.

ومن الجدير بالإشارة إليه ان نوع الإستملاك سواء كان رضائي أم قضائي لا يؤثر على تطبيق قاعدة استعادة زيادة القيمة ، فبعد صدور قرار المنفعة العامة في التشريع الفرنسي يتعين إن تؤخذ زيادة القيمة في الاعتبار عند تحديد الثمن في هذه البيوع الرضائية وهذا ما يأخذ به القضاء الفرنسي حيث قرر أن " إذا قررنا غير ذلك فأننا سنقدم للمنزوعة ملكيته بطريق النزول الرضائي وسيلة للهروب من مبدأ التعويض المتوازن أو المناسب مع الضرر الذي لحقه مما ينتج عنه تعويضاً مبالغاً فيه ^(١) .

الفرع الثاني

شروط تحسن العقارات المجاورة للعقار المستملك

قد يؤدي القيام بالمشاريع العامة التي حصل الإستملاك لأجلها إلى تحسن العقارات المجاورة للعقار المستملك ، وفي هذه الحالة يحق للجهات المختصة، التي خولها المشرع أن تستوفي ضمن شروط حددها القانون جزءاً من قيمة هذا التحسن^(٢). وهذا لا يتحقق إلا بتوافر عدة شروط، ولغرض بيان هذه الشروط بصورة مفصلة سنتناول كل شرط في فقرة مستقلة

أولاً- ارتفاع القيمة النقدية

لعل المتأمل في قوانين الإستملاك المتعاقبة الملغية في العراق وكذلك موقف قانون الإستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ النافذ، نلاحظ أن المشرع قد أستقر على اشتراط هذا الشرط^(٣)، ففي قانون الإستملاك النافذ قد نظم هذه الصورة من التحسن في الفصل الثاني تحت

^١ ينظر لمزيد من التفاصيل عن القضية : عزت صديق طنبوس، نزع الملكية للمنفعة العامة، دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص ١٢٢.

^٢ د. ألبرت سرحان ، وآخرون، القانون الإداري الخاص ، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٠، ص ٤٠٢-٤٠٣.

^٣ فبالرجوع إلى قانون الإستملاك رقم ٥٧ لسنة ١٩٦٠ الملغى فإنه أشار إلى هذا النوع من التحسن الطارئ على العقارات المجاورة دون استملاكها في المادة ٢٢ ، و اشتراط لقيام التحسن في المادة ١٩، حدوث الزيادة في القيمة النقدية بسبب أعمال المنفعة العامة . أما في قانون الإستملاك رقم ٥٤ لسنة ١٩٧٠ فقد أشارت إليها المادة الحادية عشرة وهي التحسن الذي يطرأ على العقارات المجاورة بسبب الإستملاك حيث اشترطت المادة

الفصل الثاني تحسن العقار في الاستملاك

عنوان تحسن العقار دون إستملاكة من الباب الرابع ، ويستشف الشروط الواجب توافرها في هذه الصورة من المادة (٤١)، والمتأمل من النص إنه اشترط الزيادة في القيمة النقدية، بسبب تحسن موقع العقار، وينبني على ذلك إذا أدى إستملاك عقار معين للمنفعة العامة لتنفيذ مشروع معين والأخير أدى إلى زيادة في قيمة العقارات المجاورة ، فإن التحسن ينتج أثراً قانونياً على أصحاب العقارات المجاورة .

أما المشرع المصري فإشترط في نص المادة (١٩) من قانون نزع الملكية النافذ حصول تحسن للعقارات المجاورة، ولم يشترط إن يؤدي هذا التحسن إلى ارتفاع في القيمة النقدية .

وبالمقارنة بين موقف المشرع العراقي والمصري يلاحظ أن الأول أخذ بصورة واحدة من التحسن وهي التحسن في موقع العقار ولم يأخذ بالصورة الثانية وهي التحسن في المنفعة ، بينما جاء موقف المشرع المصري بصورة مطلقة ولم يقيد بها بصورة معينة .

ويلاحظ أيضاً أن الأول أشترط في تحسن موقع العقار أن يؤدي إلى زيادة في القيمة النقدية ، ويترتب على ذلك إذا التحسن في موقع العقار إذا لم يؤدي إلى زيادة في القيمة النقدية فلا يرتب التحسن أثراً قانونياً . بينما المشرع المصري اشترط فقط تحقق التحسن في إحدى صورتيه أو كلاهما ولم يشترط أن يؤدي إلى زيادة في القيمة النقدية ، فيبدو أن المشرع المصري قد أفترض قرينة قانونية قاطعة في إن كل تحسن في موقع العقار أو في منفعته يؤدي إلى زيادة في القيمة النقدية ، بينما المشرع العراقي لم يأخذ بهذا الافتراض وإنما القى عبء الإثبات على أمانة العاصمة أو البلدية المختصة في المنطقة ^(١) .

ويشير موقف التشريعات أعلاه عدة تساؤلات تتلخص في من هي الجهة المختصة في

تقدير حدوث ارتفاع في القيمة النقدية أم لا ؟ والتساؤل الآخر ماهي المعايير المعتمدة في تقدير ارتفاع القيمة النقدية ؟ فهل تدخل المشرع في ذلك؟ أم ترك الأمر لسلطة القضاء التقديرية ؟ أم لجهات إدارية ؟ .

حدث زيادة في القيمة النقدية بسبب الإستملاك أي ان يحدث ارتفاع في القيمة النقدية للعقارات المجاورة بسبب الإستملاك.

^١ ينظر : نص المادة ٤٢ من قانون الإستملاك النافذ.

ولغرض بيان موقف التشريعات بصورة مفصلة سوف نتناول في الإجابة على كل سؤال في فقرة مستقلة، إذ سنتناول في الفقرة الأولى الجهة المختصة في تقدير حدوث ارتفاع في القيمة النقدية وفي الفقرة الثانية المعايير المعتمدة في تقدير ارتفاع القيمة النقدية.

١ - الجهة المختصة في تقدير ارتفاع القيمة النقدية

يلاحظ أن موقف المشرع العراقي في قوانين الإستملاك المتعاقبة الملغية^(١) وكذلك في قانون الإستملاك النافذ رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ النافذ ، فقد أستقر على تحديد الجهة المختصة في تقدير ارتفاع القيمة النقدية في العقارات المجاورة للعقار المستملك هي جهة أمانة العاصمة أو البلديات كل حسب منطقة أعمالها)، فعندما يتقرر تنفيذ مشروع ذي منفعة عامة في منطقة ما كتشديد جسر أو متنزه أو عند توسيع شارع فعلى أمانة العاصمة أو البلديات تأشير هذا المشروع على خارطة عامة وتعيين العقارات التي تتحسن^(٢) بسبب تنفيذه وتحديد حدود للمنطقة التي يشملها التحسن على تلك الخارطة قبل المباشرة بتنفيذ المشروع^(٣) .

أما المشرع المصري فيلاحظ انه في قانون نزع الملكية النافذ لم يحدد الجهة المختصة بتقدير الزيادة في القيمة النقدية للعقارات المجاورة، وإنما أحال الأمر إلى اللائحة التنفيذية بتنظيم ذلك^(٤) ، والأخيرة أحالت الأمر إلى قانون رقم ٢٢٢ لسنة ١٩٥٥ لتطبيق أحكامه^(٥) ، وبينت

^١ أما موقف قانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٦٠ فإنه لم يحدد الجهة المختصة في تقدير ارتفاع القيمة النقدية وإنما أحال ذلك إلى نظام يحدد ذلك .

أما موقف قانون رقم ٥٤ لسنة ١٩٧٠ فالمشرع أوجب على أمانة العاصمة أو البلديات أن تطلب من المحكمة تقدير قيمة العقارات المجاورة للعقار المستملك بعدما تقوم تلك الجهات بتحديد وتعيين تلك العقارات المجاورة .

^٢ مصطفى مجيد، شرح قانون الإستملاك، مصدر سابق، ص ١٦١.

^٣ مصطفى مجيد ، شرح قانون الإستملاك، المصدر نفسه، ص ١٦٠.

^٤ ينظر: نص المادة ١٩ من قانون نزع الملكية للمنفعة العامة.

^٥ ينظر المادة ٩ من اللائحة التنفيذية لقانون نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة رقم ٣١٩، الصادرة بتاريخ ١٩٩٠/١٢/٣١.

الفصل الثاني تحسن العقار في الاستملاك

الأخيرة أن الجهة المختصة بتقدير الزيادة هي جهة إدارية المتمثلة بوزير الشؤون البلدية والقروية، وذلك عندما يرى في عمل من أعمال المنفعة العامة يترتب عليها تحسين ^(١) .

٢ - المعايير المعتمدة في تقدير ارتفاع القيمة النقدية

أن المشرع العراقي في قوانين الإستملاك المتعاقبة الملغية لم يستقر على أسلوب معين في تقدير ارتفاع القيمة النقدية، فهو قد أخذ بأسلوب غير واضح بصورة جلية، وإنما كان محل خلاف لدى الفقه هل هو أسلوب على سبيل المثال أم الحصر ^(٢) ، ومن ثم يلاحظ أن رؤية المشرع قد تبدلت إذ أنه جاء بصدد حالات ثلاثة أوردتها على سبيل الحصر وليس المثال إذ أنه لم يعطي سلطة تقديرية للجهة المختصة في استحداث حالات أخرى كما فعل بالتشريع السابق في نص المادة (١٩) ، إذ تبدلت رؤية المشرع في حكم النص وضيق من نطاقه وأنتهج أسلوب على سبيل الحصر ^(٣) .

^١ ينظر : نص المادة ٤ من قانون رقم ٢٢٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن فرض مقابل التحسين على العقارات التي يطرأ عليها تحسين .

^٢ الملاحظ على موقف قانون الإستملاك رقم ٥٧ لسنة ١٩٦٠ الملغي ان تقدير الزيادة وان كان خاضع إلى لجنة التثمين إلا ان المشرع وضع عدة صور للدلالة على الزيادة في القيمة النقدية على لجنة التثمين أن تأخذ بها ، ونص عليها في المادة ١٩ في خمس فقرات .

والملاحظ أن نص المادة ١٩ يسري نطاقه على كلاً نوعي التحسن وأن ما أثير بصدد الصور التي اوردتها المادة من حيث كونها هل هي على سبيل المثال أم الحصر فقد سبق وأن بينها بصورة مفصلة في النوع الأول ولا جديد يذكر مادام الحكم نفسه ينطبق على النوع الثاني من التحسن .

^٣ في قانون الإستملاك رقم ٥٤ لسنة ١٩٧٠ ان تقدير هذه الزيادة وان كان خاضع إلى السلطة التقديرية للجهة المختصة بالكشف إلا ان المشرع قد وضع صوراً يتقيد بها اللجنة المختصة لتقدير الزيادة وهذه الحالات أشار إليها في المادة ١١ في فقراتها الثلاث أ- عند ظهورها مباشرة على الشوارع أو الميادين أو الساحات العامة أو المتنزهات أو الجسور أو الطرق ، وكذلك العقارات التي تليها وذلك في غير حالة الإستملاك العمقي المنصوص عليه في المادة الثانية من هذا القانون ب- عند توسع جبهتها ج- عند توسيع الشارع أو الميدان أو المنتزه الذي يقع عليه العقار، والملاحظ أن القضاء قضى بأن ما تضمنته المادة ١١ من حالات توجب زيادة قيمة الملك بسبب اعمال المنفعة العامة هي واردة على سبيل الحصر وأن قرار الهيئة الخاصة يجب أن ينصب صراحة على

الفصل الثاني تحسن العقار في الاستملاك

أما الحكم في قانون الإستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ يلاحظ إن المشرع العراقي قد حدد هذا الشرط تحديداً نافياً للجهالة، كما أنه وضع عليه عدة قيود لتحقيق هذا الشرط ، والنتيجة المترتبة على هذه القيود هو التضييق من نطاق السلطة التقديرية لهيئة التقدير فقيدها هذا الشرط بقاعدة عامة أن تؤدي الزيادة في القيمة بسبب تحسن موقعه، بإستثناء بعض الحالات الخاصة^(١)، ومؤدى ذلك إذا كانت الزيادة لسبب آخر فلا يترتب الأثر القانوني وقد عدد صور التحسن في موقع العقار المستملك^(٢)، كظهوره مباشرة على الشارع أو الساحات أو المتنزهات أو الجسور أو الطرق أو عند توسع جبهته أو توسع الشارع أو الساحة أو المتنزه الذي يقع عليه العقار^(٣) .

فالتساؤل الذي يثار هل ان هذه الصور على سبيل المثال أم على سبيل الحصر ؟.

غرض من هذه الأغراض المذكورة ... ينظر قرار محكمة التمييز، رقم القرار ١٦٠١ / مدنية ثانية عقار/ بتاريخ ١٩٧١/١٢/٢٩ قرار منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني، العدد ١، السنة ٢، ١٩٧٣، ص ٢٢٦-٢٢٧.

^١ من الجدير بالذكر إن هذا الحكم كان مقصوراً على البلديات وأمانة العاصمة بموجب نظام الطرق والإبنية وقانون إدارة البلديات ثم اعطى لسلطة الطرق بموجب قانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٥٩ ببد أن القانون الأخير نص على أستملاك ربع مساحة العقار بدون بدل في جميع الأحوال سواء كان الإستملاك لعموم العقار أو لجزء منه وبصرف النظر عما إذا كان الإستملاك الجزئي يفيد الجزء الباقي من العقار أو يضر به كحالة مرور خطوط الضغط العالي للكهرباء من الأرض المطلوب أستملاكها . ثم خولت مصلحة الكهرباء بتنفيذ قانون الطرق العامة وأخذ ربع مساحة العقار مجاناً بالكيفية التي أشرنا إليها . ولكن قانون الإستملاك النافذ لم يفرق بين الدوائر الرسمية ولم يقرر أمتياز الواحدة دون الأخرى في حقها بأستملاك الربع مجاناً وأقر للمستملك أيأ كان أستملاكه ما لا يتجاوز ربع مساحة أرض العقار بدون بدل ، وقد قضت محكمة التمييز من حق سلطة الطرق وضع يدها على الأراضي المقرر أخذها لأغراض تحويل استقامة طريق أو توسيعه أو فتح طريق جديد قبل المباشرة بالإستملاك فإستحقاق أصحاب الأرض ينحصر بالتعويض العادل الذي يزيد عن ربع مساحة التي أخذت منهم لتلك الأغراض ولا يجوز الحكم لهم بأجر المثل لأن هذا يعتبر تكراراً للتعويض ويتعارض مع حق سلطة الطرق في وضع يدها على المساحة المدعى بها قبل الإستملاك محكمة التمييز الإتحادية ،هيئة مدنية عقار بتاريخ ٢٠٠٧/١٠/٤.

^٢ مصطفى مجيد، شرح قانون الإستملاك، مصدر سابق، ص ١٥٩-١٦٠.

^٣ ينظر نص المادة ٤١ من قانون الإستملاك النافذ.

الفصل الثاني تحسن العقار في الاستملاك

المتأمل في نص المادة ٤١ من قانون الإستملاك النافذ لا تساعد على القول أن الصور قد وردت على سبيل الحصر كما هو الحال في التشريع الملغى^(١).

فيبدو من المعنى اللغوي للنص أن الصور على سبيل المثال ، لأن حرف الكاف^(٢) وقع اسماً بمعنى (مثل). في حين يرى البعض إن قصد المشرع في إيرادها على سبيل الحصر فعدد المشرع الحالات وهي صريحة وواضحة^(٣) ويعلل البعض هذا التفسير في أن القول بخلافه سيؤدي إلى التوسع بتفسير النص ، وشمول عقارات أخرى ، لم تظهر على الشارع أو الساحة أو المتنزه مباشرة، ولم تتوسع جبهتها ، ولم يتوسع الشارع أو الساحة أو المتنزه الذي يقع عليه العقار وهكذا لا يكون معنى للتعداد الذي أورده المشرع^(٤) .

كما ان للتحسن هنالك نطاق من حيث الموضوع ففي هذه الصورة من التحسن يشمل فقط العقارات الواقعة ضمن حدود أمانة العاصمة أو البلديات.

أما موقف ففي التشريع المصري، فيلاحظ أنه أستخدم أسلوب التعداد على سبيل المثال، إذ أشار إلى صورتين في نص المادة (١٩) من قانون نزع الملكية النافذ وهي إنشاء أو توسيع الشارع أو الميدان .

و في قانون رقم ٢٢٢ لسنة ١٩٥٥ إذ كرر ذكر هاتين الصورتين في المادة (٢) بالإضافة إلى ذكر صور أخرى، كما أنه خول مجلس الوزراء أضافة أعمال أخرى ذات منفعة عامة إلى الأعمال المذكورة على ان يتضمن القرار تحديد المناطق التي يطرأ عليها التحسين بسبب هذه الاعمال .

والمتأمل من موقف المشرع المصري أنه انتهج اسلوبين مكملين في تحديد الحالات التي تتحقق فيه التحسن الطارئ ، فأستخدم أسلوب التعداد على سبيل المثال ، والأسلوب الثاني

^١ في المادة ١١ "وذلك في الحالات الآتية

^٢ الكاف حرف جر يقع أصلياً أو زائداً وتقع أسما إذا كانت بمعنى مثل .

^٣ مصطفى مجيد ، شرح قانون الإستملاك، مصدر سابق ، ص ١٦٠.

^٤ د. جمال عبد كاظم، تغير حالة العقار في قانون الاستملاك، مصدر سابق، ص ٧١.

الفصل الثاني تحسن العقار في الاستملاك

هو اعطاء سلطة تقديرية لمجلس الوزراء في اضافة بعض الحالات عندما ترى تحقق التحسن فيها .

فالمشرع المصري أستخدم الصياغة القانونية المرنة المنضبطة ^(١) ، فيتمثل صفة المرونة في النص توقع المشرع أنه من الممكن أن تستجد هنالك اعمال للمنفعة العامة وتؤدي إلى تحسن حتى لا يجمد تطبيق النص على حالات معينة فقط ، ومن أجل أستيعاب الحالات المستجدة الظهور في المستقبل اعطى سلطة تقديرية لمجلس الوزراء في تقدير تلك الحالات وإضافتها .

وتتمثل صفة الانضباط بالنص في ذكر بعض الصور على سبيل المثال ، وافترض فيها تحقق التحسن لأنها تمثل ماهو شائع وغالب حدوثه ، فجعل ماهو شائع وغالب الحدوث إلى واقعة مؤكدة حدوثها، ففترضها على شكل قرينة قانونية قاطعة غير قابلة لإثبات العكس لمقتضيات المصلحة العامة ^(٢) .

وبالمقارنة بين موقف المشرع العراقي والفرنسي ، نلاحظ أن المشرع العراقي أعتبر في نص المادة (٤١) أن توسيع الشارع يعد من الصور الثابتة بصورة قطعية التي تؤدي إلى زيادة في القيمة النقدية وهي صورة غير قابلة لإثبات العكس بخلاف الحال لدى القضاء الفرنسي فيما قضى في بعض وقائع الإستملاك ، إذ ثبت لديهم أن توسيع الشارع ليس دائماً يعود بالزيادة في القيمة النقدية .

فيبدو أن موقف الفرنسي أكثر في تحقيق العدالة من الموقف العراقي لأنه يدخل في تفاصيل الأمور وجزيئاتها في مدى تحقق التحسن ويعتمد على معايير تفصيلية بخلاف الحال

^١ ومن الجدير بالإشارة قد يأتي المشرع بأسلوب الصياغة القانونية المرنة غير المنضبطة فيعطى صلاحية مطلقة لجهة معينة في تحديد مصاديق وصور فرض القاعدة القانونية، ومما يؤخذ على هذا الأسلوب عندما يكون الأخير يشوبه الغموض وغير واضح معالمه في التطبيق العملي فيلتبس الأمر على الأشخاص وأحياناً أخرى يلتبس الأمر على القضاء وهم في صدد تكييف الوقائع على فرض القاعدة القانونية ، فعندما تكون الأخيرة غير واضحة المعالم في التطبيق العملي ولا يوجد عرف ضابطاً لها فتبرز الضرورة في تدخل المشرع ليضبط فرض القاعدة القانونية من خلال استخدام اسلوب التعداد على سبيل المثال ، حتى يتجنب الانحراف في فهم فرض القاعدة القانونية سواء لدى الأشخاص أو لدى القضاء وهم في صدد تكييف الوقائع على فرض القاعدة القانونية.

^٢ ينظر د. عصمت عبد المجيد ، شرح قانون الإثبات ، ط٢، المكتبة القانونية ، بغداد العراق ، ٢٠٠٧ ، ص٢١٧ - ص٢١٩ .

الفصل الثاني تحسن العقار في الإستملاك

لدى القضاء العراقي والذي يعتمد على نص المشرع والذي افترض أن توسع الشارع يعد قرينة قانونية قاطعة وغير قابلة لإثبات العكس على ارتفاع القيمة النقدية .

ثانياً - أن تكون زيادة القيمة عادت بالفائدة على العقارات المجاورة للعقار المنزوع ملكيته.

يتمثل هذا الشرط في إن الأعمال والمشاريع التي يقوم بها المستملك على العقار المستملك ، قد تؤدي إلى تحسن موقع وأقيام العقارات المجاورة للعقار المستملك ، بالرغم من ان الإستملاك لم يمسه ، فينتفع مالكي العقارات الواقعة في منطقة المشروع من مزاياها وهذه الفائدة التي عادت على مالكي العقارات المجاورة هي فائدة طارئة، لأنه ليست وليدة اتفاق أرادات معينة على أحداثها ، فالمستفيدون لم يساهموا في كلفة المشروع ذي المنفعة العامة الذي أدى إلى زيادة في القيمة النقدية لعقاراتهم ودون ان يكون لهم دور فيها كما انهم ليسوا طرفاً في عملية الإستملاك، بخلاف النوع الأول الذي يكون المستملك منه تربطه بعلاقة قانونية مع المستملك في حالة الإستملاك الجزئي ، فإذا حصل وان انتفع المستملك منه في زيادة قيمة الجزء المتبقي من العقار بسبب المشروع المقام على العقار المستملك، فالمشرع أوجب في ان يساهم أصحاب العقارات المنزوعة ملكيتهم بقسط من الكلفة ممثلة بأستملاك جزء معين من مساحة عقاراتهم في حالة الاستملاك الجزئي وبدون بدل .

وهذه الزيادة في القيمة النقدية التي عادت على العقارات المجاورة للعقار المستملك بسبب قيام المشروع عليها مما أدى إلى تحسن موقع وأقيام العقارات الأخرى في المنطقة التي لم يمسه الإستملاك .

وفي هذا الصدد يثار تساؤل ما هو الوقت الذي يعتد به فيه لحساب الزيادة في القيمة النقدية بالنسبة لملاك العقارات المجاورة للعقار المستملك ؟ فهل هو وقت البدء بالإستملاك أم وقت أتمام الاستملاك أم وقت البدء بتنفيذ المشروع ؟ أم وقت اتمام المشروع المنفذ على العقار المستملك ؟.

أن الملاحظ على المشرع العراقي في قانون الإستملاك النافذ نظم عدد من الإجراءات التي تسبق تحديد الوقت الذي يعتد به لحساب التحسن الحاصل للعقارات المجاورة للعقار المستملك، فعندما يتم تحديد تنفيذ مشروع ذي منفعة عامة في منطقة ما ، فتقوم أمانة العاصمة

الفصل الثاني تحسن العقار في الاستملاك

أو البلديات كل حسب منطقة اعمالها بتأشير هذا المشروع على خارطة عامة وتعين العقارات التي تحسنت بسبب تنفيذه ، وتحديد حدود للمنطقة التي يشملها التحسن على تلك الخارطة ، قبل المباشرة بتنفيذ المشروع ويتم الإعلان عنها بتعليقها أو نسخ منها في منطقة المشروع لإطلاع الجمهور عليها ، كذلك في الصحف والإذاعة والتلفزيون (١) .

وبعد ذلك فالمرشح أوجب على امانة العاصمة والبلديات عدم اتخاذ أي إجراء آخر بعد عرض الخرائط وإعلان شمول المنطقة بالتحسن إلا بعد إكمال التنفيذ وإنهاء المشروع ، وفي ذلك الوقت أجاز المرشح للجهة لأمانة العاصمة أو البلديات كل حسب منطقة أعمالها أن تتخذ الخطوات التالية لحساب الزيادة الحاصلة في القيمة النقدية (٢) ، ويتم ذلك بالطلب من هيئة التقدير أن تقوم بتقدير قيمة المساحة العمومية لأرض كل العقارات دون المحدثات والمغروسات التي تقع ضمن منطقة التحسن والمثبت موقعه وتسلسله أو رقمه على الخارطة المعدة من قبلها والمعلن عنها ، وذلك بتاريخ سابق على تاريخ المباشرة بتنفيذ المشروع وهو تاريخ ثابت يجب تعيينه في الطلب استناداً إلى مقابلة العمل وغيرها مع تقدير قيمة نفس المساحة بعد تنفيذ المشروع حسب الأسس الواردة في قانون الإستملاك والأسترشاد بسجلات التسجيل العقاري أو ضريبة العقار للتوصل إلى الاسعار السائدة قبل تنفيذ المشروع والأسعار السائدة بعد تنفيذه وتنظم قائمة بالتقدير لكل العقار (٣).

أما المرشح المصري فيلاحظ إنه لم يشير في قانون نزع الملكية إلى وقت الذي يعتد به فيه لحساب الزيادة القيمة النقدية بالنسبة لملاك العقارات المجاورة للعقار المستملك، وإنما ترك الأمر إلى التشريع الخاص بالتحسن فحدد الوقت الذي يعتد به لحساب الزيادة هو وقت البدء في تنفيذ المشروع على العقار المستملك، فنظم ذلك بعدد من الإجراءات يجب اتخاذها (٤) .

^١ ينظر : نص المادة ٤٢ من قانون الاستملاك النافذ.

^٢ ينظر : نص المادة ٤٣ من قانون الاستملاك النافذ.

^٣ ينظر: مصطفى مجيد، شرح قانون الاستملاك ، مصدر سابق، ص ١٦٠-١٦١

^٤ أوجب المرشح على الجهة التي تقوم بأعمال المنفعة العامة في العقار المستملك أن تقوم بأخطار وزارة الشؤون البلدية والقروية بمجرد البدء في تنفيذه ببيان وافٍ عنه وعن مراحل التنفيذ والتقدير الابتدائي للتكاليف وأن ترفق بهذا البيان الخرائط اللازمة ، وإذا رأى الوزير في أي عمل من أعمال المنفعة العامة يترتب عليه تحسن يصدر قراراً يتضمن بيان هذا العمل وتاريخ بدء الانتفاع به أو بجزء منه ويرفق به خريطة تبين بها حدود منطقة

الفصل الثاني تحسن العقار في الاستملاك

فمن خلال ما تقدم يتبين أن المشرع العراقي قد حدد الوقت الذي يعتد به لاحتساب التحسن الطارئ عند اكتمال تنفيذ المشروع بصورة نهائية ، فهو لم يعتد لا بوقت البدء بالإستملاك ولا بوقت أتمام الاستملاك ولا بوقت البدء بتنفيذ المشروع ، لأنه يرى أن تحسن موقع العقار التي تؤدي إلى الزيادة في قيمته النقدية لا تظهر بصورة جلية إلا بعد أكمال تنفيذ المشروع، بينما المشرع المصري فحدد الوقت الذي يعتد به لحساب الزيادة هو وقت البدء في تنفيذ المشروع على العقار المستملك، ويؤخذ عليه أن التقدير بهذا الوقت مما قد يأتي غير مطابق لما عليه الحال عند أكمال المشروع ، فهو تقدير لشيء سيوجد بالمستقبل.

ثالثاً- أن لا يكون المنتفع طرفاً في عملية الإستملاك

ومعنى هذا الشرط أن المنتفعين الذين تحسنت موقع عقاراتهم ليسوا طرفاً في عملية الإستملاك ، ويمثل هذا الشرط الفارق الجوهرى بين هذا النوع من التحسن عن النوع الأول ، فقد تنشئ الجهة المستملكة على العقار جسراً أو تفتح طريقاً أو تنشأ منتزهاً عاماً فيؤدي ذلك إلى تحسن تلك المنطقة وارتفاع القيمة النقدية للعقارات المجاورة من دون ان يساهم أصحاب تلك العقارات في كلفة هذا المشروع^(١).

فالمنفعة التي عادت على ملاك العقارات المجاورة للعقار المستملك لم تكن وليدة اتفاق أو اتجاه الإرادة إلى احداثها ، ولم يكن لديهم باعث دافع يبغي الوصول إليها ،ومؤدى ذلك أن المنتفع لم يساهم في كلفة المشروع ذي المنفعة العامة ودون أن يكون لهم دور فيه . بخلاف الأمر في النوع الأول من التحسن ما تبقى من العقار المستملك حيث ان المستملك منه يساهم في كلفة المشروع من خلال أستملاك جزء من مساحة عقاره بدون بدل ويتملكها المستملك من أجل المشروع المراد قيامه للمنفعة العامة.

التحسين وينشر هذا القرار في الجريدة الرسمية ، ثم تقوم اللجنة المختصة بتقدير قيمة العقار الداخلة في حدود منطقة التحسين قبل التحسين وبعده ، وتصدر اللجنة قرارها بالتقدير خلال الشهرين من تاريخ ورود الأوراق إليها. ينظر نص المادة (٤ -٥-٦) من قانون رقم ٢٢٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن فرض مقابل تحسين على العقارات التي يطرأ عليها تحسين .

^١ مصطفى مجيد، شرح قانون الإستملاك ، مصدر سابق، ص١٤٦.

الفصل الثاني تحسن العقار في الاستملاك

ففي النوع الأول توجد علاقة قانونية بين الممتلك والممتلك منه ، الفائدة التي يتحصل عليها الأخير بارتفاع القيمة النقدية لجزء المتبقي من عقاره يدفع مقابله بدل التحسن إلى الممتلك وهي استقطاع جزء من مساحة العقار يستملكها الأخير بدون بدل .

بينما في النوع الثاني لاتوجد هذه العلاقة القانونية بين الممتلك وأصحاب العقارات المجاورة لكي يأخذ الأول مقابل للفائدة التي يتحصل عليها الثاني بارتفاع القيمة النقدية لعقاراتهم، مما ثار هذا الأمر عدة اختلافات كما تبين لنا سابقاً في تحديد الجهة التي تستوف ذلك المقابل، وإذا كان مقابل التحسن في النوع الأول هو استقطاع جزء من عقاراتهم نتيجة لوجود العلاقة القانونية فما هو المقابل في النوع الثاني الذي لا توجد فيه هذه العلاقة القانونية؟.

يرى جانب من الفقه بما أن السبب الذي يؤدي إلى تحسن موقع وأقيام العقارات في النوعين هو واحد وهو المشروع ذي المنفعة العامة، فلا بد إذن من مساواة أصحاب العقارات التي تتحسن بسببه في دفع هذا المقابل ^(١) .

مما سبق يتبين لنا أن ليس كل تحسن ناتج عن الاستملاك يعتد به ويرتب أثر في المراكز القانونية وإنما لابد من توافر فيه شروط ، وإذا توفرت فيه فأنرها هو استحقاق بدل التحسن ، فالأخير لا يستحق إلا إذا توافرت شروط استحقاقه .

^١ مصطفى مجيد ، شرح قانون الإستملاك ، مصدر سابق، ص ١٦٠.

المبحث الثاني

أحكام تحسن العقار

إذا كان الاستملاك يحقق المنفعة العامة بصورة مباشرة ، وهو من آثاره الأصلية، إلا إن التحسن الناتج عن الإستملاك يحقق المنفعة الخاصة بصورة غير مباشرة، وهو من آثاره العرضية ، من جراء التغير الذي طرأ .

وذلك يرجع لان أكثر المستفيدين أو المنتفعين من مشروع الإستملاك هو صاحب العقار المستملك منه في حالة الإستملاك الجزئي أو أصحاب العقارات المجاورة من هذه المنفعة العامة ، وتؤدي بظلالها أما بالزيادة في القيمة النقدية أو المنفعة ، وإزاء ذلك قررت بعض التشريعات استحقاق مقابل لهذا التحسن .

فإذا نشأ تحسن العقار عند قيام الإستملاك سواء بالنسبة للمستملك منه في حالة الإستملاك الجزئي أم نشأ بالنسبة لأصحاب العقارات المجاورة للعقار المستملك وتوافرت شروطه، فإن البعض من التشريعات رتبت أثراً قانونياً وهو استحقاق مقابل للتحسن ، في حين بعض الآخر من التشريعات لم يرتب ذلك، فالتساؤل الذي يثار ماهو المسوغ الذي جعل من بعض التشريعات تأخذ بفكرة استحقاق مقابل التحسن فماهو مقداره ؟ وعلى أي أساس يقدر ؟ وماهو الأساس القانوني لاستحقاقه ؟ في حين أن البعض الآخر لم تأخذ بالفكرة ؟ فالتساؤل الذي يثار ماهو المسوغ الذي جعل من بعض التشريعات لم تأخذ بفكرة استحقاق مقابل التحسن ؟ .

لغرض الوصول إلى إجابة عن هذه التساؤلات ، سنقسم هذا المبحث على مطلبين ، نتناول في الأول فكرة استحقاق بدل تحسن العقار وفي المطلب الثاني الضوابط التشريعية المتعلقة بتقدير بدل تحسن العقار .

المطلب الأول

فكرة استحقاق بدل تحسن العقار

يقصد بفكرة استحقاق بدل تحسن العقار بأنه كل ما يخصم أو يفرض في حالتي الاستملاك الجزئي أو انتفاع العقارات من المشاريع الحكومية جراء انتفاع تلك العقارات من الاستملاك أو المشاريع في الحدود التي قررها القانون ^(١) .

أو أنه مبلغ من المال يفرض على مالك العقار بنسبة النفع الخاص الذي عاد على عقاره من أشغال ذات نفع عام قامت به الدولة أو إحدى السلطات المحلية كفتح شارع أو شق طريق جديد ^(٢) .

فهذه الفكرة لازالت من الأفكار التشريعية التي لم ترتقِ إلى مستوى المبدأ القانوني، وذلك لاختلاف موقف التشريعات بين أقرار هذه الفكرة من عدمها ، ولعل ذلك يرجع إلى عدة اسباب يستند إليها المشرع في اقرار هذه الفكرة من عدمها ، لذا يقتضي الوقوف على موقف التشريعات بصورة مفصلة، لمعرفة الأسباب التي تؤدي بالمشرع إلى الأخذ بالفكرة من عدمها ، كما يقتضي الأمر بيان الأساس القانوني الذي يستند إليه المشرع في إقراره للفكرة ، ولغرض بيان ذلك بصورة مفصلة ، سنقسم هذا المطلب على فرعين، نتناول في الأول مشروعية استحقاق بدل تحسن العقار وفي الثاني الأساس القانوني لاستحقاق بدل تحسن العقار .

الفرع الأول

مشروعية استحقاق بدل تحسن العقار

إذا طرأ تحسن في العقارات المستملك جزءاً منها أو في العقارات المجاورة ، فإن موقف التشريعات قد اختلفت في مشروعية استحقاق بدل لهذا التحسن ، وهذا الاختلاف يرجع إلى

^١ صفاء شكور عباس، بدل تحسن العقار، بحث منشور في مجلة دراسات البصرة ، السنة الخامسة، العدد ٣٨، ٢٠٢٠، ص ٣٥٥.

^٢ د. جهاد سعيد خصاونة، علم المالية العامة والتشريع الضريبي بين النظرية والتطبيق، دار وائل للنشر، ط ١، عمان، ٢٠١٠، ص ١١٢.

الفصل الثاني تحسن العقار في الاستملاك

فلسفة الدولة ذاتها ونظرتها في ان القيام بتطوير المنفعة العامة للمجتمع التزام يقع على عاتق الدولة أم يقتضي مساهمة الأفراد في ذلك ؟.

أن تحديد هذا الأمر يتوقف بصورة رئيسية على إمكانية الدولة المالية ، هل هي تستطيع القيام بهذه الأعباء لوحدها أم يستدعي الأمر إدخال اشخاص المجتمع في المساهمة بتلك الأعباء المالية ، لاسيما اصحاب العقارات الأكثر استفادة من المشاريع المقامة للمنفعة العامة، وهم المستملاك منه في حالة الاستملاك الجزئي وأصحاب العقارات المجاورة للعقار المستملاك .

فبعض البلدان تتمتع بثروات طبيعية كبيرة، مع عامل قلة الكثافة السكانية و صغر المساحة الجغرافية ، فباجتماع هذه العوامل الرئيسية يهيئ للدولة ومؤسساتها القيام بأعباء تطوير المنافع العامة بسهولة، وبذلك فهي استغنت عن مساهمة الأشخاص في ذلك، فلم تقرر باستحقاق بدل لهذا التحسن ^(١) .

^١ ويمثل موقف التشريع الإماراتي ينظر: في إمارة أبو ظبي قانون رقم ١١ لسنة ٢٠١٣ ولائحته التنفيذية ، وفي إمارة الشارقة قرار المجلس التنفيذي رقم ٤٨ لسنة ٢٠١٢ بشأن نوع ملكية بعض العقارات المتأثرة بمشروع تطوير شارع الإمارات ، المنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ ٢٠١٢/١٢/٣٠ ، وفي أمارة دبي قرار رقم ٢ لسنة ٢٠٠٥ الصادر بتاريخ ٢٠٠٥/١/١ بشأن تعويض أصحاب الأراضي المتأثرة بارتداد السكك في منطقة الأعمال المركزية، وكذلك حكومة رأس الخيمة، قانون رقم ٩ لسنة ٢٠١٢ بشأن الإستملاك والملاحظ على موقف النظام القانوني الإماراتي بالرغم من أن التشريع في أمارة دبي لم يأخذ بفكرة بدل التحسن إلا ان محكمة تمييز دبي فقد قضت في إحدى قراراتها " في حالة نزاع جزء من الأرض دون الجزء الآخر فيراعى ما يكون قد طرأ على قيمة الجزء الذي لم تنتزع ملكيته بسبب أعمال المنفعة العامة أو التخطيط العمراني من نقص أو زيادة بخصمه أو زيادته إلى ثمن الجزء المستولي عليه ، بما مؤداه أن يؤخذ في حساب التعويض قيمة التحسين الذي طرأ على الجزء من الأرض الذي لم ينزع بسبب أعمال المنفعة العامة أو التخطيط العمراني كتحويل المنطقة من زراعية أو صناعية إلى سكنية أو تجارية وأن يخصم مقابل بدل التحسين من القيمة المقدرة للجزء المستولي عليه والمنزوعة ملكيته محكمة التمييز حكومة دبي، الأحكام المدنية / طعن رقم ٦ لسنة ٢٠٠٩ ، بتاريخ ٢٠٠٩/٣/٢٢ أشار إليه د. صالح أحمد اللهيبي ، فكرة نزاع الملكية للمنفعة العامة مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ، مصدر سابق، ص ٢٨٤ ويرى جانب من الفقه أنه بالرغم من إشارة القضاء إلى ضرورة الأخذ بالاعتبار عند تقدير التعويض تضرر قيمة المتبقي من العقار أو تحسن قيمة المتبقي من العقار في حالة نزاع الملكية الجزئي ، ولكن لا يزال هذا التوجه قضائياً لا نجد له سنداً قانونياً يستند إليه د. صالح أحمد اللهيبي ، فكرة نزاع الملكية للمنفعة العامة مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ، مصدر سابق، ص ٢٨٤.

والتشريع الكويتي قانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٦٤ المعدل بالقانون رقم ٢ لسنة ٢٠٠٦ في شأن تعديل بعض الأحكام في شأن نزاع الملكية والاستيلاء المؤقت للمنفعة العامة والتشريع القطري قانون رقم ١٣ لسنة ١٩٨٨ بشأن نزاع

الفصل الثاني تحسن العقار في الاستملاك

في حين ان البعض الآخر من البلدان أنها قضت بهذا الالتزام لأنها لا تستطيع النهوض بهذه الأعباء إلا بمشاركة الأشخاص معها ، ومؤدى ذلك قضت تشريعات هذه الدول في كلاً نوعي التحسن الطارئ في الإستملاك باستحقاق المستملك منه في النوع الأول ولجهات معينة في النوع الثاني أن يأخذ مقابل هذا التحسن وأن كان هذا المقابل يختلف بحسب نوعي ذلك التحسن .

وقد يرجع السبب في ذلك إلى عدم توفر العوامل كلها أو بعضها التي يتمتع بها بلدان الاتجاه الأول . ومن هذه الدول جمهورية مصر ، فاجتماع عامل قلة الثروات الطبيعية مع عامل كثرة الكثافة السكانية ، مع عامل كبر المساحة الجغرافية ، فهذه العوامل الرئيسية مما يضع الدولة ومؤسساتها في موضع عدم استطاعتها في ان تقوم بأعباء تطوير المنافع العامة بسهولة.

أما عن جمهورية العراق فبالرغم من توفر فيه العوامل الرئيسية التي يتمتع بها بلدان الاتجاه الأول من وفرة الثروات الطبيعية مع عامل قلة الكثافة السكانية مع عامل صغر المساحة الجغرافية ، فيفترض أنه يسلك منحى بلدان الاتجاه الأول في أن تتحمل الدولة لوحدها دون مشاركة أشخاص المجتمع أعباء القيام بتطوير المرافق العامة للمجتمع ، ولكن نظراً لسوء إدارة الثروات الطبيعية والبشرية نتيجة لعدة ظروف سياسية وعسكرية مر بها البلد والتي لا يسعنا المجال لذكرها هنا ، مما أدى إلى عدم استطاعة الدولة بالنهوض بأعباء تطوير المرفق العام لوحدها .

وإزاء ذلك ذهب المشرع العراقي وكذلك مشرعوا بعض الدول التي لا تتوفر فيها العوامل السالفة الذكر إلى الأخذ بفكرة أستحقاق مقابل للتحسن الذي يطرأ على العقارات .

لكن هذه الفكرة لم تسلم من النقد من قبل البعض، إذ تعرضت إلى عدد من الانتقادات. فيرى البعض ان الجهة المستملكة لا تقوم إلا بدفع القيمة الحقيقية للعقار المستملك ، فمن غير

=الملكية العقارات والاستيلاء عليها مؤقتاً للمنفعة العامة المعدل بقانون رقم ٩ لسنة ٢٠٠٦ والتشريع البحريني
قانون استملاك العقارات للمنفعة العامة الصادر بالمرسوم رقم ٣٩ لسنة ٢٠٠٩.

الفصل الثاني تحسن العقار في الاستملاك

العدل بحق المستملك منه يخصم من بدل استملاك ما يعادل الربع، لأن ذلك يؤدي إلى إثراء المستملك على حساب المستملك منه.

كما أن الدولة عندما تفرض هذا المقابل الذي تستند إلى زيادة في القيمة المقدرة للعقار نتيجة المشروع الحكومي أياً كان هذا المشروع ، والذي حدده بربع الفرق في قيمة العقار بعد المشروع ، وهذا ما يجافي العدالة لأن قيام الدولة بمشروع للمنفعة العامة هو ما يعد من صلب مهامها في تسيير وتطوير المرافق العامة ، فضلاً عن ذلك قد تكون هذه المشاريع استثمارية تقوم الدولة فيها حالها حال أشخاص القانون الخاص ، فليس من العدل أن نلزم أحداً بدفع مقابل نتيجة ممارسة الآخر مهامه الاقتصادية المألوفة، بالرغم من أن هذا الأمر غير موجود في علاقات أشخاص القانون الخاص، فانتفاع الجار من بناء جاره الآخر بناية تجارية وأدى إلى زيادة قيمة العقارات المجاورة فلا يحق له المطالبة بمقابل.

وأخيراً يتسأل البعض أن أخذ المقابل من أصحاب العقارات المجاورة للعقار المستملك ومسوخ ذلك الزيادة في أقيامها النقدية ، فهل هذه الفرضية يؤخذ بها عندما يكون الاستملاك إدارياً بين مؤسسات الدولة؟^(١) .

كما يلاحظ البعض من الفقه أن استحقاق مقابل للتحسن يتعارض مع الدستور، فالمرشح الدستوري وفر حماية للملكية الخاصة في عدم جواز نزعها من مالكيها إلا لغرض المنفعة العامة، وهو في ذلك يضمن الموازنة بين حقوق أصحاب الملكية الخاصة وحقوق الإدارة في إقامة المشاريع للصالح العام ، فنزع الملكية يعد استثناء من الأصل العام ، وحتى لا تتعسف جهة الإدارة في هذا الاستثناء ، فإن المشرع وفر حماية أخرى تتمثل بعدة ضمانات لأصحاب الملكية الخاصة على هذا الاستثناء ومن أحدى هذه الضمانات مبدأ التعويض العادل ، فالمبدأ الأخير مقر في النظام القانوني العراقي ويجد مشروعيته في دستور العراق النافذ لسنة ٢٠٠٥ إذ نص في المادة ٢٣/٢ " لا يجوز نزع الملكية إلا لإغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل، وينظم ذلك بقانون" ^(٢) .

^١ صفاء شكور عباس، بدل تحسن العقار، مصدر سابق، ص ٣٦٢.

^٢ ينظر : د. جمال عبد كاظم، تغيير حالة العقار ، مصدر سابق، ص ٨٠ .

الفصل الثاني تحسن العقار في الاستملاك

ويرى جانب من الفقه أن المشرع الدستوري وضع ضمانات تؤمن حصانة الملكية الخاصة ضد تجاوز السلطة العامة^(١) ، ويجب توافر هذه الضمانات للقول بدستورية ومشروعية الإستملاك ومنها :-

١- ان يكون الإستملاك بهدف تحقيق المنفعة العامة .

٢- أن يكون الإستملاك مقابل تعويض عادل حسبما يعينه القانون^(٢) .

والملاحظ على المشرع الدستوري أنه اشترط في النص الدستوري^(٣) أن يكون التعويض عادلاً، وكذلك في التشريعات العادية^(٤) ، ويفسر جانب كبير من الفقه التعويض العادل بأنه ما يكون شاملاً لكامل الضرر الذي لحق بالمالك أو صاحب الحق في العقار المستملك، فمفهوم التعويض العادل يعني التعويض الكامل عن كامل مساحة العقار المستملك وأن أي تعويض لا يشمل كامل العقار المستملك لن يكون عادلاً بأي حال من الأحوال^(٥) .

كما ان المشرع الدستوري إنما فوض المشرع العادي تنظيم الإستملاك ضمن الشرطين المذكورين في الدستور ، لذلك يرى جانب من الفقه ان تفويض المشرع بتنظيم الإستملاك إنما يتناول إجراءات الإستملاك والمنازعات المتعلقة به، أما ما تضمنه نصوص قانون الإستملاك

^١ ينظر: د. غني حسون طه ،حق الملكية ج١، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٧ ص ٧٠ .

^٢ د. رشا خليل عبد، الأساس الدستوري للإستملاك من قبل الادارة ، مقال منشور على موقع المركز الديمقراطي العربي، ٢٠١٨.

https://democraticac.de/?p=57317#google_vignette

^٣ المادة ٢٣/ثانيا من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ ، والمادة ٣٥ من دستور جمهورية مصر لسنة ٢٠١٤.

^٤ ينظر: المادة ١٠٥٠ من القانون المدني العراقي و المادة ٨٠٥ من القانون المدني المصري .

^٥ عبد الناصر زياد وأشرف أسماعيل العدوان ، التعويض العادل كشرط لمشروعية الإستملاك في ضوء أحكام قانون الاستملاك الأردني ، مجلة علوم الشريعة والقانون ، المجلد ٣٩، العدد ٢، ٢٠١٢، ص ٤٤٧، خالد حماده الخريشا، دعاوى الاستملاك أمام القضاء، مصدر سابق، ص ٣٣- وكذلك ص ٥٩ ، مروان محمد محروس و خليل محمد عبدالله ، حماية الملكية الخاصة في أحكام المحكمة الدستورية البحرينية على ضوء التشريعات المنظمة لهذه الحماية، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، مصدر سابق، ص ٣٩٥، محمد وليد العبادي ، وأحمد عبد الكريم ، الرقابة القضائية على الإستملاك في القانون الأردني ، بحث منشور في مجلة علوم الشريعة والقانون ، المجلد ٣٥ العدد ٢، ٢٠٠٨، ص ٢٥٨.

الفصل الثاني تحسن العقار في الاستملاك

في نوع التحسن في الجزء المتبقي من العقار والتي أجازت استملاك ربع مساحة العقار بدون مقابل، وكأنه أمر قانوني وجوبي يقترب من مفهوم التكليف القانوني بدفع الضريبة ، فيطرح الفقه تساؤلاً ، إلا يعد ذلك مخالفة التشريع العادي للدستور ، لاسيما وان ما وصل إليه المشرع في تنظيمه للاستملاك إلى حد أهدار شرط حدده الدستور كضابط حاسم لمشروعية الاستملاك، إلا يعد ذلك مخالفة دستورية وانتهاك للحماية القانونية لحق الملكية التي نص عليها المشرع في الدستور (١) ؟.

وكذلك أثير هذا الرأي في تطبيق القضاء العراقي لدى محاكم الدرجة الأولى ففي قضية طلبت محكمة بداءة الكرادة بكتابها المرقم (٢٩٨٨٢) في ٢٨/١١/٢٠٠٧ إلى المحكمة الاتحادية العليا البت بشرعية حكم المادتين ٣٧ و ٣٨ من قانون الاستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ حيث ألزمت المادة ٣٧ منه الاستملاك ما لا يتجاوز ربع مساحة ارض العقار بدون بدل إذا ثبت لهيأة التقدير تحسن موقع أو منفعة القسم المتبقي منه وزيادة قيمته بسبب الاستملاك ، وأن المادة ٣٨ منه ألزمت مالك العقار المستملك جزء منه بدفع قيمة ما يكمل ربع المساحة العمومية للأرض قبل الاستملاك إذا كانت المساحة المستملكة بدون بدل يقل عن ربع المساحة العمومية للعقار وثبت لهيأة التقدير أن الاستملاك يؤدي إلى تحسن موقع أو منفعة القسم المتبقي منه وزيادة قيمته .

ورأت محكمة بداءة الكرادة ان ذلك يتعارض مع حكم المادة ٢٣ /ثانيا من الدستور حسب وجهة نظرها والتي نصت على عدم جواز نزع الملكية إلا لإغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل وجاء نص المادة المذكور مطلقاً .

في حين كان رأي المحكمة الاتحادية العليا خلاف ذلك حيث جاء في حكمها "ووضع الطلب موضع التدقيق والمداولة من المحكمة الاتحادية العليا وتوصلت إلى ان حكم المادتين (٣٧ - ٣٨) من قانون الاستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ لا يتعارض مع حكم المادة ٢٣/ثانيا من دستور جمهورية العراق وتشكلان تطبيقاً سليماً له ذلك " ان التعويض العادل الذي قصده

^١ عبد الناصر زياد وأشرف إسماعيل العدوان ، التعويض العادل كشرط لمشروعية الاستملاك في ضوء أحكام قانون الاستملاك الأردني ، مصدر سابق، ص ٤٧٧.

الفصل الثاني تحسن العقار في الاستملاك

النص الدستوري قد تحقق في تحسن موقع أو منفعة القسم المتبقي من العقار وزيادة لقيمته بسبب الإستملاك ، وكذلك الحال عند دفع المستملاك منه ما يكمل قيمة ربع المساحة العمومية للعقار، لأن ذلك يمثل الزيادة التي حصلت في قيمة أو في منفعة الجزء غير المستملاك وهذه الزيادة في القيمة أو في المنفعة تمثل التعويض العادل للمستملاك منه الذي قصده النص الدستوري المشار إليه وإلا نكون أمام حالة أثراء غير مشروع بجانب المستملاك على حساب الجهة المستملكة " (١).

^١ قرار محكمة الاتحادية العليا /٣٥/ اتحاديته بتاريخ ٢٠٠٨/١/٨ غير منشور.

وكذلك أثبتت عدم الدستورية استحقاق بدل التحسن في القضاء الأردني ففي قضية تتجلى وقائعها في أن وزارة الأشغال العامة أقامت دعوى الإستملاك جزء من أرض المدعي عليه والبالغ مساحتها ٣ دونم و ٨٠٠ متر لغاية توسيع طريق .. وطلب المدعي عليه الحكم له بالتعويض عن المساحة المستملكة وأثناء السير بإجراءات الدعوى تقدم المدعي عليه بمذكرة تضمنت الدفع بعدم دستورية الفقرة أ من المادة ١١ من قانون الإستملاك بحجة مخالفتها لحكم المادة ١١ من الدستور، وانتهت في ختام مذكرتها إلى طلب وقف النظر بالدعوى الأصلية وإحالة الملف إلى محكمة التمييز ، ووجدت الأخيرة أن المتطلبات القانونية التي أوجبها المادة ١١ من قانون المحكمة الدستورية النافذ بجديّة الطعن متوفرة في طلب الجهة الطاعنة واستنادا لذلك أصدرت قرارها بإحالة الطلب إلى المحكمة الدستورية للفصل فيه ، وقضت الأخيرة أن المادة ١١ من الدستور تنص على " لا يستملك ملك أحد إلا للمنفعة العامة وفي مقابل تعويض عادل حسبما يعين في القانون " ... وحيث وازع الدستور أرسى مبدأين يتوجب الالتزام بأحكامهما أولهما أن يكون هدف الاستملاك تحقيق المنفعة العامة وثانيهما أن يتم دفع تعويض عادل إلى المالك، وحيث أن الدستور بقوله (حسبما يعين في القانون) قد فوض المشرع لوضع قانون يتولى فيه تبيان الآليات والوسائل القانونية التي بمقتضاها تتوفر مكنة تنفيذ مبدأَي المنفعة العامة والتعويض العادل وحيث أن المشرع استند لهذا التفويض ومارس صلاحياته التي تخوله إجراء الملائمات والمفاضلة بين مختلف البدائل التي يستقل بتقديرها مستجيباً لمقتضيات الصالح العام وتحقيق المساواة بين المستملاك والمالك ولهذا وبالبناء على ما بيناه تقرر المحكمة الحكم برد الطعن. ينظر قرار المحكمة الدستورية للملكة الأردنية الهاشمية، قرار رقم ١، بتاريخ ٢٠١٩/٧/١ منشور في الجريدة الرسمية للملكة الأردنية الهاشمية ، العدد ٥٥٨٦، بتاريخ ٢٠١٩/٧/٧ . متاح على الموقع الإلكتروني

www.pm.gov.jo

وكذلك قضت في إحدى قراراتها أن ما ورد في نص المادة (١١) من قانون الإستملاك يعد استثناء على القاعدة العامة الواردة في الدستور الأردني حيث جاء في حكمها "لا يستملك ملك أحد إلا للمنفعة العامة وفي مقابل تعويض عادل حسبما يعين في القانون حسب أحكام المادة الحادية عشرة من الدستور الأردني ، وقد جاء في المادة ١١/أ من قانون الإستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨٧ استثناء من القاعدة العامة بجواز اقتطاع ما لا يزيد على

الفصل الثاني تحسن العقار في الاستملاك

أما موقف المشرع المصري فلم تثر مشكلة عدم دستورية استحقاق بدل التحسن في نوع الإستملاك الجزئي ازاء التعويض العادل والسبب في ذلك أنهم اتخذوا أسلوب يختلف عن موقف المشرع العراقي والأردني في تحديد استحقاق بدل التحسن، الذي لا يسعنا المجال لذكره هنا على أن نوردته في الموضع المناسب ^(١) .

وكذلك أيضاً موقف المشرع الفرنسي في قانون نزع الملكية النافذ لم تثر مشكلة عدم دستورية استحقاق بدل التحسن في نوع الإستملاك الجزئي ازاء التعويض العادل والسبب في ذلك أن الأسلوب الذي أتخذه المشرع مشابه لأسلوب المشرع المصري في تحديد استحقاق بدل التحسن .

=ربع مساحة الأرض مجاناً إذا كان الاستملاك للطريق أو لا يزيد على ربع مساحة الجزء المستملك من الأرض إذا كان الإستملاك لإنشاء مشروع الإسكان على ذلك الجزء وعليه وطالما أن المساحة المستملكة ليست لهاتين الحالتين فلا يجوز اقتطاع الربع القانوني. ينظر: قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية ، رقم ٢٠٠٤/٢٩٣٨ هيئة خماسية بتاريخ ١٤/١٢/٢٠٠٤ منشورات مركز العدالة.

ويرى البعض أن هذا القرار قد جانب الصواب كونه قد أخذ بعين الاعتبار فقط عبارة "حسبما ينص القانون " ولم يعط أي اهتمام لعبارة التعويض العادل الواردة في الدستور، وبالمقارنة بين موقف المشرع العراقي والأردني يرى أن موقف المشرع العراقي أكثر عدالة وموضوعية في حكمه من قانون الإستملاك الأردني لأن المشرع العراقي لا يوجب استملاك ربع العقار مجاناً إلا شريطة أن يثبت لهيئة التقدير تحسن موقع أو منفعة القسم المتبقي منه وزيادة قيمته بسبب الإستملاك، بينما المشرع الأردني أجاز استملاك ربع مساحة العقار مجاناً إذا كان الإستملاك للغايات المحددة في المادة ١١/أ دون اشتراط أن يؤدي الاستملاك إلى تحسن موقع أو منفعة الجزء المتبقي منه وزيادة قيمته بسبب الإستملاك.

ومؤدى ذلك ان المشرع أخذ بالأثر الإيجابي للاستملاك على الجزء المتبقي من العقار المستملك، ولم يضع ضوابط لمصلحة المالك كما كان عليه الحال في ظل قانون الإستملاك الأردني الملغي رقم ٢ لسنة ١٩٥٣ ، فعلى الرغم من ان قانون الإستملاك الأردني الملغي قد أجاز استملاك ربع المساحة مجاناً إلا انه يعد أكثر تطوراً وعدالة قياساً بالنص الحالي حيث كانت المادة (٢١) من القانون الملغي قد وضعت عدة ضوابط . ينظر: عبد الناصر زياد ، التعويض العادل كشرط لمشروعية الاستملاك ، في ضوء أحكام قانون الاستملاك الأردني مصدر سابق، ص٤٧٨.

^١ أنظر ما سيرد ذكره في ص١٣٨ وما بعدها من الأطروحة .

الفرع الثاني

الأساس القانوني لاستحقاق بدل التحسن

تبين لنا فيما سبق أن موقف التشريعات إزاء استحقاق بدل التحسن قد انقسموا إلى اتجاهين اتجاه لم يقر استحقاقه ، وآخر أقر بأستحقاقه ، وهذا الأمر أدى إلى أن يكون محل خلاف لدى البعض من الفقه والموقف القضائي كما تبين لنا سابقاً، لذا يثار تساؤل ما هو الأساس القانوني الذي أعتدده المشرع وبنى عليه استحقاق بدل التحسن ؟ أن الإجابة على هذا التساؤل تختلف بحسب فيما إذا كان التحسن قد وقع على الجزء المتبقي من العقار المستملك، عما إذا وقع على العقارات المجاورة له .

ولغرض بيان ذلك بصورة مفصلة، سوف نقسم هذا الفرع على فقرتين، نتناول في الأولى الأساس القانوني لاستحقاق بدل تحسن الجزء المتبقي من العقار المستملك وفي الثانية الأساس القانوني لاستحقاق بدل تحسن من الأراضي المجاورة للعقار المستملك.

أولاً :- الأساس القانوني لاستحقاق بدل تحسن الجزء المتبقي من العقار المستملك

أن أقرار التشريع العراقي و التشريعات المقارنة، إستحقاق بدل تحسن الجزء المتبقي من العقار المستملك ، فالنص القانوني الذي تضمنه المشرع يعد سناً تشريعياً قائماً، فلا خلاف فيه أنه يمثل سند تشريعي قائم كأساس لإستحقاق بدل التحسن بصورة غير مباشرة ،لأن القانون من وراء كل ذلك محيط ، ولكن نحن بصدد بحث تأصيل هذا النص ورده إلى وصف معين أستند إليه المشرع في إقراره لبدل التحسن، فهو يعد الأساس القانوني المباشر ، وهذا ما كان محل خلاف بين الفقه في تبني عدة نظريات نبينها بالآتي :-

١- التعويض القانوني

يرى جانب من الفقه بأن استملاك ربع مساحة العقار بدون بدل نوعاً من التعويض يفرضه القانون على مالك العقار الذي ارتفعت قيمته بسبب هذا الإستملاك ^(١) .

^١ د. درع حماد الدليمي، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ص ٦٤.

الفصل الثاني تحسن العقار في الاستملاك

ويلاحظ على هذا الرأي وأن كان للوهلة الأولى أن التعويض القانوني ينطبق من حيث التعريف على بدل التحسن حيث عرف بأنه التعويض الذي يتولى القانون تحديد مقداره بمقتضى نص صريح^(١) ، إلا أنه هنالك فوارق عدة بينهما، فيلاحظ أن الحكمة التشريعية من وراء الأخذ بالتعويض القانوني الذي يقوم المشرع بتقديره ، يرجع إلى صعوبة تقدير الضرر^(٢) ، وذلك في صورة الضرر الذي يصيب الدائن من تأخر المدين في تنفيذ التزامه، لأن استغلال النقود يختلف باختلاف الأشخاص والظروف مما قد يكون وسيلة للإثراء على حساب المدين إذا ترك للدائن إثبات مقدار الضرر الذي لحق به جراء التأخر في تنفيذ الالتزام النقدي، وتقدير هذه المسائل تقديراً صحيحاً أمراً في غاية الصعوبة، ولهذا تولى المشرع تقدير التعويض بنفسه قطعاً لدابر النزاعات ولهذا أطلق على هذا التعويض القانوني^(٣) .

فحتى لو سلمنا جدلاً أن ارتفاع القيمة النقدية للعقار المستملك جزءاً منه، يشكل في ذلك ضرراً للمستملك، إلا أنه يتبين لنا أن هذه الحكمة التشريعية غير متوافرة في استحقاق بدل التحسن، وذلك يرجع إلى أن ما تقوم به الدولة من مشاريع على الأراضي التي أستمكتها لا يشكل ضرراً عليها لأن ما أنفقته الدولة من دفع بدل الإستملاك و القيام بالمشاريع عليها هو جزءاً من مهامها الأساسية هو النهوض بالمرافق العامة وتقديم الخدمات، هذا من جانب، ومن جانب آخر أن تقدير التحسن الذي يصيب الجزء المتبقي من العقار المستملك ليس بالأمر الصعب لا سيما وإن الهيئة المختصة التي حولها المشرع بتقدير التعويض عن الإستملاك الجزئي للعقار، تستطيع أن تقدر مقدار التحسن، وهذا ما فعله المشرع المصري وينبغي على ذلك أن تقدير التعويض بمقدار الربع من قبل المشرع العراقي أمر لا يجد له المبرر.

^١ بحث أستاذنا د. حسن حنتوش و أستاذنا د. عباس محمد الحسيني ، التعويض القانوني نظرية الفوائد ، مجلة جامعة كربلاء المجلد السادس، العدد الأول ، ٢٠٠٨ ص ٢٢٦.

^٢ ينظر : د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، أحكام الالتزام، ج٢، المكتبة القانونية بغداد، بدون ذكر السنة، ص ٥٦.

^٣ د. عصمت عبد المجيد ، النظرية العامة للالتزامات، ط١، ج٢، منشورات جامعة جيهان ، أربيل - العراق، ٢٠١٢، ص ١٣١-١٣٢.

كما أن من خصائص التعويض القانوني هي افتراض المشرع الضرر فرضاً قاطعاً للدائن، فقد افترض المشرع أركان المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما فلا يكلف الدائن بإثبات هذه العناصر بل افترض خطأ المدين بمجرد التأخير كما افترض الضرر فرضاً قاطعاً غير قابل لإثبات العكس فلا يمكن للمدين أن يثبت أن الدائن لم يلحقه ضرر للتخلص من عبء الفوائد التأخيرية ^(١) ، بينما هذا الافتراض غير متوافر في الإستملاك لاستحقاق بدل التحسن لدى المشرع العراقي وكذلك أيضاً لدى التشريعات المقارنة (المصري والفرنسي) .

والملاحظة الأخيرة التي تؤخذ على فكرة التعويض القانوني، هي أنها فكرة في أصلها استثنائية من الأصل العام في التعويض، ويرى جانب من الفقه أن الرجوع إلى الأصل في تقدير التعويض هو أن يترك للقضاء ذلك ^(٢) .

٢- الكسب دون سبب

يؤسس جانب من الفقه الأساس القانوني لاستحقاق بدل التحسن في عدم جواز الإثراء على حساب المستملك ^(٣)، فإذا كان المشرع قد وضع أحكاماً غايتها تمكين المالكين من الحصول على التعويض الكامل عن الضرر اللاحق بهم من جراء الإستملاك ، فإن المشرع لم يشأ بالمقابل أن يجعل المالك يثري بفعل الإستملاك معتمداً على القاعدة المسماة عدم جواز إثراء المالك بفعل الإستملاك ^(٤) .

وهذا الرأي يمثل موقف المحكمة الاتحادية العليا في العراق التي قضت " .. لأن ذلك يمثل الزيادة في القيمة أو منفعة ذلك الجزء غير المستملك وهذه الزيادة في القيمة أو في المنفعة

^١ ينظر د. عصمت عبد المجيد، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، ج٢، ط١، منشورات جامعة جيهان اربيل العراق، ٢٠١٢، ص ١٣٢.

^٢ بحث أستاذنا د. حسن حنتوش و أستاذنا د. عباس محمد الحسيني ، التعويض القانوني نظرية الفوائد ، مصدر سابق ، ص ٢٣٠.

^٣ د. ألبرت سرحان وآخرون ، القانون الإداري الخاص ، مصدر سابق، ص ٣٥٨ وكذلك د. طارق المجنوب د. هيام مروة، الوجيز في القانون الإداري الخاص، مصدر سابق، ص ١٤٨.

^٤ د. ألبرت سرحان وآخرون ، القانون الإداري الخاص ، مصدر سابق، ص ٣٥٨ وكذلك د. عباس محمد نصر الله، القانون الإداري الخاص، مصدر سابق، ص ١٨٩.

الفصل الثاني تحسن العقار في الاستملاك

هي التعويض العادل للمستملك منه الذي قصده النص الدستوري المشار إليه، وبخلافه نكون أمام حالة إثراء غير مشروع بجانب المستملك على حساب الجهة المستملكة ..^(١) .

والم تأمل في قرار المحكمة الاتحادية العليا أنها أسست لمسؤولية المستملك منه بأستملاك ريع مساحة العقار وفقاً لقاعدة الكسب دون سبب، ألا أنه نلاحظ على هذا الرأي أن الأخذ بفكرة الإثراء بلا سبب يقتضي توافر شروط هذه الفكرة، لكي يلتزم من أثري على حساب الغير بالتعويض وهي :-

أ- إثراء المدين :- ويقصد بهذا الشرط كل منفعة يمكن تقديرها بالنقود^(٢)، وتحدث هذه المنفعة بطريقة مباشرة أو غير مباشر ، والأخيرة حصلت للمستملك منه فدخلت إلى ذمته منفعة بشكل غير مباشر جراء عملية استملاك جزء من عقاره، مما أدى إلى تحسن الجزء الآخر المتبقي، ولو كان هذا التحسن مؤجلاً وقت الاستملاك على اعتبار هناك تطور في الموقع الجغرافي للعقار المستملك ، فيكون ذلك على حساب المستملك، فيما إذا دفع التعويض كاملاً إلى المستملك منه مما يؤدي إلى قبض التعويض مضاعفاً أو مغالى فيه^(٣) ، ذلك لأن الاستملاك يؤدي إلى تحسن موقع العقار أو زيادة منفعته مما يؤدي إلى زيادة في قيمته النقدية .

ب- افتقار الدائن :- يعد افتقار الدائن الشرط الثاني لقاعدة الإثراء بلا سبب ولا بد من تحقق الافتقار لكي تكون الدعوى مقبولة^(٤) ، ولكي يتحقق هذا الشرط يجب أن يحصل افتقار من جانب الإدارة عندما تقوم بالإستملاك الجزئي ، ولكن المشرع وضع عدة ضوابط في تقدير قيمة العقار^(٥) ، والتي تمثل ضماناً وحماية للجهة المستملكة من أفئقارها في الإستملاك، فالجهة المستملكة لا تدفع ما يزيد عن القيمة الحقيقية للعقار المستملك ، بل يقيم على أساس أسعار عقارات في المنطقة قبل الإستملاك وبغض النظر ما يطرأ عليه من زيادة نتيجة تنفيذ المشروع إذ

^١ قرار المحكمة الاتحادية العليا ، العدد ٩٣ لسنة ٢٠١٤ ، منشور على موقع المحكمة الاتحادية العليا.

^٢ ينظر لمزيد من التفاصيل د. سليمان مرقس ، محاضرات في الإثراء على حساب الغير في تقنينات البلاد العربية، ج١، مصدر سابق، ص ٥٥ وما بعدها.

^٣ ينظر: صفاء شكور عباس، بدل تحسن العقار، مصدر سابق، ص ٣٦١.

^٤ ينظر د. منذر الفضل ، الوسيط في شرح القانون المدني، ط١، دار ثاراس للطباعة والنشر ، أربيل - العراق، ٢٠٠٦، ص ٣٨٩.

^٥ ينظر الباب الثالث من قانون الاستملاك العراقي النافذ المواد ٢٩ - ٣٦.

الفصل الثاني تحسن العقار في الاستملاك

تتبع الإدارة إجراءات التقدير بشكل دقيق مما يستبعد أن يصيب المستملك أي غبن في مقابل الاستملاك .

أما القول بأن الجهة المستملكة قد أنفقت على المشروع مما أدى إلى أفئقارها ، فيرد على ذلك بأن إقامة مشاريع المنفعة العامة من أهم واجبات الحكومة، كما أن الجهة المستملكة كانت قد رصدت نفقات المشروع بغض النظر عن مقابل تحسن العقارات، بسبب هذا الاستملاك من عدمه ، إذ قد يتم الاستملاك ولم يحصل تحسن للعقارات المستملكة ^(١) ، أي ليس هنالك أي أفئقار من جانب المستملك وبهذا يسقط أحد شروط قاعدة الاثراء بلا سبب^(٢).

ج- العلاقة السببية بين الإثراء والافتقار، ومضمون هذا الشرط هو أن يكون ائراء المئري ناتجاً عن افتقار المفتقر^(٣) ، فبالرغم مما تبين لنا في الشرط الثاني بأنه لا وجود للافتقار في ذمة المستملك ومؤدى ذلك فتكون العلاقة السببية منقطعة ، فإثراء المستملك منه لا يرتبط بافتقار الإدارة في حالة استملاكه الجزئي، ذلك لأن الإدارة لا تقوم إلا بدفع القيمة الحقيقية للعقار المستملك .

كما يتمثل أوجه الأختلاف من حيث التعويض ، ففي الكسب دون سبب يحتسب مقدار التعويض بأقل القيمتين بين الأفئقار والأغتناء ، في حين ألزم المشرع المستملك منه دفع ما يكمل قيمة ربع المساحة العمومية للعقار المستملك ، سواء زادت أم نقصت عما تحدده قاعدة الإثراء من دون سبب، وبذلك يرى البعض في قرار المحكمة أنه جانب الصواب ^(٤) .

٣- المساهمة في المنفعة العامة

يرى جانب من الفقه أن الفرد يقع عليه عبء المساهمة في تحقيق النفع العام، واقتطاع جزء مجاناً من أرضه المستملكة ما هو إلا تحقيق لهذا الواجب . فإذا قامت الحكومة ببعض

^١ د. جمال عبد كاظم ، تغير حالة العقار ، مصدر سابق ، ص ٧٩-٨٠.

^٢ ينظر : صفاء شكور عباس، بذل تحسن العقار، مصدر سابق، ص ٣٦١.

^٣ ينظر لمزيد من التفاصيل : د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج١، مصدر سابق، ص ٦٢٢.

^٤ د. جمال عبد كاظم ، تغير حالة العقار ، مصدر سابق ، ص ٨٠.

الفصل الثاني تحسن العقار في الاستملاك

المشاريع العامة كفتح طريق أو بناء جسر أو إنشاء المجمعات السكنية، وأدى ذلك إلى ارتفاع قيمة الأراضي والأموال المجاورة ، فللحكومة أن تطالب أصحاب هذه الأراضي والأموال بالزيادة التي طرأت على قيمة أراضيهم وأموالهم .

والمبرر القانوني يكمن في ان هذه الزيادة لم تحدث نتيجة عمل قام به أصحاب هذه الأراضي والأموال، بل نتيجة قيام الدولة بالمشاريع العامة التي يشترك في دفع نفقاتها أفراد الأمة جميعاً^(١).

إلا أنه يرد على مثل هذا الأساس بأن الفرد لا يحمل عبء الجماعة ، ثم إن مجرد رضوخه لحكم القانون في استملاك أرضه رغم عدم رغبته بذلك يعد مساهمة كافية منه في تحقيق النفع العام، ولذلك يذهب البعض أنه لا يمكن بحال من الأحوال أن تمتد هذه المساهمة لتشمل أي جزء من حقه بالتعويض^(٢) .

كما ويرى رأي آخر أن العدالة منتفية إذا أستمك أي جزء من أرض المالك مجاناً وهو يدفع ثمن هذه الاستفادة ، بينما قد تستفيد أراضي من حوله من دون أن يستملك أي جزء من أراضيهم^(٣).

٤ - قاعدة الغنم بالغرم

يرى جانب من الفقه بأن قاعدة الغنم بالغرم هي الأساس الذي اعتمده المشرع في إلزام المستملك منه في الاستملاك الجزئي بعدم تعويضه عن ربع المساحة العمومية للعقار ونزعه بدون بدل، وكذلك إلزام المستملك منه بدفع قيمة ما يكمل الربع في حال تم استملاك ما يقل عن ربع المساحة العمومية للعقار، وتبرير ذلك أن المستملك سيقوم بالإنفاق على مشاريع المنفعة العامة وبسبب إقامة هذه المشاريع سيتحسن قيمة العقارات ، وبذلك سيكون صاحب

^١ د. عبد المجيد الحكيم ، مصادر الالتزام ، مصدر سابق، ص ٦٢٤.

^٢ ميشال الخوري، قضايا الاستملاك، بدون ذكر دار النشر، ١٩٦٢، ص ٥٢.

^٣ خالد خريشا، الرقابة القضائية على قرارات الإستملاك في القانون الأردني دراسة مقارنة، جامعة عمان العربية، كلية الدراسات القانونية، ٢٠٠٧ ، ص ٣١١.

الفصل الثاني تحسن العقار في الاستملاك

العقار قد غنم بسبب المشروع وهو التحسن فعليه الغرم ، وأن المستملك قد غرم في الإنفاق على المشروع فله الغنم ^(١) .

ونرى أن هذا الرأي جدير بالتأييد في تفسير الأساس القانوني لأستحقاق بدل تحسن الجزء المتبقي من العقار المستملك ، وذلك لرجاحة أسانيده .

ثانياً - الأساس القانوني لإستحقاق بدل تحسن من الأراضي المجاورة للعقار المستملك

أن أقرار المشرع العراقي و المشرع المصري إستحقاق بدل تحسن من الأراضي المجاورة للعقار المستملك ، فالنص القانوني الذي تضمنه المشرع يعد سنداً تشريعياً ، فلا خلاف في أنه يمثل سند تشريعي كأساس لإستحقاق بدل التحسن بصورة غير مباشرة ، لأن القانون من وراء كل ذلك محيط ، ولكن نحن بصدد بحث تأصيل هذا النص ورده إلى وصف معين أستند إليه المشرع في إقراره لبدل التحسن ، فهو يعد الأساس القانوني المباشر ، لذا لا بد من بيان النظريات التي قد تفسر احداها الأساس القانوني والتي سنبينها بالآتي :-

١ - الافتراض القانوني:

أن مالكي العقارات المجاورة للعقار المستملك لا تربطهم أية رابطة تعاقدية أو قانونية مع أطراف عملية الإستملاك ، ولكن بالرغم من ذلك أوجب المشرع العراقي على مالكي العقارات المجاورة أن يدفعوا مقابل لهذا التحسن إلى أمانة العاصمة أو البلديات.

ويلاحظ أن المشرع العراقي قد أشار في قانون الاستملاك رقم ٥٤ لسنة ١٩٧٠ الملغي إلى الأساس القانوني لذلك هو الافتراض القانوني ، فالمشرع العراقي أفترض أمراً مخالفاً للحقيقة والواقع في المادة (١١ فقرة ٢) حيث اعتبر أمانة العاصمة أو البلديات بمثابة المستملك وصاحب العقار بمثابة المستملك منه .

فهو وضع صنعه المشرع مخالفة للحقيقة والواقع وضعه في الاعتبار عند صياغته للنص القانوني، ويهدف من خلال ذلك إلى ترتيب آثار قانونية وهي استحقاق أمانة العاصمة أو البلديات مقابل التحسن ، وذلك تعذر الوصول إلى هذه الآثار إلا من خلال هذا الافتراض ^(١) .

^١ د. جمال عبد كاظم ، تغير حالة العقار ، مصدر سابق ، ص ٧٨ - ٨١.

الفصل الثاني تحسن العقار في الاستملاك

إلا أن المشرع العراقي قد تراجع عن هذا الأساس في التشريعات اللاحقة فهو لم يشير بصورة صريحة إلى ذلك .

٢- الكسب دون سبب

يؤسس جانب من الفقه ان الأساس القانوني للإلتزام أصحاب العقارات المجاورة بدفع بدل نظير التحسن الذي طرأ على عقاراتهم على نظرية الكسب دون سبب^(٢) .

ويسبب ذلك بأن هذه الزيادة لم تحدث نتيجة عمل قام به أصحاب هذه الأراضي والأمالك ، بل نتيجة قيام الدولة بالمشاريع العامة التي يشترك في دفع نفقاتها أفراد الأمة جميعاً^(٣) .

ونلاحظ على هذا الرأي ما يلي :

- أن الأخذ بفكرة الإثراء بلا سبب ، يقتضي توافر شروط هذه الفكرة ، من إثراء الدائن وافتقار المدين ، وتوافر السببية بأن يكون الافتقار هو سبب الإثراء . فإذا طبقنا هذه الشروط نجد أنه إذا كان من الممكن تحقق الشرط الأول وهو الإثراء ويقصد به كل منفعة يمكن تقديرها بالنقود^(٤) ، أي أثراء أصحاب العقارات المجاورة، ويتمثل الإثراء في الزيادة في القيمة النقدية لعقاراتهم أو الزيادة في المنفعة أو كلاهما .

فإن تحقق الشرط الثاني وهو الافتقار لا ينطبق على المستملك لأن الافتقار هو الخسارة التي تصيب المفتقر وذلك بنقص العناصر الإيجابية لزمته المالية أو ازدياد العناصر السلبية لها^(٥) .

^١ ينظر لمزيد من التفاصيل د. ياسر باسم ذنون وآخرون، الافتراض القانوني في قانون المرافعات ، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد ١٢، العدد ٤٥٥، ٢٠١٠، ص ٩.

^٢ حسن عبد الله، نظرية التوازن في الاستملاك والتنظيم المدني، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى الجامعة الإسلامية في بيروت - لبنان، ٢٠١٤، ص ٩٠.

^٣ د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج ١، مصدر سابق، ص ٦٢٤.

^٤ د. عصمت عبد المجيد ، النظرية العامة للإلتزام ، مصدر سابق ، ص ٧٠٥.

^٥ د. عصمت عبد المجيد ، النظرية العامة للإلتزام ، المصدر نفسه ، ص ٧٠٨.

الفصل الثاني تحسن العقار في الاستملاك

اما ما يقوم به المستملك من استملاك العقارات، وقيام عليها المشاريع، لا يمثل خسارة للجهة المستملكة، فإذا كانت هذه المشاريع خدمية لا تعود بالفائدة النقدية للمستملك، كإنشاء الطرق أو الجسور، فهذا لا يعد خسارة لأن المستملك أحد غاياته الأساسية أن يسعى إلى تقديم الخدمات، بل ان الاستملاك المبرر الوحيد له هو تحقيق المنفعة العامة ، والأخيرة تتمثل فائدة أو ربح أو أضرار للمستملك، ولا تمثل الخسارة ، أما إذا كانت هذه المشاريع الخدمية تعود بالربح على المستملك فهذا أيضا لا يعد خسارة كبناء المولات والأسواق ... الخ .

كما ان الفقه يشترط في الافتقار انعدام المنفعة للمفتقر بالفعل الذي يقوم به والجهة المستملكة عند قيامها بالاستملاك تبغى تحقيق المنفعة العامة ، كما أنه يشترط أن لا يكون الافتقار راجعاً إلى خطأ المفتقر ^(١) . وهذا لا يتصور معه حدوث افتقار من قبل الجهة المستملكة .

- من حيث التعويض كذلك أن الأمر يختلف، ففي الإثراء بلا سبب يكون التعويض في حدود ما كسبه المثري أي أنه يجب ان يكون بقدر أقل من القيمتين ، قيمة الإثراء وقيمة الافتقار فلا يجوز للمفتقر أن يطالب بأكثر مما خسر وإلا لأثرى على حساب غيره دون سبب ، وحيث أن المثري لا يمكن أن يطالب بأكثر مما كسب لأننا نطالبه بما عاد عليه من كسب ^(٢) ، أما في الاستملاك فيكون هنالك رسم تستوفيه جهات معينة تعود للدولة وليس تعويض وهو نصاب محدد يتمثل بربع الفرق بين قيمة المساحة العمومية للأرض دون الأبنية والمغروسات قبل البدء بالمشروع وقيمتها بعد تنفيذه ^(٣) .

٣- قاعدة الغنم بالغرم

يرى البعض بأن قاعدة الغنم بالغرم هي الأساس الذي اعتمده المشرع في إلزام أصحاب العقارات بدفع هذه المبالغ ، ذلك أن المستملك سيقوم بالإنفاق على مشاريع المنفعة العامة وبسبب إقامة هذه المشاريع سيتحسن قيمة العقارات ، وبذلك سيكون صاحب العقار قد غنم

^١ ينظر د. السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصادر الإلتزام، ج٢، ط٣، نهضة مصر ، ٢-١١، ص ١١٣٠ .

^٢ ينظر نص المادة ٢٤٣ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل .

^٣ ينظر: نص المادة ٤١ من قانون الإستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ النافذ.

الفصل الثاني تحسن العقار في الاستملاك

بسبب المشروع وهو التحسن فعليه الغرم ، وأن المستملك قد غرم في الإنفاق على المشروع فله الغنم ^(١).

وهذا الرأي جدير بالتأييد في تفسير الأساس القانوني لأستحقاق بدل تحسن الجزء المتبقي من العقار المستملك ، وذلك لرجاحة أسانيده .

وإذا كان مقابل التحسن يستحق عندما تتحقق منفعة لإصحاب العقارات المجاورة من جراء قيام الدولة ببعض الأشغال والأعمال العامة ، إلا أن هذا المقابل كان محل اختلاف في وصفه القانوني، فهل هو مساهمة إجبارية بلا مقابل على غرار الضريبة ؟ أم هي ثمن لخدمة مقدمة من المرافق العامة، فتكتسي صفة الرسم أم هي أتاوة ؟ .

الملاحظ على موقف المشرع العراقي أنه وصف مقابل التحسن بأنه رسم يدفع إلى أمانة العاصمة أو البلديات ^(٢) ، وهذا الرأي نال تأييد البعض ^(٣) ، إلا أن يلاحظ هذا المقابل وأن كان ينطبق عليه بعض خصائص الرسم وهي الصفة النقدية وأنه مقابل الخدمة الخاصة التي تقدمها الدولة، والصفة الجبرية في عمومها إلا أن الأخيرة تختلف في درجة الأكره في كل منهما، أن الرسم ممكن عدم دفعه إذا امتنع الفرد عن الانتفاع بالخدمة التي يتقررها هذا الرسم مقابلاً لها . في حين أن المقابل الذي يستوفى من أصحاب العقارات المجاورة للعقار المستملك الذي يطرأ عليها تحسن ليس له خيار الأمتناع عن قبول هذه المنفعة أو الخدمة ومؤدى ذلك فهو ملزم بدفع مقابلها ^(٤) .

^١ د. جمال عبد كاظم ، تغير حالة العقار ، مصدر سابق ، ص ٨٠.

^٢ ينظر: نص المادة ٤١ من قانون الإستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ النافذ.

^٣ خالد رشيد الدليمي ، نزع الملكية للنفع العام ، مصدر سابق، ص ١٤٥.

^٤ ينظر : د. طاهر الجناحي ، المالية العامة والتشريع المالي ، مطبعة سلمان الأعظمي، بغداد العراق، ١٩٦٨ ،

ص ٦٠. د. رائد ناجي أحمد ، علم المالية العامة والتشريع المالي في العراق ، دار السنهوري، ط ٣، بيروت - لبنان، ٢٠١٨ ، ص ٥٨ .

الفصل الثاني تحسن العقار في الاستملاك

وذهب رأي من الفقه إلى وصفها بأنها ضريبة التحسين ، وهي ضريبة خاصة تفرض على الزيادة في قيمة العقارات الناتجة مباشرة عن تنفيذ مختلف الأشغال العامة من قبل الإدارة^(١).

وبالرجوع إلى مفهوم الضريبة لدى الفقه فتعرف بإنها " اقتطاع إجباري من أموال الأشخاص لغرض المساهمة في تمويل النفقات العامة لمجتمع معين أو لأغراض أخرى كالرغبة في إحداث آثار اقتصادية أو اجتماعية معينة داخل هذا المجتمع " ^(٢) .

والملاحظ أن من أهم خصائص الضريبة أنها تفرض من دون مقابل ^(٣)، ويرى البعض إن المبالغ التي يلزم بها أصحاب العقارات مقابل تحسن عقاراتهم بسبب إقامة مشاريع المنفعة العامة لا يمكن أن توصف بأنها ضريبة لأنها غير منصوص عليها في قانون الضريبة النافذ رقم ١١٣ لسنة ١٩٨٢ المعدل ^(٤) .

بينما يذهب رأي أغلبية فقهاء المالية العامة إلى وصف مقابل التحسن بأنها أتاوة^(٥)، فهم يرون بأن أصحاب هذه العقارات المجاورة ينتفعون من المشروع ذي المنفعة العامة من دون المساهمة في التكلفة ، فهم يحصلون على منفعة اقتصادية ، فيقابلها أتاوة^(٦). فلا بد إذاً من مساواة أصحاب العقارات التي تتحسن بسببه في دفع البديل سواء كان العقار ضمن مشروع

^١ د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج ١، مصدر سابق، ص ٦٢٤. وكذلك د. ألبرت سرحان، القانون الإداري الخاص، مصدر سابق، ص ٣٥٩-٣٦٠.

^٢ د. محمد عبد السلام محمد، دراسة في مقدمة علم الضريبة، ط ٢، دار المعارف، مصر ، ١٩٦٨، ص ١١.

^٣ د. خالد شحادة الخطيب ، مادية فريد طافش، الأصول العلمية والعملية في المحاسبة الضريبية، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، ٢٠٠٨، ص ١٨. د. محمود محمد الدمرداش ود. صابر يونس بريك، اقتصاديات المالية العامة ، أكاديمية الدراسات المتخصصة الجامعة العمالية، مصر ، ٢٠٠٧، ص ٢١١.

^٤ د. جمال عبد كاظم ، تغير حالة العقار ، مصدر سابق ، ص ٨١.

^٥ تعرف الأتاوة بأنها عبارة مبلغ نقدي جبري يفرض على أصحاب العقارات بنسبة المنفعة التي لحقتهم جراء قيام الإدارة بالأشغال العامة. د. طاهر الجنابي ، المالية العامة والتشريع المالي ، مصدر سابق ، ص ٦٠.

^٦ د. طاهر الجنابي ، المالية العامة والتشريع المالي ، مصدر سابق، ص ٦٠. د. سعيد عبد العزيز عثمان، المالية العامة- مدخل تحليلي معاصر ، الدار الجامعية، الإسكندرية - مصر ، ٢٠١١، ص ١١٢. د. رائد ناجي أحمد، علم المالية العامة والتشريع المالي في العراق ، مصدر سابق، ص ٥٨. وكذلك د. محمود محمد الدمرداش ود. صابر يونس بريك، اقتصاديات المالية العامة، مصدر سابق، ص ٢١٢.

الفصل الثاني تحسن العقار في الاستملاك

الإستملاك أو خارجه ^(١) ، وفي ذلك تخفيف عن الإدارة على قدر الإمكان بتحمل الملاك نصيباً من تكاليف المشروعات العامة التي تقوم بها الدولة لصالح الجميع والتي يعود نفعها على الملاك أيضاً ^(٢) .

وهذا الرأي ما نال تأييد بعض الباحثين ^(٣) ، إلا أن البعض الآخر من الباحثين المتخصصين لا يرون أن هنالك إتصلاً بينهما، فلكل منهما سبب لاداءه وظروف مختلفة لجبايته، فالأتاوة هي بمثابة أجرة يدفعها شخص من أشخاص القانون الخاص، في الغالب مستثمر أو مستغل لحد إيرادات املاك الدولة الطبيعية (الأملاك الاستخراجية إلى مالك هذه الاموال الدولة ، فالأتاوة هي مقابل لما تدره تلك الاملاك الخاصة المملوكة للدولة على مستثمرها أو مستغليها وتؤدي تلك الاجرة بشكل اقساط تمتد مع أجل مدة الانتفاع ^(٤) ، بينما مقابل التحسن هو فريضة مستقلة فهو يصنف من ضمن فئة الإيرادات التي لا يجمعها معيار موحد وما يصعب الامر أكثر هو غموض جذور فكرة هذا الايراد وأختلاصه وتداخله مع صور أخرى من الايرادات التي يشاركها بجزء من خصائصها هذا ما يكسب هذا الايراد تفرد وتميز عن سائر الإيرادات الأخرى ^(٥) ، من حيث الصفة السيادية لمقابل التحسن، والتكافؤ بين الملاك في تحمل الاعباء المالية وتجاهل المقدرة التكاليفية ، وتعلق مقابل التحسن بارتفاع القيمة الرأسمالية للعقار ، وقابلية المنفعة الخاصة للقياس وأخيراً الغاية من اداء مقابل التحسن هو المساهمة في تغطية تكاليف الاعمال العامة.

ونرى بأن هذا الرأي الأخير جدير بالتأييد في تفسير الأساس القانوني لإستحقاق بدل التحسن من العقارات المجاورة للعقار المستملك وذلك لرجاحة أسانيدده، كما أن المنفعة الخاصة الطارئة التي قدمتها الدولة لإصحاب العقارات المجاورة تكون مفروضة وليس لهم الخيار في قبولها أو رفضها، لأنها متأتية من المنفعة العامة للمجتمع .

^١ د. وفاء سيد أحمد ، قيود الملكية للمصلحة العامة، مصدر سابق، ص ٢٤٤.

^٢ د. وفاء سيد أحمد ، قيود الملكية للمصلحة العامة، المصدر نفسه ، ص ٢٤٥.

^٣ د. جمال عبد كاظم ، تغير حالة العقار ، مصدر سابق ، ص ٨١.

^٤ علي عبد العباس نعيم، النظام القانوني لمقابل التحسين في القانون العراقي، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة كركوك، ٢٠٢٢، ص ٤٧-٤٨.

^٥ علي عبد العباس نعيم، النظام القانوني لمقابل التحسين في القانون العراقي، مصدر سابق، ص ٥٣.

المطلب الثاني

تقدير بدل التحسن

تبين لنا فيما سبق أن بعض التشريعات أقرت أستحقاق بدل للتحسن الطارئ بفعل الإستملاك ، فالتساؤل الذي يثار ماهي الضوابط التي اعتمدها المشرع في تقدير بدل التحسن ؟ .

أن هذا الأمر يختلف بحسب فلسفة المشرع التي ينطلق منها على أساس مدى إتاحة المجال لسلطة القاضي، أو لجهة إدارية مختصة في تقدير بدل التحسن ، أو أن يستأثر المشرع بها ويقوم هو بتحديدده؟ أو من وجهة نظر أخرى إذا نظرنا إلى الموضوع من الناحية الفنية الصياغة القانونية للقواعد القانونية فهو أما أن توضع لتنظيم واقعة محددة تحديداً كاملاً، وعندئذ تتخذ القاعدة عند تطبيقها طابعاً جامداً وموضوعياً ، وأما ان توضع بحيث تترك مجالاً لتقدير الجهة المختصة بسبب أنها تنظم وقائع غير محدودة أو متغيرة تخضع لتأثير الحياة الاجتماعية، ولذا يتغير التقدير بحسب الظروف ، وعندئذ تتخذ القاعدة حين تطبيقها طابعاً مرناً وتكون لهذا السبب أكثر تحقيقاً للعدالة^(١) فموقف التشريعات انقسمت إلى اتجاهين ، اتجاه تبني الضابط الجامد وحدد بدل التحسن بنصاب محدد والآخر تبني الضابط المرن في تقدير بدل التحسن .

ولغرض بيان موقف التشريعات المقارنة من الضابط الذي تتبناه ، سنقسم هذا المطلب على فرعين، نتناول في الأول الضابط المحدد بنصاب في تقدير بدل التحسن وفي الثاني الضابط غير المحدد بنصاب في تقدير بدل التحسن .

^١ ينظر د. عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ج١، مصدر سابق ، ص٢٥٥.

الفرع الأول

الضابط المحدد بنصاب في تقدير بدل التحسن

تبنت بعض التشريعات أسلوب النصاب محدد في تقدير بدل التحسن الناشئ عن الإستملاك، لذا سنحاول في هذا الموضع بيان أحكام هذا النصاب الذي اعتمدته تلك التشريعات و أساس تقديره ؟ ولغرض بيان ذلك بصوره مفصله سنقسم هذا الفرع على فترتين نتناول في الفقرة الأولى أحكام النصاب المحدد، وفي الفقرة الثانية أساس تقديره.

أولاً- أحكام النصاب المحدد :- لعل المنتبغ لموقف المشرع العراقي في قوانين الاستملاك المتعاقبة يلاحظ أنه أستقر على تحديد النصاب بما يسمى بالربع القانوني^(١) ، والأخير له مفهوم قانوني يختلف بحسب حالتي التحسن التي تطرأ على العقار، ففي الحالة الأولى تحسن الجزء المتبقي من العقار المستملك، يتمثل الربع القانوني بنسبة مستقطعة من مساحة أرض العقار المستملكة أجاز القانون نزع ملكيتها بدون تعويض نقدي أو عيني عنها ، وذلك مقابل لتحسن وزيادة قيمة ما تبقى من العقار المستملك جزءاً منه ، فمقدار النصاب المستقطع في الإستملاك الجزئي لا يتجاوز ربع مساحة أرض العقار، فإننا نكون من الناحية العملية أمام ثلاث فرضيات:-

الأولى إذا كانت مساحة الأرض المراد أستملكها تتجاوز الربع من المساحة الكلية للعقار، ففي هذا الفرض يتم أستملاك ما يساوي ربع الأرض بدون تعويض، ويعوض عن المنشآت والغراس إذا كانت موجودة عليها، أما فيما يتعلق بالمساحة المستملكة الزائدة عن الربع فيتم دفع تعويض عن الأرض مع منشآتها وغراسها إذا كانت موجودة .

والثانية إذا كان الإستملاك الجزئي مساوي لربع المساحة العمومية للعقار ، ففي هذا الفرض يستملك هذا الجزء من العقار دون أن يدفع للمستملك منه أي تعويض ، وإنما يقتصر التعويض على المنشآت والمغروسات التي تقع ضمن المساحة المستملكة، وتطبيقاً لذلك قضى

^١ ينظر نص المادة (٢٠) و(٢٢) من قانون الاستملاك رقم ٥٧ لسنة ١٩٦٠ الملغي، وكذلك ينظر المادة (٣) و(١١) من قانون الاستملاك رقم ٥٤ لسنة ١٩٧٠ الملغي ، وكذلك ينظر : نص المادة (٣٧) و(٣٨) و(٤١) من قانون الإستملاك النافذ .

الفصل الثاني تحسن العقار في الاستملاك

القضاء العراقي " .. ذلك أنه ثبت لهيئة التقدير أن الاستملاك يؤدي إلى تحسين موقع العقار المطلوب استملاكه... وبالتالي فإن للمستملك ان يستملك (دون بدل) ما لا يتجاوز ربع مساحة أرض العقار.."^(١).

ويرى البعض إن فكرة استقطاع الربع القانوني تعود في أصلها إلى نظام المقاصة في القانون المدني^(٢) ، الذي يُعد وسيلة من وسائل أنقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء^(٣)، وتتمثل الآلية الفنية للمقاصة في الربع القانوني في أن الجهة المستملكة مدينة لصاحب العقار بالتعويض عن نزع ملكية جزء من عقاره، وصاحب العقار مدين للإدارة بمقابل المنفعة نتيجة التحسن الذي طرأ على عقاره وزيادة قيمته ، وبهذا تحصل المقاصة القانونية بين الدينين ، وتكون عملية المقاصة جبرية بقوة القانون وهذا ما أكدته القضاء ، إذ قضى "أن على محكمة الموضوع كان لزاماً عليها أن تفهم الخبراء باستيفاء الربع القانوني ..."^(٤) . وفي قضية أخرى قضى على ضرورة استيفاء الربع القانوني إلا إذا كانت مستوفية من قبل^(٥) .

والثالثة إذا كان الإستملاك الجزئي أقل من ربع مساحة الأرض الكلية للعقار المستملك ، ففي هذا الفرض يتم أستملاك بدون تعويض ويلزم المستملك منه بدفع مبلغ نقدي على سبيل التعويض ليكمل ربع مساحة العقار، وفي هذا الصدد يثار تساؤل ماهو الوقت لتقدير التعويض النقدي لتكملة ربع مساحة العقار ، هل هو وقت قبل ثبوت التحسن أم وقت بعد ثبوت التحسن؟.

بالرجوع لنص المادة (٣٨) من قانون الاستملاك العراقي النافذ نلاحظ أنه نص في عجز المادة " يلزم المستملك منه بدفع قيمة ما يكمل ربع المساحة العمومية للأرض قبل الأستملاك " ولاحظ

^١ محكمة أستئناف بغداد الرصافة الاتحادية / الهيئة التمييزية، قرار رقم ٩٠٦، أستملاك/ بتاريخ ٢٠١٣/٧/١٦ أشار إليه د. جمال عبد كاظم ، تغير حالة العقار ، مصدر سابق ، ص٨٣.

^٢ خالد رشيد الدليمي، نزع الملكية للنفع العام دراسة مقارنة ، مصدر سابق، ص١٤٥.

^٣ عرفت المادة (٤٠٨) المقاصة بأنها إسقاط دين مطلوب لشخص من غريمه في مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص لغريمه .

^٤ محكمة تمييز إقيم كوردستان ، قرار رقم(٤٠٢/ الهيئة المدنية/٢٠١٨) بتاريخ ٢٠١٨/١٠/٢ أشار إليه ظاهر مجيد قادر وآخرون، نزع ملكية العقار دون بدل ، مصدر سابق، ص٣.

^٥ محكمة أستئناف منطقة السليمانية، قرار رقم (٤٣٨/ب/٢٠١٧) بتاريخ ٢٠١٧/١٢/٢٧ أشار إليه ظاهر مجيد قادر وآخرون، نزع ملكية العقار دون بدل ، المصدر نفسه، ص٣.

الفصل الثاني تحسن العقار في الاستملاك

جانب من الفقه أن موقف المشرع العراقي غامضاً من هذه الجهة، فهل أن المقصود بلفظ قبل الاستملاك يعود على المساحة أم على القيمة؟ يرى بأن لفظ الاستملاك يعود على المساحة وليس القيمة ، أما فيما يخص قيمة مقابل التحسين هو قيمة ما يكمل ربع المساحة العقار العمومية وهو متحسناً باعتبار أن الجهة المستملكة لها ربع العقار دون مقابل ، وإذا لم تستملك تمام الربع ، فتكون بمثابة البائع لما يكمل ربع المساحة ، وإن الثمن سيكون بقيمة الجزء متحسناً ، ويستند في ذلك إلى الحكم القضائي الصادر من محكمة بداءة الرصافة وأيدته محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية إذ قضت " ... ٢ - إلزام المستملك منهم .. بدفع قيمة مساحة ما يكمل الربع القانوني البالغة (٢٦) م٢ المقدرة من قبل هيئة التقدير مقداره (١٣٠,٠٠٠,٠٠٠) مائة وثلاثون مليون دينار على أساس تقدير قيمة المتر المربع الواحد منها بمبلغ خمسة ملايين دينار...^(١) ولاحظ أن سعر ٥ مليون دينار للمتر المربع الواحد احتسبتها هيئة التقدير على أساس سعرها بعد التحسن (٢) .

وإذا تحققت هذه الفرضية فالتساؤل الذي يثار من هي الجهة المستحقة في استيفاء قيمة ما يكمل ربع المساحة الكلية للأرض ، فهل يكون للمستملك؟ أم لأمانة العاصمة والبلديات ؟ أم لوزارة المالية ؟.

سكت المشرع في المادة (٣٨) من قانون الاستملاك ، عن الجهة التي تستوفي مقابل التحسين ، ويرى البعض أن على المشرع أن يحدد الجهة بصورة صريحة ، وأن تكون لأمانة العاصمة أو البلديات قياساً على نص المادة (٤١) التي تضمنت الصورة الثانية من التحسن التي تطرأ على العقارات المجاورة للعقار المستملك ، ويعلل ذلك بأن التحسن من شأن البلديات ، وإن هذه المبالغ ستخصص للأعمال البلدية ومنها تحسين المدينة ذاتها ، سيما وأن العراق يتجه لنظام الإدارة اللامركزية (٣) .

^١ قرار محكمة أستئناف بغداد الرصافة الاتحادية بصفتها التمييزية ، قرار رقم ٩١٤ بتاريخ ١٦/٧/٢٠١٣ . منشور لدى لفته محمد هامل، المختار من قضاء محكمة أستئناف بغداد الرصافة الاتحادية بصفتها التمييزية، ج٢، مطبعة الكتاب، بغداد - العراق ، ٢٠١٤، ص٢٢٨.

^٢ د. جمال عبد كاظم ، تغير حالة العقار ، مصدر سابق ، ص٨٥.

^٣ د. جمال عبد كاظم ، تغير حالة العقار ، مصدر سابق ، ص٨٦.

الفصل الثاني تحسن العقار في الاستملاك

وفي حالة استملاك جزئي للعقار وحصل تحسن في الجزء المتبقي وتم استيفاء مقابل للتحسن ، وفي وقت لاحق استملاك جزء آخر من العقار وحصل تحسن في الجزء المتبقي فهل يتم استيفاء مقابل التحسن مرة أخرى ؟ .

في التشريع العراقي يستوفى مقابل التحسن بربع مساحة العقار لمرة واحدة ، سواء تم استيفاءه وفقاً لقانون الاستملاك أو بموجب تشريعات أخرى ، ويسري هذا الحكم على الأجزاء المفترزة من العقار إذا ما كان الإفراز بعد التحسين وأخذ الربع القانوني من العقار قبل إفرازه^(١) .

أما في الحالة الثانية وهي تحسن العقارات المجاورة للعقار المستملك كظهوره مباشرة على الشوارع أو الساحات أو المتنزهات أو الجسور أو الطرق أو عند توسع جبهته أو توسع الشارع أو الساحة أو المتنزه الذي يقع عليه العقار^(٢) .

فيمثل الربع القانوني بدفع رسم إلى أمانة العاصمة أو البلدية المختصة يعادل ربع الفرق بين قيمة المساحة العمومية للأرض (دون الأبنية والمغروسات) قبل البدء بالمشروع ، وقيمتها بعد تنفيذه^(٣) .

فالم تأمل مما سبق يلاحظ أن المشرع افترض مقابل التحسن الطارئ في العقار بصورة قرينة قانونية قاطعة لا يجوز اثبات عكسها حتى لا يفوت الغرض البعيد الذي يستهدفه القانون ، فهو قد صاغ صياغة حولها في نهاية الأمر بحيث خرجها من نطاق الإثبات ليجعل منها قاعدة موضوعية تحكم موضوع الحق ، فقصدها في الأصل تيسير تقدير البذل .

حيث حدد بدل التحسن الناشئ عن الاستملاك بنصاب محدد وهو الربع القانوني وهو وضع افتراضي مؤداه تعجيل الحكم في أمر غير معروف معرفة كافيته ، فهو انزال أمر مشكوك فيه منزلة الأمر المؤكد واعتبار أمر ما واقعاً .

^١ نصت المادة (٤٠) من قانون الاستملاك العراقي النافذ " لا يجوز استملاك ربع مساحة أرض العقار بدون بدل، إلا لمرة واحدة، ولا يتكرر استيفاء النسبة المذكورة ، إذا سبق استيفاءه من العقار المستملك أو العقار المفترز منه، بموجب تشريعات أخرى"

^٢ ينظر: نص المادة (٤١) من قانون الاستملاك النافذ.

^٣ ينظر نص المادة ٢١ من قانون الاستملاك رقم ٥٧ لسنة ١٩٦٠ الملغي وكذلك ينظر المادة (١١) من قانون الاستملاك رقم ٥٤ لسنة ١٩٧٠ الملغي .

الفصل الثاني تحسن العقار في الاستملاك

وفي حالة فرض رسم التحسن على عقار بسبب مشروع ذي منفعة عامة، فهل يتكرر هذا الرسم بسبب مشروع ثان ، إذا أدى المشروع الأخير إلى تحسن العقار مرة أخرى بسببه؟ .

لعل المتأمل لموقف المشرع العراقي لم ينص بصورة واضحة على جواز تكرار أو عدم تكرار أستحصال رسم التحسن ، في حالة تكرار الاستملاك في نفس المنطقة وحدث تحسن في قيمتها النقدية، وأنما نظم بصورة صريحة حالة الاستملاك الجزئي للعقار وتحسن الجزء المتبقي منه وأستحق ربع مساحة أرضه بدون بدل، ثم وقع استملاك آخر في نفس منطقة العقار الذي تم أستملاك جزءاً منه وأدى إلى تحسن العقارات المجاورة له، بما فيها العقار الذي سبق وأن تم أستملاكه، ففي هذا الفرض لا يتحقق رسم التحسن (١) .

ويذهب رأي من الفقه في أن هذا الحكم يجب أن ينصرف إلى العقارات التي ترتب عليها رسم التحسن التي لم يمسه الاستملاك وتحسنت بسبب مشروع ذي منفعة عامة، فلا يتكرر هذا الرسم بسبب مشروع ثان (٢) .

وذهب إلى هذا الحكم رأي آخر من الفقه ، وأن كان يرى في أن أستحقاق رسم التحسن لأول مرة يُعدّ مخالف لأحكام الدستور ، إلا أنها ستكون مرهقة إذا ما تكرر أستحصالها من مالكي العقارات كلما قامت البلدية بأعمال منفعة عامة وأدت إلى تحسن العقار، سيما إذا ما كانت قد تحصلت في المرة الأولى على ما قيمته ربع الفرق بين قيمة العقار قبل تنفيذ المشروع وقيمه بعد تنفيذ المشروع ، وهي مبالغ ليست بالقليلة ، فهو يوصي بالمشرع العراقي على عدم تكرار أخذ هذا الرسم أكثر من مرة واحدة (٣) .

والملاحظ على هذا الرأي أنه جمع بين النقيضين ، فمرة يرى في أستحصال مقابل التحسن في أنه مخالف لأحكام الدستور ومرة أخرى يوصي بالمشرع العراقي على عدم تكرار أخذ رسم مقابل التحسن أكثر من مرة.

^١ ينظر : نص المادة ٤٨ من قانون الاستملاك النافذ.

^٢ مصطفى مجيد، شرح قانون الاستملاك، مصدر سابق، ص ١٦٨.

^٣ د. جمال عبد كاظم ، تغير حالة العقار ، مصدر سابق ، ص ٨٧.

الا أنه يتبين لنا أن المحكمة الاتحادية العليا سبق وأن قضت في إحدى قراراتها بدستورية أستحقاق مقابل التحسن للمرة الأولى^(١) ، فهي قد حسمت الجدل والخلاف الفقهي في مدى دستوريته، وأن أ استمرار في هذا الجدل بعد قرار المحكمة يكون غير ذي جدوى ، لذا نرى أن ما ذهب إليه هذا الرأي من الاقتراح على المشرع العراقي بالنص بصورة صريحة على عدم تكرار أخذ الرسم أكثر من مرة رأي جدير بالتأييد .

ثانيا - أساس تقديره

أن تبني المشرع العراقي ضابط تشريعي محدد من قبله، في تقدير بدل التحسن باستخدام الأسلوب الجامد بتحديد نصاب محدد، رغبة منه في تحقيق عدة غايات ، فمن هذه الغايات هو ضمان تحقيق مبدأ العدل في أن هذا النصاب المحدد سوف يطبق بصورة متساوية على جميع عمليات الإستملاك التي تطرأ عليها تحسن ، كما أنه يحقق مبدأ استقرار المعاملات، وأيضاً يهدف المشرع إلى تحقيق مبدأ الاستقرار القانوني ويتم ذلك بوسيلة التشريع ، والأخيرة تحتاج إلى آلية تسمح للمشرع بالتعبير عن أرائه تعبيراً دقيقاً وهي الصياغة القانونية الجامدة، فالأخيرة تسلب من الوظائف المهمة للسلطة القضائية أو التنفيذية وهي سلطتها التقديرية، وتقيد سلطة القاضي ليقصر على تطبيق القانون فقط ، وعلى العكس من ذلك في ظل الصياغة التشريعية المرنة فتكون هنالك فسحة واسعة لسلطة القاضي أو الإدارة التقديرية^(٢) .

كما أن استخدام المشرع اسلوب النصاب المحدد يحقق عدة مزايا، فمن هذه المزايا هو معرفة النسبة المستقطعة مقدماً جراء بدل التحسن بصورة يبعث الطمأنينة في نفس المستملاك منه بأن مصير هذه المعاملة التي يقدمون عليها عبر معرفتهم مقدماً النتائج المترتبة على التحسن الناتج من الإستملاك .

^١ قرار محكمة الاتحادية العليا، ٢٥ / أتحادية / ٢٠٠٧، بتاريخ ٢٠٠٨/٨/١ غير منشور

^٢ ينظر : علي حميد كاظم الشكري، استقرار المعاملات المالية، أطروحة دكتوراه ، جامعة كربلاء كلية القانون، فصل أول ، ٢٠١٤، ص ٣٩ .

ومن مزايا هذا التحديد القانوني المحدد والمنضبط أنه لا يترك فرصة لتعدد الآراء ، ولا يتغير فهي تظل بصفة دائمة بحيث تظل القاعدة القانونية ملزمة للناس كافة في كل مكان وزمان^(١) .

ولكن بالتأكيد أن هذا التحديد يخلو من صفات مميزة يتمتع بها في حالة لو تم عدم تحديد نصاب معين وهذا ما سوف نلاحظه في موقف التشريعات التي اعتمدت على معيار عدم تحديد النصاب.

وإزاء هذه الغايات والمزايا فضل المشرع الأسلوب الجامد على الأسلوب المرن، بالرغم من ان الأخير يحقق مبدأ العدالة بتقدير بدل التحسن من خلال إعطاء الاختصاص لجهة معينة التي تراعي تفاصيل الأمور وجزئياتها في تقدير بدل التحسن ، إلا أن سلبات هذا الأسلوب من تعسف أو انحراف الجهة المختصة بالتقدير في استعمال هذه السلطة التقديرية الممنوحة لها، كما أن عملية الإستملاك يمس حق الملكية والذي يعد من الحقوق الأساسية للأفراد والمحمية دستورياً فمثل هذا التغير الذي يطرأ عليها، فخشية المشرع من تزعزع الملكية الخاصة للأفراد فيما إذا ترك الأمر للسلطة التقديرية لجهة إدارية مختصة، كما أنه لم يترك الأمر إلى القضاء في تقدير بدل التحسن على اعتبار إن هذا الأمر يخرج من اختصاصات السلطة القضائية ومن مهامها الأساسية وهو الفصل في النزاعات ، فتولى المشرع بتنظيم حكم المسألة بنفسه وهو بذلك ضمن مبدأ العدل ومبدأ استقرار المعاملات .

الفرع الثاني

الضابط الغير المحدد بنصاب في تقدير بدل التحسن

انتهجت بعض التشريعات الأسلوب المرن في تقدير مقابل التحسن ، لذا سنحاول في هذا الموضع بيان أحكام هذا النصاب الذي اعتمدته تلك التشريعات و أساس تقديره، ولغرض بيان ذلك بصورة مفصلة، سنقسم هذا الفرع على فقرتين نتناول في الفقرة الأولى أحكام النصاب الغير محدد ، وفي الفقرة الثانية أساس تقديره .

^١ ينظر: علي حميد كاظم الشكري، استقرار المعاملات المالية، فصل أول ، مصدر سابق ، ص ٤٩.

أولاً - أحكام النصاب الغير محدد :

تبنى هذا المعيار المشرع الفرنسي، وسار على نهجه المشرع المصري ، ففي النوع الأول من التحسن الذي يطرأ على الجزء المتبقي من العقار المستملك، فالمشرع الفرنسي أعطى سلطة تقديرية للقاضي في تقدير التحسن الحاصل ويستقطع بالمقاصة من مقدار التعويض ^(١) .

أما المشرع المصري فأعطى سلطة تقديرية لهيئة إدارية مختصة في أن تقدر التحسن الحاصل في الجزء المتبقي من العقار، ويستقطع بالمقاصة من مقدار التعويض ، ولكن المشرع المصري جاء بأحكام تفصيلية، فإذا طرأ التحسن في مشروعات التنظيم خارج المدن فالمشرع أوجب على هيئة التقدير أن تراعي هذه الزيادة في تقدير التعويض .

ويلاحظ على موقف المشرع المصري أنه أعطى سلطة تقديرية مطلقة للجنة المختصة عند تقديرها مقدار التحسن، فلم يحددها بضابط حد أعلى كما كان عليه المشرع في قانون نزع الملكية رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ الملغي ، فالمشرع حذف الحد الأقصى للمبلغ الواجب إضافته أو إسقاطه الذي كان وارداً في نص المادة (١٩) من قانون الملغي فكان النص السابق لا يسمح بمراعاة الزيادة إلا في حدود نصف القيمة التي يستحقها المالك مقابل نزع الملكية ^(٢) ، ويؤيد الفقه هذا التوجه لأن بقاءه يقيد اللجنة دون مبرر خاصة مع الارتفاع الكبير في أسعار العقارات ^(٣) .

فالمشرع المصري أوجب على اللجنة مراعاة الزيادة الحاصلة في الجزء المتبقي من العقار في تقدير التعويض فهل هي ملزمة بأن تنقص من مقدار التعويض إذ حصل التحسن أم لا ؟.

^١ نصت المادة ٢٠ من الأمر الصادر في ٢٣ أكتوبر ١٩٥٨ الملغي على أنه " إذا أدى تنفيذ الأعمال التي نزع من أجلها جزء من العقار إلى زيادة قيمة الجزء الباقي ، فعلى القاضي أن يراعي عند حساب التعويض إجراء المقاصة بين زيادة القيمة ومقدار التعويض " وكذلك الحكم نفسه في قانون نزع الملكية النافذ في نص المادة L321-5.

^٢ ينظر د. سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، مصدر سابق، ص ٦١١.

^٣ د. عيد سعد دسوقي، حماية الملكية الخاصة في القضاء الإداري والدستوري، بدون ذكر رقم الطبعة، دار النهضة العربية، ٢٠١٢، ص ١٦٧.

الفصل الثاني تحسن العقار في الاستملاك

ويرى جانب من الفقه في أن المشرع المصري وجه لجان التقدير بأن تراعي الزيادة التي حصلت بسبب تحسن جزء العقار غير المستملك عند احتساب التعويض ، وهذا لا يعني أن تنقص من التعويض مقدار التحسن ، إذ ان عبارة " المراعاة" التي نص عليها المشرع لا تعني بالضرورة أنقص قيمة التحسن من التعويض ويسبب ذلك في ان المشرع لم تعييه الحيلة بالنص على ذلك الأمر بوضوح^(١) .

أما إذا طرأ التحسن في مشروعات التنظيم داخل المدن، فالمشرع لم يعط سلطة تقديرية مطلقة للهيئة عند تقديرها مقدار التحسن، وإنما أعطى سلطة تقديرية نسبية فحددها بضابط حد أعلى لا يجوز أن يتجاوز مبلغ مقدار التحسن الواجب استقطاعه من مبلغ التعويض عن نصف التكاليف الفعلية لإنشاء أو توسيع الشارع أو الميدان الذي نتج عنه هذا التحسن^(٢) ، وهذا ما أستقر عليه القضاء^(٣) .

ويثار نفس السؤال الذي آثرناه لدى موقف المشرع العراقي ، هل يتم استيفاء مقابل التحسن مرة أخرى إذا تم استملاك مرة أخرى جزءاً من العقار ؟ .

لم ينص المشرع المصري على حكم صريح كما فعل المشرع العراقي في عدم تكرار استيفاء مقابل التحسن ، وسبب ذلك كما يعتقد البعض في أن المشرع المصري لم يأخذ بالربع القانوني كما فعل المشرع العراقي^(٤) ، ومؤدى ذلك يكون الحكم في التشريع المصري هو لا يوجد ما يمنع من تكرار استيفاء مقابل التحسن كلما تم استملاك جزء من العقار وتحسن بسببه .

^١ د. جمال عبد كاظم ، تغير حالة العقار ، مصدر سابق ، ص ٨٦ .

^٢ ينظر نص المادة (١٧) و(١٩) من قانون نزاع الملكية النافذ .

^٣ محكمة النقض المصرية ، قرار رقم ١٤٧٤٤ ، بتاريخ ٢٧/٣/٢٠١٩ وبنفس المعنى كذلك قرار رقم ١٤٣٩٦ بتاريخ ١٧/٣/٢٠١٩ وكذلك قرار رقم ٦٢١٠ بتاريخ ١٠/١/٢٠١٩ وكذلك قرار رقم ٧٣٦٧ بتاريخ ٤/١٢/٢٠١٨ وكذلك قرار رقم ١٣٦٥٣ بتاريخ ١/١١/٢٠١٨ ، وكذلك قرار رقم ٥٨٧٣ بتاريخ ١٦/٩/٢٠١٨ .

قرارات منشورة على موقع محكمة النقض المصرية <https://www.cc.gov.eg>

^٤ د. جمال عبد كاظم ، تغير حالة العقار ، مصدر سابق ، ص ٨٦ .

الفصل الثاني تحسن العقار في الاستملاك

أما النوع الثاني وهو التحسن الذي يطرأ على العقارات المجاورة للعقار المستملك فيلزم ملاكها بدفع مقابل هذا التحسن بحيث لا يجاوز ذلك نصف التكاليف الفعلية لإنشاء أو توسيع الشارع أو الميدان الذي نتج عنه هذا التحسين^(١).

فالزيادة أو النقصان الذي يرد على العقار المنزوع ملكيته جزء منه نتيجة للتحسينات التي قامت بها جهة الإدارة غير معروف أو محدد قيمته مسبقاً مما يجعل تحديد حد أقصى لها أياً كان لا يحقق العدالة بالنسبة لذوي الشأن أو لجهة الإدارة على سواء^(٢).

وبذلك فإن المشرع المصري لم يأخذ بفكرة الربع القانوني كمقابل للتحسن الطارئ على جزء من العقار المستملك بسبب أعمال المنفعة العامة، فهو لم يأخذ بهذا المعيار الجامد لتحديد مقابل التحسن، وإنما أخذ بمعيار مرن موضوعي من خلال ترك تقدير التحسن إلى اللجنة المختصة في تقدير التعويض حيث ان على الأخيرة أن تراعي عند تقدير التعويض عن الإستملاك مقدار الزيادة في قيمة الجزء الآخر من العقار غير المستملك. فهو من المهام الجوهرية للجنة وأغفال ذلك يعد قرارها مخالف للقانون وعرضه للنقض وتطبيقاً لذلك قضى القضاء المصري " ... الخبير الذي لم يراع في تقديره له التحسين الذي طرأ على باقي أرض المطعون ضده وبيان عناصر ما زاد عليها من تحسين وما يجب اسقاطه من التعويض ومتحجباً الرد على دفاع الطاعن بشأن تمسكه بطلب خصم مقابل التحسين الذي لحق باقي أرض المطعون ضده من مبلغ التعويض المحكوم به^(٣) .

وفي قضية أخرى قضت محكمة النقض المصرية بإلزام الطاعن بأداء كامل القيمة عن جزء العقار المستولى عليه دون خصم مقابل التحسين الذي طرأ على الجزء الباقي منه ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه^(٤) .

^١ ينظر د. السنهوري، حق الملكية، ج٨، مصدر سابق، ص ٦٣٦.

^٢ د. وفاء سيد أحمد ، قيود الملكية للمصلحة العامة ، مصدر سابق، ص ٢٤١.

^٣ محكمة النقض المصرية قرار رقم ٣٥٦٧ بتاريخ ٢٠١٨/٥/١٤، قرار منشور على موقع محكمة النقض المصرية <https://www.cc.gov.eg>

^٤ محكمة النقض المصرية ، قرار رقم ٤٥٨٦ بتاريخ ٢٠١٩/٣/٢٧، قرار منشور على موقع محكمة النقض المصرية <https://www.cc.gov.eg>

الفصل الثاني تحسن العقار في الاستملاك

كما حددت المادة الأولى من هذا القانون نطاق تطبيقه " يفرض في المدن والقرى التي بها مجالس بلدية مقابل تحسين على العقارات المبنية والأراضي التي يطرأ عليها تحسين بسبب أعمال المنفعة العامة "، ومن ثم فإن نطاق تطبيق هذا القانون من حيث المكان ينحصر في تلك المدن والقرى السابق الإشارة إليها ، وإن الجهة المختصة باستحقاق البديل التحسن هو المجلس الذي يدخل في دائرة اختصاصه تحصيل هذا المقابل ويكون مورداً من موارده.

ويرى جانب من الفقه في توجه المشرع المصري أنه أكثر عدالة من المشرع العراقي، لأن قد تكون أقيام مقابل التحسين في العراق اكبر من قيمة المشروع الذي إقامته الدولة، في حين حمل المشرع المصري الجهة المستملكة نصف قيمة المشروع وحمل الملاك الذين تحسنت عقاراتهم بالنصف الآخر^(١) .

لكن مما يؤخذ على هذا الرأي أنه ليس بالحاسم في كل الفرضيات فهو يصدق في الفرضية أعلاه ، ولا يصدق في الفرضية العكس، عندما تكون أقيام مقابل التحسن اقل من قيمة المشروع الذي إقامته الدولة، والعدالة تنتفي سيما عندما تكون تكلفة المشرع كبيرة فتحمل اصحاب العقارات التي تحسنت نصف التكاليف الفعلية يشكل عليهم عبء كبيراً.

ثانياً: أساس تقديره

لعل المتأمل من موقف التشريعات التي تبنت هذا المعيار المرن في تقدير التعويض انها تنطلق من منطلق غاية القانون وهو مبدأ العدالة، فالقانون لا يستطيع أن يؤدي وظيفة التنظيمية بصورة مستمرة إن هو اقتصر على إن يضع نصوصه في صيغة جامدة ،لأنها تعجز في الكثير من الأحوال عن مسايرة الظواهر الإجتماعية المتغيرة ، ثم ان القانون الذي يكون محدداً دقيقاً غالباً ما تنقصه المرونة بسبب عدم اشتماله على الحالات المختلفة والخاصة التي تشذ عن المألوف .

وإذا كانت مهمة القانون في تنظيم تقدير التعويض وجب ان يكون على شاكلة الحياة في المرونة والقابلية للتغير كلما لم يمنعه من ذلك ضرورة من ضرورات الاستقرار القانوني ، ومن

^١ د. جمال عبد كاظم ، تغير حالة العقار ، مصدر سابق ، ص ٨٧.

الفصل الثاني تحسن العقار في الاستملاك

هنا كانت الخطوة التي تتمتع بها التعريفات الواسعة التي تكون من المرونة بحيث تستطيع ان تشمل جميع الحالات والتي تتيح لكل حالة من هذه الحالات ان تلقي المعاملة المناسبة، لذا يلجأ المشرع إلى استعمال طريقة مرنة مطاطة غير محدودة ويترك تقديرها لسلطة الجهة المختصة ، وبهذا يظل التعاون مستمراً بين الضمير الاجتماعي والقانون الوضعي عن طريق القاضي الذي يصير بذلك مساعداً للنظام القانوني .

ويستعمل المشرع في تحقيق ظاهرة مرونة القاعدة القانونية من خلال اكتفاءه، إن يبين اتجاه القاعدة القانونية ويترك لتقدير القاضي تطبيق تلك القاعدة وفقاً لظروف الزمان والمكان ولكي يراعي المعايير الموضوعية التفصيلية والواقعية والتي تحقق أكثر عدالة ، فهو يراعي طبيعة وموقع العقار موضوع الاستملاك حيث يختلف تقدير بدل تحسن العقارات الواقعة ضمن مراكز المدن وتلك التي تقع خارج مراكز المدن وعلى الأطراف .

وكذلك طبيعة المشروع الذي يجري استملاك العقار لإقامته فإذا كان المشروع من مشاريع النفع العام غير الأساسية بالنظر إلى ظروف الدولة والمجتمع وموقع العقار .

وكذلك الضرر والإزعاج الذي قد يصيب المالك جراء الاستملاك، وطبيعة وموقع الجزء المستملك من العقار في حالة استملاك جزء من العقار وتأثير استملاك ذلك الجزء على قيمة العقار غير المشمول بالاستملاك ، وفي فرض نقصان قيمة الجزء غير المستملك من العقار بسبب الاستملاك في الحالات التي يكون فيها الاستملاك جزئياً .

الفصل الثالث

الضرر الطارئ في الإستملاك

بالرغم من إن موقف التشريعات المقارنة، قد قطعت الطريق أمام الإدارة، ومنعتها من أحداث أي فعل تقصد به الأضرار بالمنفعة الخاصة، ولم تضيف عليها صفة المشروعية، وأقرت التعويض جزاءً لذلك ، إلا أن الإدارة مكلفة بمهمة القيام بالتحسين من واقع المرافق العامة للمجتمع الصحية والمدنية والصناعية والزراعية... الخ، ورغبة منها في مجارة التطور العمراني في تنظيم المدن^(١)، فقد تضطر الإدارة إلى المساس بالملكية الفردية ونزع الملكية من أجل قيام المشروع لتحسين من واقع المنفعة العامة^(٢) ، إلا أنه قد يتأتى من المنفعة العامة بسبب الاستملاك بأضرار لم تكن متوقعة، تنشأ من نوع المشروع المقام للمنفعة العامة ونشاطه، فتحدث تغير سلبي، يختلف من حيث مدى جسامته، تارةً تمس المنفعة العامة للمجتمع، فتحدث أضرار قد تفوق المنفعة المتوخاه تحقيقها كالأضرار البيئية، وفي هذا الصدد نكون أمام تعارض بين مصلحتين عامتين ، وتارةً أخرى تمس الملكية الخاصة للأشخاص، فتحدث أضرار تؤدي إلى نقصان في قيمتها النقدية أو بالمنفعة، وفي هذا الصدد نكون أمام تعارض بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة.

فالضرر المتحقق بسبب المنفعة العامة، الذي يلحق العقارات المستملك جزء منها أو العقارات المجاورة للعقار المستملك، يثير عدة تساؤلات، فما هو الضرر الطارئ في الاستملاك، وبما يختلف عن الضرر العادي في الاستملاك؟ وما هي صورته؟.

وماهي الوسائل الوقائية التي انتهجها المشرع للحماية من ضرر الاستملاك ؟ وفي أي صورة من التعارض بين المصالح؟. لغرض الإجابة عن هذه التساؤلات، سنقسم هذا الفصل على مبحثين، نتناول في الأول بيان ماهية الضرر الطارئ في الإستملاك، وفي الثاني الوسائل القانونية للحد من الضرر الطارئ في الإستملاك .

^١ ادريس الفاخوري، الحقوق العينية ، مصدر سابق، ص ٩٢.

^٢ ينظر: حسن البغال ، نزع الملكية للمنفعة العامة، فقهاً وقضاءً، مصدر سابق، ص ١٨.

المبحث الأول

ماهية الضرر الطارئ في الإستملاك

أن الإستملاك يترتب عليها حرمان المالك من ملكه ، إذ ينتزع منه للمنفعة العامة ، ويُعد ذلك من قبيل الضرر الذي أصاب المالك ، وإزاء ذلك أقرت التشريعات المقارنة التعويض، والأخير ليس ثمناً يمثل قيمة العقار المنزوع ملكيته، وإنما هو جبر لضرر نزع الملكية، أي يخضع للقاعدة العامة في تقدير التعويض، ويشمل كل ما لحقه من ضرر وما فاتته من كسب بسبب نزع الملك^(١) .

فضرر الاستملاك يعد نتيجة طبيعية لنزع الملكية جبراً، ولكن الأمر في الضرر الذي قد يطرأ بسبب الاستملاك، يختلف، فهو لا ينشئ من جراء نزع الملكية جبراً بصورة مباشرة، والتعويض لا يعد نتيجة طبيعية، وإنما نتيجة طارئة لأنه ليس في كل الأحوال يحدث كما في ضرر الاستملاك ، كما ان البعض من صوره لا يستحق التعويض عنها .

فالتساؤل الذي يثار هنا ماهو الضرر الذي يطرأ بسبب الاستملاك ؟ وما هي شروط تحققه؟ فهل يخضع للشروط العامة للضرر أم له شروط خاصة به؟ وهل يتميز عن ضرر الإستملاك؟ ولغرض الوقوف على ماهية الضرر بسبب الإستملاك ، سنقسم هذا المبحث على مطلبين نتناول في الأول تعريف الضرر الطارئ بسبب الإستملاك وفي الثاني أنواع هذا الضرر الطارئ.

المطلب الأول

تعريف الضرر الطارئ في الإستملاك

تمر عملية الإستملاك بعدة مراحل من الإجراءات قانونية والإجراءات الفعلية، وهي تختلف من تشريع إلى آخر، حسبما يضع المشرع من طريقة سير هذه الإجراءات.

^١ في التشريع المصري ينظر: نص المادة الأولى من قانون نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة رقم ١٠ لسنة

١٩٩٠ .

إلا أنه قد يحدث أثناء سير هذه الإجراءات ضرراً ما يطرأ فيصيب المستملك منه أو قد يصيب الغير، ولغرض بيان مفهوم الضرر الطارئ بصورة مفصلة ، سنقسم هذا المطلب على فرعين ، نتناول في الفرع الأول معنى الضرر الطارئ في الاستملاك وفي الفرع الثاني الشروط الواجب توافرها في هذا الضرر الطارئ .

الفرع الأول

معنى الضرر الطارئ في الاستملاك

إن الضرر^(١) هو الشرارة الأولى التي يبدأ معها التفكير في مساءلة من يتسبب فيه وفق قواعد المسؤولية المدنية^(٢) ، وإلزامه بالتعويض نتيجة لإخلاله بالتزام سابق^(٣)، سواء كان هذا الالتزام ناشئ عن عقد فتسمى المسؤولية عقدية نتيجة لإخلال أحد المتعاقدين به ، أو كان هذا الالتزام ناشئ عن القانون فتسمى مسؤولية تقصيرية نتيجة لإخلال الشخص بالتزام فرضه القانون وهو عدم الإضرار بالغير^(٤) .

فوفقاً للقواعد العامة في القانون المدني ألزم المشرع المتسبب في الضرر بتعويض المضرور عن الضرر الذي إصابه .

^١ الضرر لغة : عدم النفع والشدة والضيق والنقص في الأموال والأنفس . ينظر : الفيروز آبادي - القاموس المحيط ، ج٢ ، مطبعة مصطفى البابي ، مصر ، ١٩٥٢ ، ص ٣٥٠ .

الضرر شرعاً : فهو إلحاق مفسدة بالآخرين ، أو كل إيذاء يلحق الشخص سواء كان في ماله أو جسمه أو عرضه أو عاطفته . ينظر: د. وهبة الزحيلي ، نظرية الضمان ، أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة ط١، دار الفكر ، ١٩٧٠، ص ٢٥.

الضرر قانوناً : أذى يصيب الشخص في حق من حقوقه أو مصلحة مشروعة له سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة ذات قيمة مالية أم لم تكن ينظر د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القسم الأول، معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٧١، ص ١٣٠ .

^٢ ينظر د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القسم الأول، المصدر نفسه، ص ١٣٠ .

^٣ ينظر د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القسم الأول، المصدر نفسه، ص ٩.

^٤ ينظر د. محمود سعد الدين الشريف، شرح القانون المدني العراقي، ج١، مطبعة العاني بغداد، ١٩٥٥، ص ٣٦٢ - ٣٦٣.

الفصل الثالث الضرر الطارئ في الاستملاك

إلا أن المتسبب في أحداث الضرر قد تكون جهة الإدارة، وهي بصدد القيام بمهامها لخدمة الصالح العام ، فوق المبدأ السائد قديماً عدم مسؤولية الإدارة عن أعمالها لأنها تهدف لتحقيق المصلحة العامة ، كما أنها صاحبة سيادة وسلطان . ففي فرض وإن حدث ضرراً فعلياً المضروب تحمل ذلك والتضحية بجزء من مصلحته الخاصة في سبيل المصلحة العامة التي تنتشدها الدولة^(١) .

فهذا المبرر وإن كان مقبولاً عندما كانت أنشطة الدولة محدودة ومهامها محصورة في نطاق ضيق ، ولكن بعد التطورات السياسية والاقتصادية والاجتماعية وتدخلها في معظم مرافق المجتمع من خلال القيام بالعديد من المشروعات التي تحقق النفع العام^(٢)، وما أسفر عن ذلك ازدياد احتمالات وقوع الضرر في عمل الإدارة، فلم يعد مقبولا الاستمرار في إعفاء الدولة من المسؤولية بشكل مطلق ، ومن غير المبرر عدم جبر الضرر الذي تلحقه بالأشخاص نتيجة أعمالها^(٣) .

فالاستملاك باعتباره عملاً من أعمال الإدارة سواء كان بالاتفاق أو بالإجبار يؤدي إلى فقدان المستملك منه عقاره كلاً أو جزءاً بما يترتب على ذلك أضراراً مادية ومعنوية للمستملك منه وهذه الأضرار في ذاتها موجبة للتعويض^(٤).

وبناء على ذلك تركزت تعريفات الفقهاء على ضرر الاستملاك بأنه يقع نتيجة حرمان المالك من عقاره جبراً لتخصيصه للمنفعة العامة^(٥) ، أو بعبارة أخرى انتزاع المال قهراً عن مالكه بواسطة الإدارة^(٦) .

^١ جورج شفيق ساري، مسؤولية الدولة عن أعمال سلطاتها، قضاء التعويض، ج٦، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص٦٧ وما بعدها.

^٢ ينظر عصام أحمد محمد ، حق الأفراد في التملك في النظام القانون المصري، مجلة نادي القضاة ، العدد الأول، ١٩٩٢، ص١١١ وما بعدها .

^٣ د. الهيثم عمر سليم، عدالة التعويض عن نزع الملكية الخاصة والإستملاك للمنفعة العامة في القانونين المصري والبحريني دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص٤٤.

^٤ د. سعد محمد خليل، نزع الملكية للمنفعة العامة بين الشريعة والقانون، مصدر سابق، ص٢٠٩.

^٥ د. محمد عبد اللطيف، نزع الملكية للمنفعة العامة، مصدر سابق، ص٥.

^٦ د. فؤاد العطار ، القانون الإداري، مصدر سابق، ص٥٩٩.

الفصل الثالث الضرر الطارئ في الاستملاك

فمن خلال ما تقدم يتبين لنا أن ضرر الاستملاك هو فقدان الشخص حقه العيني جراء انتزاعه من قبل الإدارة ، وهنا تكمن خطورة قيد الاستملاك الذي يرد على الملكية الخاصة، بسبب الضرر المتحقق، فهذا النوع من الضرر يتصف دائماً بأنه محقق الوقوع في كل عملية استملاك، ولهذا اتفق موقف المشرع في التشريعات المقارنة في استحقاق تعويض عادل لأصحاب الملكية الخاصة^(١) .

ولكن قد يحدث في بعض حالات الاستملاك ضرراً يصيب العقارات، ينشأ بسبب المنفعة العامة المراد قيامها على العقار المستملك ، فهو قد يطرأ على الجزء المتبقي من العقار المستملك، أو قد يطرأ على العقارات المجاورة للعقار المستملك، أو قد يتخلف من المشروع المقام للمنفعة العامة اضراراً جسيمة تفوق منافعه، ويرجع ذلك إلى عدة عوامل ملازمة لعملية الاستملاك منها موقع العقار، المنفعة العامة أي نوع المشروع المراد قيامه على العقار المستملك، جنس وصنف العقار .. الخ .

وبهذا المعنى فالضرر الطارئ هو ضرر مستقل عن ضرر نزع الملكية من حيث اسبابه و نتائجه ، فكل عملية أستملاك توقع ضرر أصيل وهو ضرر يحدث في كل عملية استملاك، بينما الضرر الطارئ لا يحدث في كل عملية استملاك، إلا إذا وجدت أسباب نشأته إذ لا يوجد الضرر الطارئ إلا بوجود ضرر الاستملاك، غير أن وجود الأخير لا يعني دائماً أن يستجد الأول . ومؤدى ذلك فالضرر الطارئ في حالة حدوثه يتصف بصفة التبعية لضرر الاستملاك .

وضرر الاستملاك يتمثل فيما أوجبه التشريعات من تعويض المالك جراء نزع ملكيته جبراً وهذا ضرر ثابت الحدوث ومتوقع، إذ لا يتصور أن تتم عملية أستملاك دون وقوع ضرر على المستملك منه، بينما الضرر الطارئ غير ثابت الحدوث في كل عملية أستملاك، إذ قد لا يقع بل قد يقع تحسن في المنفعة أو القيمة النقدية، وذلك يرجع إلى حسب نوع المنفعة العامة المراد تنفيذها من الإستملاك .

فالضرر الطارئ إذا وجدت أسباب نشأته فإنه يتمثل في صورتين :

^١ أشار المشرع العراقي إلى التعويض العادل في نص المادة ٢٣/٢ من دستور ٢٠٠٥ النافذ، والمشرع المصري في نص المادة ٣٥ من دستور ٢٠١٤ النافذ والمشرع الفرنسي في نص المادة ١٧ من الإعلان حقوق الانسان والمواطن الفرنسي الصادر عام ١٧٨٩.

الصورة الأولى وهي النقصان في المنفعة وتتجلى هذه الصورة في حالتين الأولى النقصان بفوات منفعة جزء من اجزاء الشيء ^(١) وتحدث هذه الفرضية بسبب أن جهة الإدارة المستملكة مقيدة بأستملاك مساحة العقار في حدود المنفعة العامة المراد قيامها ، فقد تقتضي المنفعة العامة أستملاك جزء معين من مساحة العقار، ويبقى جزء آخر لا ينتفع منه المستملك منه، كأن يكون الجزء المتبقي عدة أمتار أو ان يكون الجزء الذي استملكته الإدارة وقع على مقدمة العقار وبقاء مساحة خلفية مغلقة لا يمكن للمستملك منه الوصول إليها ^(٢)، أو أن يكون القسم الباقي بشكل غير منظم لايمكن البناء عليه، أو ان يكون عرض المساحة المتبقية قليلة بدرجة يتعذر البناء عليها ، أو كان أقل من الحد المقرر في نظام الطرق والأبنية التي يتعذر منح أجازة البناء عليه وغير ذلك من الأسباب التي تؤدي إلى تحقق هذه الفرضية ^(٣) .

أما إذا اقتضت المنفعة العامة إستملاك كامل العقار أو ان تتحقق بإستملاك جزء تمثل مساحة قليلة من العقار ويبقى الجزء الآخر صالح للانتفاع به من قبل المستملك منه أو ان يكون الاستملاك وقع على جزء من مقدمة العقار ويبقى الجزء الآخر للمستملك منه، ففي هذه الأمثلة لا يتحقق الضرر الطارئ في هذه الصورة ، إذ لم تتوفر أسباب نشأته.

أما الحالة الثانية فهي النقصان بفوات وصف مرغوب به في الشيء ^(٤)، فالشيء إذا ما أصابه النقص فأن ذلك يعني أن الشيء تغير في وصفه ^(٥) ، وتحدث هذه الفرضية بسبب قيام جهة الإدارة المستملكة بإنشاء مشروع معين يؤدي إلى فوات صفة معينة في الجزء المتبقي من العقار المستملك، ومثال ذلك قيام الإدارة بفتح طريق سريع يمر داخل الأراضي الزراعية مما

^١ ينظر علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الاحكام ج٢، منشورات مكتبة النهضة، بيروت ، بدون سنة الطبع، ص ٤٩٢ .

^٢ ينظر شهاب أحمد ياسين، الوجيز في شرح قانون الاستملاك، مصدر سابق، ص ١٥٧.

^٣ ينظر : مصطفى مجيد ، شرح قانون الإستملاك ، مصدر سابق، ص ١٧٢.

^٤ منير القاضي، شرح المجلة، ج٢، ط١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٤٩ ، ص ٢٨٣ .

^٥ ينظر لمزيد من التفاصيل د. محمد عبد الوهاب ، تغير الشيء وأثره في التصرفات والوقائع القانونية، مصدر سابق، ص ٧٤.

الفصل الثالث الضرر الطارئ في الاستملاك

يؤدي إلى فوات زراعة بعض المحاصيل الزراعية في الأراضي المحاذية للطريق السريع^(١) ، أو قد يكون فوات الوصف المرغوب للعقارات المجاورة للعقار المستملك ، ومثال ذلك كأن تقوم الجهة المستملكة ببناء مطار مما يؤدي إلى فوات صفة الهدوء والسكينة للأراضي المجاورة له مما يؤدي إلى الحد من منفعتها باعتبارها سكنية .

الصورة الثانية وهي النقصان في القيمة النقدية : يقصد بالقيمة النقدية هي قيمة العقار السوقية طبقاً للسعر السائد^(٢) فقد يؤدي الضرر الطارئ إلى نقصان في القيمة النقدية للجزء المتبقي غير المستملك ، كالإضرار المادية التي تقع نتيجة قيام المستملك بهدم المحدثات المقامة على الجزء المستملك، ونتيجة لعملة هذا يتضرر بناء الجزء الباقي من جراء الهدم^(٣) .

أو قد يؤدي إلى نقصان القيمة النقدية للعقارات المجاورة ، ومثال ذلك قد تؤدي تنفيذ المشروعات العامة إلى نقصان في القيمة النقدية للعقارات المجاورة له ، كما في إنشاء المصانع البترو كيمياوية والمعامل ، فما تسببه هذه المشروعات من مخلفات وتلوث بيئي تؤثر على الأراضي المجاورة لها مما يؤدي إلى انخفاض قيمتها النقدية ، أو تؤدي إلى انخفاض مستوى الطريق أو صعوبة الوصول إلى المبنى المجاور للمنشأ العام ، أو تتسبب بإبعاد واجهة عقار عن الطريق العام مما تؤدي إلى تدنٍ في قيمته ، أو تكون بسبب ارتفاع منسوب الشارع عن الأرض مما يؤدي إلى عزلها عن الشارع العام وحجبها عن الأعين وتوقف حركة البيع وانعدامها^(٤) .

ف فكرة الضرر الطارئ تتخذ إحدى هاتين الصورتين أو كلاهما ، والملاحظ لموقف فقهاء القانون، إذ لم نجد فيما تيسر لنا من كتب فقهيته تعريفاً للضرر الطارئ في الإستملاك، ولعله يرجع السبب في أن ذلك الموضوع لم ينل اهتمام الفقهاء في مؤلفاتهم والباحثين أيضا ، إذ لم يتم

^١ وعلل المزارعون ذلك أن الاتربة المتطايرة من الطريق السريع تؤدي إلى تلف المزروعات مما أدى إلى قيام دائرة الزراعة بعدم تجهيزهم بالتجهيزات الزراعية فيما يخص تلك الأنواع من المحاصيل الزراعية . جرت المقابلة الميدانية لبعض المزارعين في بساتين البهادلية ، تاريخ المقابلة ٢٠٢١/٢/٣ .

^٢ ينظر لمزيد من التفاصيل حول القيمة السوقية للشيء ، د. محمد حسين عبد العال، تقدير التعويض عن الضرر المتغير، دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية ، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ١٧.

^٣ ينظر : مصطفى مجيد ، شرح قانون الإستملاك، مصدر سابق، ص ١٧٣.

^٤ د . هيام مروة ود. طارق المجنوب ، الوجيز في القانون الإداري الخاص، مصدر سابق، ص ٢١٧.

الفصل الثالث الضرر الطارئ في الاستملاك

تسليط الضوء على الموضوع ، وإنما تم تسليط الضوء من قبل الفقه على ضرر الإستملاك ^(١) . إلا أن هذا لا يعني من خلو بالإشارة إلى هذا النوع من الضرر لدى الفقه، فهي تلك الأضرار التي تطل العقارات بسبب المنفعة العامة تنتج بصورة دائمة أو على الأقل بصورة مستمرة بسبب المنفعة العامة وتؤدي إلى تدني قيمة العقارات عادة ^(٢) .

أما الموقف التشريعي فيُعد الضرر الطارئ من تطبيقات التغييرات الإرادية التي أشار إليها المشرع العراقي في قانون الإستملاك، فبالرجوع إلى قوانين الإستملاك المتعاقبة الملغية نجد أن المشرع العراقي لم يورد تعريفاً للضرر الطارئ ^(٣)، وكذلك موقف المشرع العراقي في قانون الإستملاك النافذ فلم يعرفه ايضاً .

والملاحظ أن المشرع العراقي لم يخص الضرر الطارئ بأي تنظيم قانوني في قوانين الإستملاك الملغية يبين فيه أحكامه، أما موقف المشرع في قانون الإستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ النافذ ، فقد خص الضرر الطارئ بتنظيم قانوني في الباب الخامس تحت عنوان التضرر بسبب الإستملاك، ويلاحظ أن موقف المشرع في القانون الأخير قد تبدلت رؤيته و قد أعطى للضرر الطارئ أهمية من حيث التنظيم القانوني، إذ خصص له باب كامل، كما أنه توسع في تنظيم احكامه بنصوص قانونية متعددة .

وهذا يدل على أن فكرة الضرر الطارئ أخذت بالبروز في الواقع العملي باعتبارها ظاهرة اجتماعية ، لذلك رأى المشرع بأنه من الضروري وضع تنظيم قانوني لها .

^١ د. سعد محمد خليل ، نزع الملكية للمنفعة العامة، بين الشريعة والقانون، مصدر سابق، ص ٢٠٩ وما بعدها وكذلك د. محمد قدري حسن، القانون الإداري، مصدر سابق، ص ٣٢٦، وكذلك د. مصطفى محمد محمود عبد الكريم، التعويض عن نزع الملكية للمنفعة العامة، مصدر سابق، ص ٩٥.

^٢ Ade laubadere , Droit administratif , tome II,p362.

أشار إليه د. طارق المجذوب وآخرون ، الوجيز في القانون الإداري الخاص ، مصدر سابق، ص ٢١٦.

^٣ قانون استملاك الأموال غير المنقولة ، رقم ٤٣ لسنة ١٩٣٤ ، نشر في الوقائع العراقية ، العدد ١٣٦٣ بتاريخ ١٤/٦/١٩٣٤، قانون الإستملاك رقم ٥٧ لسنة ١٩٦٠ ، المنشور في الوقائع العراقية ، العدد ٣٤٣ ، بتاريخ ٨/٥/١٩٦٠، قانون الإستملاك رقم ٥٤ لسنة ١٩٧٠ ، المنشور في الوقائع العراقية ، العدد ١٨٥٥ ، بتاريخ ٢٢/٣/١٩٧٠.

الفصل الثالث الضرر الطارئ في الاستملاك

ومؤدى ذلك أن الضرر الطارئ في الإستملاك لم يقع نتيجة لإخلال الجهة المستملكة بالتزام عقدي أو قانوني سابق، وإنما قد يحدث نتيجة لقيامها بتطبيق قانون الإستملاك .

وكذلك الأمر في موقف التشريعات المقارنة ففي قانون نزع الملكية الفرنسي المعدل بموجب الأمر الصادر في ٢٣ أكتوبر ١٩٥٨ الملغي ، لم يورد تعريفاً للضرر الطارئ وإنما أقتصر على تنظيم أحكامه ، وكذلك الحكم في قانون نزع الملكية النافذ الصادر لسنة ٢٠١٤ النافذ .

أما موقف المشرع المصري فهو الآخر لم يورد تعريفاً للضرر الطارئ في الإستملاك، وإنما نظم أحكامه القانونية في الباب الخامس تحت مسمى أحكام عامة ووقتيّة في مادتين (١٧ و ٢١) من قانون نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ المعدل .

من خلال ما تقدم نلاحظ على موقف المشرع العراقي بعض الملاحظات ونبينها بالآتي:-

أولاً - أن المشرع العراقي حسناً فعل عندما لم يعرف الضرر الطارئ، لان في الأصل أيراد التعريفات يعد من عمل الفقه وليس المشرع ، لاسيما وان مبررات التعريف لم تكن متوفرة في المصطلح لكي يعرفه المشرع، فالأخير لا يلجأ إلى التعريف في القوانين إلا إذا توفرت مبرراته.

ثانياً - المتأمل في التشريعات المتعاقبة لقوانين الإستملاك في العراق، نجد أنه فقط قانون الاستملاك النافذ، قد خص الضرر الطارئ بتنظيم قانوني ، وهذا يعد نقصاً جوهرياً في تشريع الإستملاك الملغية تداركه المشرع في تشريع قانون الإستملاك النافذ .

ثالثاً- تميّز المشرع العراقي في قانون الإستملاك النافذ بإبراز أنواع للضرر الطارئ تحت تنظيم قانوني لكل نوع ، وراعى فيها خصوصية كل منها ، بالرغم من أن هذا التنظيم لم يكن موجوداً في التشريعات السابقة وكذلك لم ينال هذا الاهتمام لدى التشريعات المقارنة .

وإزاء هذا النقص في تعريف الضرر الطارئ تبرز الضرورة النظرية إلى وضع تعريف للمصطلح ، فإذا نظرنا إليه من زاوية صوره وأنواعه يمكننا ان نضع التعريف الآتي : " فهو

الفصل الثالث الضرر الطارئ في الاستملاك

النقصان في القيمة النقدية أو المنفعة أو كلاهما، تصيب الجزء المتبقي من العقار المستملك أو العقارات المجاورة له أو كلاهما بسبب الاستملاك .

أما بالنسبة للموقف القضائي ، فمن خلال تتبعنا فيما تيسر لنا من القرارات القضائية فلم نجد تعريفاً أيضاً لهذا النوع من الضرر . وهذا يمثل وضعاً طبيعياً إذ ليس من مهمة القضاء إصدار التعريفات إلا بصدد مصطلح ينتابه الغموض في تفسيره أو في تحديد نطاقه في التطبيق العملي .

الفرع الثاني

شروط الضرر الطارئ في الإستملاك

يعد الضرر أحد أركان المسؤولية المدنية عموماً ، بل هو جوهرها ^(١) ، فلا مسؤولية حيث لا ضرر، والأخير ركن لازم في المطالبة بالتعويض ، فحيث لا ضرر فلا تعويض مهما وقع من خطأ أو فعل ^(٢).

ولكن لا يكفي مجرد وجوده كي يستطيع المتضرر المطالبة بالتعويض عنه فلا بد من توفر بعض الشروط فيه .

وشروط الضرر الطارئ تشتهر مع شروط الضرر عموماً ، من حيث أن يكون مباشراً ومؤكداً لا احتمالياً، ويختلف عنه في أنه يجب أن يكون مادياً لا معنوياً . ولتجنب تكرار القواعد العامة، وبقدر تعلق الأمر بالضرر الطارئ سنتناول هذه الشروط بالفقرات الآتية:

أولاً- أن يكون الضرر مادياً

يتمثل ضرر الإستملاك بأنه الذي يؤدي إلى انتزاع ملكية العقار من صاحبه جبراً عنه ^(١)، أي بعبارة أخرى هو ضرر فقدان المالك حقه العيني وما عليه من مغروسات أو منشآت ^(٢) ، وهذا يمثل أحد مصاديق الضرر المادي الذي يصيب الشخص من الناحية المالية ^(٣).

^١ د. أحمد حشمت أبو ستيت ، نظرية الإلتزام في القانون المدني، ج١، مصدر سابق، ص٤٣٥.

^٢ د. عبد السلام ذهني بك، الإلتزامات النظرية العامة، مصدر سابق، ص٧٢٧ .

الفصل الثالث الضرر الطارئ في الاستملاك

وهذا هو الضرر القابل للتعويض لدى المشرع في التشريعات المقارنة حيث أشرت في الضرر الموجب التعويض عنه في مجال نزع الملكية، أن يكون مادياً^(٤) ، بمعنى أن يكون التعويض عن الخسارة المالية التي لحقت بالمالك^(٥) .

أما بالنسبة للضرر الطارئ بسبب الاستملاك فمن خلال صوره التي سبق وان تبيننا أنها تتمثل بالنقصان في القيمة النقدية أو بالمنفعة وهذه الصور ذات طبيعة مادية أي إنها أضراراً تصيب المضرور من الناحية المالية في كلاً نوعي الضرر، المنزوع ملكيته جزءاً منها ، كما في حالة نزع عقار مكون من عدة طوابق في جزء منه فهدم الجزء يترتب عليه انهيار الجزء الآخر^(٦).

فالمأمل من هذا المثال إن الضرر وقع في كلاً الصورتين، فالتشريعات المقارنة اعتبرته من قبيل الأضرار القابلة للتعويض^(٧) ، فالضرر في هذا المثال وغيره من الأمثلة يصيب المضرور من الناحية المالية. أو قد يتمثل الضرر في نقصان القيمة النقدية للجزء المتبقي من العقار وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية " ...أو نقصت قيمة الجزء الذي ينزع ملكيته بسبب أعمال المنفعة العامة فيجب مراعاة هذه ... والنقصان على إلا يزيد المبلغ الواجب إسقاطه أو إضافته في أي حال على نصف القيمة التي يستحقها المالك " ^(٨) .

أو قد يصيب أصحاب العقارات المجاورة من الناحية المالية ويمتثل الضرر الطارئ في نقصان القيمة النقدية للعقارات المجاورة، دون أن يصيبه تلف مادي ، كما في العقارات التي تعتمد قيمتها إلى حد كبير على موقعها ، ومثال ذلك قد يؤدي استغلال مصنع وتشغيله في

^١ – Godfrin philipe , degoffe Michel , droit administratif des biens, opcit. p407.

^٢ ينظر د. سعد محمد خليل، نزع الملكية للمنفعة العامة بين الشريعة والقانون ، مصدر سابق، ص ٢٠٩.

^٣ د. أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني، مصدر سابق، ص ٤٣٦.

^٤ د. مصطفى محمد محمود ، التعويض عن نزع الملكية للمنفعة العامة، مصدر سابق، ص ٩٦.

^٥ عبد الحكم فؤدة ، نزع الملكية للمنفعة العامة، مصدر سابق، ص ١٦١.

^٦ د. مصطفى محمد محمود ، التعويض عن نزع الملكية للمنفعة العامة، مصدر سابق، ص ٩٨.

^٧ ينظر : المشرع العراقي نص المادة ٥٠ من قانون الإستملاك النافذ ، المشرع المصري نص المادة ٦ من قانون نزع الملكية النافذ ، المشرع الفرنسي نص المادة 13-13 L من قانون نزع الملكية النافذ .

^٨ محكمة النقض المصرية قرار رقم ٣٧٠ بتاريخ ١٩٦٣/١/٧ أشار إليه د. عيد سعد دسوقي ، حماية الملكية الخاصة في القضاء الإداري والدستوري، مصدر سابق، ص ١٧١.

الفصل الثالث الضرر الطارئ في الاستملاك

بعض الظروف إلى إنقاص قيمة العقارات المجاورة كإنشاء معمل للجلود تتبعث منه الروائح الكريهة على مدى الايام أو تشغيل معمل تصدر من المكائن المنصوبة فيه أصوات مزعجة وضوضاء شديد للمناطق السكنية المجاورة مما يؤدي إلى نقصان القيمة النقدية لهذه العقارات^(١).

أما الأضرار الأدبية في إطار مفهومه العام فهو أذى يلحق بمصلحة غير مالية لصاحب الشأن أي يمس كيانه المعنوي بأن يصيب الشخص في إحساسه وشعوره أو عاطفته أو شرفه أو كرامته أو سمعته^(٢) وغير ذلك من الآثار الادبية للضرر وما تسببه من صور مختلفة للآلام النفسية والحزن^(٣).

فهذا النوع من الضرر قد يحدث بسبب نزع الملكية والتي لا تقل شأنًا عن الضرر المادي بل أحياناً قد تفوقه فيما إذا تم اعتماد معيار شخصي لتقدير الضرر^(٤).

ولم يقر المشرع في التشريعات المقارنة، التعويض عن هذا النوع من الضرر^(٥)، ويسبب البعض ذلك إن الضرر القابل للتعويض عنه هو الضرر المادي فقط، لأنه قابل للتقدير بالنقود، أما الضرر الأدبي فلا يمكن تقديره بالنقود لأنه لا يمس مصلحة مالية للمضرور^(٦) كما يرى البعض أنه يصعب على الجهة المستملكة تحديده وتقديره لأن معايير شخصية، والأخيرة تعد من الأمور النفسية مما يجبر القضاء إلى البحث في الرضا أو القبول والذكريات والمشاعر التي تربط بين المالك وملكيته العقارية، كما أن الأخذ بالمعيار الشخصي في التعويض سيختلف معه

^١ د. عصمت عبد المجيد، النظرية العامة للألتزام، ج١، مصدر سابق، ص ٥٨٥.

^٢ د. حسن علي ذنون، النظرية العامة للألتزام، المكتبة القانونية، بغداد، ص ١٨٢.

^٣ ينظر: أستاذنا د. حسن حنتوش، الضرر المتغير وتعويضه في المسؤولية التقصيرية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٧، ص ٦٤.

^٤ د. عبد الحكيم فودة، نزع الملكية للمنفعة العامة، مصدر سابق، ص ١٦٢.

^٥ أما موقف المشرع الفرنسي فقد حدد شروط الواجب توافرها في ضرر الناشئ عن الإستملاك وذلك في المادة 13- L13 والتي نصت على ان التعويض يجب أن يغطي كامل الضرر المباشر، المادي والمحقق الناتج عن نزع الملكية. ينظر: النص الأصلي

" Les indemnités allouées doivent couvrir l'intégralité du préjudice direct, matériel et certain, causé par l'expropriation"

^٦ ينظر د. سعد محمد خليل، نزع الملكية للمنفعة العامة، مصدر سابق، ص ٢١٠.

الفصل الثالث الضرر الطارئ في الاستملاك

التقدير تبعاً لشخصية كل مالك وأفكاره ومشاعره^(١)، مما يؤدي إلى أن المالك قد يبالغ في تقدير ضرره المعنوي^(٢) .

وكذلك يرى البعض أن المشرع لا يريد التوسع في نطاق الضرر ، لأن الأمر لا يتعلق في الحقيقة بالتعويض عن فعل ضار، وإنما يتعلق بالتعويض عن نزع ملكية وتحويل الملكية الخاصة إلى السلطة العامة في مقتضيات تحقيق المنفعة العامة^(٣) .

فالتعويض عن الضرر الطارئ في الاستملاك لا يكون إلا على الضرر المادي الوارد على حق عقاري^(٤)، ومؤدى ذلك لا يستطيع المستملك منه أن يطالب عن التعويض المعنوي كحرمانه من المزايا المعنوية كان يراها المالك في ملكيته كاختيار الجيران الذين سيحرم منهم أو الارتباط بأصل الأرض للعائلة .

فلهذه الأسباب التي ادت إلى عدم أقرار المشرع التعويض عن الضرر المعنوي ، وأدت بالمشرع إلى الخروج عن القاعدة العامة في التعويض هو مبدأ الجبر الكامل للضرر وأستغنى عنه بمبدأ آخر هو مبدأ التعويض العادل

اما الموقف في القضاء، فقد كان للقضاء المصري تسبيب في عدم الأخذ بالتعويض عن الضرر الأدبي لنزع الملكية إذ قضى في إحدى أحكامه " أن المادة العاشرة من قانون نزع الملكية للمنفعة العامة قصرت حق المنزوع ملكيته على ثمن العقار المنزوع ملكيته فليس له ان يطلب الحكم بتعويضات ادبية أو تذكارية لأن هذا لايجيزه الشارع ، ذلك أن اتساع المجال أمام المالك لطلب التعويضات من هذا القبيل مما يتقل كاهل خزائن البلديات وغيرها من

¹ Jacques FERBOS et Antoine BERNARD, Expropriation des biens (Procédures, principe d'indemnisation, compatibilité avec la convention européenne des droits de l'homme, fiscalité de l'expropriation), LE MONITEUR , Paris, 2002, p.371.

^٢ د. حيدر فليح حسن، التعويض العادل عن نزع الملكية للمنفعة العامة، بحث منشور في مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد ١٣، العدد الأول، ٢٠٢٠، ص ٨٣ .

^٣ سعد محمد خليل، نزع الملكية للمنفعة العامة بين الشريعة والقانون ، مصدر سابق، ص ٢٠٩.

^٤ محمد زغداوي ، الملكية من أجل المنفعة العامة في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه مقدمه إلى كلية القانون جامعة قسنطينة، ١٩٩٨، ص ١٨٠.

الفصل الثالث الضرر الطارئ في الاستملاك

المصالح ذات الشأن ويقف حجر عثرة في سبيل تجميل المدن وإقامة الميادين والمتاحف وغيرها من المنافع العامة مما يتطلبه تقدم العمران" (١) .

ونلاحظ على موقف القضاء المصري في تسبب عدم الأخذ بالتعويض عن الضرر الأدبي عن نزاع الملكية ، عدم القدرة المالية للجهة المستملكة في دفعه ، وأن أقرار هذا التعويض يشكل عائق أمام الجهة المستملكة في القيام بمهامها في تطوير وتحسين من واقع المنفعة العامة للمجتمع ، وإزاء ذلك فهذه المصلحة تعلوا على مصلحة الأفراد الشخصية عن ضررهم المعنوي.

أما موقف المشرع الفرنسي فيلاحظ أنه لم يحظر التعويض عن الضرر المعنوي بصورة صريحة في قانون الصادر عام ١٩٣٥ الملغي إذ ان المادة ٤١ في فقرتها الاولى منعت فقط التعويض عن الضرر غير المحقق وغير المؤكد والضرر الاحتمالي (Le préjudice incertain et éventuel) وأن عبارة المادة ١١ من الأمر الصادر في ٢٣ أكتوبر ١٩٥٨ لم تترك أي شك في هذا المجال (٢) .

وتعرض هذا الموقف لانتقاد البعض حيث يرى بأن أقصاء الضرر المعنوي من التعويض هو أمر يتعارض كلياً مع النصوص الدستورية التي كرست مبدأ العدل والإنصاف في مجال نزاع الملكية ، ويشكل في ذات الوقت ضماناً لحماية الملكية الخاصة (٣) .

أما موقف القضاء الفرنسي ، فبالرغم من عدم نص المشرع بصورة صريحة في قوانين نزاع الملكية الملغية، ولكن يلاحظ أن محكمة النقض الفرنسية استقرت كقاعدة عامة في معظم قراراتها على قصر التعويض على الضرر المادي دون الضرر العاطفي (٤) .

ويرى البعض أن المشرع الفرنسي قد استقر على الاعتداد بالضرر المادي دون المعنوي وذلك من أجل تقييد الضرر الموجب للتعويض بتحديد جملة من الشروط يجب أن تتوفر في هذا

^١ محكمة الإسكندرية الابتدائية بتاريخ ٢٣ / ١١ / ١٩٩٠ أشار إليه ص د.عيد سعد دسوقي ، حماية الملكية الخاصة في القضاء الإداري والدستوري ، مصدر سابق، ص ١٧٠.

^٢ عزت صديق طنبوس، نزاع الملكية للمنفعة العامة ، مصدر سابق، ص ٧٧

^٣ Bernard Antoine – huyghe Michel, op.cit, p400.

^٤ ينظر لمزيد من التفاصيل عن قرارات محكمة النقض الفرنسية ، بوزاد إدريس ، الحق في التعويض عن نزاع الملكية في القانون الجزائري، مصدر سابق، ص ٦٤ وما بعدها.

الفصل الثالث الضرر الطارئ في الاستملاك

الضرر حتى يكون قابلاً للتعويض ، لأن عدم تقييده يعني فتح المجال أمام الأفراد المنزوعة ملكيتهم لطلب التعويض بما يتقل كاهل الخزينة العمومية ويصبح عائق في سبيل اكتساب الإدارة للأموال العقارية التي هي بحاجة إليها من أجل تنفيذ مشروعات النفع العام ^(١) .

وتطبيقاً لذلك فقد رفض القضاء الفرنسي التعويض عن الضرر الذي أصاب المالك نتيجة المساس بالروابط الأسرية حيث ترتب على نزع ملكيات عقاراتهم المتجاورة تفكك هذه الروابط ^(٢) .

وكذلك رفض التعويض عن الضرر المعنوي الناشئ عن عدم قبول المالك لنزع ملكيته وإكراهه على ذلك ^(٣) .

وهذا الموقف لم يقتصر في بادئ الأمر على القضاء المدني، بل تبناه القضاء الإداري أيضاً فقد قرر مجلس الدولة في مرات عديدة أن الضرر الناتج عن الألم المعنوي غير قابل للتعويض بالنقد أو المال، ومع ذلك فإذا كان التعويض عن الضرر المادي هي مسألة محسومة في القضاء الفرنسي، إلا أنه قد أقر استثناءً التعويض عن الضرر الأدبي وهو الضرر الذي

¹ – Bernard Antoine – huyghe Michel, expropriation des biens, procédures, principes d'indemnisation, compatibilité avec la convention européenne des droits de l'habitation, fiscalité de l'expropriation, ed le moniteur, paris, 2006m,p400.

² Civ., Chambre des expropriations, 29 oct. 1965, Dame Scart c/ Ville de Paris, Bull. civ.V, n° 118, p.96.-Cass., expro, 22oct., 1965, B.O.E.D , 10.170, p.474.

أشار إليه غيتاوي عبد القادر، الضمانات التشريعية والقضائية لنزع الملكية الخاصة من أجل المنفعة العمومية، مصدر سابق، ص ١١٢.

³ " Le préjudice matériel exclut la réparation d'un préjudice d'ordre psychologique ou moral, tel que le désagrément résultant de la contrainte créée par le procédure d'expropriation (Ch. Temp. Expro., 22 oct. 1965, Solignac"

Marcel WALINE, Précis de droit administratif, édition MONCHRESTIEN , Paris, 1970, p.272.=

<https://www.persee.fr/doc/ridc>—

متاح على الموقع الإلكتروني

يحرم المالك من منظر أو يشوه منظرًا جميلاً إذا كان يعود إلى واقع الأشغال التي أنجزتها الإدارة^(١).

فيلاحظ على موقف القضاء الفرنسي انه وإن أجاز في حالات استثنائية، في أقرار التعويض عن الضرر الأدبي في ظل نفاذ قانون نزع الملكية الملغي، الذي لم يشير بصورة صريحة إلى وجوب أن يكون الضرر مادياً، إلا أن قانون نزع الملكية النافذ الصادر لسنة ٢٠١٤ أشار بصورة صريحة بالتعويض عن الضرر المادي في الاستملاك، دون المعنوي، وهو بهذا الحكم قيد قاضي نزع الملكية الموكل إليه مهمة تحديد مبلغ التعويض فهو ليس حراً في مهمته ، بل هو مقيد بالاعتماد على هذه الشروط الواردة بالنص^(٢) .

فمن خلال ما تقدم يتبين أن موقف التشريعات المقارنة تعند بفكرة الضرر المادي الناشئ بسبب عملية الاستملاك لإستحقاق التعويض دون الضرر المعنوي إذا تم وفق الإجراءات القانونية، اما إذا خالفت الإدارة تلك الإجراءات القانونية، فيعوض مالك العقار عن الضرر المادي والمعنوي معاً. لأن أساس المسؤولية في هذه الحالة سيتغير ويكون الفعل الضار وليس نص القانون^(٣) .

ثانياً- أن يكون الضرر مباشراً :

يفرق جانب من الفقه في فرنسا ومصر بين أن يكون الضرر مباشراً^(٤) ويقصد به هو الذي تقوم بينه وبين الفعل علاقة سببية ، أي بمعنى أن الضرر كان نتيجة مباشرة للفعل^(٥) . والضرر المباشر يشترط فيه ان يكون نتيجة متوقعة في المسؤولية التعاقدية فقط أما في المسؤولية

^١ عزت صديق طونيوس، نزع الملكية للمنفعة العامة، مصدر سابق، ص٧٦.

^٢ L321-1 Les indemnités allouées couvrent l'intégralité du préjudice direct, matériel et certain causé par l'expropriation.

^٣ Jacque febos et georges salles : expropriation et evaluation des biens 2eme edition de lactualitejuridique,1969,p247-248.

أشار إليه د. صالح أحمد الهيبي، فكرة نزع الملكية للمنفعة العامة ، مصدر سابق ، ص٢٨٨.

^٤ ينظر لمزيد من التفاصيل :د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في النظرية العامة للألتزامات، مطبعة العاني ، ١٩٥٠، ص٢٢٣.

^٥ ينظر :علي عبيد عودة الجيلوي، العلاقة السببية بين الخطأ والضرر ، رسالة ماجستير، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٧٧ص ٣٥ .

الفصل الثالث الضرر الطارئ في الاستملاك

التقصيرية فلا يشترط فيه ذلك لأنها ترتب التعويض عن الضرر المباشر سواء توقعه الفاعل أم كان غير متوقع ^(١) .

وبين أن يكون غير مباشر فهو الذي تنقطع فيه العلاقة السببية بعامل آخر مستقل عن أرادة الفاعل، والضرر الأخير متفق عليه لدى معظم الفقهاء أنه لا يستوجب التعويض إطلاقاً سواء كان متوقعاً أم غير متوقع ^(٢) .

وفي ضرر الإستملاك لدى التشريعات المقارنة يتمثل فعل الإدارة في نزع ملكية العقار وتوابعه من مالك الحق العيني ^(٣) ، مما ينتج عنه ضرر هو فقدان الأخير حقه ، فيجب أن يكون الضرر ناتج مباشرة عن فعل نزع الملكية ويجب أن يكون مصدره هذا الفعل .

فالضرر المباشر في نزع الملكية يقصد به أن يكون الضرر ناتج مباشرة عن فعل نزع الملكية، بحيث توجد علاقة سببية بين فعل نزع الملكية والنتيجة التي هي الضرر ^(٤) ، أما إذا انتفت هذه الرابطة السببية فإن دعوى التعويض ترفض حتماً ^(٥) .

أما في الضرر الطارئ فالعلاقة السببية في الضرر المباشر كان محل اختلاف لدى التشريعات المقارنة ، وبحسب نوعي الضرر الطارئ ، ففي الضرر الذي يطرأ على المستملاك منه في الإستملاك الجزئي ويؤدي إلى تعذر الانتفاع بالجزء المتبقي، فالمشرع العراقي وكذلك المصري أشترط بصورة صريحة أن يكون الضرر ناتج مباشرةً من فعل نزع جزء من العقار ^(٦) ،

^١ د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، مصدر سابق، ص ٢٢٤.

^٢ ينظر د. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١ ، المجلد الثاني ، ط ٣، نهضة مصر، ٢٠١١، ص ٧٤٩ ، د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الإلتزامات، ج ٢ ، ط ٥، بدون ذكر المطبعة، ١٩٨٨، ص ٢٣ ، د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني - مصادر الإلتزام، مصدر سابق، ص ٤١١ ، د. حسن علي دنون، النظرية العامة للالتزامات، مصدر سابق، ص ٢٢٨ ، د. عبد الحكم فودة، نزع الملكية للمنفعة العامة مصدر سابق، ص ١٦١.

^٣ د. مصطفى محمد محمود ، التعويض عن نزع الملكية للمنفعة العامة، مصدر سابق، ص ٩٦.

^٤ عبد الحكم فودة، نزع الملكية للمنفعة العامة ، مصدر سابق، ص ١٦١.

^٥ ينظر: عبد العزيز عبد المنعم خليفة دعوى التعويض ، الإسكندرية ، منشأة المعارف ، ٢٠٠٩، ص ١٥١.

^٦ ينظر نص المادة ٤٩ من قانون الإستملاك العراقي النافذ وكذلك نص المادة ٢١ من قانون نزع الملكية المصري النافذ .

الفصل الثالث الضرر الطارئ في الاستملاك

أما في صورة الضرر الذي يؤدي إلى نقصان في القيمة النقدية المشرع المصري كان لديه تصوير آخر، فأشترط أن تكون للعلاقة السببية في هذا النوع من الضرر ناتج مباشرة من المنفعة العامة المقامة على العقار المستملك^(١)، فالمشرع اعتبر الضرر الناتج من المنفعة العامة من قبيل الأضرار المباشرة وأوجب على لجنة التثمين أن تراعي هذه الأضرار في تقدير التعويض هو ضرر الاستملاك وكذلك ما يطرأ من ضرر بسبب أعمال المنفعة في غير مشروعات التنظيم داخل المدن^(٢).

ويكفي أن يكون المنفعة العامة المقامة على الأرض المستملكة لها الدور الحاسم في أحداث الضرر ولو تزامن مع أفعال أخرى كان لها دوراً ثانوياً فقط في وقوع هذا الضرر.

بينما المشرع العراقي لم يقر التعويض لهذه الصورة من الضرر في قانون الإستملاك إذ اعتبرها من قبيل الإضرار غير المباشرة فالعلاقة السببية تكون منقطعة فلا موجب لإستحقاق التعويض.

أما موقف المشرع الفرنسي فحتى يمكن التعويض عن ضرر الاستملاك يجب أن يكون ناتج مباشرة عن الإستملاك أي تقوم على وجود الرابطة السببية، ومؤدى ذلك تستبعد الأضرار التي لا يكون مصدرها نزع الملكية^(٣).

واشترط المشرع الفرنسي أيضاً بالإضافة إلى حدوث الضرر المباشر لإستحقاق التعويض أن يكون هناك استيلاء أي نزع اليد لكامل أوجزء من العقار المستملك ولا يمكن للمستملك منه المطالبة بتعويض مالم يكن قد مس ملكيته استيلاءً.

أما في النوع الثاني الضرر الطارئ الذي يصيب العقارات المجاورة، فاستملاك العقار بحد ذاته لا يطرأ منه ضرراً للعقارات المجاورة، وإنما قد ينشأ الضرر بسبب المنفعة العامة المقامة على العقار المستملك، فللعلاقة السببية في هذا النوع من الضرر تنتج مباشرة من المنفعة العامة المقامة على العقار المستملك وبصورة غير مباشرة من فعل الإدارة بالإستملاك، والمشرع العراقي في قانون الإستملاك النافذ عدّه من قبيل الإضرار غير المباشرة التي لا

^١ ينظر نص المادة ١٧ من قانون نزع الملكية النافذ.

^٢ ينظر : سعد محمد خليل، نزع الملكية للمنفعة العامة، مصدر سابق، ص ٢١١.

^٣ عزت صديق طنبوس، نزع الملكية للمنفعة العامة، مصدر سابق، ص ٧١.

الفصل الثالث الضرر الطارئ في الاستملاك

تستحق عنها تعويض ، وهذا ما اشار إليه بصورة صريحة في نص المادة ٥٣ من قانون الإستملاك النافذ " أذا أدى تنفيذ المشروع إلى تغيير طريقة استغلال العقار الذي لم يمسه الإستملاك ..."

يفهم من النص أنه إذا حصل تغيير في طريقة استغلال العقارات المجاورة للعقار المستملك بسبب المشروع المقام للمنفعة العامة ، فبالرغم من وجود علاقة سببية بين تغيير طريقة استغلال المنطقة وبين المنفعة العامة المقامة من قبل الإدارة ، إلا ان المشرع اعتبر في هذه الفرضية ضرر غير مباشر ولا يستحق التعويض أصحاب العقارات المجاورة إزاء المستملك .

باستثناء حالة واحدة إذا أدت أعمال المنفعة العامة إلى تبدل أو تغير في الوضعية السابقة للعقارات المجاورة المرتفعة أو المرتفق بها وأدى إلى ضرر مادي للعقارات المرتفعة أو المرتفق بها، كتبديل مجرى الماء ، أو تغيير مكان المرور ، أو تعذر صرف المياه الزائدة أو تحويل السواقي فلصاحب العقار المرتفق به أجاز له المشرع المطالبة بالتعويض وفقاً للمادة ٥١ من قانون الإستملاك.

فمن خلال ما تقدم إذا أدت المنفعة العامة الناتجة من الإستملاك إلى أضرار تمس العقارات المجاورة، فالمشرع في قانون الإستملاك لم يجز للمتضرر المطالبة بالتعويض إلا باستثناء حالة واحدة ، إلا أن هذا لا يمنع المتضرر من المطالبة بالتعويض بالإستناد إلى مضار الجوار غير المألوفة الواردة في القانون المدني .

أما المشرع المصري فلم ينظم هذا النوع من الضرر في قانون نزع الملكية النافذ ومؤدى ذلك فهو اعتبره من قبيل الإضرار غير المباشرة لإنقطاع العلاقة السببية بين فعل الإدارة بالإستملاك والضرر الناتج عنه ، إلا أن هذا لا يمنع المتضرر من المطالبة بالتعويض بالإستناد الى القواعد العامة في القانون المدني، فيطالب الجهة مالكة المنفعة العامة بالتعويض لقيام العلاقة السببية بين الضرر الناتج مباشرة من نشاط المنفعة العامة غير المألوف .

وكذلك الأمر المشرع الفرنسي فلم يشير إلى الرابطة السببية في قانون نزع الملكية النافذ كما فعل، ولكن القضاء الفرنسي عدّ الأضرار الناشئة بسبب المنفعة العامة التي تتزامن أو عقب نزع الملكية، أضراراً غير مباشرة لأن الضرر هنا لا يشكل نتيجة مباشرة لنزع الملكية، بل أنها ناتجة

الفصل الثالث الضرر الطارئ في الاستملاك

عن الأشغال العامة ذاتها والتي يختص القاضي الإداري بالتعويض عنها ولا يختص بها قاضي نزع الملكية ^(١) .

فيلاحظ على موقف النظام القانوني الفرنسي ، أن المشرع الفرنسي في قانون نزع الملكية لم ينظم الضرر الطارئ الذي يصيب العقارات المجاورة ، كما أن القضاء المدني لا يعرض عن هذا النوع من الضرر لعدم وجود رابطة سببية بين الفعل الإدارة المستملكة وضرر الاستملاك، إذ عدّه من قبيل الأضرار غير المباشرة لنزع الملكية، ولكن القضاء الإداري أجاز تقديم طلبات التعويض بدعوى مستقلة واعتبره من قبيل الضرر المباشر لوجود العلاقة السببية بين فعل الإدارة والضرر الناشئ بسبب المنفعة العامة ويطبق عليه أحكام القانون الإداري ^(٢) .

فيلاحظ إن الضرر المباشر وإن كان من الناحية النظرية لا يثير أية صعوبات من حيث تطبيقه، إلا أنه أحياناً يثير صعوبات جمة من الناحية العملية لتحديد ما إذا كان الضرر مباشراً أم غير مباشر ، فمن التطبيقات القضائية للضرر المباشر الذي يعرض عنها القضاء الفرنسي .

إذ قضى إن صعوبة الاستغلال الناتج عن شق طريق في وسط ضيعة أو مزرعة عن طريق نزع الملكية تعد ضرراً مباشراً يعرض عنه ^(٣) .

وفي قضية أخرى " إذا كان العقار المنزوعة ملكيته مؤجراً للغير ويدر ريعاً شهرياً وينزع ملكيته مما أدى إلى انقضاء العلاقة الإيجازية بقوة القانون ، ونتج عن ذلك فقدان المالك لريعه

^١ نقلاً عن : بوزاد إدريس ، الحق في التعويض عن نزع الملكية في القانون الجزائري بين التقدير الإداري والضمانات المقررة قانوناً وقضاءً ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، ٢٠١٧، ص ٢٩.

^٢ Jean marieauby et ducosader droit administratif 3eme edition ;précis dalloz paris 1973 p434.

<https://www.lexml.gov.br>

متاح على الموقع الإلكتروني

^٣ C.A Paris., 11 Février, 1965, AJPI, 1966, p.184.

أشار إليه غيتاوي عبد القادر، الضمانات التشريعية والقضائية لنزع الملكية الخاصة من أجل المنفعة العمومية، مصدر سابق، ص ١٠٨.

الفصل الثالث الضرر الطارئ في الاستملاك

الشهري فإنه يستحق عن ذلك تعويض ... وقد بررت محكمة النقض الفرنسية حكمها هذا بكون أن فقدان المالك لريع الشهرى كان نتيجة مباشرة لنزع الملكية .

وكذلك قضى إذا كانت الإدارة قد أستمكت العقار ولم تدفع التعويض المستحق ولم تودعه، فإن فقد المالك للدخل الذي كان يدره العقار في الفترة الواقعة ما بين تاريخ صدور أمر نزع الملكية وتاريخ صدور الحكم القضائي الذي قدر التعويض، يعد ضرراً مباشراً يعرض عنه^(١).

ثالثاً- يجب ان يكون الضرر مؤكداً أو محققاً

ويقصد بهذا الشرط أن يكون الضرر الذي طرأ ثابتاً على وجه اليقين ، وهذا شرط منطقي وعملي لأنه يُمكن القاضي من تقديره ويستطيع أن يحدد التعويض عنه، وأستناداً إلى هذه النتيجة المنطقية فقد اشترط المشرع هذا الشرط في القواعد العامة للضرر^(٢)، فهو يسري على كافة أنواعه سواء كان ضرر الاستملاك وهو فقدان المالك عقاره جراء الإستملاك أو الضرر الطارئ بسبب الإستملاك .

والقول بخلاف ذلك لا يستحق تعويضاً لأنه ضرر محتملاً أي غير مؤكد حدوثه فهو أمر احتمالي الوقوع^(٣) فهو ضرر لم يقع ولا يوجد ما يؤكد انه سيقع ، لأنه مبني على الافتراض والقاضي لا يستطيع أن يبني الأحكام على الافتراض ، كما لا يمكن تقديره على وجه الدقة^(٤) ، كما ان صفة الاحتمال فيه تتفاوت درجته قوة وضعفاً وقد يبلغ من الضعف حداً يعد وهمياً ، ومثال ذلك الأضرار الناشئة عن فقد الدخل الذي كان سيحصل عليه المالك لو أنه أجر العقار^(٥).

¹ CA Paris expro ., 30 Avril, 1965, AJPI, 1965, p.1127. – Cass., 3ème civ. 7 oct1998. AJDI, 1999.p. 234, obs.C.More

أشار إليه عزت صديق طنبوس ، نزع الملكية للمنفعة العامة، مصدر سابق، ص ٧١.

^٢ د. عيد سعد دسوقي، حماية الملكية الخاصة في القضاء بين الإداري والدستوري، مصدر سابق، ص ١٧٩.

^٣ ينظر عزن صديق طنبوس، نزع الملكية للمنفعة العامة ، مصدر سابق، ص ٧٨.

^٤ محمد الكشور ، نزع الملكية للمنفعة العامة،المجلة المغربية لقانون والأقتصاد التنمية، العدد ١٢، ١٩٨٦ ، ص ١٠٥.

^٥ ينظر د. مصطفى محمد محمود عبد الكريم ، التعويض عن نزع الملكية للمنفعة العامة ، مصدر سابق، ص ١٠٢.

أو في حالة حرمان المالك من إبرام صفقة طوعية رابحة لبيع عقاره بثمن أعلى في حال كون المنطقة التي يوجد فيها العقار تشهد نمواً اقتصادياً أو تجارياً واضحاً . مما يعني احتمالية ارتفاع اسعار قيمة العقار بشكل كبير في المستقبل القريب أو المتوسط أو حتى البعيد ، ففي مثل هذه الخسارة لا يتم التعويض عنها من قبل السلطات الحكومية لأنها تعتمد القيمة السوقية يوم انتزاع الملكية حصراً ^(١) ، أما الضرر الاحتمالي الذي قد يقع أو لا يقع فهو لا يكفي لقيام المسؤولية المدنية واستحقاق التعويض ، لأن الأخير لا يتقرر إلا عما ثبت من ضرر فعلاً .

فالأهمية التي يتمتع بها هذا الشرط تكمن في أنه كلما كان الضرر طارئاً ينبغي أن يتحقق فعلاً وليس مجرد احتمال ، فالأخير لا يعتد به ، ولا يسمح للمتضرر بالإدعاء بأن هناك احتمال حدوث الضرر في المستقبل فهذه الحقيقة يجب أن تراعى من قبل القضاء عندما يرفع المتضرر دعوى المطالبة بالتعويض عن الضرر الطارئ الذي أستاذ بعد صدور الحكم عن ضرر الإستملاك كالإدعاء بان الاستملاك كان سبباً في عدم الانتفاع بعقار كان المستملاك ينوي تشييد فندق أو سوق عليه ، فهو قبل المباشرة بالبناء كسب احتمالي ولا يعد نتيجة طبيعية لعمل المستملاك ولا يترتب عليه تعويض .

على أن ذلك لا يعني بالضرورة أن يكون الضرر المؤكد حالاً ، بل يكفي أن يكون الضرر المؤكد مستقبلاً ، كما لو بدء المالك بالبناء فعلاً ثم جرت عملية الإستملاك ومنع من الاستمرار فيصبح وقوع الضرر مؤكداً ولو تراخى إلى المستقبل، وترتب عليه التعويض ^(٢) .

ولكن يبقى التمييز بين الضرر المستقبلي المعوض عنه ومجرد الضرر الاحتمالي غير المعوض عنه ليس بالأمر الهين دائماً .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية " أن منح التعويض لا يمكن أن يأخذ في الاعتبار مجرد الضرر المحتمل حدوثه " ويكون الضرر محتملاً في قضائها متى كان يتوقف حدوثه على توافر شروط معينة أو وقوع أحداث بذاتها وهذه الشروط والأحداث قد تتحقق وقد لا

^١ ينظر د. حيدر فليح حسن، التعويض العادل عن نزع الملكية للمنفعة العامة، مصدر سابق، ص ٨٢.

^٢ محكمة التمييز قرار رقم ٣٠٧ /حقوقية/ بتاريخ ١٩٧١/٣/٢٩ النشرة القضائية العدد الأول السنة الثانية ١٩٧٢.

الفصل الثالث الضرر الطارئ في الاستملاك

تتحقق. ومن أمثلة الأضرار الاحتمالية الأضرار المدعى بها عن مشروعات لم يبدأ في تنفيذها بعد ولم تتوافر سوى مجرد النية في هذا التنفيذ .

فمن التطبيقات القضائية التي قضى بها القضاء الفرنسي في بعض أنواع الضرر الاحتمالي غير المعوض عنه، نزع الملكية المستقبلي، الخوف الظاهر على مالك العقار جراء احتمال دخول ملكه ضمن مخططات عملية نزع الملكية لا يشكل إلا مجرد ضرر احتمالي^(١) .

وكذلك خسارة العوائد التي كانت من الممكن أن تجني من الزيادة المفرطة في قيمة العقار^(٢).

وكذلك مشاريع البناء أو التهيئة المحتملة ، فمشروع البناء الذي يطلب من أجله ترخيص بالبناء أو شهادة بداية الأشغال، لا يمكن التعويض عنه إذا كانت عملية نزع الملكية تحول دون تنفيذ هذا المشروع^(٣) .

والملاحظ في هذا الصدد أن محكمة النقض الفرنسية لا تسمح لقضاء نزع الملكية أن يؤسس أحكامه على مجرد ظروف احتمالية، وإنما يتعين أن يؤسس أحكامه على الحالة الواقعية الموجودة فعلاً في وقت نزع الملكية .

وهذه القاعدة اتسع تطبيقها في قضاء نزع الملكية من ذلك المشروع المزمع تنفيذه لاستغلال المنزوعة ملكيته للعقار لإنشاء سينما ، أيضا أدعاء المنزوعة ملكيته بأنه كان يزعم أن يقسم أرضه التي نزعت إلى حصص لبيعها في الوقت الذي لا يوجد أي دليل مادي على ان هذه النية ستتحقق في المستقبل^(٤) .

¹ Jacques FERBOS et Antoine BERNARD, op.cit., p. 372.

² C.A Paris, expro, 28 fev. 1977, AJPI, 1977, p.984.

أشار إليه غيتاوي عبد القادر، الضمانات التشريعية والقضائية لنزع الملكية الخاصة من أجل المنفعة العمومية، مصدر سابق ، ص ١١٥.

^٣ ينظر في عرض الأحكام القضائية : غيتاوي عبد القادر، الضمانات التشريعية والقضائية لنزع الملكية الخاصة من أجل المنفعة العمومية، مصدر سابق ، ص ١١٥.

^٤ بوزاد إدريس ، الحق في التعويض عن نزع الملكية في القانون الجزائري بين التقدير الإداري والضمانات المقررة قانوناً وقضاءً، مصدر سابق، ص ٥١.

في حين ذهب القضاء الفرنسي في تبني اتجاه آخر يذهب إلى تعويض نزع الملكية عن الضرر الاحتمالي ويسبب هذا التعويض على تكييف الضرر بأنه فقد لفرصة في إقامة مشروع مماثل^(١).

ومن الجدير بالإشارة إليه إن الضرر الإحتمالي يختلف عن الضرر المستقبلي فالأخير وأن كان ضرر غير حال إلا أن ضرره مؤكد الوقوع في المستقبل وإذا كان الضرر مؤكداً فإنه يمكن تحديده على وجه الدقة .

المطلب الثاني

أنواع الضرر الطارئ في الاستملاك

يتنوع الضرر الطارئ إلى أنواع متعددة تختلف باختلاف الزاوية التي ينظر إليها منها، فإذا نظرنا إليه من حيث المصدر، فهو أما الضرر الطارئ بسبب الإستملاك أو الضرر الطارئ بسبب المنفعة العامة، وإذا نظرنا إليه من حيث دور الإرادة فهو أما ضرر طارئ إرادي وضرر طارئ غير إرادي ، وإذا نظرنا إليه من حيث وقوعه فهو أما أن يصيب الجزء المتبقي من العقار غير المستملك أو يصيب العقارات المجاورة للعقار المستملك أو كلاهما، وإذا نظرنا إليه من حيث الأثر فهو يتنوع إلى الضرر الذي يقيم المسؤولية والضرر الذي لا يقيم المسؤولية.

والنوع الأخير له أهمية من حيث تأثيره على أطراف العلاقة القانونية للاستملاك والغير، فبعضها يترتب على حدوثها قيام المسؤولية، ونظم المشرع أحكامها، وبعضها الآخر لا يترتب على حدوثها قيام المسؤولية، فلم ينظمها المشرع بنصوص قانونية، وبعضها الآخر أشار إليها المشرع بصورة صريحة في عدم قيام المسؤولية عليها . ولغرض بيان ذلك بصورة مفصلة، سنقسم هذا المطلب على فرعين، سنتناول في الفرع الأول الضرر الطارئ الذي يقيم المسؤولية ، وفي الفرع الثاني الضرر الطارئ الذي لا يقيم المسؤولية.

^١ ينظر في تفاصيل القضاء الفرنسي: غيتاوي عبد القادر، الضمانات التشريعية والقضائية لنزع الملكية الخاصة من أجل المنفعة العمومية، مصدر سابق، ص ١١٤ وما بعدها وكذلك ينظر: بوزاد إدريس ، الحق في التعويض عن نزع الملكية في القانون الجزائري بين التقدير الإداري والضمانات المقررة قانوناً وقضاءً ، مصدر سابق، ص ٥٤ وما بعدها.

الفرع الأول

الضرر الطارئ الذي يقيم المسؤولية

قد يحدث الضرر الطارئ الذي يقيم المسؤولية في الجزء المتبقي من العقار المستملك ، وقد يحدث للعقارات المجاورة للعقار المستملك، ولغرض بيان ذلك بصورة مفصلة، سنتناول كل فرضية في فقرة مستقلة .

أولاً- الضرر الطارئ في الجزء المتبقي من العقار المستملك

قد يطرأ ضرر بسبب عملية الاستملاك يصيب الجزء المتبقي من العقار المستملك، ويتمثل في إحدى الصور الآتية :

١- الضرر الذي يصيب منفعة الجزء المتبقي من العقار المستملك .

إذا أدى استملاك جزء من العقار إلى نشوء ضرر في منفعة الجزء المتبقي ، وفي هذا الصدد يثار تساؤل هل كل ضرر في المنفعة يترتب عليها قيام المسؤولية أم ان المشرع اشترط صفة معينة في هذه الصورة من الضرر؟ من خلال المتتبع لموقف المشرع العراقي وبالرجوع إلى قوانين الإستملاك المتعاقبة الملغية، نجد أن هذا ما كان محل خلاف بين اتجاهين :-

الاتجاه الأول :- يذهب هذا الاتجاه في أن ضرر المنفعة الذي يقيم المسؤولية يحدث عندما تصبح المنفعة غير مفيدة للمستملك منه ^(١) ، ويلاحظ على هذا الاتجاه أنه أعتمد معيار شخصي لا موضوعي في ضرر المنفعة ، فمتى أثبت المستملك منه ذلك فإنه يترتب مسؤولية المستملك.

^١ يتمثل بموقف قانون استملاك الأموال غير المنقولة رقم ٤٣ لسنة ١٩٣٤ الملغي ، في نص المادة ٢٤ " ١- إذا اثبت صاحب مال قد استملك قسم منه ان مابقي من المال اصبح غير مفيد له مباشرة ... " .

الفصل الثالث الضرر الطارئ في الاستملاك

الاتجاه الثاني :- يذهب هذا الاتجاه إلى أن ضرر المنفعة الذي يقيم المسؤولية يحدث عندما يتعذر الانتفاع في الجزء المتبقي من العقار المستملك^(١) ، ويلاحظ على هذا الاتجاه أنه أعتمد معيار موضوعي لا شخصي في ضرر المنفعة، فمتى ما ثبت لهيئة التقدير ذلك.

ونلاحظ على توجه المشرع العراقي في أنه يشترط التعذر الكامل للمنفعة لقيام المسؤولية، وهذا ما أخذ حيز التطبيق لدى القضاء العراقي، ففي قضية أدعى فيها المدعي أنه أصابة ضرر جراء قيام الجهة المستملكة بأستملاك جزء من العقار، وطالب بأستملاك الجزء المتبقي ، إلا أن محكمة الدرجة الثانية بيّنت حكم نص المادة (٤٩) من قانون الاستملاك أنه فقط إذا تعذر الانتفاع بالجزء المتبقي من العقار فعلى المحكمة أن تقرر أستملاك عموم العقار^(٢) .

ويلاحظ على موقف المشرع والقضاء العراقي انه لا ينصف المستملك منه ولا يرفع الضرر عنه في حالة انتقاص المنفعة بالجزء المتبقي انتقاصاً كبيراً، وكذلك الحكم نفسه لدى موقف المشرع المصري في نص المادة (٢١) من قانون نزع الملكية المصري، بينما الملاحظ لموقف المشرع الفرنسي أنه وأن أشترط ذلك في إحدى تطبيقات ضرر المنفعة إلا إنه تناول في ثلاث تطبيقات أخرى الضرر الذي يؤدي إلى النقصان في المنفعة إلى حداً كبير ورتب عليها قيام المسؤولية ، ففي التطبيق الأول إذا وقع الاستملاك على العقارات غير المبنية وأدى

^١ قانون الإستملاك رقم ٥٧ لسنة ١٩٦٠ الملغي في نص المادة السادسة والعشرون " ...إذا كان الجزء الباقي منه يتعذر الانتفاع به .." . وكذلك موقف قانون الاستملاك رقم ٥٤ لسنة ١٩٧٠ الملغي في نص المادة الثانية عشر منه " ...إذا كان الجزء الباقي مما يتعذر الانتفاع به..." وكذلك موقف في قانون الاستملاك النافذ في نص المادة (٤٩) للمستملك منه، في حالة الإستملاك الجزئي ، أن يطلب استملاك عموم العقار ، إذا تعذر الانتفاع بالجزء المتبقي منه ، وتقرر المحكمة استملاك عموم العقار إذا تحقق لهيئة التقدير ذلك " . وكذلك موقف المشرع المصري في قانون نزع الملكية النافذ نصت المادة ٢١ " تشتري العقارات للأزم نزع ملكية جزء منها ...إذا كان الجزء الباقي منها يتعذر الانتفاع به ... " . وكذلك موقف المشرع الفرنسي فإنه تناول صورة الضرر في المنفعة في أربع تطبيقات، وكان منها عندما يقع الاستملاك على العقارات المبنية، وأدى الاستملاك إلى انتزاع جزء من مبنى مشيد، ويتعذر الانتفاع بالجزء المتبقي.

^٢ محكمة أستئناف الرصافة الاتحادية، قرار رقم ٦٧، بتاريخ، ٢٠١٠/٣/١١ غير منشور .

الفصل الثالث الضرر الطارئ في الاستملاك

الاستملاك إلى انتزاع جزء منها وبقي الجزء الآخر إلى حد الربع المساحة الإجمالية إذا لم يكن للمالك أي أرض متجاورة لها أو إذا كان الجزء المتبقي أقل من عشر آريس ^(١) .

والثاني إذا كان الاستملاك من أجل فتح طريق داخل الأراضي الزراعية وبقي الجزء الآخر غير صالح للاستغلال الزراعي في ظل الظروف العادية للجزء المتبقي من العقار ^(٢) .

والثالث إذ أدى الاستملاك الجزئي من أجل فتح طريق إلى المساس بهيكل مزرعة التي من المحتمل أن تتسبب في أختفائها أو من المحتمل أن يخل بمنفعتها بصورة كبيرة ^(٣) .

¹ L242-1 نص المادة

"Lorsque l'expropriation ne porte que sur une portion d'immeuble bâti et si la partie restante n'est plus utilisable dans les conditions normales, l'exproprié peut demander au juge l'emprise totale.

Il en est de même pour toute parcelle de terrain nu qui, par suite du morcellement, se trouve réduit au quart de la contenance totale, si toutefois le propriétaire ne possède aucun terrain immédiatement contigu et si la surface du terrain ainsi réduit est inférieure à dix ares."

² Article L242-3

Lorsque l'emprise partielle d'une parcelle empêche l'exploitation agricole dans des conditions normales de la ou des parties restantes de cette parcelle en raison soit de leur dimension, soit de leur configuration, soit de leurs conditions d'accès, l'exproprié peut demander l'emprise totale soit de la parcelle, soit de la ou des parties restantes devenues inexploitable de fait.

³ L242-4 نص المادة

Lorsqu'une emprise partielle résultant de l'expropriation compromet la structure d'une exploitation agricole de nature à provoquer sa disparition ou à lui occasionner un grave déséquilibre au sens des articles L. 123-4 à L. 123-5-6 et L. 352-1 du code rural et de la pêche maritime:

1° Le propriétaire exproprié peut demander au juge l'emprise totale. Il en informe le ou les exploitants. Dans le cas où le propriétaire exproprié n'est pas lui-même exploitant, le versement par l'expropriant du prix d'acquisition de la portion acquise en sus de la partie expropriée entraîne de plein droit la résiliation du bail, sans indemnité et nonobstant toute clause contraire;

فلغرض أنصاف المستملك منه لابد من تعديل نص المادة (٤٩) من قانون الاستملاك النافذ.

٢- الضرر المادي الذي يصيب الجزء المتبقي من العقار المستملك .

تحدث هذه الصورة من الضرر عندما تستملك الإدارة جزءاً من العقار، وتقوم بعملية هدم المحدثات من بناء أو مغروسات في الجزء المستملك ، ونتيجة لهذا العمل يحدث تصدع للأرض في الجزء المتبقي^(١) أو ينال البناء أو المغروسات الموجودة في الجزء الآخر من العقار غير المستملك ضرراً ، أو ان طريق الري والبرز تتأثر من جراء أعمال الاستملاك^(٢) ، أو يكون المشروع إنشاء مجسر وأدى الحفر وإقامة الأعمدة إلى تشققات في الأبنية للجزء المتبقي، أو تلف المغروسات نتيجة ما يثار من أتربة أثناء إقامة المشروع، ويلاحظ على المشرع العراقي لم ينص على هذه الصورة من الضرر في قوانين الاستملاك الملغية ، وإنما أستحدث هذه الصورة في قانون الاستملاك النافذ ورتب عليها المسؤولية^(٣) .

ويرى البعض ان هذه الصورة من الضرر تخضع للقواعد العامة الواردة في القانون المدني^(٤) .

ويكيّف البعض هذه الصورة من الضرر بأنها تطبيق للمسؤولية الموضوعية ، إذ أن الاعمال التي يقوم بها المستملك، وان كانت مباحة باعتبار أن القانون أجاز له الاستملاك ، إلا أنه يجب

2° L'exploitant qui n'est pas lui-même propriétaire peut, s'il entend ne pas poursuivre l'exploitation ou lorsqu'il y a résiliation du bail en application du 1° ci-dessus, demander à l'expropriant les indemnités auxquelles il aurait pu prétendre en application de l'article L. 322-1 dans le cas où la totalité de l'exploitation aurait été expropriée. L'exploitant informe le ou les propriétaires de l'exploitation de la demande qu'il présente à l'expropriant.

^١ شهاب احمد ياسين، الوجيز في شرح قانون الإستملاك ، مصدر سابق، ص١٥٨.

^٢ مصطفى مجيد، شرح قانون الاستملاك ، مصدر سابق، ص١٧٣.

^٣ نصت المادة ٥٠ من قانون الاستملاك النافذ " اذا ادّى الاستملاك الجزئي إلى أضرار مادية بما تبقى من

العقار، فيستحق المستملك منه التعويض عن ذلك" ..

^٤ تخضع لنصوص المواد الواردة في القانون المدني "٢٢٠، ٢١٩، ١٨٦، ٢٠٤، ٢٠٧" ينظر: مصطفى مجيد،

شرح قانون الإستملاك ، مصدر سابق، ص١٧٥-١٧٦.

الفصل الثالث الضرر الطارئ في الاستملاك

أن يقوم بالأعمال الإنشائية دون الإضرار بالغير ، وإذا ما حصل ضرر بسبب هذه الاعمال فتنهض مسؤولية المستملك (١) .

وفي هذا الصدد يثار تساؤل لماذا خص المشرع هذه الصورة من الضرر بتنظيم نص المادة (٥٠) في قانون الاستملاك، إلا يتضمن ذلك نفس حكم القواعد العامة في القانون المدني ؟ فنكون أمام حكم زائد وتكرار لحكم ورد في القواعد العامة ؟ .

لعل يرجع السبب في ذلك للأحكام الخاصة التي نظمها المشرع في هذه الصورة من الضرر التي تختلف في حكمها عن القواعد العامة، والتي تتمثل بحكم التقادم المسقط لإقامة دعوى التعويض إذ حدد خلال مدة سنة من تاريخ البدء بتنفيذ المشروع، وإلا يسقط حق المطالبة بالتعويض بإنقضائها، والحكم الآخر يتمثل بالدفع بالتقادم، فوفق القواعد العامة يثار هذا الدفع من قبل المنكر في الدعوى، ولا يجوز أثارته من قبل المحكمة، بينما في هذه الصورة من الضرر في الاستملاك نص المشرع بصورة صريحة على ان تقضي المحكمة من تلقاء نفسها برد الدعوى (٢) .

أما موقف المشرع المصري لم ينص على هذه الصورة من الضرر في قانون نزع الملكية ، ويعتقد البعض أن المشرع تركها لحكم القواعد العامة في المسؤولية عن الفعل الضار (٣) .

٣- تغيير طريقة أستغلال الجزء المتبقي من العقار المستملك .

قد يؤدي استملاك جزء من العقار إلى التأثير في الجزء المتبقي في طريقة أستغلاله، كما لو كان أستغلال العقار معرض لبيع السيارات قبل تنفيذ المشروع على الجزء من العقار المستملك، وأصبح لا يصلح لهذا العمل بعد تنفيذ المشروع ، فأستغله صاحبه مشاتل لبيع الزهور والأشجار، وبالرغم من سكوت المشرع العراقي على هذه الصورة من الضرر الطارئ ولم يبين حكمها، إلا أن

^١ د. جمال عبد كاظم ، تغير حالة العقار في قانون الاستملاك، مصدر سابق، ص ٧٣.

^٢ ينظر: نص المادة ٥٢ من قانون الاستملاك النافذ .

^٣ د. جمال عبد كاظم ، تغير حالة العقار في قانون الاستملاك، مصدر سابق، ص ٧٤.

الفصل الثالث الضرر الطارئ في الاستملاك

جانب من الفقه يرى أن الجهة المستملكة ملزمة بالتعويض استناداً إلى مفهوم المخالفة لنص المادة (٥٣) من قانون الاستملاك التي خص بها المشرع العقارات غير المستملكة بهذا النص^(١).

ثانياً- الضرر الطارئ في العقارات المجاورة للعقار المستملك

إذا كان غرض الإدارة من الاستملاك هو إنشاء مشروع للمنفعة العامة، فإن الأخير قد يؤثر بصورة سلبية على العقارات المجاورة له التي لم يمسه الاستملاك باستقطاع جزء منها، وهذا الأمر يحصل بحسب نوع المشروع المقام على العقارات المستملكة، ويؤدي إلى حدوث صور مختلفة من الضرر قد تكون أضرار مادية تصيب العقارات المجاورة أو قد تكون نقصان في منفعة العقارات المجاورة أو نقصان في القيمة النقدية لها أو ممكن أن تحدث كلاً صورتين الضرر.

فالمشرع العراقي نظم مضار الجوار الطارئة بسبب الاستملاك في قانون الاستملاك النافذ في الباب الخامس، الفصل الثاني وفي المواد (٥١-٥٣). تحت عنوان تضرر الغير بسبب الإستملاك^(٢).

فتناول المشرع الضرر الذي يقيم المسؤولية في صورتين الأولى، وهي الضرر المادي الذي ينشأ بسبب تنفيذ المشروع المقام على الأرض المستملكة^(٣)، أي إذا أدى تنفيذ المشروع

^١ د. جمال عبد كاظم، تغيّر حالة العقار في قانون الاستملاك، مصدر سابق، ص ٧٣.

^٢ فمن خلال المتتبع لموقف المشرع العراقي في قوانين الإستملاك المتعاقبة الملغية، نجد أنه لم يستقر على نهج معين في الأخذ أو عدم الأخذ بفكرة مضار الجوار الطارئة بسبب الإستملاك ففي قانون استملاك الأموال غير المنقولة رقم ٤٣ لسنة ١٩٣٤ الملغى لم يأخذ بفكرة مضار الجوار الطارئة بسبب الإستملاك، ولكن رؤية المشرع تبدلت في قانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٦٠ الملغى فالمشرع أخذ بهذا النوع من الضرر إذ نظم احكامه بنص المادة الثالثة والعشرون " ويستحق تعويض أيضا اصحاب العقارات التي لم يستملك جزء منها والتي اصابها ضرر بسبب أعمال المنفعة العامة " .

أما في قانون رقم ٥٤ لسنة ١٩٧٠ الملغى فيلاحظ أن المشرع تراجع عن الأخذ بالفكرة ولم ينظمها بنصوص قانونية .

^٣ نصت المادة ٥١ " اذا أدى تنفيذ المشروع على اضرار مادية بعقار لم يمسه الاستملاك فلصاحبة المطالبة بالتعويض " .

الفصل الثالث الضرر الطارئ في الاستملاك

على العقار المستملك إلى أضرار مادية بعقارات مجاورة للعقار المستملك، ومصادق ذلك على الأضرار المادية كحدوث خلل في بناء العقار نتيجة لاستعمال المكائن في هدم المحدثات على العقار المستملك ، أو حفر الأسس إلى عمق أدى إلى خلل في البناء وجعل هدمه أمراً لا محيص منه أو تصدع الجدران أو السقوف نتيجة لاستعمال المكائن لتشديد الركائز الكونكريتية أو تغيير مجرى الماء^(١)، وهذه الصورة من الضرر تخضع للقواعد العامة في القانون المدني .

والثانية: نص عليها المشرع بصورة صريحة في المادة (٥٣) على حالة تبدل أو تغيير في الوضعية السابقة للعقارات المرتفعة أو المرتفق بها ، كتبديل مجرى الماء، أو تغيير مكان المرور، أو تعذر صرف المياه الزائدة أو قطع مجرى الماء أو تحويل السواقي، وأدى ذلك إلى ضرر مادي محقق بالعقار المرتفق به فيعوض صاحبه^(٢) .

أما موقف المشرع المصري فإنه لم يخص فكرة الضرر الطارئ الذي يصيب العقارات المجاورة بأي تنظيم قانوني في قانون نزع الملكية للمنفعة العامة النافذ.

فهل أن المشرع لم يعتد بفكرة مضار الجوار الطارئة بسبب الاستملاك؟ أم أنه ترك الأمر لحكم القواعد العامة في القانون المدني؟.

يعتقد البعض أن القواعد العامة في المسؤولية عن الفعل الضار تتيح لأصحاب العقارات التي تتضرر مادياً، بسبب إقامة مشاريع المنفعة العامة المطالبة بالتعويض، ويستند في ذلك أن المشرع المصري لم يحصن الإدارة في هذه الأعمال من أن تقام عليها الدعاوى، أي أنها ليست من أعمال السيادة^(٣) .

ألا أنه يتبين لنا للإجابة على هذا التساؤل لأبد من بيان الطبيعة القانونية لمضار الجوار الطارئة بسبب الاستملاك، هل تعد من نفس الطبيعة القانونية لمضار الجوار غير المألوفة في القانون المدني؟ أم أنها من طبيعة مختلفة وبالتالي فلا تخضع لحكم القواعد العامة؟.

^١ مصطفى مجيد، شرح قانون الإستملاك، مصدر سابق، ص ١٧٤.

^٢ مصطفى مجيد، شرح قانون الاستملاك، المصدر نفسه، ص ١٧٩.

^٣ د. جمال عبد كاظم، تغيير حالة العقار في قانون الاستملاك، مصدر سابق، ص ٧٤.

إن فكرة فمضار الجوار غير المألوفة حسبما يرى جانب من الفقه أن نطاق نشأتها من تعارض مصلحة خاصة مع مصلحة خاصة أخرى ، فالمرشع يوازن بين المصالح الخاصة المتعارضة ويقرر تفضيل مصلحة خاصة على أخرى هي أولى بالرعاية^(١) .

ومؤدى ذلك أن مضار الجوار غير المألوفة هي قيود ترد على حق الملكية للمصلحة الخاصة^(٢)، بينما الضرر الطارئ ينشأ من قيود أوردتها المرشع على حق الملكية للمصلحة العامة^(٣)، عندما يتعارض حق الملكية مع المصلحة العامة ، لذا فالمرشع يحد من سلطات المالك مراعاة للمصلحة العامة، وترجيحاً لها على مصلحة المالك الخاصة^(٤) .

أما من حيث الغاية أو الغرض، ففكرة القيود القانونية المقررة للمصلحة العامة تقوم على ضمان عدم إضرار المالك _ وهو يباشر سلطاته تحصيلاً لمنافعه _ بالمصلحة العامة وإذا تعارضت مصلحة المالك مع المصلحة العامة فترجح الأخيرة حتى لو وصلت إلى حد نزع الملكية مادام المنفعة العامة تقتضي ذلك^(٥).

بينما في القيود المقررة لمصلحة خاصة ترجع بوجه عام إلى الجوار ما بين المالك^(٦) ، فعندما تتعارض المصلحة المالك مع مصلحة مالك آخر، فالمرشع يوازن بين هاتين المصلحتين ولا يفضل أحدهما على الأخرى إلا إذا كانت تؤدي إلى تحقيق المصلحة العامة في النهاية^(٧) .

أما من حيث الحكم ففي مضار الجوار غير المألوفة له ان يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف على ان يراعي في ذلك العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منهما بالنسبة للأخر والغرض الذي خصصت له^(٨) .

^١ د. غني حنون طه، حق الملكية مصدر سابق، ص ٧٢.

^٢ د. السنهوري، حق الملكية، ج ٨ ، مصدر سابق ، ص ٦٨٢-٦٨٣.

^٣ د. السنهوري ، حق الملكية ، مصدر سابق، ص ٦٤٤.

^٤ د. غني حنون طه، حق الملكية مصدر سابق، ص ٧٢.

^٥ د. درع حماد الدليمي، الحقوق العينية الأصلية ، مصدر سابق ، ص ٥٧-٥٨ .

^٦ د. السنهوري ، حق الملكية، ج ٨، مصدر سابق، ص ٦٨٢.

^٧ د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ص ٧٧.

^٨ د. غني حنون طه، حق الملكية مصدر سابق، ص ٣٦.

الفصل الثالث الضرر الطارئ في الاستملاك

بينما في الضرر الطارئ لا يستطيع المتضرر المطالبة بإزالة الضرر، وإنما له أحكامه الخاصة على أن نوردتها في الموضع المناسب .

وبالرغم من أوجه الاختلاف السالفة الذكر التي بينها جانب من الفقه ، إلا أنه يمكن الرد على هذه الإراء بعدد من النقاط :

١- أن الأختلاف من حيث نطاق نشأة الضرر هو ما درج عليه جانب من الفقه في مؤلفاتهم، من دون أن يستند إلى نص قانوني ، فنص المادة (١٠٥١) من القانون المدني العراقي وكذلك نص المادة (٨٠٧) من القانون المدني المصري ليس فيه تحديد للنطاق على إن مضار الجوار الفاحشة أو غير المألوفة تطبق بين أصحاب الملكية الخاصة ، وإنما النص جاء بصورة مطلقة فلا وجود لمانع من أن يشمل بالإضافة إلى التعارض بين الملكية الخاصة ، يشمل أيضاً التعارض بين الملكية الخاصة والعامة وكذلك أيضاً التعارض ما بين ملكيتين عامتين.

٣- أما الاختلاف من حيث الحكم : وهذا يرجع إلى مقتضيات مبدأ العدالة، إذ ليس من العدالة أن يتساوى الحكم عندما يحصل التعارض ما بين المصلحة العامة مع المصلحة الخاصة وما بين التعارض ما بين مصلحتين خاصتين ، فالأختلاف ناتج من مقتضيات مبدأ العدالة وليس بالطبيعة القانونية .

كما إن أوجه الشبه بينهما يتمثل في مصدر نشأة الضرر، في أن كلاهما يحصل بسبب علاقة الجوار، ومؤدى ذلك فيسري عليهم نص المادة (١٥٠١) من القانون المدني .

أما موقف المشرع الفرنسي ففي قانون نزع الملكية النافذ، يلاحظ أنه أشار إلى صورتين لمضار الجار الطارئة بسبب الإستملاك ، فالصورة الأولى تتمثل بمضار الجار الطارئة العامة التي لها تأثير على البيئة ^(١) .

¹Article L122-1

La déclaration d'utilité publique des opérations susceptibles d'affecter l'environnement relevant de l'article L. 123-2 du code de l'environnement est soumise à l'obligation d'effectuer la déclaration de projet prévue à l'article L. 126-1 du code de l'environnement.

أما الصورة الثانية تتمثل بمضار الجار الطارئة الخاصة التي تصيب العقارات المجاورة، فأشار إلى صورة الضرر الذي يطرأ على المزارع المجاورة للعقار المنزوع ملكيته إذا حدث لها ضرر بسبب المنفعة العامة ، فالأزم السلطة القائمة على المنفعة العامة ان تساهم مالياً في أصلح الضرر^(١)، في ظل الشروط المنصوص عليها في قانون الصيد الريفي والبحري^(٢) .

الفرع الثاني

الضرر الطارئ الذي لا يقيم المسؤولية

قد يحدث ضرر طارئ يصيب الجزء المتبقي من العقار المستملك ، أو يصيب العقارات المجاورة للعقار المستملك، ولكن المشرع لم يرتب عليها قيام المسؤولية، ولغرض بيان تلك الصور بصورة مفصلة، سنتناول في الفقرة الأولى الضرر الطارئ في الجزء المتبقي من العقار المستملك، وفي الفقرة الثانية الضرر الذي لا يقيم المسؤولية للعقارات المجاورة للعقار المستملك .

Si l'expropriation est poursuivie au profit d'une collectivité territoriale, d'un de ses établissements publics ou de tout autre établissement public, l'autorité compétente de l'Etat demande, au terme de l'enquête publique, à la collectivité ou à l'établissement intéressé de se prononcer, dans un délai qui ne peut excéder six mois, sur l'intérêt général du projet dans les conditions prévues à l'article L. 126-1 du code de l'environnement. Après transmission de la déclaration de projet ou à l'expiration du délai imparti à la collectivité ou à l'établissement intéressé pour se prononcer, l'autorité compétente de l'Etat décide de la déclaration d'utilité publique.

=Lorsque l'opération est déclarée d'utilité publique, la légalité de la déclaration de projet ne peut être contestée que par voie d'exception à l'occasion d'un recours dirigé contre la déclaration d'utilité publique. Les vices qui affecteraient la légalité externe de cette déclaration sont sans incidence sur la légalité de la déclaration d'utilité publique.

Si l'expropriation est poursuivie au profit de l'Etat ou de l'un de ses établissements publics, la déclaration d'utilité publique tient lieu de déclaration de projet.

L'acte déclarant d'utilité publique l'opération est accompagné d'un document qui expose les motifs et considérations justifiant son utilité publique.

^١ ينظر نص المادة 3-122 L من قانون نزع الملكية النافذ

^٢ ينظر نص المواد 24-123 L إلى 26-123 L و المادة 1-352 L من قانون الصيد الريفي والبحري .

أولاً- الضرر الذي لا يقيم المسؤولية في حالة الاستملاك الجزئي .

يتمثل هذا النوع من الضرر في نقصان القيمة النقدية للجزء المتبقي من العقار المستملك، فإذا أدى استملاك جزء من العقار إلى نشوء ضرر يتمثل في نقصان في القيمة النقدية للجزء المتبقي ، فموقف المشرع العراقي في قانون الاستملاك النافذ لم يقر المسؤولية لهذه الصورة من الضرر^(١) ، بينما نظم المشرع العراقي في قانون الإستملاك رقم ٥٧ لسنة ١٩٦٠ الملغى هذه الصورة من الضرر، في نص المادة الثالثة والعشرون " ...إدى إلى اضرار بالجزء الاخر الفرق بين القيمة السابقة للجزء المتبقي الذي لم يستملك وبين قيمته بعد الاستملاك " .

أما موقف المشرع المصري في قانون نزع الملكية النافذ، فإنه تناول هذه الصورة من الضرر ورتب عليها المسؤولية بنص المادة ١٧ " إذا ...أو نقصت قيمة الجزء الذي لم تنزع ملكيته بسبب أعمال المنفعة العامة ... " .

ونلاحظ على موقف المشرع المصري أنه في حالة الاستملاك الجزئي، إذا أدى إلى نقصان بالقيمة النقدية أو بالمنفعة للجزء المتبقي غير المستملك، فإنه أوجب على لجنة التثمين أن تراعي هذا الضرر عند تقدير بدل الاستملاك ، ففي هذا الفرض أن العقار قبل عملية الاستملاك كان عبارة عن وحدة عقارية واحدة وبعد عملية الاستملاك أفرزت الوحدة العقارية إلى وحدتين الأولى الجزء المستملك من قبل الإدارة والثانية الجزء المتبقي لمالك العقار ، فأصبحت كل وحدة عقارية مستقلة عن الأخرى وتربط فيما بينهما رابطة الجوار، فأستملك الوحدة العقارية الأولى إذا أدت إلى أضرار بالوحدة العقارية الثانية فالمشرع أقر استحقاق التعويض ، بينما إذا وقع الإستملاك على كامل الوحدة العقارية وتسببت بأضرار بالقيمة النقدية أو بالمنفعة بالعقارات المجاورة له فالمشرع في هذا الفرض لم يقر لهم الحق في المطالبة بالتعويض مع ان رابطة الجوار متحققة .

اما موقف المشرع الفرنسي في قانون نزع الملكية النافذ فلم ينظم هذه الصورة من الضرر ولم يرتب عليها المسؤولية .

^١ وكذلك هو موقف قانون الاستملاك رقم ٥٤ لسنة ١٩٧٠ الملغى.

الفصل الثالث الضرر الطارئ في الاستملاك

وبالمقارنة بين موقف التشريعات المقارنة ، يلاحظ أن المشرع العراقي في قوانين الاستملاك المتعاقبة قد أستقر على الأخذ بصورة النقصان في المنفعة، أما صورة النقصان في القيمة النقدية فالمشرع فلم يستقر على نهج معين .

فيلاحظ على قوانين الاستملاك الملغية أنه فقط في قانون الإستملاك رقم ٥٧ لسنة ١٩٦٠ الملغي قد أخذ بهذه الصورة، ولكن رؤية المشرع تبدلت ولم يأخذ بها في قانون الاستملاك النافذ، وكذلك موقف المشرع الفرنسي فلم يأخذ بها، بينما المشرع المصري في قانون نزع الملكية النافذ قد أخذ بكلاً الصورتين من النقصان سواء كانت بالمنفعة أو في القيمة النقدية للجزء المتبقي من العقار المستملك .

ويبدو أن المشرع العراقي والفرنسي قد ألقى على عاتق المستملك منه عبء تحمل هذه الصورة من الضرر، ولم يقر له الحق في المطالبة بالتعويض من المستملك ، لذا يتبين لنا أن موقف المشرع في قانون الاستملاك الملغي رقم ٥٧ لسنة ١٩٦٠ وكذلك موقف المشرع المصري أكثر في تحقيق العدالة ، لذا ندعوا المشرع العراقي إلى الأخذ بهذه الصورة من الضرر ، لانه قد يقع في حالات الاستملاك الجزئي ومن دون ان يحدث ضرر في المنفعة، كما في حالة أستملاك جزء معين من مساحة العقار، ويبقى جزء آخر صالح للانتفاع به من قبل المستملك منه ، أو ان يكون الجزء الذي استملكته الإدارة قد وقع على جزء من مقدمة العقار، وبقاء جزء آخر للمستملك منه وصالح للانتفاع به ، أو أن يكون القسم الباقي بشكل منظم يمكن البناء عليه، أو كانت المساحة المتبقية أكثر من الحد المقرر في نظام الطرق والأبنية وتمنح أجازة البناء عليه وغير ذلك من الأسباب، ولكن بسبب نوع المشروع المقام على الجزء من العقار المستملك يؤدي إلى نقصان القيمة النقدية للجزء الآخر .

ثانيا- الضرر الذي لا يقيم المسؤولية للعقارات المجاورة للعقار المستملك .

يتمثل هذا النوع من الضرر، في تغيير طريقة أستغلال العقارات المجاورة، والتي نص عليها المشرع العراقي في المادة (٥٣) وهي إذا أدى تنفيذ المشروع المقام على العقار المستملك إلى تغيير طريقة استغلال العقار، فالضرر في هذه الصورة هو ضرر ناشئ عن قيام الإدارة بإعمال المنفعة العامة ، ويذكر جانب من الفقه مصاديق لهذه الصورة كما في حالة قيام امانة

الفصل الثالث الضرر الطارئ في الاستملاك

العاصمة بفتح طريق جديد حولت السير من أمام سوق تجاري إلى مسافة بعيدة مما أدى إلى تغيير طريقة استغلال السوق التجاري إلى سكني.

ولكن التساؤل الذي يثار هل يشمل النص الضرر الحاصل في تغيير طبيعة استغلال العقارات المجاورة للعقار المستملك بفعل المشروع من منطقة تجارية إلى سكنية كأن تقوم الإدارة بإنشاء مجمع سكني أو أن يكون طبيعة المشروع المقرر للمنفعة العامة يحد من المنطقة التجارية كما في حالة إنشاء مستشفى في منطقة تجارية؟.

لعل المتأمل من النص أنه يشمل هذه المصاديق أيضاً ، ويترتب على ذلك أن المضرور لا يستطيع المطالبة بالتعويض، فحتى لو أصاب العقارات ضرراً فاحشاً ، فليس لإصحابها المطالبة بالتعويض أستانداً للقواعد العامة الواردة في القانون المدني في نص المادة (١٠٥١) .

كما أخرج المشرع العراقي من نطاق مسؤولية المستملك الارتفاقات التي تفرضها أعمال المنفعة العامة على العقارات غير المستملكة ، فهي ارتفاقات قانونية قررها قانون الاستملاك ، والتي لا يشترط فيها رضا مالك العقار المرتفق ، لان المنفعة العامة تقضي بالتضحية بمصلحة المالك في الحد من جزء معين من عقاره، إذ ليس لصاحب العقار أن يطالب بالتعويض طالما لا تؤدي إلى أضرار مادية به، كما في الارتفاقات التي تمكن من الوصول إلى شواطئ الأنهر أو ضفاف مجاري المياه أو تسهيل مهمة أعداد المسالك أو المنشآت العمومية والعناية بها^(١).

اما موقف المشرع المصري فلم نجد ما يقابل الأحكام التي تناولها القانون العراقي، إلا إشارة عامة يكتنفها الغموض في نص المادة ١٧ : إذا ..أو نقصت قيمة الجزء..." ، ويرى البعض أن المشرع العراقي كان أكثر وضوحاً في تحديد مسؤولية المستملك عند إحداث أي ضرر لأصحاب العقارات المجاورة للعقار المستملك^(٢) .

^١ مصطفى مجيد، شرح قانون الإستملاك، مصدر سابق، ص ١٧٩.

^٢ د. جمال عبد كاظم، تغيير حالة العقار في قانون الاستملاك، مصدر سابق، ص ٩٠.

المبحث الثاني

الوسائل القانونية للحد من الضرر الطارئ في الاستملاك

بما إن الإدارة مكلفة بمهمة القيام بالتحسين من واقع المرافق العامة للمجتمع الصحية والمدنية والصناعية والزراعية...الخ، ورغبة منها في مجارة التطور العمراني في تنظيم المدن ، فقد تضطر الإدارة إلى المساس بالملكية الفردية ونزع الملكية من أجل قيام المشروع لتحسين من واقع المنفعة العامة ^(١) ، إلا أنه قد يطرأ في بعض الأحيان ضرراً بسبب نوع المشروع المقام للمنفعة العامة ونشاطه ، وهذا الضرر يختلف من حيث مدى جسامته ، فتارة يحقق المشروع المقام للمنفعة العامة منافع أكثر من الإضرار التي يخلفها . وفي هذا الصدد نكون أمام تعارض بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة .

وتارة أخرى يحقق المشروع المقام أضراراً جسيمة تفوق المزايا والمنافع المراد تحقيقها منه. وفي هذا الصدد نكون أمام تعارض بين مصلحتين عامتين .

وإزاء هذا التعارض بين المصالح يثار تساؤل ماهي الوسائل الوقائية التي انتهجها المشرع لمنع وقوع مثل تلك الأضرار ؟ وفي أي نوع من تعارض بين المصالح ؟ وما هي الوسائل العلاجية التي انتهجها المشرع في حالة وقوع الضرر الطارئ؟ وفي أي صوره من تعارض بين المصالح؟ .

لغرض الوصول إلى إجابة عن هذه التساؤلات ، سنقسم هذا المبحث على مطلبين ، نتناول في الأول الوسائل الوقائية للحد من الضرر الطارئ في الاستملاك وفي الثاني الوسائل العلاجية للحد من الضرر الطارئ في الاستملاك .

^١ ينظر: د. السنهوري، الوسيط، حق الملكية، مصدر سابق، ص ٦٣٢.

المطلب الأول

الوسائل الوقائية للحد من الضرر الطارئ في الاستملاك

تعدّ الوسائل الوقائية من أهم الأدوات التي يستخدمها المشرع بالصياغة التشريعية في القوانين، إذ بها يستطيع المحافظة على الغاية أو هدف القاعدة القانونية ، وهذه الوسائل متعددة ومختلفة وتستخدم بحسب المبدأ القانوني المراد حمايته ^(١) ، ولا يسعنا المجال لذكرها هنا ، على أن نقصر الأمر على قدر تعلق الأمر بموضوع بحثنا ^(٢) ، فالوسائل الوقائية التي أقرها المشرع تختلف بحسب نطاق الضرر الطارئ في الإستملاك فتارةً يترتب على الاستملاك أضرار أكثر جسامة من المنفعة العامة المتوخاه منه، ففي هذه الصورة من الضرر يمس المصلحة العامة. وتارة أخرى يترتب على الاستملاك ضرر أقل جسامة من المنفعة العامة المتوخاه منه، ففي هذه الصورة الأخرى من الضرر يمس المصلحة الخاصة ، فالتساؤل الذي يثار ماهي الوسائل التي أستخدمها المشرع في كلا صورتَي الضرر؟.

فالغرض ببيان هذه الوسائل بصورة مفصلة، سنقسم هذا المطلب على فرعين نتناول في الأول الوسيلة الوقائية للحد من الضرر الطارئ الذي يمس المصلحة العامة، وفي الثاني الوسيلة الوقائية للحد من الضرر الطارئ الذي يمس المصلحة الخاصة.

الفرع الأول

الوسيلة الوقائية للحد من الضرر الطارئ الذي يمس المصلحة العامة

تتحقق المصلحة العامة للمجتمع بتحقيق المنفعة العامة التي هي أساس أباحة الاستملاك^(٣)، ولكن يؤخذ على الأخيرة عدم وضوحها، لأنها فكرة مرنة تتسم بعدم التحديد وعدم

^١ ينظر د. محمود أبو عافية، التصرف القانوني المجرد، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة- مصر، بدون ذكر السنة، ص ٥٠.

^٢ ينظر لمزيد من التفاصيل : علي حميد كاظم الشكري، استقرار المعاملات المالية ، الفصل الرابع ، مصدر سابق، ص ١٨٣ وما بعدها.

^٣ ينظر : د. براهيمى سهام، فكرة المنفعة العامة في نزاع الملكية ، مجلة الشريعة والقانون، العدد ٥٥، ٢٠١٣، ص ٣١٥.

الفصل الثالث الضرر الطارئ في الاستملاك

الخضوع واختلاف تحديدها من حيث الزمان والمكان ، وبالرغم من محاولة المشرع إزالة غموض الفكرة من خلال الصياغة التشريعية في استخدام أسلوب التعداد على سبيل الحصر^(١)، إلا أنه لم يستطيع استيعاب كامل لفكرة المنفعة العامة وذلك يرجع لعدة اسباب^(٢)، وإزاء هذه الأسباب تغير نهج المشرع فقد أوردت فكرة المنفعة العامة على سبيل المثال لا الحصر^(٣) ، وهذا مما فتح المجال الواسع للسلطة التقديرية للإدارة في اقرار تحقق المنفعة العامة من عدمها، وهكذا أصبحت فكرة المنفعة العامة تشكل تهديداً لأصحاب الملكية الخاصة مالم توجد وسيلة وقائية تؤدي دوراً في إيجاد التوازن بين اعتبارات حسن سير الإدارة وحماية حقوق الأفراد^(٤) ، وذلك لكي تحد من حالات انحراف الإدارة عند تقديرها للمنفعة العامة .

فقد يؤدي تقدير للمنفعة العامة إلى منافع من جانب معين ويؤدي من جانب آخر إلى تحقق اضرار تمس المصلحة العامة للمجتمع ، وسواء كان هذا الانحراف في التقدير ناتج عن الخطأ في التقدير أم كان نتيجة التعسف من قبل الإدارة أم كان نتيجة تحقيق مصالح خاصة للإدارة. ومن هنا تبرز الحاجة إلى وسيلة وقائية تعمل على توازن بين المنفعة العامة التي يراد تحقيقها قبل البدء بالإستملاك وإقامة المشروع فيها وما بين ما يتخلف عنها من أضرار تمس منافع أخرى للمجتمع .

^١ أستخدم المشرع العراقي هذا الأسلوب في قانون الاستملاك رقم ٥٧ لسنة ١٩٦٠ الملغي في نص المادة الثانية، وكذلك المشرع المصري في قانون نزع الملكية رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ المعدل في المادة الثانية.

^٢ ولكن هذا الأسلوب تعرض للانتقاد من قبل الفقه لما فيه من إسهاب وتفصيل لا يمكن ان يكون جامعاً لما قد تقضي ضرورات المصلحة العامة باعتباره من المنفعة العامة أو المسائل المستجدة والمستحدثة ينظر : د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ، مصدر سابق، ص ٢٠.

ولاحظ البعض على موقف المشرع المصري أنه جاءت نصوص القانون متسعة وفضاضة لحد كبير في نطاق فكرة المنفعة العامة ، كما أنها تركت المجال مفتوح لإضافة أعمال أخرى يمكن إعلانها للمنفعة العامة سواء تلك التي ينص عليها في قوانين أخرى أو تلك التي يضيفها مجلس الوزراء ينظر : د. عيد سعد دسوقي، حماية الملكية الخاصة في القضاء الإداري والدستوري، مصدر سابق، ص ١٨٧ .

^٣ ينظر نص المادة الأولى من قانون الاستملاك رقم ٥٤ لسنة ١٩٧٠ الملغي إذ أورد تعريف للمنفعة العامة وترك سلطة تقديرية للإدارة في تقديرها ، وكذلك الحكم في قانون الإستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ النافذ إذ لم يورد تعريف للمنفعة العامة ولم يحددها على سبيل الحصر وإنما ترك الأمر للسلطة التقديرية للإدارة .

^٤ ينظر: د. عيد سعد دسوقي، حماية الملكية الخاصة في القضاء الإداري والدستوري، مصدر سابق، ص ١٨٧.

وهذه الوسيلة الوقائية المعتمدة لدى التشريعات للحد من الضرر الطارئ في الإستملاك هي الرقابة على جهة الإدارة في قرارها بالإستملاك في مدى تحققه المنفعة العامة، وفي هذا الصدد يثار تساؤل من هي السلطة المختصة بالرقابة على المنفعة العامة فهل هي جهة إدارية ؟ أم جهة قضائية ؟ وإذا كانت قضائية ، فهل تخضع الرقابة من قبل القضاء المدني ؟ أم تخضع من قبل للقضاء الإداري.

لغرض الوصول إلى إجابة عن هذه التساؤلات بصورة مفصلة، سنقسم هذا الفرع على فقرتين، نتناول في الأول موقف التشريعات من الرقابة على المنفعة العامة، وفي الثاني تحديد السلطة المختصة بالرقابة على المنفعة العامة .

أولاً- موقف التشريعات من الرقابة على المنفعة العامة

أختلف موقف التشريعات إلى ثلاث اتجاهات من الرقابة على المنفعة العامة :

الاتجاه الأول :- يمثل موقف المشرع العراقي في قوانين الاستملاك المتعاقبة الملغية، ففي قانون الاستملاك رقم ٤٣ لسنة ١٩٣٤ الملغي قد أعطى الاختصاص لجهة إدارية حيث أجاز بالطعن بقرار وزير الداخلية أمام مجلس الوزراء ^(١) وكذلك أيضا انتهج المشرع العراقي نفس المنهج في الرقابة لجهة إدارية في قانون الاستملاك رقم ٥٧ لسنة ١٩٦٠ الملغي ^(٢) .

أما موقف المشرع العراقي في قانون الإستملاك النافذ فكذاك أيضاً قد اعطى الاختصاص للإدارة على غرار التشريعات السابقة الملغية فهو قد أعتبر إن المنفعة العامة متحققة بقرار الإدارة الخاص بالإستملاك ، وبذلك فالمشرع قد أعطى للإدارة السلطة المطلقة في تقدير تحقق المنفعة العامة عند رغبتها في استملاك عقار ما من الأفراد ، بمعنى أن المنفعة

^١ ينظر لمزيد من التفاصيل: محمد سليم محمد ، رقابة القضاء على قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون ، جامعة السليمانية ، ٢٠١١، ص ١٣١.

^٢ حيث نص المشرع في المادة ٥ أن طلب الاستملاك يقدم لمتصرف اللواء، ثم يقوم المتصرف بعرض طلب الاستملاك على مجلس إدارة اللواء لإستحصال قرار بتحقيق المنفعة العامة في الغرض من الاستملاك ، وفي المادة ٧ أجاز لأصحاب العقار المشمول بالاستملاك الاعتراض على الاستملاك لعدم تحقق النفع العام تقدم إلى المتصرف نفسه ، ومن ثم الطعن بالقرار أمام وزير العدل ومن ثم الطعن بقرار وزير العدل أمام مجلس الوزراء ويقتصر الطعن على بعض الأركان الخارجية كالشكل والإجراءات .

الفصل الثالث الضرر الطارئ في الاستملاك

العامّة مفترضة افتراضاً غير قابل لإثبات العكس ومحققه في قرار الإدارة في طلب الاستملاك ، وليس من حق القضاء المدني النظر من تحقق المنفعة العامة من عدمها . وبذلك فالمشرع ضيق من رقابة سلطة القضاء المدني وأقتصر مهامه على استكمال إجراءات طلب الاستملاك ^(١) .

أما موقف القضاء العراقي فيلاحظ أنه قد أقتصر على مهامه في المسائل التي حددها القانون والخاصة بتشكيل لجان التقدير وقيمة التقدير ومدى استيفاء الطلب للشروط التي حددها القانون والواجب توافرها في طلب المستملاك ، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية التي نقضت حكم محكمة البداية لمخالفته نص المادة ١٣ من قانون الاستملاك النافذ فجاء قرارها " ... وجد ان الحكم غير صحيح ومخالف لأحكام المادة ١٣ من قانون الاستملاك التي اشترطت أن الكشف لغرض تقدير التعويض من قبل هيئة التقدير التي يرأسها القاضي وعضوية رئيس دائرة التسجيل العقاري أو من ينوب عنه من معاونيه ورئيس دائرة ضريبة العقار أو من ينوب عنه من معاونيه...في حين أن رئيس دائرة التسجيل العقاري وكذلك رئيس دائرة ضريبة العقار لم يحضرا الكشف ولا أحد من معاونيه وإنما الذي حضر عنهما هو ممثلهما وهذا خلاف النص ... لذا تقرر نقض الحكم المميز وإعادة الإضبارة إلى محكمتها ملاحظة ما تقدم وإعادة الكشف والتقدير على ضوء احكام المادة المذكورة ^(٢) .

فالمأمل أن المحكمة نقضت الحكم لأن الهيئة المشكلة لغرض التقدير لم تشكل وفقاً لماحدد القانون ولم تنقذه لعدم وجود موازنة بين المنافع العامة المتحققة من طلب الاستملاك والأضرار أو كون الطلب ليس للمنفعة العامة.

وفي قضية أخرى قضت محكمة استئناف البصرة بصفتها التمييزية حيث اكتفت المحكمة بمراقبة مدى تطبيق المحاكم في دعاوى الاستملاك نصوص القانون دون التطرق إلى وقائع الدعوى ومدى التوافق أو عدمه مع قرار الإدارة ورغبتها في الاستملاك للتأكد من تحقق المنافع والأضرار ومقدار الفرق بينهما ، حيث قررت المحكمة نقض قرار محكمة البداية حيث وجد أن

^١ ينظر نص المادة ١٠ ، ١٢ من قانون الاستملاك النافذ .

^٢ محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية، قرار رقم ٥١٥/ت/ب/ بتاريخ ٢٣/١/٢٠٠٥ أشار إليه د. نكتل إبراهيم عبد الرحمن، الموازنة بين المنافع والأضرار في قانون الاستملاك العراقي النافذ ، مصدر سابق، ص١٩٣.

الفصل الثالث الضرر الطارئ في الاستملاك

هيئة التقدير قيمة العقار المطلوب استملاكه لم تشكل وفق احكام قانون الاستملاك فضلاً أن التقدير قد تم جزافاً دون الاسترشاد بالأسس والقواعد الواردة في قانون الاستملاك بهدف التوصل للتعويض العادل بتاريخ الكشف والتقدير^(١) . وهذا الحكم فيه دلالة واضحة على مراقبة المحكمة لمدى تطبيق نص قانون الاستملاك من حيث تشكيل هيئة التقدير وإجراءات وجوب مراعاة الاسس التي حددها القانون في التعويض ورفض التقدير الجزافي .

وفي قضية أخرى قضت محكمة أستئناف بابل بصفتها التمييزية بإلغاء قرار الإستملاك إذا لم يقيم المستملاك بإيداع بدل العقار المستملاك لدى محكمة البداية المختصة خلال ٣ أشهر من اكتساب الحكم الصادر بالاستملاك درجة البتات بعد انذار المستملاك ومضي مدة عشرة ايام من تاريخ تبليغه بالإندار ولا تأثير لعدم اقامة دعوى الالغاء من قبل جميع الشركاء...^(٢) .

فيلاحظ أن دور المحكمة بالمراقبة في مدى توفر الشروط والإجراءات التي حددها المشرع فققرت المحكمة بإلغاء الإستملاك لمخالفته نص المادة ٥٧/أولاً من القانون والتي تستلزم ايداع المبلغ لدى المحكمة خلال مدة محددة .

الاتجاه الثاني يمثل موقف المشرع العراقي في قانون الاستملاك رقم ٥٤ لسنة ١٩٧٠ الملغي فقد تغير نهج المشرع عن التشريعات السابقة ، فقد أعطى للقضاء المدني النظر بمدى تحقق النفع العام من قرار الإدارة في رغبتها عند الاستملاك فنص في المادة ٧ من القانون المذكور " ١- تقرر المحكمة في أول جلسة تحقق النفع العام في طلب الإستملاك أو عدم تحققه ، إذا قررت المحكمة عدم تحقق النفع العام في طلب الإستملاك قررت رده ، ورفع الإشارة الموضوعة على العقار ، ويكون قرارها قابلاً للتمييز خلال ٣٠ يوماً من تاريخ صدوره" .

^١ محكمة أستئناف البصرة بصفتها التمييزية، قرار رقم ٥٩٦/ت/ب/ بتاريخ ٢٦/١٢/٢٠١٢ أشار إليه د. نكتل إبراهيم عبد الرحمن، الموازنة بين المنافع والأضرار في قانون الاستملاك العراقي النافذ ، مصدر سابق، ص ١٩٤.

^٢ محكمة أستئناف بابل بصفتها التمييزية ، قرار رقم ٣٥/ت/ ٢٠١٢ بتاريخ ١٠/٢/٢٠١٣، منشور في مجلة التشريع والقضاء، السنة الخامسة ، العدد الثالث ، ٢٠١٣، ص ٢٠٢.

الفصل الثالث الضرر الطارئ في الاستملاك

ويلاحظ البعض إن المشرع اعطى للمحكمة أن تنتظر في مدى تحقق النفع العام من طلب الإدارة بالاستملاك ولها رده إذا كانت الأضرار التي تلحق الأفراد اكبر من المنافع التي تبغى الإدارة تحقيقها من الإستملاك ^(١) .

فعلى وفق هذا التفسير للنص إن المشرع العراقي قد اعطى صلاحية للقضاء المدني بالرقابة الواسعة على المنفعة العامة ، فله حرية الموازنة بين الإضرار التي قد تنتج من طلب الإستملاك وبين المنافع المتوخاه من طلب الإستملاك .

إلا أنه يتبين لنا من عبارات النص لايراد منها بالرقابة الواسعة وإنما أراد المشرع إن يمارس القضاء المدني دور بالرقابة الضيقة، أي ينظر القاضي مدى تحقق المنفعة العامة في طلب الإستملاك ، بغض النظر عن الظروف المحيطة بها والأضرار التي تلحقها بالملكية الخاصة أو بمصالح عامة أخرى ، لان عبارات النص لا توحى بتلك الظروف حتى يمكن القول إن المشرع اجاز للقضاء المدني بالرقابة الملائمة بين المنافع والإضرار .

الاتجاه الثالث : يمثل موقف المشرع الفرنسي والمصري إذ أعطوا الاختصاص للقضاء الإداري للنظر في مدى تحقق النفع العام من قرار المنفعة العامة الصادر من الإدارة .

فالقضاء الإداري الفرنسي المتمثل بمجلس الدولة قد اخذ بالرقابة الواسعة على قرار المنفعة العامة وطبقها لأول مرة في حكمها الصادر بتاريخ ٢٨/ مايو/ ١٩٧١ في قضية مدينة شرق ليل الجديدة (ville nouvelle lille est) ^(٢) والذي أعتبر تطوراً جديداً في رقابة مجلس

^١ د. نكتل إبراهيم عبد الرحمن، الموازنة بين المنافع والأضرار في قانون الإستملاك العراقي النافذ ، مصدر سابق، ص ١٩٢.

^٢ تتلخص وقائع القضية في إن الإدارة أرادت إقامة مدينة سكنية جديدة شرق مدينة ليل بشمال فرنسا، لغرض حل أزمة السكن ، وتوافق ذلك مع رغبة إدارة التعليم الجامعي في الإقليم في إنشاء مجمع لعدة كليات خارج مدينة ليل وعليه تقرر دمج المشروعين في مشروع واحد يقام على مساحة ٥٠٠ هكتار بتكلفة مليار فرنك ، ويتحقق به اندماج الطلبة مع المواطنين كهدف أساسي للمشروع ، وما أن بدأت إجراءات نزع الملكية اعترضت الجمعيات المشكلة للدفاع عن مصالح ذوي الشأن حيث كان سيؤدي المشروع بالشكل الذي عرض به إلى هدم ٢٥٠ منزلاً ، وبناء على اقتراح المحقق في التحقيق المسبق عدلت الإدارة مشروعها وصدر قرار تقرير المنفعة العامة شاملاً لهدم ٨٨ منزلاً فقط ، وتقدمت إحدى الجمعيات المعترضة باقتراح يتضمن نقل محور الطريق ٣٠ متراً فقط بما يحقق تقادي هدم ٨٠ منزلاً آخرين ، ولكن الجهة المستملكة تمسكت برأيها حيث كان سيؤدي هذا

الفصل الثالث الضرر الطارئ في الاستملاك

الدولة حيث قرر مبدأ الرقابة الواسعة (إن المنفعة العامة لمشروع ما لا يمكن تقديرها لذاتها وإنما تنتج من توازن يمكن إن يتم بين مزاياه وأضراره) ^(١) ، بينما كان الوضع التقليدي للمجلس قبل هذا الحكم الصادر في هذه القضية يأخذ بالرقابة الضيقة مكتفياً بمراقبة مدى انطباق إجراءات نزع الملكية للنصوص القانونية وإن المنفعة العامة هي من مسائل الملائمة التي يترك أمر تقديرها للإدارة.

أما القضاء الإداري المصري فقد كان يأخذ بالرقابة الضيقة على قرارات نزع الملكية ، حيث كان يقف عند حد التأكد من صحة الوقائع التي تستند إليها قرار نزع الملكية دون أن يتجاوز ذلك إلى الخوض في دائرة الموازنة بين الأضرار والمنافع .

ولكن اتجاه القضاء الإداري المصري تغير واخذ بالرقابة الواسعة وطبقها لأول مرة في حكمها الصادر بتاريخ ١٥ / ٣ / ١٩٨٤ في قضية (عزبة خير الله) ^(٢) ، وأن لم يتعلق ذلك الحكم

=الاقتراح إلى فصل الطلبة عن السكان بينما كان اندماجهم أحد أهداف المشروع الرئيسية ، كما تقدم وزير الإسكان والتعمير بالطعن بالحكم أمام مجلس الدولة ، ولخص مفوض الدولة (بريبيان) ادعاءات الجمعية في جهتين الأولى : رد مفوض الدولة على ادعاء الجمعية بأن قرار تقرير المنفعة العامة مشوب بعيب الانحراف بالسلطة وأن النظام القانوني يسمح بأن تعهد الإدارة بمشروعاتها لشركات خاصة لتنفيذها ويمكن أن تتحقق المنفعة الخاصة إلى جانب المنفعة العامة.

الثانية : التي تتعلق بهدم ٨٨ منزلاً بعضها تم بناؤها حديثاً لغرض قيام المشروع عليها ، وهنا أنتقد مفوض الدولة ما درج عليه مجلس الدولة مطالباً إياه بضرورة وضع تعريف جديد للمنفعة العامة ، لأن الأمر لا يقتصر على السلطة العامة والمنفعة العامة في جانب والملكية الخاصة في جانب آخر ، ولا يمكن الاكتفاء بكون المشروع يقدم في ذاته منفعة عامة وإنما يجب فوق ذلك أن يوضع في الميزان أعباء المشروع وأضراره على الملكية الخاصة العبء الاجتماعي من حيث الكلفة المالية والإضرار الاجتماعية مع المزايا والمنافع المتحققة منه ينظر لمزيد من التفاصيل حول القضية د. أحمد أحمد الموفي، فكرة المنفعة العامة في نزع الملكية الخاصة ، مصدر سابق، ص ٢١٨ وما بعدها.

^١ محمود سلامة جبر، نظرية الغلو البين في قضاء الإلغاء ، ط٢، القاهرة ، ٢٠٠٧، ص ١٦١.

^٢ تتلخص وقائع هذه القضية في أن محافظ القاهرة أصدر قراراً لصالح شركة المعادي للتنمية والتعمير يقضي بتسليم الأرض المملوكة للدولة المعروفة بأسم (عزبة خير الله) بمنطقة دار السلام وإزالة التعدادات على هذه الأرض وهدم ما عليها من منشآت ومبان وقد بلغ عددها ما يقارب ٢٠٠٠٠ ألف مسكن ويقطن بها ما يقارب ٥٠٠٠٠ ألف نسمة ، وقد تقدم مجموعة من سكان هذه المنطقة بالطعن في قرار محافظ القاهرة وطلبوا من القضاء الإداري بصفة مستعجلة وقف تنفيذ القرار المطعون فيه وفي الموضوع بإلغاء هذا القرار واعتباره عديم

الفصل الثالث الضرر الطارئ في الاستملاك

بنزع الملكية للمنفعة العامة ، ولكن هذه القضية قد أرست مبدأ الموازنة بين الأضرار والمنافع الذي مهد الطريق إلى تطبيقه في مجالات متعددة ومن ضمنها نزع الملكية للمنفعة العامة ^(١) .

فمن خلال ما تقدم تبين لنا إن المشرع والقضاء العراقي لم يأخذ بفكرة الرقابة الواسعة بين المنافع والأضرار ، لذا فيرى البعض بأن على القضاء العراقي أن يأخذ بالفكرة على غرار القضائين الفرنسي والمصري ^(٢) ، فلصاحب العلاقة الطعن بطلب الإستملاك الذي تقدمه إحدى المؤسسات الإدارية إلى المحكمة المختصة أمام محكمة القضاء الإداري للنظر بالطعن وفحوى طلب الاستملاك ، وبالتالي فعلى المحكمة النظر بأمور أساسية ثلاثة ١- هل طلب الاستملاك يحقق المنفعة العامة؟

٢- هل نزع الملكية لازم لتحقيق المنفعة العامة ، فإذا لم تكن لازمة فيرد طلب الإستملاك .

الأثر وقد استندوا على عدة أسباب أ- أن القرار يمس آلاف الأشخاص الذين أقاموا مساكنهم من أموالهم الخاصة منذ عشرات السنين .

ب- أن المحافظة التي تقوم بالهدم والتشريد سبق لها أن أصدرت قرار رقم (٨٩٢) بتاريخ ١٩٧٠/٥/٢٣ يحمي حياة هذه المجموعة لمبانيهم التي شيدها على أرض الدولة ج- أن قرار الإزالة والتشريد المطعون فيه ينتقي من شرط المصلحة العامة اللازمة لإصدار مثل هذا القرار ، إذ يتم هدم عشرات الآلاف من المنازل مما يتناقض مع سياسة الدولة في التعمير وذلك من أجل مصلحة خاصة لمشروع استثماري .

وأستناداً لهذه الأسباب قضت محكمة القضاء الإداري استجابة لطلب الطاعنين وقررت وقف تنفيذ القرار المطعون فيه ، وقد قدم محافظ القاهرة وشركة المعادي للتنمية والتعمير طعنهما في حكم محكمة القضاء الإداري أمام المحكمة الإدارية العليا والأخيرة ردت الطعن المقدم إليها وسببت ذلك بأنه يتعين على الإدارة أن تصدر في تصرفاتها بما يراعي الموازنة العامة ... على النحو الذي ألزمها به الدستور والقانون قرار المحكمة الإدارية العليا، رقم القرار ١٨٧٥ ن بتاريخ، ٩/مارس/ ١٩٩١ أشار إليه حسين محمد صالح العزري، أحكام نزع الملكية للمنفعة العامة مصدر سابق، ص ٤٣١ .

^١ ففي قضية تتلخص وقائعها أصدرت الإدارة قرار بتقرير المنفعة العامة لإقامة محطة لتخفيض ضغط الغاز وإقامة المنشآت اللازمة لمد الغاز الطبيعي لمنطقة غرب النيل بزماء جزيرة محمد مركز إمبابة ، وقدم ملاك الأراضي طعنهم في القرار إلى المحكمة القضاء الإداري بالمطالبة بإلغاء قرار المنفعة العامة وذلك بسبب الأضرار التي تتخلف عن هذا المشروع بالإضافة على مساوئ تخطيط المشروع من قبل الإدارة ، وبالفعل فقد استطاع الطاعنون أقناع المحكمة بأن المشروع يتخلف عنه أضرار يصيب املاكهم إلا أن المحكمة أقامت الموازنة بين المنافع المتحققة من المشروع والأضرار المتخلفة عنه فتوصلت المحكمة إلى أن كفة المنافع هي =الراجحة لما توفر من دهم الدولة من الغاز السائل وتوفير العملة الصعبة لها فقررت بمشروعية قرار المنفعة العامة ، كما يعوض المجلس الشعبي الأهلي الملاك عن ممتلكاتهم وحقوقهم تعويضاً مناسباً.

^٢ د. نكتل إبراهيم عبد الرحمن، الموازنة بين الأضرار والمنافع في قانون الإستملاك، مصدر سابق، ص ١٩٧ .

الفصل الثالث الضرر الطارئ في الاستملاك

٣- بعد التحقق من الأمرين السابقين على المحكمة ان تنتظر بمدى الموازنة بين المنافع والأضرار المتحققة ، فإذا كانت المنافع المتحققة للنفع العام تترجح على الضرر الحاصل جراء الاستملاك فلها أن تجيز طلب الاستملاك، أما إذا رأت المحكمة أن المضار التي قد تحصل من الاستملاك أكبر من المنافع المتحققة عن الاستملاك فلها أن ترد طلب الاستملاك (١) .

وهذا كله يدخل في قضاء الإلغاء فلها ان تلغي القرار وتعيد الحال إلى ما كان عليه ، ويؤسس ذلك أستاذاً لنص المادة ٧/ رابعاً من قانون التعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ ذو الرقم ١٧ لسنة ٢٠١٣ والتي تنص " تختص محكمة القضاء الإداري بالفصل في صحة الأوامر والقرارات الادارية الفردية والتنظيمية التي تصدر عن الموظفين والهيئات في الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والقطاع العام التي لم يعين مرجع

للطعن فيها بناءً على طلب من ذوي مصلحة معلومة وحالة ممكنة ، ومع ذلك فالمصلحة المحتملة تكفي ان كان هناك مايدعو إلى التخوف من الحاق الضرر بذوي الشأن (٢) .

ويلاحظ على هذا الرأي أنه جاء متأثراً بموقف المشرع المصري والفرنسي في إعطاء الرقابة للقضاء الإداري وأقترح على القضاء الإداري العراقي أن يفعل ذلك ، ولكن هذا الأمر لا يمكن العمل به في النظام القانوني العراقي لاختلافه عن كلاً النظامين المصري والفرنسي ، ففي النظام المصري أن قرار المنفعة العامة يصدر من رئيس الجمهورية أو من يخوله عندئذ يمكن الطعن به أمام القضاء الإداري بينما في النظام القانوني العراقي فإن دور الإدارة ينحصر بتقديم طلب الإستملاك إلى القضاء المدني ، فطلب الإستملاك لا يعد من قبيل القرارات القضائية حتى يمكن الطعن به أمام القضاء الإداري .

لذا نؤيد ما ذهب إليه هذا الرأي من ضرورة تفعيل الرقابة الواسعة بين الإضرار والمنافع في الإستملاك لا سيما في الأمور الأساسية الثلاثة السالفة الذكر ، ولكن من خلال معالجة تشريعية في قانون الإستملاك يجيز للقضاء المدني عندما يقدم إليه طلب الإستملاك أجراء الموازنة بين الأمور الأساسية الثلاثة السالفة الذكر.

^١ ينظر : د. نكتل إبراهيم عبد الرحمن، الموازنة بين المنافع والأضرار في قانون الإستملاك، مصدر سابق، ص ٢٠١ .

^٢ قانون التعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المرقم ١٧ لسنة ٢٠١٣ .

ثانياً - تحديد السلطة المختصة بالرقابة على المنفعة العامة

بما أن قرار المنفعة العامة يصدر من جهة إدارية ، فإن الرقابة سوف تكون مفرغة من محتواها إذا كانت أيضاً جهة إدارية ، وذلك يرجع إلى عدة أسباب قد تتحقق أحداها مما يؤدي إلى عدم فاعلية الرقابة ، فقد يعزوا الأمر إلى أسباب شخصية لا تخلوا من شبهة عدم الاستقلالية ، فقد تتحاز جهة الإدارة إلى نفسها ولا ترغب في نقض قراراتها الصادر منها .

أو قد يعزوا الأمر إلى مسألة فنية فمادام أنهما من جهة واحدة فقد يكون نظرتهم واحدة إزاء المنفعة العامة من مصلحة الإدارة فقط ولا ينظرون بمنظار مختلف بما يترتب عليها من أضرار تمس المنافع الأخرى للمجتمع .

وهذا خلاف الحال إذا ما كانت الجهة المختصة بالرقابة جهة قضائية فأنها سوف تكون رقابة فاعلة ، لأنها جهة مستقلة فلا يتحقق سبب الانحياز إلى الإدارة ، وبما أنها جهة مختلفة عن الإدارة فتتظر إلى المنفعة العامة من جانب المصلحة العامة وليس من مصلحة الإدارة، وإزاء هذه الأسباب تعد الرقابة القضائية وسيلة وقائية فاعلة تحد من حالات انحراف الإدارة .

والرقابة القضائية على جهة الإدارة تتمثل بنوعين الأولى تسمى بالرقابة القضائية الضيقة ويقصد بها هو قيام القاضي بمراقبة مدى توفر شروط المنفعة العامة ، فتتمثل هذه الرقابة بان القاضي يكتفي بمراقبة حالة نزع الملكية المطروحة في ثلاثة جوانب ، الأول بالرجوع إلى نصوص القانون للبحث عن الحالات التي سمح بها المشرع للإدارة بنزع ملكية العقار للمنفعة العامة^(١)، فدور القاضي يقتصر على التحقق من مراقبة ما إذا كانت عملية نزع الملكية تمت وفق الإطار التشريعي أم لا.

والجانب الثاني يبحث القاضي في حالة المنفعة العامة في حد ذاتها بالنظر إلى نوع المشروع كإقامة المساكن أو المستشفيات أو الطرق... الخ بصرف النظر عن نتائج المشروع أو الآثار التي تترتب عليه، أما الجانب الثالث يتمثل بالنظر إلى الشخص منفذ المشروع، وتتمثل هذه الحالة بقيام الإدارة بعملية نزع الملكية من أجل منافسة القطاع الخاص في مشروع معين،

^١ ينظر: غيتاوي عبد القادر، الضمانات التشريعية والقضائية لنزع الملكية الخاصة من أجل المنفعة العامة،

مصدر سابق، ص ٢٤٦.

فمن التطبيقات القضائية لهذه الصورة حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Dame veuve musy) تتلخص وقائع الدعوى طالبت المدعية الطاعنه بإلغاء قرار المحافظ بتقرير المنفعة العامة للإستملاك على قطعة الأرض لإقامة عدة مساكن واستندت في ذلك بسبق طلبها بالترخيص بإقامة نفس المشروع ، إلا إن مجلس الدولة رد الطعن وسبب ذلك بأن المشروع المقترح إقامته من تلك المشروعات التي يمكن إعلانها للمنفعة العامة^(١).

ولذلك كانت مثل هذه الرقابة توصف بأنها ضيقة وضعيفة وأن سلطة القاضي فيها محدودة تتمثل في بحث ما إذا كانت الحالة محل نزاع الملكية للمنفعة العامة ترد ضمن الحالات التي حددها القانون ، وما إذا كان من شأن العملية تحقيق المنفعة العامة أم لا . فسلطة القاضي في الرقابة على المنفعة العامة تكون بصفة مجردة أي ينظر إلى مدى تحقق المنفعة العامة بغض النظر عن الظروف المحيطة بها والأضرار التي تلحقها بالملكية الخاصة أو بمصالح عامة أخرى ، فهذه الظروف متعلقة بالملائمة المحضة للإدارة التي لا يراقبها القضاء .

بينما النوع الثاني من الرقابة والذي يتمثل بالرقابة الواسعة للقاضي فهو يضع الآثار الناجمة عن قرار المنفعة العامة في ميزان العدالة مزاياه في كفه وأضراره في كفه أخرى وذلك قبل أن يقرر أيهما أولى بالرعاية^(٢) .

فرقابة القاضي في هذا النوع هي رقابة ملائمة تنصب على محل قرار الإستملاك والآخر الذي تتجه الإدارة إلى إحداثه ، فهو يراقب السلطة التقديرية للإدارة في إصدارها لهذا القرار ، فهو يلجأ إلى مجموعة من المعايير التي تظهر مساوئ ومنافع القرار ، فهذه المعايير تمكنه من عملية الموازنة بين الأضرار والمنافع وترجيح أحدهما على الأخرى ، فإذا كانت كفه الأضرار

¹ Ce, 23 oct 1963 dame veuve musy, a.j.d.a, 1964,,p.173.not laporte,r,1963,p.461.
note liet-veaux.

أشار إليه غيتاوي عبد القادر، الضمانات التشريعية والقضائي لنزع الملكية الخاصة من أجل المنفعة العامة، مصدر سابق، ص ٢٤٩.

^٢ محمد عبد النبي حسنين، نظرية الموازنة بين المنافع والمضار دراسة مقارنة في النظام الإسلامي والنظم الوضعية ، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق ، جامعة عين الشمس ، مصر ، ٢٠٠٥، ص ٩٥.

هي الراجعة فيتعين على القضاء إلغاء القرار أما إذا كانت المزايا هي الراجعة حكم بصحة القرار ومشروعيته ^(١) .

فالموازنة التي يجريها القاضي بين المنافع والإضرار تتصل بعنصر المحل وحده في القرار الإداري ولا علاقة له بعنصر السبب ، وهذا ما تتميز به نظرية الموازنة في القرار الإداري عن مبدأ التناسب في القرار الإداري فالأخير وإن كان من المبادئ القانونية الهامة إلا أن مقتضاه وجوب مراعاة التناسب بين محل القرار وسببه ^(٢) .

الفرع الثاني

الوسيلة الوقائية للحد من الضرر الطارئ الذي يمس المصلحة الخاصة

قد يؤدي المشروع المقام للمنفعة العامة إلى أضرار تمس العقارات المجاورة له بسبب نوع المشروع أو نشاطه، فتصيب العقارات المجاورة إلى اضرار كأن تؤدي إلى انخفاض الأعمال أو المبيعات في المنطقة ، أو قد يكون المشروع المقام هو فتح طريق جديد حولت السير من امام سوق تجاري إلى مسافة بعيدة ^(٣) ، فالضرر في هذه الصورة أدى إلى نقصان من منفعة العقارات أو قد يؤدي الضرر إلى انخفاض في قيمة العقارات النقدية ، ومثال ذلك ما قضى به القضاء الفرنسي من أن انخفاض سعر الفيلا المجاورة لمفاعل نووي بحيث شكل ضرراً خاصاً وغير عادي، بالإضافة إلى الأضرار الناتجة عن تشغيل المفاعل ^(٤) .

أو قد تؤدي هذه الأضرار إلى اضطرابات في المعيشة : فقد يسبب المشروع المقام للمنفعة العامة إلى ضوضاء ومثال ذلك الضوضاء الناشئة من الطائرات بسبب انشاء المطار

^١ ينظر: غيتاوي عبد القادر، الضمانات التشريعية والقضائية لنزع الملكية الخاصة من أجل المنفعة العامة، مصدر سابق، ص ٢٥٨.

^٢ ينظر لمزيد من التفاصيل : سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة ، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، ٢٠١٠، ص ٢٧٦.

^٣ ينظر : مصطفى مجيد، شرح قانون الاستملاك، مصدر سابق، ص ١٧٧.

^٤ ينظر لمزيد من التفاصيل عن القضية : د. طارق المجذوب وآخرون، الوجيز في القانون الإداري الخاص، مصدر سابق، ص ٢٢٠.

الفصل الثالث الضرر الطارئ في الاستملاك

او انبعاث روائح كريهة أو غازات ضارة من منشأة من المعامل او المصانع فهذه الضرر تلقي بضلالها على المناطق لمجاورة للمشروع المقام للمنفعة العامة.

ففي هذه الصورة من الإستملاك نكون أمام فرضية تعارض المنفعة العامة مع المنفعة الخاصة للعقارات المجاورة ، فالتساؤل الذي يثار ماهي الوسيلة الوقائية لحماية الملكية الخاصة المتمثلة بالعقارات المجاورة للعقار المستملك من الضرر الذي يطرأ من المشروع المقام للمنفعة العامة ؟.

فبالرغم من أن رقابة القضاء الواسعة تعد وسيلة وقائية فاعلة عندما تتعارض منفعة عامة مع منفعة عامة أخرى، فإن دور القضاء سوف يرجح المنفعة العامة الأكثر اهمية عن الأخرى ، ولكن في هذه الصورة نكون أمام تعارض منفعة عامة مع منفعة خاصة، فإعمال رقابة القضاء لا يغير من الأمر شيء على اعتبار أن المنفعة العامة دائماً مرجحة على المنفعة الخاصة، ومؤدى ذلك أن قرار السلطة القضائية سوف ينتصر للمنفعة العامة في جميع الأحوال، ولا يعطي فاعلية لوقاية المنفعة الخاصة من الضرر الطارئ.

إلا إن المشرع أستخدم وسيلة وقائية أخرى وهي التشريعات سواء كانت عادية أو فرعية منظمة لإنشاء المشاريع المقامة للمنفعة العامة أو حتى الخاصة ، غرضها أو هدفها هو حماية الملكية الخاصة من الأضرار الناتجة عن هذه المشاريع فبعض التشريعات العادية تنص على وجوب ترك مسافات بين البنايات المتجاورة ^(١) أو التشريعات الفرعية ^(٢) ، فهذه التشريعات تمنع حدوث فرضية إنشاء مشروع لمنفعة عامة يسبب ضرراً بالعقارات للصيقة به أو المجاورة ، فبموجب تشريع التخطيط العمراني ^(٣) تم عزل المناطق الصناعية عن السكنية إذ ان الأولى محددة بمحددات موقعية ^(٤) ومتطلبات بيئية ^(٥) كما ان المشاريع الصناعية مصنفة إلى ثلاثة

^١ ينظر: في التشريع الأردني المادة ١٣ من قانون الآثار المعدل رقم ٢٣ لسنة ٢٠٠٢ .

^٢ تعليمات المحددات البيئية لإنشاء المشاريع ومراقبة سلامة تنفيذها العراقي رقم ٣ لسنة ٢٠١١ .

^٣ ينظر: تعليمات المديرية العامة للتخطيط العمراني العراقي رقم ٣ لسنة ١٩٩٥ .

^٤ ينظر: قانون حماية وتحسين البيئة العراقي رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٩ المادة ٣٨ / ٢ وكذلك ينظر: نص المادة الأولى تعليمات المحددات البيئية لإنشاء المشاريع ومراقبة سلامة تنفيذها العراقي رقم ٣ لسنة ٢٠١١ .

^٥ يقصد بالمتطلبات البيئية الاساليب والوسائل الواجب توافرها في المشروع كجزء من مكوناته وفي العملية الانتاجية مما يؤمن الحد من التلوث الناجم عن المشروع وفقاً للمعايير التي تعتمدها الوزارة. ينظر: نص الفقرة ٣

الفصل الثالث الضرر الطارئ في الاستملاك

تصنيفات بحسب الضرر البيئي الناتج عنها ^(١) ، فالمشاريع الصناعية الأكثر ضرراً يشترط لقيامها أن تكون خارج حدود دائرة البلدية تبعد بمسافات عن التجمعات السكنية ، وتختلف مساحة البعد بحسب طبيعة المشروع المراد أنشاؤه ^(٢) .

فهذه التشريعات تمثل قيداً على جهة الإدارة في أنها لا تستطيع ان تستملك عقار معين لغرض أنشاء عليه مشروع للمنفعة العامة إلا إذا كان موافقاً لنص التشريع .

والملاحظ أن هذه الوسيلة الوقائية قد حققت حماية الملكية الخاصة ليس من الأضرار الطارئة المقامة من قبل الإدارة التي تصيب الجوار فقط ، وإنما أيضاً انبسطت حمايتها للملكية الخاصة من مضار الجوار غير المألوفة فيما بينهم ، إذ استطاعت أن تحد بصورة كبيرة من فكرة مضار الجوار الفاحشة أو غير المألوفة ، فكثير من تطبيقات فكرة مضار الجوار الفاحشة بفضل الوسيلة الوقائية إذ أصبح ليس لها وجود على أرض الواقع ^(٣) ، وأن وجدت فإنها تعد مخالفة

=من المادة الأولى من قانون المحددات البيئية العراقي، وكذلك ينظر: قانون السيطرة على الضوضاء رقم ٤١ لسنة ٢٠١٥ . وكذلك موقف المشرع الفرنسي أشترط توافر هذه المتطلبات البيئية في المنفعة العامة المراد قيامها فلا يتم الإعلان عنها إذا كانت من المحتمل أن تؤثر على البيئة إلا بإجراء التحقيق فيها من عدم تعارضها مع قانون البيئة ينظر: المادة 1-110 ، من قانون نزع الملكية النافذ، كما نظم العديد من الأحكام في قانون نزع الملكية في القسم الأول تحت مسمى العمليات التي لها تأثير على البيئة أو التراث (1-122 إلى 2-122) من الفصل الثاني من قانون نزع الملكية.

^١ ينظر المادة ٢ تعليمات المحددات البيئية لإنشاء المشاريع ومراقبة سلامة تنفيذها العراقي رقم ٣ لسنة ٢٠١١ .
^٢ ينظر تعليمات المحددات البيئية لإنشاء المشاريع ومراقبة سلامة تنفيذها العراقي رقم ٣ لسنة ٢٠١١ التي حددت بعد المصانع عن التجمعات السكنية فالمادة ٣ فقرة أولى حددت بعد المسافة بالنسبة لمصانع البروتين الحيواني بمسافة لا تقل عن ٣ كيلو مترات خارج حدود البلدية وعن التجمعات السكانية وبمسافة لا تقل عن ١ كيلو متر عن محرمات الطرق العامة والمادة ٤ فقرة ١ حددت بعد مصانع الخيوط الصناعية كذلك بمسافة لا تقل عن ٣ كيلو متر خارج حدود البلدية أما المادة ٥ حددت المسافة بالنسبة لمشاريع التنمية للصناعات الكيماوية والبتروكيماوية والنفطية بمسافة لا تقل عن ١٠ كيلومترات خارج حدود البلدية وعن التجمعات السكانية وينظر كذلك من المادة ٧- إلى المادة ٧٨ إذ حددت كل مادة نوع معين من الصناعة وكذلك مسافة البعد عن التجمعات السكنية المطلوبة لإنشاء المشروع وفي التشريع اللبناني ينظر المرسوم رقم ١٠٦ بتاريخ ١٩٨٣/٩/١٦ الخاص بإنشاء مصانع الادوية .

^٣ التطبيقات التي أشارت إليها مجلة الأحكام العدلية نص المادة ١٢٠٠ " ... مثلاً لو اتخذ في اتصال دار دكان حداد أو طاحون وكان من طرق الحديد ودوران الطاحون يحصل وهن للبناء أو أحداث في جانبها فرن أو معصرة فتأذى صاحب الدار من دخان الفرن ورائحة المعصرة حتى تعذرت عليه السكنى وكذلك لو أحدث

الفصل الثالث الضرر الطارئ في الاستملاك

لنص التشريع، فإن تسببت بضرر لجوار مما تثير مسؤولية مرتكب الفعل^١. فالوسيلة الوقائية قد أوضحت غطاء الشريعة على هذه التطبيقات من مضار الجوار الفاحشة، فإنها وإن كانت قبل أقرار المشرع للوسيلة الوقائية مشروعة وتخضع لقاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان أما بعد أقرار المشرع للوسيلة الوقائية فأصبحت وجود هذه التطبيقات غير جائزة في علاقات الجوار.

فسلطة استغلال المالك في ملكه قبل أقرار المشرع الوسيلة الوقائية كانت ذات نطاق واسع في اختيار نوع الاستغلال، فكان لأسبقية الاستغلال تأثير كبير في علاقات الجوار ويحد من أوجه الاستغلال بالنسبة للجوار الطارئ وقد أثارت جدلاً واسعاً لدى الفقه لا سيما في تطبيقاتها الشهير هو قيام الشخص ببناء منزله بجوار مصنع ينفث أبخرة وغازات أو غبار أو ضوضاء فيتعذر عليه الانتفاع بداره، فالتساؤل المطروح من قبل الفقه، هل للمالك الطارئ أن يثير مسؤولية صاحب المصنع على أساس مضار الجوار الفاحشة؟ أم أن هذا الجار المستجد عليه أن يتحمل الضرر الناتج عن المصنع لأنه هو الذي سعى إلى مجاراته؟.

هذا ما كان محل خلاف بين الفقهاء إلى اتجاhein :

رجل دكان طبّاخ في سوق البزازين وكان الدخان يصيب أمتعة الجار ويضرها فانه يكلف رفع ضرره...ينظر لمزيد من التفاصيل : سليم رستم باز، شرح المجلة، ط٣، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بدون ذكر سنة الطبع، ص ٦٦٠ .

^١ ففي قضية أدعى فيها المدعي أن المدعى عليه قام بنصب مولدتين كهربائيتين بأرض لا تعود له وبالقرب من داره المشيدة مما أضر به، وبتاريخ ٢٤/٢/٢٠٢١ أصدرت محكمة الموضوع بعدد ٤١/ب/ حكماً يقضي بالزام المدعى عليه برفع الضرر عن المدعي برفع المولدتين الكهربائيتين على العقار، وبالرغم من طعن المدعى عليه بالحكم السالف الذكر، إلا أن محكمة التمييز بتاريخ ٥/٤/٢٠٢١ صدقت الحكم وسببت حكمها أن المحكمة أجرت الكشف على المولدة والمسافة بينها وبين دار المدعي، وذلك بمعرفة خبير مساح وخبير مختص بالكهرباء وأوضح الخبير المهندس الكهربائي بتقريره بأن مستوى شدة الضوضاء تصل إلى (١٠٠-١٠٦) ديسيبل وهو أعلى من الحد المسموح ومقداره (٨٠) ديسيبل، إضافة إلى الغازات المنبعثة نتيجة تشغيل المولدتين ومنها غاز ثنائي أوكسيد الكربون والملوثات المشعة تؤدي إلى الأضرار بالمدعي، وحيث ما ذهبت إليه المحكمة بإشارتها إلى أحكام قانون السيطرة على الضوضاء رقم ٤١ لسنة ٢٠١٥ وقانون حماية وتحسين البيئة رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٩ كان سليماً وحيث أن الضرر الفاحش يزال سواء كان حادثاً أو قديماً (م١٠٥١ / امدني) ... محكمة التمييز الاتحادية، قرار رقم ٢٣١٣/ الهيئة المدنية، بتاريخ ٥/٤/ ٢٠٢١ غير منشور .

الفصل الثالث الضرر الطارئ في الاستملاك

الاتجاه الأول يذهب جانب من الفقه إلى أن الأسبقية في إنشاء وتشغيل المصنع تعصم المالك من المسؤولية^(١) ، كما أن بعض المحاكم في مصر قد أخذت بهذا الرأي فقضت بأنه " إذا أقدم شخص على بناء دار قريبة من معامل ، فلا يحق له التضرر من وجودها لدخان يتصاعد من مداخنها ، لأنه جار طارئ عليها، ولأنه تخير في بناء داره نقطة ظاهرة العيب ، وعلى ذلك فلا يحق له طلب تعويض من أصحاب المعامل عن شيء من ذلك " (٢) .

الاتجاه الثاني : ينتقد جانب من الفقه ما ذهب إليه أنصار الاتجاه الأول فهم يرون بان هذا الحكم على إطلاقه غير مقبول ، لأنه يؤدي إلى اضطراب المالك اللأحق إلى اختيار نوع الاستغلال الذي اختاره من سبقه وإلا كان عليه أن يتحمل الأضرار الفاحشة دون أن يكون له حق طلب إزالة هذه الأضرار أو التعويض عنها ، لذا فهم يرون بان الأسبقية في التملك لا تؤثر في مسؤولية المالك إلا إذا كانت جماعية بحيث يكون من شأنها أن تحدد طبيعة المنطقة فالعبرة هنا بظروف المكان لا مجرد الأسبقية^(٣).

أما موقف التشريعات فإن البعض منها لم تشر إلى هذه المسألة كالمشرع الفرنسي والمصري بينما أشار المشرع العراقي إلى هذه المسألة ونظمها في الفقرة الثالثة من المادة ١٠٥١ من القانون المدني " إذا كان أحد يتصرف في ملكه تصرفا مشروعاً فجاء آخر وحدث في جانبه بناء وتضرر من فعله فيجب عليه أن يدفع ضرره بنفسه " .

وهذا النص آثار جدل ومحل خلاف لدى الفقهاء إلى عدة آراء في تفسيره :

^١ رأي الفقيه (ديمولومب) أشار إليه د. طارق كاظم عجيل ، الحقوق العينية الأصلية ، مصدر سابق ، ص ١٣١ .

^٢ استئناف أهلي ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٧ ، محاماة سنة ٨ ، رقم ٣٢٦ ، ص ٤٩٨ أشار إليه د. عبد المنعم فرج الصدة ، الحقوق العينية الأصلية ، دار النهضة العربية ، بيروت - لبنان ، ١٩٨٢ ، ص ٦٧ .

^٣ د. السنهوري الوسيط ، ج ٨ ، مصدر سابق ، ص ٧٠٢ ، د. عبد المنعم فرج الصدة ، الحقوق العينية الأصلية ، مصدر سابق ص ٦٨ . د. غني حسون طه ، حق الملكية ، مصدر سابق ، ص ٨٣ . د. منصور مصطفى منصور ، حق الملكية في القانون المدني المصري ، القاهرة ، ١٩٦٥ ، ص ٥٩ . د. عبد المنعم الصدة ، حق الملكية ، القاهرة ١٩٦٦ ، ف ٦٠ ود. حسن كيرة ، الحقوق العينية الأصلية ، ج ١ ، القاهرة ، ١٩٦٥ ، ف ٩٩ .

الفصل الثالث الضرر الطارئ في الاستملاك

الرأي الأول: يذهب جانب من الفقه إلى إن من شأن الأسبقية في التملك أو الاستغلال أن تعصم المالك من المسؤولية^(١). وهذا الحكم مقتبس من المادة ١٢٠٧ من مجلة الأحكام العدلية، فالمالك الجديد عليه أن يدفع الضرر بنفسه أي يتخذ الإجراءات و الاحتياطات اللازمة ليتقي الضرر الذي يصيبه نتيجة إقامته لبناء مجاور لملك آخر كان يتصرف بملكه تصرفاً مشروعاً وحتى لو نتج عن هذا التصرف ضرر لجاره ، ويبدو أن العلة في حرمان الجار المستجد من إمكانية رفع الدعوى لإزالة الإضرار التي لحقت به من المباني والمنشآت القائمة قبله وإعطاء الحق للمدعى عليه بالدفع بالأسبقية في الوجود هو أن المدعي أقدم طواعية وعن اختيار على وضع نفسه في هذا الوضع فكان راضياً بما يلحقه من إضرار^(٢).

ويرد على هذا الاتجاه في أنه لا يمكن قبوله على إطلاقه ، لأن هذا التفسير يجعل للبادئ في الامتلاك أو الاستغلال حق ارتفاق على العقارات المجاورة بإجبارهم إما على القيام بنوع معين من الاستغلال يتلاءم مع استغلاله، وأما تحمل الأضرار الفاحشة الناشئة عن استغلاله لملكه^(٣).

الرأي الثاني : يرى هذا الجانب من الفقه أن مشروعية التصرف التي أوردها المشرع بالنص يقصد بها الاستغلال والاستعمال القائم على أساس جماعي والتي تكون بين فرضيتين الأولى إذا كان المالك السابق يستغل ملكه بطريقة تتفق مع الاستغلال العادي للمالك المجاورين له فتضرر المالك الجديد من الجار القديم فالأخير يستطيع الدفع بأسبقية الاستغلال وعلى الجار الطارئ أن يدفع ضرره بنفسه .

والثانية إذا كان المالك السابق يستغل ملكه بطريقة لا تتفق مع الاستغلال العادي للمالك المجاورين له ، كأن يستخدم عقاره كمصنع في منطقة سكنية ، ففي هذا الفرض يستطيع المالك الطارئ أن يطالب برفع الضرر ولا يحق للمالك القديم أن يدفع بأسبقية الاستغلال ، لأن استغلال

^١ د. حسن علي دنون ، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ص٣٨، سعيد أمجد الزهاوي، التعسف في استعمال حق الملكية في الشريعة والقانون دراسة مقارنة، ط١، القاهرة ١٩٧٦، ص٤٢٣. أ.محمد طه البشير ود. غني حسون طه ، الحقوق العينية، ج١، مصدر سابق، ص٧٨.

^٢ عيود عبد اللطيف البلداوي ، دراسة في الحقوق العينية الأصلية، ج١، مطبعة المعارف ، بغداد، ١٩٧٥، ص٢٧٢.

^٣ د. طارق كاظم عجيل ، الحقوق العينية ، ج١، مصدر سابق، ص١٣٣.

الفصل الثالث الضرر الطارئ في الاستملاك

ملكه أو عقاره كمصنع لا يتفق مع الاستخدام العادي للعقارات المجاورة وبالتالي نحكم بعدم مشروعية الاستعمال^(١) .

الرأي الثالث : يذهب جانب من الفقه إلى أن المشرع قيد تصرف المالك القديم في ملكه بوجوب أن يكون مشروعاً حتى تنتفي مسؤوليته إزاء الجار اللحق ، فإذا لم يكن استغلاله مشروعاً بقيت مسؤوليته قائمة حتى لو كان أسبق من غيره في الاستغلال . ومشروعية استغلال المالك السابق تتمثل في إحدى الصور الأولى إذا كان هناك تخصيص للمنطقة لاستغلال معين بموجب قوانين أو أنظمة أو قرارات إدارية صادرة من سلطة مختصة ، فإن الاستغلال بالمخالفة لهذا التخصيص يثير مسؤولية المالك عن مضار الجوار الفاحشة سواء كانت المخالفة صادرة من المالك القديم أو اللاحق^(٢) .

أما الصورة الثانية تتمثل في حالة إذا لم يتحدد نوع الاستغلال بصورة رسمية ، إلا أن الواقع افرز استغلالاً فعلياً ذي طبيعة معينة ، فإنه ليس للجار الجديد أن يشتكي من الأضرار التي تسببها العقارات المجاورة ، فالتحديد العرفي لنوع الاستغلال هو الذي يحدد مشروعية الاستغلال من عدمه .

فمضار الجوار في هذه الصورة تتسع تطبيقاتها في هذه الصورة ، وذلك لأن تحديد استغلال المنطقة بمقتضى العرف لا يرتقي من حيث التنظيم والإلتزام بالشروط كما في تحديد الاستغلال بمقتضى التشريعات .

الصورة الثالثة تتمثل بالمناطق العشوائية فهذا النوع من المناطق يقع عادة عند تخوم المدن ولا يخضع لتنظيم معين وتمارس فيه أنشطة لم تستوف إجراءات الترخيص أو الإجازة وتغيب عنها سلطات البلدية ، وهذه المناطق هي المجال الحيوي الذي تنشط فيه مضار الجوار وذلك بسبب ما تتميز به هذه المناطق بعدم تجانس النشاطات التي تمارس فيها ، إذ تمارس فيه النشاط التجاري مع السكني مع الصناعي وهذا الخليط يجعل من بعض الأضرار مألوفة وجرى

^١ د. طارق كاظم عجيل ، الحقوق العينية الأصلية، ج١، مصدر سابق، ص١٣٣-١٣٤.

^٢ د. درع حماد الدليمي، الحقوق العينية الأصلية، ج ١ ، مصدر سابق، ص٧٧.

العرف بها على التسامح بها ^(١) بينما في المناطق المنظمة تنظيمًا وفق القوانين والأنظمة يجعل منها غير مألوفة.

والمأمل مما سبق يتبين لنا أن الاتجاه الثالث جدير بالتأييد لأن فيه إشارة واضحة إلى دور التشريعات العادية أو الفرعية في منع حدوث مضار الجوار غير المألوفة من خلال تحديد طبيعة استغلال المنطقة، ومؤدى ذلك فإن التطبيق الشهير الذي درج عليه الفقه هو بناء دار بجوار مصنع أو معمل إذا كان ممكن قبوله في زمن نفاذ مجلة الأحكام العدلية إلا أنه في الوقت الحالي ليس له تطبيق في الواقع العملي وذلك بسبب التشريعات الحديثة التنظيمية حيث كان لها الدور الفاعل كوسيلة وقائية لمنع حدوث هذا التطبيق من ضرر الجوار ، فالدائرة المختصة لا تعطي أجازة بناء منزل بجوار المصنع وكذلك بالنسبة للأخير فدائرة البلدية لا تعطي أجازة بناءه إلا في المناطق المخصصة لبناء المصانع والتي تكون دائماً بعيدة عن المناطق السكنية وذلك بمقتضى ما هو منصوص في التشريعات الفرعية.

المطلب الثاني

الوسائل العلاجية (التعويض) للحد من الضرر الطارئ في الاستملاك

بالرغم من فاعلية الوسائل الوقائية في الحد من الضرر الطارئ بسبب الإستملاك ، إلا إن هذا لا يمنع من وقوع الضرر في بعض حالات الإستملاك التي تكون في منطقة الظل من الوسائل الواقعية ، فالرقابة القضائية تكون مانعة من وقوع الضرر عندما يحدث تعارض بين المنفعة العامة المراد قيامها من قبل الجهة المستملكة وبين وما ينتج عن العقار من منفعة عامة في بقاءه دون استملاكه ، أما إذا كان التعارض فيما بين المنفعة العامة والمنفعة الخاصة فإن الرقابة القضائية لا تكون مانعة من أقرار المنفعة العامة لرجحانها على المنفعة الخاصة.

كما إن الوسيلة الوقائية الأخرى وهي التشريعات التنظيمية ، وإن التزمت بها الجهة المستملكة إلا أنه قد تقتضي المنفعة العامة أستملاك جزء معين من العقار بحدود المنفعة العامة المراد تحقيقها، ويبقى الجزء الآخر غير صالح للانتفاع به أو تتخفف قيمته النقدية وذلك يرجع

^١ ينظر د. همام محمد محمود زهران ، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية دار الجامعة الجديدة الإسكندرية،

الفصل الثالث الضرر الطارئ في الاستملاك

لعدة اسباب كصغر مساحة الواجهة للجزء المتبقي ، أو إن يصبح الجزء المتبقي محبوساً عن الطريق العام وغيرها من الأسباب . ففي هذا الفرض تنهض الوسيلة العلاجية وهي التعويض لجبر هذا الضرر الذي طرأ .

كما أن التزام جهة الإدارة المستملكة بالتشريعات التنظيمية في اختيار العقار المراد استملاكه تبعاً لتخصيص المنطقة بالإستغلال هذا قد لا يمنع حدوث ضرر يطرأ على العقارات المجاورة له في صور شتى. فالتساؤل الذي يثار في هذا الصدد ما هو مدى فاعلية الوسيلة العلاجية لجبر الضرر ؟ فهل يشمل التعويض جميع صور الضرر الطارئ ؟ وما هو موقف التشريعات من ذلك ؟ وما هو الأساس القانوني للتعويض عن الضرر الطارئ ؟.

لغرض بيان ذلك بصورة مفصلة سنقسم هذا المطلب على فرعين نتناول في الأول الأساس القانوني لاستحقاق التعويض عن الضرر الطارئ، وفي الثاني مدى فاعلية التعويض عن الضرر الطارئ .

الفرع الأول

الأساس القانوني الذي يقوم عليه الالتزام بالتعويض

بالرغم من أن المشرع أجاز للإدارة أن تستملك في إطار اختصاصاتها القانونية وليس المادية وهي في ذلك تستند إلى نص القانون، ومقابل ذلك ألزمها بدفع تعويض عادل للمنزوع ملكيته .

وإذا تسبب فعل الإدارة الخاطئ ضرراً ، فإنها تكون مسؤولة عن أعمالها ومن حق المضرور المطالبة بالتعويض عن ذلك .

إلا إن التزم الإدارة بدفع تعويض عن الضرر الطارئ فهذا الأمر يثار تساؤل حول اساسه القانوني لإستحقاق التعويض.

ومن أجل معرفة الأساس الذي تلتزم على إثره الإدارة بالتعويض لابد من بحث الأساس القانوني بحسب نوعي الضرر الطارئ :-

أولاً- الأساس القانوني لإستحقاق التعويض عن الضرر الطارئ في الإستملاك الجزئي

سبق وأن تبين لنا أن المشرع العراقي أقر بأستحقاق التعويض عن الضرر الذي يطرأ بسبب الإستملاك الجزئي، وكذلك موقف التشريعات المقارنة ، فالنص القانوني الذي تضمنه المشرع يعد سنداً تشريعياً قائماً لا يجوز الخلاف فيه، وكل ما يمكن أن تدور حوله المناقشة هو تأصيل هذا النص ورده إلى وجه معين من وجه المسؤولية ، فلغرض البحث في الأساس القانوني لهذا النوع من الضرر لا بد من الوقوف على النظريات التي تحتوي على بعض المعطيات التي قد تصلح لإن تكون أساس قانوني لهذا الضرر، والتي سوف نبينها بالآتي :

١- المسؤولية العقدية :-

قد تبرز فكرة المسؤولية العقدية كأساس للتعويض في فرض إذا تم الاستملاك بصورة رضائية، أما إذا تم الإستملاك بصورة غير رضائية ، فلا مجال لقبول فكرة المسؤولية العقدية كأساس قانوني للتعويض ، لإن المستملاك في نزع الملكية لا تتعاقد مع الملاك بل يتم ذلك قهراً وجبراً وبدون اشتراط رضا الملاك ، فالإدارة في هذا الاطار تمارس امتيازها في السلطة العامة إذ تكفي ارادتها وحدها في الاستملاك مما يخرج مسؤوليتها من نطاق العقود.

فالتساؤل الذي يثار إذا نشأ الضرر الطارئ عن الاستملاك الرضائي، فهل تكون المسؤولية العقدية اساس قانوني للتعويض عنه ؟ .

تقوم المسؤولية العقدية متى وجد عقد صحيح ^(١) ، وتوافرت فيه شروط الصحة، وحدث اخلال بالعقد من قبل أحد طرفيه، ويتمثل هذا الإخلال أما بامتناع المدين عن تنفيذ التزامه الذي انشأه عليه العقد ولم يكن اجباره على التنفيذ أو إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلًا بخطئه أو إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه ، فإذا تحققت إحدى صور الإخلال فإن مسؤولية التعاقدية للمدين تتحقق، لأنها المصدر المنشأ للضرر ومؤدى ذلك يحق للدائن أن يطالبه بالتعويض ^(٢) .

بينما في الضرر الطارئ الذي ينشأ من الإستملاك الجزئي لا يمت بصلة بأي من هذه صور الإخلال .

^١ د. أحمد حشمت ، نظرية الإلتزام، مصادر الإلتزام، مصدر سابق، ص ٣٢٢.

^٢ ينظر: د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الإلتزام، مصدر سابق، ص ٤٠١.

والأمر الآخر الذي يتميز به الضرر الطارئ عن الضرر الناشئ في المسؤولية العقدية فالأخيرة إذا كانت تشترط لقيامها توافر الرابطة السببية بين ركن الخطأ والضرر إلا أن الرابطة السببية للتعويض في الاستملاك الجزئي تكون بين فعل الإدارة المشروع والضرر.

فمن خلال ما تقدم لا يمكن تأسيس التزام الإدارة بالتعويض على أساس المسؤولية المدنية على أساس تعاقدية

٢- المسؤولية التقصيرية :-

تقوم المسؤولية التقصيرية ركن الخطأ عموماً لدى التشريعات المقارنة أو بالتعمد أو التعدي، كما لدى المشرع العراقي في القانون المدني، وركن الضرر وركن العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، فالخطأ التقصيري يتمثل في صورتين الأولى بإخلال بالتزام فرضه القانون والثانية بانحراف في استعمال الحق عن سلوك الشخص المعتاد، فإذا تسبب المالك بالإنحراف في سلوكه وتسبب ضرر، فإنه يكون مسؤولاً مسؤولية تقصيرية^(١).

فالخطأ هو واقعة مجردة قائمة بذاتها متى تحققت أوجبت مسؤولية مرتكبها عن تعويض الضرر الناشئ عنها، وبغض النظر عن الباعث على الوقوع في هذا الخطأ إذ لا يتبدل الخطأ بحسب فهم مرتكبه للقاعدة القانونية وإدراكه فحواها لأن الخطأ في فهم الواقع أو القانون ليس عذراً مانعاً للمسؤولية الإدارية للمستملك إذا ما استقامت عناصرها القانونية.

فالتعويض في المسؤولية التقصيرية يمثل جزاء لخطأ ارتكبه شخص ما نجم عنه ضرر لحق بشخص آخر^(٢)، بينما يرى جانب من الفقه إنه لا يمكن اسباغ صفة الخطأ على نشاط الإدارة الهادف لنزع ملكية العقارات أو الحقوق العينية الأصلية لأن الغاية من هذا النشاط هو تحقيق النفع العام لعموم المجتمع أو لأكثر أفراد^(٣).

^١ ينظر لمزيد من التفاصيل :د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في النظرية العامة للإلتزامات، ج١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٠ ص ٢١١ وما بعدها.

^٢ ينظر لمزيد من التفاصيل :د. حسن علي ذنون، النظرية العامة للإلتزامات، المكتبة القانونية، بغداد - العراق، بدون ذكر سنة الطبع، ص ٣٣١ وما بعدها.

^٣ ينظر د. حيدر فليح حسن، التعويض العادل عن نزع الملكية للمنفعة العامة، مصدر سابق، ص ٧٨.

الفصل الثالث الضرر الطارئ في الاستملاك

وبناءً على ذلك فإن الجهة المستملكة لم تخل بالتزام فرضه القانون، وإنما هي مكلفة بمقتضى الدستور وكذلك التشريع العادي بتحقيق المنفعة العامة حتى وأن أدت إلى نزع الملكية الخاصة .

كما أن الضرر الطارئ في صورته لا يقع نتيجة الخطأ العمد أي قصد الأضرار أو الإهمال والتقصير ، بل على العكس هو ينشئ نتيجة قصد تحقيق المنفعة العامة وهذا ما يجعله يتميز بهذه الخصيصه فهو ضرر ينشئ نتيجة قصد تحقيق المنفعة العامة لا عن قصد تحقيق الإضرار ، فلا توجد نية في تحقيق الأضرار وإنما كان القصد من الإستملاك هو تحقيق المنفعة العامة والمنفعة العامة تتحقق ، إلا أن بتحققها ينتج عنها ضرر يصيب المستملك منه أو يصيب العقارات المجاورة للعقار المستملك ، فهو ضرر ناتج من عمل مشروع ولتحقيق غايات مشروعة.

والأمر الآخر الذي يتميز به الضرر الطارئ عن الضرر الناشئ في المسؤولية التقصيرية فالأخيرة إذا كانت تشترط في المسؤولية لقيامها توافر الرابطة السببية بين ركن الخطأ والضرر إلا أن التعويض عن الضرر في الاستملاك الجزئي يرتبط برابطة سببية بين فعل الإدارة بالإستملاك والضرر الطارئ .

أما إذا نشأت علاقة سببية مباشرة بين الخطأ والضرر فنكون بصدد قيام المسؤولية التقصيرية تؤكد وتقيد أنه لولا الخطأ المنسوب للإدارة ما تحقق الضرر على النحو الذي حدث به وأنه يجب على صاحب الشأن ان يقيم بكافة طرق الإثبات الدليل على ما لحق به من ضرر بكافه عناصره وأنواعه ولمحكمة الموضوع وهي تقدر قيمة الضرر أن تزن بميزان القانون ما يقدم لها من ادلة وبيانات على قيام الضرر وتعدد عناصره وإذا ما صدر حكمها محيطاً بكافة عناصر الضرر الناتج عن خطأ المدعى عليه شاملاً ما لحق المضرور من خسارة وما فاتته من كسب فقد أصبح صحيحاً وفق القانون فيما انتهت إليه من تقدير لقيمة التعويض فيترك للسلطة التقديرية للقاضي في وزنها للضرر وتقدير التعويض الجابر له ...

فمن خلال ما تقدم يتبين لنا أن فرضية المسؤولية التقصيرية لا تصلح لأن تكون أساس قانوني لقيام الضرر الطارئ في الإستملاك .

الفصل الثالث الضرر الطارئ في الاستملاك

ونلاحظ أن الأستملاك الجزئي الذي نتج عنه ضرر للمستملك منه لا يكون معيباً في ذاته أي ليس خاطئاً، ولا كان صادراً عن تعسف من قبل الإدارة، وإنما ناتج بسبب نوع المنفعة العامة المراد قيامها التي تطلبت هذا المقدار من جزء العقار المراد استملاكه، إذ لو أقيم نوع آخر من المنفعة العامة لما أدى إلى هذا الضرر .

وبالتالي فإن الضرر يكون ناشئاً بصورة غير اعتيادية وإنما طارئ ومن دون استلزام ركن الخطأ، بدليل أن المشرع أشتراط على المستملك منه بإثبات ركن الضرر دون الخطأ لإستحقاق التعويض. وعليه فإن هذه المسؤولية هي مسؤولية موضوعية تقوم على تحمل التبعة قوامها الضرر الفاحش .

ومن خلال ما تقدم يتبين ان الضرر الطارئ لم ينتج عن خطأ من قبل المستملك وهذا ما يتميز به عن الأضرار الأخرى الناشئة عن الإستملاك .

ثانياً- الأساس القانوني لاستحقاق التعويض عن الضرر الطارئ في العقارات المجاورة للعقار المستملك

يؤسس جانب من الفقه كابيتان (CAPITANT) وفرسيسكو (Versesco) إلى أن الأساس القانوني لمسؤولية المالك نحو جاره عن مضار الجوار غير المألوفة تقوم على التزام فرضه القانون على الجار بألا يلحق بجاره ضرراً غير مألوف أي التزام الجوار " obligation du voisinage" وان هذا الالتزام هو قانوني^(١) .

ولكن يلاحظ على هذا الرأي ان المشرع الفرنسي في القانون المدني لم يشير في أي نص من نصوصه على ان هنالك التزاماً قانونياً على الجار بألا يحدث لجاره ضرراً غير مألوف^(٢) ، حيث ان المشرع الفرنسي حدد ما شملت عليها أصلاً القوانين الخاصة والالتزامات المتعلقة بالحائط المشترك فقط وبالمطلات وبحق المرور لا غير.

^١ ينظر: جاد يوسف خليل، مضار الجوار غير المألوفة، ط١، دار العدالة - بيروت - لبنان، ٢٠٠٦، ص ١٣٠.

^٢ ينظر : د. السنهوري ، الوسيط ، حق الملكية، مصدر سابق، ص ٧٠٢.

الفصل الثالث الضرر الطارئ في الاستملاك

كما يذهب البعض إلى إن الأساس القانوني للالتزام جهة الإدارة المستملكة بالتعويض في التشريع المصري هو القانون ، فمن يتم نزع ملكيته يجب مراعاة ما يلحقه من خسارة وما يفوته من كسب، فيجب أن يكون التعويض كامل عن كل الأضرار التي لحقت به من جراء الاستملاك^(١).

وكذلك أيضاً يذهب البعض إلى إن الأساس القانوني في التشريع العراقي للالتزام الإدارة بالتعويض هو القانون ، لاسيما وإن معظم دساتير العالم والقوانين الخاصة بنزع الملكية قد نصت على التعويض صراحة ، ويستند أصحاب هذا الرأي على حجة أن القاضي لا يملك الطلب من الأفراد اثبات حصول ضرر قد لحق بهم جراء نزع ملكية عقاراتهم كي يمكن لهم المطالبة بالتعويض لأن هذا الأخير مقرر أصلاً بحكم القانون وبمجرد قيام السلطة الحكومية بهذه العملية^(٢) .

فلا خلاف في أن النصوص القانونية في التشريعات المقارنة تمثل سند تشريعي قائم كأساس للتعويض بصورة غير مباشرة لأن القانون من وراء كل ذلك محيط ، ولكن نحن بصدد بحث تأصيل هذا النص ورده إلى وجه معين من أوجه المسؤولية التي أستاذ إليها المشرع في إقراره للتعويض فهو يعد الأساس القانوني المباشر .

لذا فالنظريات التي قيلت بصدد الأساس القانوني لمضار الجوار غير المألوفة قد تصلح أحداها لتكون أساس قانوني للضرر الطارئ . لذا سنحاول أن نستعرض الآراء الفقهية بهذا الشأن على النحو الآتي :-

١- التعسف في استعمال حق الملكية

قد تبرز فكرة التعسف في استعمال الحق كأساس للتعويض لو نظرنا من زاوية ان الجهة المستملكة قد تعسفت في حقها ببناء المشروع للمنفعة العامة وأدى ذلك إلى إلحاق ضرر بالعقارات المجاورة .

^١ ينظر د. عيد سعد دسوقي، حماية الملكية الخاصة في القضاء الإداري والدستوري دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص ١٦٦.

^٢ خالد رشيد الدليمي، نزع الملكية للنفع العام دراسة مقارنة، مصدر سابق ، ص ١١٥.

الفصل الثالث الضرر الطارئ في الاستملاك

وبالرجوع إلى فكرة التعسف في استعمال الحق الواردة في القواعد العامة نجد أنها تتحقق في ثلاث صور ، الأولى قصد الإضرار بالغير والثانية رجحان الضرر على المصلحة رجحاناً كبيراً والثالثة عدم مشروعية المصالح التي يرمي المالك إلى تحقيقها ^(١) .

ففي الصورة الأولى إذا لم يقصد المالك باستعمال ملكه سوى الأضرار بالغير ^(٢) فتتحقق إذا قصد المستملك إحداث ضرراً بالمستملك منه أو بأصحاب العقارات المجاورة ، أي ان يتجه الباعث الدافع إلى الأضرار وإذا وجد هذا القصد سوف نكون امام تعسف في استعمال الحق ، بينما في الضرر الطارئ الذي ينشأ بسبب الإستملاك لم يكن هنالك تعسفاً فالمستملك قصد تحقيق المنفعة العامة وهو مكلف قانوناً بتحقيقها ولم يقصد تحقق الأضرار .

أما في الصورة الثاني وهي رجحان الضرر على المصلحة رجحاناً كبيراً ومضمون هذه الصورة " أن المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها ^(٣) " ففي هذه الصورة من التعسف ممكن أن تحدث من قبل الإدارة فقد تكون المنفعة العامة التي تبغي الإدارة المستملكة تحقيقها تكون قليلة الأهمية بالمقارنة مع الضرر الذي يتخلف عن تلك المنفعة ، فأفضل وسيلة لمعالجة هذه الصورة من التعسف هو بالوسيلة الوقائية من خلال رقابة القضاء على المشروع المراد تحقيقه للمنفعة العامة قبل البت به، ولكن قد لا يترجح الضرر على المصلحة العامة المراد تحقيقها من قبل الإدارة فعندئذ لا تنطبق هذه الصورة من الضرر لتكون أساس قانوني للمطالبة بالتعويض .

أما الصورة الثالثة وهي المصلحة غير مشروعة ، وتكون كذلك إذا كان تحقيقها يخالف حكماً من أحكام القانون أو يتعارض مع النظام العام أو الآداب ^(٤) التي يرمي المستملك إلى تحقيقها فلكي تتحقق هذه الصورة من التعسف أن تقصد جهة الإدارة من وراء الإستملاك إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة ولا تنطبق هذه الصورة على الضرر الطارئ لأن المستملك يسعى

^١ ينظر نص المادة ٥ من القانون المدني المصري وكذلك نص المادة ٧ من القانون المدني العراقي .

^٢ ينظر لمزيد من التفاصيل د. طارق كاظم عجيل، مالحقوق العينية الأصلية ج١، مصدر سابق، ص ١٢٠ .

^٣ نقلاً عن : د. السنهاوري، حق الملكية، المجلد الثامن ، مصدر سابق، ص ٦٩٠.

^٤ ينظر لمزيد من التفاصيل، د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ، مصدر سابق، ص ٨٧.

لتحقيق المصلحة العامة والأخيرة تعد مصلحة مشروعة بل وتقدم على المصلحة الخاصة لملاك العقارات المجاورة فلا تعد هذه الصورة أساساً قانونياً للتعويض لصور الضرر الطارئ.

٢ - الإخلال بالالتزام شبه العقدي

يؤسس جانب من الفقه فكرة مضار الجوار غير المألوفة تقوم على أساس الإخلال بالالتزام شبه العقد ، ويفترض أصحاب هذه النظرية إلى أن واقعة الجوار تنشأ شبه عقد يرتب التزامات متبادلة بين الجيران ، بمقتضاها يلتزم كل جار أن يستعمل ملكه بطريقة لا تضر بجاره، فإذا خالف الجار ذلك ، وقام باستعمال ملكه ولحق جاره من ذلك ضرر فإنه يكون قد خرق بذلك التزامه شبه العقدي ، مما يحتم قيام مسئوليته عن ذلك ^(١) .

وإزاء ذلك يمكن افتراض أن واقعة الجوار بين المستملك والعقارات المجاورة له تنشأ شبه عقد بينهما ويرتب التزامات متبادلة في عدم الأضرار، وبما أن المستملك أقام المشروع للمنفعة العامة وتضرر منه العقارات المجاورة فيكون المستملك قد أحل بالتزامه شبه العقدي .

ولكن يلاحظ على هذه النظرية تعرضت للانتقاد من قبل البعض ، الذي لا يرى في علاقات الجوار ان تؤسس على شبه العقد ، وذلك لأن القانون لم ينص على اعتباره كذلك ^(٢) ،

كما ان الأخذ بفكرة شبه العقد في هذا المقام يثار تساؤل حول الشخص الذي يتقرر عليه أو لصالحه هذا الالتزام وهل يعد المستملك أو صاحب المشروع الفعلي للعقار ، فإذا قلنا ان هذا الالتزام يتقرر على أو لصالح المستملك ، فإن معنى ذلك إضفاء صفة الجار على هذا الأخير فقط ، وبالتالي فإنه يكون هو المسؤول أو المستحق للتعويض في جميع الأحوال ، سواء كان هو الفاعل الحقيقي للأضرار أو المضرور منها من عدمه ، مع أن هذه النتيجة ليست منطقية وغير عادلة ولا تتفق مع ما استقر عليه الفقه والقضاء مؤخراً .

^١ هذا الرأي هو رأي بوتيه ينظر: لمزيد من التفاصيل د. علي محمد خلف، فكرة مضار الجوار غير المألوفة أو الفاحشة كأساس قانوني لمسؤولية محدث الضرر البيئي، بحث منشور في مجلة كلية الاسلامية الجامعة، المجلد ٢، العدد ٣٧، ٢٠١٦، ص ١٤٢.

^٢ د. علي محمد خلف، فكرة مضار الجوار غير المألوفة أو الفاحشة كأساس قانوني لمسؤولية محدث الضرر البيئي، المصدر نفسه ، ص ١٤٢.

وإذا قلنا بأن هذا الالتزام يتقرر لصالح أو على عاتق الشاغل الفعلي للعين فمعنى ذلك وفقاً لمنطق هذا الاتجاه أن المستأجر يعد طرفاً في العلاقة التأجيرية وفي نفس الوقت طرفاً في علاقة شبه العقد نظراً لاستقلال نظرية مضار الجوار عن قواعد دعوى الضمان وهذه النتيجة ليست منطقية ، خاصة إذا كان المؤجر هو الفاعل الحقيقي للأضرار المدعاة ، ففي هذه الحالة كيف يمكن القول بوجود علاقة تعاقدية ، وشبه تعاقدية متولدة عن علاقة قانونية واحدة ^(١) .

٣- فكرة الضرورة

يؤسس الفقيه سافاتييه (savatier) إن مسئولية المالك في مضار الجوار غير المألوفة مبنية على حالة الضرورة ، فمضايقات الجوار ضرورة اجتماعية لا بد من تحملها ، ولكن تقدر الضرورة بقدرها ^(٢) .

فعلى وفق هذه الفكرة يمكن أن نفترض بأن عمل جهة الإدارة المستملكة في قيام المشروع للمنفعة العامة مبني على فكرة الضرورة ، فقد تستدعي الضرورة إنشاء مصنع أو منشأة ذات نفع عام ومرخص بها إدارياً ولكن تترتب عليها إضرار للجيران ففي هذه الحالة لا يوجد خطأ في جانب الفاعل ومع ذلك فإنه ينبغي تعويض المضرور الذي يتوجب عليه أن يتحمل الضرر مقابل حصوله على تعويض بمقابل نظراً لتوفر حالة الضرورة في نشاط الفاعل ^(٣) .

ولكن يمكن الرد على هذه الفرضية أن حالة الضرورة لها مفهوم قانوني محدد وتتحقق عندما يتهدد فيها الشخص بخطر محقق لا يستطيع دفع هذا الخطر أو تقاويه إلا بفعل يحدث ضرراً بالغير ^(٤) وإن المستملك يحدث الضرر لا يكون معرضاً لخطر محقق به حتى يبرر القول بوجود حالة الضرورة .

^١ ينظر: د. محمد علي عرفة، موجز في حق الملكية وأسباب كسبه، مكتبة النهضة العربية، القاهرة ١٩٥٥، ص ٥٦.

^٢ ينظر: د. السنهوري ، الوسيط، ج ٨، مصدر سابق، ص ٧٠٣.

^٣ ينظر د. طلبه وهبه خطاب، النظام القانوني لحق الملكية، دار النهضة العربية، ١٩٨٧، ص ٥٥.

^٤ ينظر د. محمد أحمد رمضان، المسؤولية المدنية عن الأضرار في بيئة الجوار، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، بدون ذكر رقم الطبعة، الناشر دار الجيب للنشر والتوزيع ، عمان الأردن ، ١٩٩٥، ص ٩١.

٤ - فكرة الثمن

يؤسس أنصار هذه النظرية مضار الجوار غير المألوفة على فكرة الثمن ، فهم لا يرون في وجود في نطاق الأضرار في بيئة الجوار تعويض بل ان هنالك مقابل أي ثمن ممارسة نشاط معين من قبل المدعى عليه و ثمن وجود شيء معين أي العين المملوكة أو جزء منها كالمدخنة في وضع معين أو بعبارة أدق ثمن الضرر الذي يلحق بالجوار جراء ممارسة ذلك الشيء ، وبالتالي فهو ثمن التضحية التي يقدمها الجار المضرور بتحملة الضرر^(١) .

وهذا الثمن يتميز عن الثمن أو المقابل الذي يدفع تنفيذاً للالتزام بالتعويض ، فالثمن في الحالة الأخيرة يدفع للتعويض عن ضرر معين أما في هذه الفرضية فإن الثمن يدفع كمقابل للتضحية من جانب الجار على ما يتحملة من أضرار ، فهذا الثمن يماثل تماماً المبلغ الواجب دفعه في حالة البيع الذي يمكن ان يكون شبيهاً ببذل الإستملاك .

ولكن يؤخذ على هذا الرأي يصلح لتكليف التعويض في المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة ولا يتعلق بأساسها

كما ان هذه الفكرة تستعمل بصفة عامة في نطاق العلاقات التعاقدية وخاصة في عقد البيع وبالتالي فانه لا يوجد علاقة تعاقدية لها في نطاق العلاقات الجوارية^(٢) ، ولا في علاقة المستملك بالمستملك منه .

٥ - فكرة الخطأ في الحراسة

يؤسس جانب من الفقه مضار الجوار غير المألوفة على أساس الخطأ في الحراسة، فعلى وفق هذه الفكرة فإن عمل جهة الإدارة المستملكة في قيام المشروع للمنفعة العامة الذي نتج عنه ضرر يكيف أساس مسؤولية هو الخطأ في الحراسة ، وهذا الخطأ مفترض افتراضاً لا يقبل أثبات

¹ Chapus (A), Responsabilite publique et responsabilite privee the, Doc.L.G.D.J. Paris.1954,pp.340-341.

أشار إليه د. علي محمد خلف ، فكرة مضار الجوار غير المألوفة أو الفاحشة، كأساس قانوني لمسؤولية محدث الضرر البيئي ، مصدر سابق، ص ١٤٤ .

^٢ د. علي محمد خلف ، فكرة مضار الجوار غير المألوفة أو الفاحشة، كأساس قانوني لمسؤولية محدث الضرر البيئي ، مصدر سابق، ص ١٤٤ .

الفصل الثالث الضرر الطارئ في الاستملاك

العكس ، فالمدعى عليه لا يستطيع دفع المسؤولية عنه بنفي الخطأ إلا بإثبات السبب الأجنبي ، فصاحب المصنع يكون مسؤولاً عما يخرج من مصنعه من أضرار باعتبارها أشياء تكون تحت سيطرته أي تحت حراسته وعدم إخراجها ^(١) .

لكن يؤخذ على هذه النظرية أنه يشترط لتطبيق فكرة الحراسة ان يحدث انفلات للشيء من الرقابة والحراسة، وهذا ما لا يحدث في الضرر الطارئ من المنفعة العامة التي أقامها المستملاك.

٦ - فكرة الإثراء بلا سبب

يرى الفقيه كاريونيه إن مسؤولية المالك في مضار الجوار غير المألوفة تقوم على نظرية الإثراء بلا سبب ^(٢). و تقوم هذه الفكرة على الاعتبارات الاقتصادية والمادية بين الملكيات المتجاورة من خلال ربطها بفكرة الإثراء بلا سبب ، إذ ان الجار المضروب من عمليات الأضرار يكون قد افتقر بتجاوز الأضرار الحدود المألوفة ويترتب على ذلك أن المالك محدث الضرر غير المألوف يكون قد أثرى نتيجة ممارسة النشاط مسبب الضرر وبالتالي وجب عليه ان يقوم بتعويض المالك الأول الذي افتقر نتيجة تحمله لتلك الأضرار غير المألوفة ، تطبيقاً لقواعد المسؤولية عن الإثراء بلا سبب.

ان الأخذ بفكرة الإثراء بلا سبب يقتضي توافر شروط هذه الفكرة من اثناء الدائن وافتقار المدين وتوافر السببية بان يكون الافتقار هو سبب الإثراء.

فإذا طبقنا هذه الشروط على فكرة مضار الجوار غير المألوفة ، نجد أنه إذا كان من الممكن تحقق الشرط الأول وهو افتقار الجار الذي أصيب بأضرار تجاوز الأضرار العادية بسبب نشاط المنفعة العامة كالتلوث مثلاً فإنه ليس من المؤكد أن يكون الجار محدث الضرر قد أثرى أي تحقق الشرط الثاني وحتى إذا كان قد أثرى فليس من الضرورة أن يكون سبب الإثراء هو افتقار الجار المضروب.

^١ ينظر د. محمد أحمد رمضان، المسؤولية المدنية عن الأضرار في بيئة الجوار ، مصدر سابق، ص ٨٦.

^٢ ينظر : جاد يوسف خليل ، مضار الجوار غير المألوفة، ط ١، دار العدالة - بيروت - لبنان، ٢٠٠٦،

كما ان فكرة الإثراء بلا سبب لا تقدم حلاً ، لأنها هي ذاتها غامضة ومختلف حولها وحول أساسها القانوني

كما إن فكرة الإثراء بلا سبب تتنافى مع قواعد المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة إذ ان الأخيرة لا توجب التعويض إلا عند تجاوز الاضرار غير المألوفة ، أما فكرة الإثراء بلا سبب فإنها توجب التعويض عن كل ضرر .

٧- فكرة تحمل التبعة

يرى جانب من الفقه، إن العمل الذي ينتج عنه ضرر للجار لا يكون معيباً في ذاته أي ليس خاطئاً ، أو في ماله ليس تعسفاً في استعمال الحق، وإنما هو ناتج عن ضرر فاحش ، كتلوث البيئة بالأدخنة والغازات والروائح الكريهة الناتجة من مصنع مجاور .

وبالتالي فإن العمل يكون ضاراً بصورة غير اعتيادية ومنشأً للمخاطر فتتعدد المسؤولية دون استلزام ركن الخطأ ، وعليه فإن هذه المسؤولية هي مسؤولية موضوعية تقوم على تحمل التبعة قوامها الضرر الفاحش ، فمن ينتفع من عمله لابد ان يتحمل تبعته^(١) .

ففكرة مضار الجوار غير المألوفة أو ما تسمى بنظرية اضطرابات الجوار في الفقه الفرنسي، تقوم بمجرد تحقق الضرر أي أنها لا تستلزم وجود ركن الخطأ ، وأن كانت تشترط ان يكون هذا الضرر غير مألوف أو فاحش، نظراً لطبيعته هذه المسؤولية وبالتالي فلا ضير أن يكون من شروط تحقق المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة ، أن يكون هناك ضرر وأن يكون هذا الضرر غير مألوف أو فاحش، وبالتالي فإن هذا الرأي لا يتعارض مع كون المسؤولية المقامة على أساس تحمل التبعة تتعدّد لمجرد تحقق الضرر وأن لم يكن فاحشاً^(٢) .

وهذا الرأي جدير بالتأييد في أنطباقه على الإستملاك الذي ينتج عنه ضرر يصيب العقارات المجاورة ، فلا يكون معيباً في ذاته أي ليس خطأً ولا كان صادراً عن تعسف من قبل

^١ د. جمال عبد كاظم ، تغيّر حالة العقار ، مصدر سابق، ص ٧٨.

^٢ د. سليمان محمد الطماوي ، قضاء التعويض ، ج ٢، بدون ذكر رقم الطبعة ، دار الفكر العربي، ١٩٨٦، ص ٢٣١.

الإدارة، وإنما نتج الضرر بسبب نوع المنفعة العامة المراد قيامه أو بحسب طبيعة نشاطه ، إذ لو أقيم نوع آخر من المنفعة العامة لما أدى إلى هذا الضرر .

وبالتالي فإن الضرر يكون ناشئاً بصورة غير اعتيادية، وإنما طارئ ومن دون استلزام ركن الخطأ، بدليل أن المشرع اشترط على المستملك منه بإثبات ركن الضرر دون الخطأ لإستحقاق التعويض. وعليه فإن هذه المسؤولية هي مسؤولية موضوعية تقوم على تحمل التبعة قوامها الضرر الفاحش ، فمن ينتفع من عمله لا بد ان يتحمل تبعته.

الفرع الثاني

مدى فاعلية التعويض عن الضرر الطارئ

يعد التعويض وسيلة قضائية لمحو الضرر أو تخفيف من وطأته إذا لم يكن محوه ممكناً^(١) ، فالتعويض يقدر بمقدار الضرر المباشر المحقق بحيث لا ينقص ولا يزيد عنه .
والتعويض عن الضرر الطارئ يختلف بحسب نوعيه ، لذا سوف نتناول كل نوع في فقرة مستقلة.

أولاً- التعويض عن الضرر الطارئ في الجزء المتبقي من العقار المستملك

قد يكون حاجة المنفعة العامة في استملاك جزء من العقار وفق ما تقضي به مصلحة التنظيم والتخطيط وحسب التصميم الأساس أو التفصيلي لمشروع معين^(٢) . فأحياناً قد يؤدي الإستملاك الجزئي إلى ضرر في المنفعة في الجزء الآخر المتبقي من العقار أو قد يؤدي إلى نقصان في القيمة النقدية له ، ففي هذا النوع من الضرر وفي كلاً صورتين الضرر هل يستحق المضرور تعويض ؟ للإجابة عن هذا التساؤل لابد من بيان موقف التشريعات المقارنة ، لذا سوف نتناول موقف التشريعات في كل صورة من صور الضرر في فقرة مستقلة وبآلاتي :

^١ ينظر د. مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية في القانون المدني المصري، ط١، مطبعة الأعشى ، القاهرة،

١٩٤٤، ص ٣١٤.

^٢ أحمد جمال الدين، الاستملاك، مصدر سابق، ص ٤٤ و ٢١١.

١ - ضرر نقصان المنفعة

يتمثل الضرر الطارئ في هذه الصورة عندما تقوم جهة الإدارة بنزع ملكية جزء من أحد العقارات، مما يؤدي إلى تعذر من الانتفاع بالجزء الباقي من العقار المستملك .

فموقف التشريعات المقارنة في هذه الصورة من الضرر يلاحظ أن المشرع المصري أجاز للمتضرر في نص المادة ٢١ من قانون نزع الملكية الخيار بين أن يتحمل الضرر أو الزام جهة الإدارة بشراء الجزء المتبقي، فإذا اختار المضرور الخيار الثاني ، فإن المشرع قد حدد له وقت المطالبة بالتعويض، فعليه تقديم طلب الشراء خلال أربعة اشهر من تاريخ انتهاء عرض الكشف لمدة ١٥ يوماً وإلا سقط حقه في ذلك ^(١).

وكذلك الحكم في التشريع العراقي فالمشرع منح الخيار للمستملك منه، فإذا أختار الخيار الثاني فعليه أن يقدم طلب الاستملاك الكلي إلى المحكمة قبل إجراء الكشف والتقدير وعندما يتحقق لها بأن الجزء الباقي من العقار لا يمكن الانتفاع به فتقرر استملاك عموم العقار إذا ثبت لها ذلك أما إذا كان الجزء الباقي مما يمكن الانتفاع به سوف ترد المحكمة الطلب ^(٢).

أما عن أثبات تحقق الضرر ، وهذا الأمر قد يكون محل خلاف بين المستملك منه وجهة الإدارة ففي هذه الحالة يتم اللجوء إلى القضاء المدني وتستعين الأخيرة بالخبراء للتحقق من توفر الضرر من عدمه . فإذا تحقق الضرر فيتم تقدير الثمن وفقاً للأسس المعتمدة في القانون ^(٣).

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية حيث كان على محكمة البداية الاستعانة بأهل الخبرة من الاختصاص في تقدير مدى الاستفادة من الجزء المتبقي من العقار ^(٤).

^١ ينظر د. مصطفى محمد محمود، التعويض عن نزع الملكية للمنفعة العامة ، مصدر سابق، ص ٨٤.

^٢ ينظر: نص المادة ٤٩ من قانون الاستملاك العراقي النافذ .

^٣ لمزيد من التفاصيل مصطفى مجيد، شرح قانون الإستملاك مصدر سابق ، ص ١٧٢.

^٤ محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية، قرار رقم ٦٨/ت/ب/ بتاريخ ٢٠١٠/٣/١١ أشار إليه د. نكتل إبراهيم عبد الرحمن ، الموازنة بين الأضرار والمنافع في قانون الإستملاك العراقي ، مصدر سابق، ص ١٩٥.

الفصل الثالث الضرر الطارئ في الاستملاك

أما في حالة إذا لم يكتشف المستملك منه الضرر إلا بعد تنفيذ الاستملاك من قبل المستملك وقد فات عليه وغاب على هيئة التقدير ملاحظة ذلك لأن المستملك منه لم يطلبه، فأجاز المشرع للمستملك منه إقامة دعوى مستقلة فيما بعد للمطالبة باستملاك الجزء المتبقي^(١).

وكذلك الحكم في التشريع الفرنسي فالمشرع نظم هذه الصورة من الضرر في المادة 1-242 L من قانون نزع الملكية النافذ وأشار فيه إلى عدة تطبيقات تبين هذه الصورة من الضرر.

التطبيق الأول إذا وقع الاستملاك على العقارات المبنية فإذا أدى الاستملاك إلى نزع جزء من مبنى مشيد وبقي الجزء الآخر من المبنى غير صالح للانتفاع في ظل الظروف العادية.

والتطبيق الثاني إذا وقع الاستملاك على العقارات غير المبنية و أدى الاستملاك إلى انتزاع جزء منها وبقي الجزء الآخر إلى حد الربع المساحة الإجمالية إذا لم يكن للمالك أي أرض متجاورة لها أو إذا كان الجزء المتبقى أقل من عشر أريس.

والتطبيق الثالث يتمثل في أن في أن الضرر الذي يقع في هذه الصورة بسبب المشروع المقام على العقار المستملك جزء منه ، وهذا المشروع هو فتح الطريق داخل الأراضي الزراعية وبقي الجزء الآخر غير صالح للاستغلال الزراعي في ظل الظروف العادية للجزء المتبقي من العقار^(٢).

والتطبيق الرابع عندما يؤدي الإستملاك الجزئي إلى المساس بهيكل المزرعة التي من المحتمل أن تتسبب في اختفائها أو تسبب في أختلال توازن خطير بالمعنى المقصود في المواد L.352-1 و L123-4 إلى L123-5-6 من قانون الصيد البري والبحري^(٣).

فالحكم في هذه التطبيقات من صور الضرر بنقصان المنفعة أن المشرع منح الخيار للمستملك منه في أن يتقدم إلى القضاء بطلب الاستملاك الجزء المتبقي أو لا يطلب

^١ ينظر: مصطفى كامل محمد، الاستملاك للمنفعة العامة في القوانين المقارنة، مصدر سابق، ص ٨٨.

^٢ ينظر نص المادة 3-242 L من قانون نزع الملكية النافذ.

^٣ ينظر نص المادة 4-242 L من قانون نزع الملكية النافذ.

الفصل الثالث الضرر الطارئ في الاستملاك

فإذا ثبت للقاضي وجود هذه الصورة من الضرر سوف يقوم بقبول الطلب ، ومن ثم يحدد القاضي سعر شراء الجزء المتبقي ويضاف إلى الجزء الآخر الذي تم أستملاكه ثم يصدر القاضي قرار بنقل ملكيته إلى الجهة المستمكة^(١) .

من خلال ما تقدم يلاحظ أن موقف المشرع العراقي والمصري كان أكثر دقة من حيث الصياغة التشريعية فقد جاءت الصياغة بنص عام وترك سلطة تقديرية للهيئة المختصة بالتحقق من وجود الضرر من عدمه، بينما موقف المشرع الفرنسي جاءت صياغته التشريعية بتطبيقات على سبيل التعداد مع ترك سلطة تقديرية للقاضي للتحقق من ذلك ، فالمشرع الفرنسي جاء بتفصيل كان عن غنى عنه لو صاغ النص بصورة عامة.

كما يلاحظ أن المشرع المصري قد قيد من نطاق الخيار الممنوح للمستملك منه خلال مدة (٤) أشهر من تاريخ انتهاء الكشف وهذه المدة هي مدة سقوط، بينما المشرع العراقي لم يقيد من نطاق الخيار الممنوح للمستملك منه ، وهذا ما يخل بمبدأ استقرار المعاملات، لذا فإن موقف المشرع المصري كان موفقاً في تحقيق مبدأ استقرار المعاملات ، لكن يؤخذ عليه أن مدة (٤) أشهر هي مدة قليلة وقد لا يتمكن المستملك منه من اكتشاف إن الجزء المتبقي لا يصلح للانتفاع به ، لا سيما وأن هذه المدة قد لا يتبين فيها معالم المشروع المقام على العقار المستملك إذ أن بعض المشاريع تستغرق وقت طويل ليتبين معالمه ومدى تأثيره على الجزء المتبقي من العقار، لذا نرى أنه من الضروري تحديد المشرع العراقي مدة زمنية مناسبة للخيار الممنوح للمستملك منه وإلا يسقط حقه وذلك لتحقيق مبدأ استقرار المعاملات .

ويلاحظ أن المشرع العراقي والمصري استخدموا مصطلح بتعذر الانتفاع بالباقي ، وفي هذا الصدد يثار تساؤل هل المقصود بهذا المصطلح بمجرد النقصان من المنفعة أم إن النقصان في المنفعة يصل إلى درجة انعدامها؟.

إن المحكمة الإدارية العليا في مصر قد أوضحت المقصود بعبارة " بتعذر الانتفاع بالباقي " الواردة في نص المادة بأن يصبح هذا الجزء غير صالح للانتفاع به بصورة كلية بحسب عبارتها بحيث يصبح الملك لا فائدة فيه مطلقاً أما نقص المنفعة فقط ، فإنه لا يجيز طلب التملك وبررت

^١ ينظر نص المادة 2 - 242 L. من قانون نزاع الملكية النافذ .

المحكمة تفسرها حتى لا تتحمل الدولة عبئاً مالياً لدفع تعويضات تثقل كاهلها وتعوّقها عن تنفيذ هذه المشروعات العامة (١) .

٢- ضرر نقصان القيمة النقدية

إذا أدى الإستملاك الجزئي إلى ضرر يتمثل في صورة نقصان في القيمة النقدية للجزء المتبقي منه، فموقف المشرع المصري يلاحظ أنه في نص المادة ١٧ أوجب على اللجنة المختصة بتقدير التعويض أن تراعي في التقدير ما يحدث من نقص في القيمة النقدية للجزء المتبقي الذي لم تنتزع ملكيته ويضاف إلى مبلغ التعويض، فالمشرع راعى مبدأ التعويض الكامل حتى لا يحدث للمالك ضرر من كل الاتجاهات وهو ضرر فقدان العقار المستملك وضرر نقصان القيمة النقدية للجزء الآخر من العقار غير المستملك (٢) .

وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية من أن تقدير التعويض عن نزع الملكية للمنفعة العامة وجوب مراعاة ما قد يطرأ على قيمة الجزء الذي لم تنتزع ملكيته من نقص وأضافته لشن الجزء المستولى عليه ... على شرط عدم زيادة المبلغ الواجب إضافته عن نصف قيمة ما يستحقه المالك (٣) .

أما موقف المشرع العراقي فإنه لم ينظم هذه الصورة من الضرر بنص عام في قانون الاستملاك، في إقراره للتعويض . وإنما أقتصر الأمر على تنظيم صورته من صور النقصان في القيمة النقدية وهي الضرر المادي بالإتلاف، فإذا أدى الاستملاك الجزئي إلى أضرار مادية بما تبقى من العقار، وذلك نتيجة لقيام المستملك بأي عمل أو نشاط يؤدي إلى الأضرار بالمحدثات المقامة في الجزء المتبقي من العقار المستملك ومثال ذلك فقد يقوم المستملك بهدم المحدثات المقامة على الجزء المستملك ونتيجة لعمله هذا تتضرر المحدثات الواقعة في الجزء الآخر من العقار الغير مستملك.

^١ المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ ١٩٦١/٥/١١ أشار إليه د. عيد سعد دسوقي، حماية الملكية الخاصة في القضاء الإداري والدستوري، مصدر سابق، ص ١٦٨.

^٢ د. عيد سعد دسوقي، حماية الملكية الخاصة في القضاء الإداري والدستوري، مصدر سابق، ص ١٣٥.

^٣ قرار محكمة النقض المصرية ، قرار رقم ١٤٧٤٤، بتاريخ ٢٠١٩/٣/٢٧ منشور على موقع محكمة النقض المصرية .

الفصل الثالث الضرر الطارئ في الاستملاك

فالمشرع العراقي في نص المادة ٥٠ من قانون الاستملاك النافذ أجاز للمضرور المطالبة بالتعويض بدعوى مستقلة أمام القضاء المدني الواقعة ضمن الاختصاص المكاني للعقار وخلال مدة سنة من تاريخ البدء بتنفيذ المشروع .

ومن الجدير بالإشارة إليه أن مصطلح الضرر المادي الوارد في نص المادة السالفة الذكر تفسر بمعناه الضيق أي يشمل في صورة الإلتلاف فقط بحسب سياق النص وفلسفة تشريع الاستملاك ولا يتعداه لمفهوم الضرر بمعناه الواسع حسب القانون المدني ^(١) .

أما عن بقية صور النقصان في القيمة النقدية فبالرجوع إلى القواعد العامة الواردة في القانون المدني نجد إن المشرع العراقي قد أخذ بفكرة التعويض عن ضرر نقصان القيمة النقدية في نص المادة ١٨٦ من القانون المدني ، بشرط إذا كان صادراً عن تعمد أو تعدي، من قبل محدث الضرر،

فهذا الحكم ينطبق إذا كانت جهة الإدارة المستملكة قد صدر عنها تعمد أو تعدي في ضرر نقصان القيمة النقدية، ولكن يلاحظ ان الضرر الذي طرأ في هذه الصورة ناتج عن الاستملاك الجزئي الذي قدر وفق ما تقتضي به المنفعة العامة وليس ناتج عن تعمد أو تعدي من قبل الإدارة ، ومؤدى ذلك فالقواعد العامة لا تصلح لان تكون أساس قانوني لإستحقاق التعويض في هذه الصورة من الضرر، فيبدو أن توجه المشرع العراقي في عدم إقراره للتعويض في قانون الاستملاك عن هذا الضرر أراد فيه أن يتحمل أصحاب الملكية الخاصة هذا النوع من الضرر فهي تمثل أعباء يتحملها أصحاب الملكية الخاصة للمصلحة العامة .

أما موقف المشرع المصري فإنه لم ينظم بنصوص قانونية صورة الضرر المادي في قانون نزع الملكية النافذ ، فيبدو ان المشرع المصري قد ترك المسألة لحكم النص العام الوارد في قانون نزع الملكية .

أما حكم القواعد العامة وبالتحديد في نص المادة ١٦٣ من القانون المدني فإنها لا تصلح لإن تكون أساس قانوني لإستحقاق التعويض ، لأن النص أشتراط لقيام التعويض عن الضرر إذا كان ناتجاً عن خطأ ، أما إذا لم ينتج عن خطأ فلا يحق للمضرور المطالبة بالتعويض .

^١ ينظر: مصطفى مجيد ، شرح قانون الاستملاك مصدر سابق، ص ١٧٣ .

الفصل الثالث الضرر الطارئ في الاستملاك

وبالمقارنة بين موقف المشرع المصري مع العراقي يلاحظ أن الأخير قد خص الضرر المادي في الاستملاك بنص خاص ولم يشأ أن يتركها لحكم النص العام كما هو موقف المشرع المصري ، ولعل السبب في ذلك أن المشرع العراقي قد أجرى بعض التغييرات في احكام دعوى التعويض في الاستملاك عن الأحكام الواردة في القواعد العامة من حيث أ- الأختصاص المكاني فهو قد حدد الاختصاص المكاني لإقامة دعوى التعويض بصورة وجوبية وهي محكمة موقع العقار وبخلاف ذلك ترد الدعوى ،

ب- تقادم دعوى التعويض : ضيق المشرع من نطاق تقادم دعوى التعويض المادي في الاستملاك إذ جعلها مدة سنة تبدأ من تاريخ البدء بتنفيذ المشروع بخلاف ما هو عليه في القواعد العامة إن مدة التقادم ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ ارتكاب الفعل الضار، وذلك يرجع إلى ترجيح مبدأ استقرار المعاملات لا سيما وإن مرتكب الفعل الضار هي جهة الإدارة المستملكة وهي بصدد تقديم المنفعة العامة فحتى لا تتزلزل أو تتعثر المصلحة العامة فوجد المشرع أنه من الضروري معاملة جهة الإدارة المستملكة معاملة تختلف عن أشخاص القانون الخاص مادام أنها تمثل المنفعة العامة ، وبناءً على ذلك أفترض المشرع أن قبل البدء بالمشروع لا يتحقق الضرر، وإنما الأعمال التي تتطلبها المشروع ينتج عنها ضرر، كما أنه ضيق من وقت حساب مدة التقادم ففي القواعد العامة تبدأ المدة من تاريخ وقوع الفعل الضار بينما في الإستملاك تبدأ المدة من تاريخ البدء بتنفيذ المشروع .

ج- التمسك بدفع التقادم وفق القواعد العامة الواردة في القانون المدني فإن الدفع بالتقادم لا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو طلب الدائن أو أي شخص آخر له مصلحة فيه ^(١) ، بينما في دعوى التعويض في الإستملاك فأجاز المشرع في المادة ٥٢ أن تقضي المحكمة من تلقاء نفسها برد الدعوى .

أما موقف المشرع الفرنسي فإنه أيضاً لم ينظم هذه الصورة من الضرر في قانون نزع الملكية النافذ، ولم يقر لها تعويض .

^١ ينظر لمزيد من التفاصيل د. درع حماد الدليمي، أحكام الإلتزام، مصدر سابق ، ص ٣١٣.

فمن خلال ما تقدم يتبين لنا إن موقف المشرع المصري كان أكثر في تحقيق العدالة وأنصاف المستملك منه إذ أجاز له بنص عام الحق في المطالبة بالتعويض عن جميع صور نقصان القيمة النقدية لذا ندعو المشرع العراقي إلى الإقرار بنص عام بفكرة التعويض عن الضرر في القيمة النقدية جراء الإستملاك الجزئي .

ثانياً- التعويض عن الضرر الطارئ للعقارات المجاورة للعقار المستملك.

الضرر الذي يطرأ بسبب الاستملاك قد لا يقتصر على المستملك منه وإنما قد يطرأ أيضاً على العقارات المجاورة وبحسب الصور الآتية :

١- الضرر بنقصان المنفعة

يتمثل الضرر الطارئ في هذه الصورة عندما تقوم جهة المستملكة ببناء مشروع يؤثر على أوجه الانتفاع في العقارات المجاورة ، فموقف المشرع العراقي في قانون الإستملاك النافذ يلاحظ أنه لم ينظم بنصوص قانونية التعويض عن هذه الصورة من الضرر، وبالرجوع إلى القواعد العامة الواردة في القانون المدني لنص المادة ١٨٦ من القانون المدني ، يشترط لإستحقاق التعويض إن يكون صادراً عن تعمد أو تعدي، من قبل محدث الضرر.

فهذا الحكم ينطبق إذا كانت جهة الإدارة المستملكة قد صدر عنها تعمد أو تعدي في ضرر الجوار وأدى إلى نقصان المنفعة، ولكن يلاحظ ان الضرر الذي طرأ في هذه الصورة ناتج عن الاستملاك الذي قدر وفق ما تقتضي به المنفعة العامة وليس ناتج عن تعمد أو تعدي من قبل الإدارة ، ومؤدى ذلك فالقواعد العامة لا تصلح لان تكون أساس قانوني لإستحقاق التعويض في هذه الصورة من الضرر،

أما موقف المشرع المصري فكذلك أيضاً لم ينظم بنصوص قانونية الضرر الذي يصيب العقارات المجاورة في قانون نزع الملكية النافذ ، وبالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني وبالتحديد لنص المادة ١٦٣ أنها تشترط لإستحقاق التعويض توافر ركن الخطأ ، وهذا الحكم ينطبق إذا صدر من الجهة المستملكة خطأ ، ولكن أن الضرر الذي طرأ في هذه الصورة لم يصدر عن خطأ وإنما عن تحقيق المنفعة العامة .

فيبدو أن توجه المشرع العراقي والمصري في عدم إقراره للتعويض في قانون الاستملاك عن هذا الضرر أراد فيه أن يتحمل أصحاب الملكية الخاصة هذا النوع من الضرر فهي تمثل أعباء يتحملها أصحاب الملكية الخاصة للمصلحة العامة .

٢- ضرر نقصان القيمة النقدية

قد يؤدي الإستملاك إلى أضرار تصيب العقارات المجاورة له بإنخفاض القيمة النقدية لها بسبب نوع المشروع المقام أو بسبب نشاطه ، فموقف المشرع العراقي أنه لم ينظم هذا النوع من الضرر في قانون الإستملاك وإنما أقتصر الأمر على صورة وحيدة لها وهي الضرر المادي الذي يصيب العقارات المجاورة بنص المادة ٥١ ، فإذا أدى تنفيذ المشروع المقام للمنفعة العامة إلى أضرار مادية تصيب العقارات المجاورة فتؤدي إلى نقصان في منفعة العقارات المجاورة أو إنعدامها ، كحدوث خلل في بناء العقار نتيجة لأستعمال المكائن في هدم المحدثات على العقار المستملك ، أو حفر الأسس إلى عمق أدى إلى خلل في البناء وجعل هدمه امراً لا محيص منه، أو تغيير مجرى الماء وغيرها ^(١) فيستحق عن كل هذه الأضرار التعويض .

أما عن بقية الصور التي تؤدي إلى نقصان في القيمة النقدية فلم يقر المشرع لها تعويض، كما في المشروع المقام للمنفعة العامة فتح طريق جديد فحول السير من أمام سوق تجاري إلى مسافة بعيدة ، فإن الضرر الناتج من تحول الزبائن عن هذا السوق لا يعد نتيجة مباشرة لإنشاء الطريق الجديد وإنما يعتبر ضرراً غير مباشر ولا يستحق تعويض عنه.

أو قد يتمثل الضرر بتحول السوق التجاري إلى شقق سكنية بسبب تحويل السير امامه ، فهذا التغير لا يعتبر نتيجة مباشرة لإعمال المنفعة العامة ومؤدى ذلك فلا يحق لمالك السوق المطالبة بالتعويض بدعوى أن تغيير طريقة استغلال عقاره قد اضررت به وأدى إلى تدني بدلات الايجار، والسبب في عدم أقرار المشرع التعويض في أن عمل الجهة المستملكة هو عمل نافع قامت به للمصلحة العامة في حين يشترط لقيام المسؤولية غن يكون ثمة فعل سبب ضرراً ^(٢).

^١ مصطفى مجيد ، شرح قانون الإستملاك ، مصدر سابق، ص ١٧٤.

^٢ مصطفى مجيد، شرح قانون الإستملاك ، مصدر سابق، ص ١٧٧.

الفصل الثالث الضرر الطارئ في الاستملاك

أما موقف المشرع المصري فلم يشير بنصوص قانونية لهذا النوع من الضرر في قانون نزع الملكية .

فيرى جانب من الفقه في إن هذه الأضرار أنها أعباء فرضت عمداً على بعض أعضاء الجماعة في سبيل المنفعة العامة ومن دون صدور خطأ من قبل الإدارة ، ولإعادة العمل بالمساواة بينهم والآخرين يقتضي التعويض عليهم وفقاً لبعض الشروط .

أما موقف القضاء فقد قضت المحكمة الإدارية العليا أنه قد استقر الرأي على أن يتحمل الأفراد أضرار المشروعات المقامة للمنفعة العامة مساهمة منهم فيها وتغليبهم للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة ^(١) .

أما موقف المشرع الفرنسي فهو قد أقر التعويض عن الضرر الطارئ الذي ينشأ بسبب عملية نزع الملكية أو بسبب المنفعة العامة ، فأجاز للمضرور أن يقيم دعوى مستقلة أمام القضاء الإداري وينظر فيها وفقاً لإحكام القانون الإداري ، ولم يجز أقامتها أمام القضاء المدني وذلك لأن الضرر في هذه الصورة اعتبره من قبيل الأضرار غير المباشرة

فيلاحظ على موقف المشرع الفرنسي أنه ميز بين الأضرار الناشئة من عملية الاستملاك من خلال مرحلتين عملية الاستملاك ففي المرحلة الأولى ينشأ ضرر فقدان المالك لعقاره جراء الاستملاك فالجهة المختصة للمطالبة بالتعويض أمامها هي القضاء المدني أما ما ينشأ من أضرار نتيجة لقيام الجهة المستملكة لإتمام إجراءات الاستملاك وتنفيذ المنفعة العامة فأخضعه المشرع للقضاء الإداري .

^١ المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ ١٩٦١/٥/١١ أشار إليه د. عيد سعد دسوقي، حماية الملكية الخاصة في القضاء الإداري والدستوري، مصدر سابق، ص ١٦٨.

الخاتمة

من خلال مسيرة البحث في موضوع للتغيرات الطارئة في الاستملاك، توصلنا إلى جملة من النتائج والمقترحات التي تمثل أجابات عن التساؤلات الرئيسية، والفرعية التي أثارناها في ثنايا الدراسة والتي سنبينها بالآتي :-

أولاً- النتائج

١- أستعمل المشرع العراقي مصطلح تغييراً وأراد به نفس معنى التغير، فهو لم يفرق بين مصطلح التغير ومصطلح التغيير، إذ استخدمهما في ذات المعنى، في حين أن التغيير هو اتجاه الإرادة إلى تحول الشيء من حالة إلى أخرى بينما التغير هو تحول الشيء من حالة إلى أخرى من دون تدخل إرادي مقصود.

٢- من خلال البحث توصلنا إلى وضع تعريف للتغيرات الطارئة إذا نظرنا إليها من زاوية أنواعه بأنه " تبدل أو تحول للشيء من حالة إلى أخرى بفعل لا إرادي ، أو إرادي في أحداث الفعل دون قصد تحقيق النتيجة .

٣- لاحظنا من خلال بيان تطبيقات التغيرات الطارئة التي أشار إليها المشرع أنها ترتب آثار قانونية معينة عليها، كترتيب حق أو التزام ويتم ذلك بإنشاء مراكز قانونية جديدة عامة أو خاصة أو بأحداث تعديل في المراكز القانونية القائمة أو إلغائها.

٤- نظم المشرع العراقي تطبيقاً للتغيرات الطارئة في الاستملاك وهما تحسن العقار، والذي يمثل بالتغير الإيجابي، والتضرر بسبب الاستملاك، الذي يمثل بالتغير السلبي، وهما يعدان من طائفة التغيرات الطارئة الإرادية بفعل الجهة المستملكة دون قصد تحقيق التغير.

٥- بالرغم من أن مصطلح الزيادة هو الشائع الاستخدام لدى المشرع العراقي، لاسيما في القانون المدني، إلا أنه حسناً فعل المشرع عندما أستخدم مصطلح التحسن في قانون الاستملاك ولم يستخدم مصطلح الزيادة، لأنه أعم وأشمل حيث يشمل كلا الصورتين التغير بالزيادة التي تحصل بالمنفعة وكذلك التغير أو التحول نحو الأفضل .

٦- من خلال البحث توصلنا إلى تعريف لتحسن العقار إذا اردنا أن نعرفه من زاوية أوسع شمولاً من حيث أصله وصوره وأنواعه وأثره التي أشار إليها المشرع العراقي فنقول " ارتفاع في قيمة العقار الناشئة من زيادة منفعته أو تحسن موقعه نحو الأفضل أو كلاهما، يحدث في الجزء المتبقي من العقار المستملك أو العقارات المجاورة له، بسبب المنفعة العامة المقامة على العقار المستملك".

٧- يمتاز تحسن العقار بخصيصة الصفة الطارئة في حدوثه، فهو أمر قد يستجد أولاً، وبذلك بحسب نوع ونشاط المنفعة العامة المقامة على العقار المستملك. .

٨- من خلال النصوص القانونية المنظمة لتحسن العقار تبين لنا أن المشرع اشترط ثلاثة شروط لقيام التحسن في الجزء المتبقي من العقار المستملك، فالشرط الأول هو حصول ارتفاع في القيمة النقدية، الذي يتحقق في إحدى صورتين هما تحسن موقع العقار أو الزيادة في المنفعة ويجب أن يؤديان إلى زيادة في القيمة النقدية، وهذا ما اشترطه المشرع العراقي، أما إذا لم يؤدي إلى هذه الزيادة فلا يعتد بالتحسن، بذلك أخط المشرع العراقي في قانون الاستملاك النافذ منهجاً مختلفاً عن التشريعات الملغية وعن التشريعات المقارنة في شروط التحسن من حيث الاكتفاء بشرط الزيادة في القيمة النقدية . والشرط الثاني أن تكون زيادة القيمة عادت بالفائدة على الجزء المتبقي من العقار المستملك، والشرط الثالث قيام الرابطة السببية بين ارتفاع القيمة النقدية والاستملاك.

٩- أن الزيادة في القيمة النقدية للعقار لا تتحصل من الإستملاك في حد ذاته، فاستملاك العقار لا يؤثر في ارتفاع القيمة النقدية أو انخفاضها، وإنما المشروع المراد قياماً للمنفعة العامة هو الذي يؤثر في الزيادة في القيمة النقدية أو انخفاضها، لذا لا بد من تعديل الرابطة السببية التي أشار إليها المشرع في نص المادة (٣٧).

١٠- حدد المشرع العراقي في قانون الاستملاك النافذ الجهة المختصة في تقدير حصول ارتفاع في القيمة النقدية، هيئة مختلطة (قضائية وإدارية) . كما أنه يلاحظ أنه قد أعطى الاختصاص لجهة القضاء المدني وليس الإداري ، أما عن موقف المشرع المصري، فقد أعطى الاختصاص إلى لجنة إدارية تشكل في كل محافظة بقرار من وزير الأشغال العامة والموارد المائية، فيلاحظ على موقف المشرع المصري أن الجهة

المختصة بتقدير التعويض هي جهة إدارية ولم يتوفر فيها الجانب القضائي بخلاف الحال في التشريع العراقي الذي يترأس اللجنة قاضٍ .

أما المشرع الفرنسي فقد حدد الجهة المختصة من تحقق حصول زيادة في القيمة النقدية هو القضاء المدني .

ويبدو أن موقف المشرع العراقي أقرب إلى تحقيق العدالة من موقف المشرع المصري، لأن في هذا الفرض مصلحة طرفي الإستملاك هي مصلحة متعارضة ، فوجود جهة القضاء وهي جهة مستقلة عنهما يجسد مبدأ أساسي في الفصل في الخصومة هو مبدأ الحياد ، بخلاف الحال لدى موقف المشرع المصري إذ المستملك هو جهة إدارية واللجنة المختصة هي كذلك، وهذا ما يشعر المستملك منه بعدم وجود مبدأ الحياد في الفصل في الخصومة .

١١- وقد أعطى المشرع العراقي حق الاعتراض على قرار هيئة التقدير أمام محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية، ومؤدى ذلك فإن القضاء المدني هو المختص في الطعون المقدمة ، أما موقف المشرع المصري فهو أعطى الحق للملاك وأصحاب الحقوق العينية التظلم لدى الجهة النازعة للملكية أو إلى المديرية أو الإدارة التابعة لها بعاصمة المحافظة الكائن في دائرتها العقار، وأعطى لذوي الشأن الحق في الطعن على القرار الذي صدر في التظلم أمام القضاء المدني محكمة البداة الكائن في دائرتها العقار ، وكذلك أعطى لكل من الجهة طالبة نزع الملكية وذوي الشأن من الملاك وأصحاب الحقوق خلال أربعة أشهر من تاريخ انتهاء مدة عرض الكشف الحق في الطعن أمام القضاء المدني محكمة البداة التي يقع العقار في منطقتها .

١٢- أما بخصوص المعايير التي اعتمدها المشرع في تقدير ارتفاع القيمة النقدية، فموقف المشرع العراقي في قانون الإستملاك النافذ رقم ١٢ لسنة ١٩٨١، يلاحظ أنه أستغنى عن أسلوب التعداد في الصياغة القانونية إذ لم يورّد أمثلة للدلالة على الزيادة في القيمة النقدية ، وإنما خول بصورة صريحة هيئة التقدير في المادة (٣٩) منه لتقدير الزيادة الحادثة أو الطارئة في القيمة النقدية في الجزء المتبقي من العقار المستملك .

أما موقف المشرع الفرنسي فإنه لم يستخدم أسلوب التعداد في الصياغة القانونية إذ لم يورد صور للدلالة على الزيادة في القيمة النقدية ، ومؤدى ذلك أن المشرع ترك الأمر للسلطة القضائية ، فهي التي تقرر فيما إذا حدثت زيادة في القيمة النقدية للعقار أم لا.

وكذلك الحكم لدى المشرع المصري لم يورد صور للدلالة على الزيادة في القيمة النقدية ، وإنما أوجب على اللجنة المنصوص عليها في المادة (٦) من هذا القانون، مراعاة الزيادة الحاصلة في القيمة النقدية للجزء المتبقي من العقار المستملك، فهي التي تقرر فيما إذا حدث زيادة في القيمة النقدية للعقار أم لا.

١٣- اما بخصوص الشروط الواجب توافرها لقيام التحسن في العقارات المجاورة للعقار المستملك فمن خلال نصوص المشرع العراقي تبين لنا ان هنالك ثلاثة شروط ، الأول حصول ارتفاع في القيمة النقدية، وان الجهة المختصة في تقدير ارتفاع القيمة النقدية فقد أستقر المشرع العراقي على تحديد الجهة المختصة في تقدير ارتفاع القيمة النقدية في العقارات المجاورة للعقار المستملك هي جهة إدارية (أمانة العاصمة أو البلديات كل حسب منطقة أعمالها).

أما بخصوص المعايير المعتمدة في تقدير ارتفاع القيمة النقدية، فيبدو أن الرأي الراجح لتفسير نص المادة ٤١ أن ماورد به من صور أوردها المشرع على سبيل الحصر والتحديد وهذا ما ذهب إليه البعض من الفقه .

أما موقف المشرع المصري فيلاحظ أنه انتهج أسلوبين مكملين في تحديد الحالات التي تتحقق فيه التحسن الطارئ ، فأستخدم أسلوب التعداد على سبيل المثال، والأسلوب الثاني هو اعطاء سلطة تقديرية لمجلس الوزراء في اضافة بعض الحالات عندما ترى تحقق التحسن فيها .

والشرط الثاني أن تكون زيادة القيمة عادت بالفائدة على العقارات المجاورة للعقار المنزوع ملكيته.والشرط الثالث أن لا يكون المنتفع طرفاً في عملية الإستملاك.

١٤- أما بخصوص الوقت الذي يعتد به فيه لحساب التحسن الطارئ بالنسبة لملاك العقارات المجاورة للعقار المستملك، أن تحسن موقع العقارات المجاورة للعقار المستملك الذي يؤدي إلى زيادة قيمته النقدية لا تظهر بصورة جلية إلا بعد أكمال تنفيذ المشروع.

وحسناً فعل المشرع العراقي عندما أعتد بهذا الوقت بينما المشرع المصري أعتد بوقت البدء في تنفيذ المشروع على العقار المستملك ، فمعالم التحسن غير موجودة بالواقع العملي، وإنما سوف توجد بالمستقبل مما يؤخذ عليه قد يكون تقدير اللجنة المكلفة بتقدير التحسن غير مطابق لما سوف تكون عليه تلك العقارات عند أكمال المشروع .

١٥- أن موقف القضاء الفرنسي يهتم في تفاصيل الأمور وجزئياتها في مدى تحقق التحسن ويعتمد على معايير تفصيلية بخلاف الحال لدى القضاء العراقي والذي يعتمد على نص المشرع، لا سيما في الأمثلة التي ذكرها المشرع والتي افترضها بصورة قرينة قانونية قاطعة وغير قابلة لإثبات العكس على ارتفاع القيمة النقدية، وبذلك فيكون موقف القضاء الفرنسي أكثر في تحقيق العدالة من موقف القضاء العراقي .

١٦- أن الأساس القانوني لإستحقاق المقابل عن كلاً نوعي التحسن يقوم على أساس قاعدة الغنم بالغرم، أما فيما يتعلق بالوصف القانوني لمقابل التحسن فقد تبين لنا أن الرأي الراجح يذهب إلى أنها فريضة مستقلة تصنف من ضمن فئة الإيرادات .

١٧- يتفق نزع ملكية العقار بدون مقابل بموجب المادة (٣٧) من قانون الاستملاك مع حكمه بموجب المادة (٥٣) من قانون إدارة البلديات العراقي من حيث أن نزع الملكية في كلتا الحالتين يكون بمقدار لا يزيد على ربع مساحة العقار دون بدل، ولكن يختلفان من حيث أن نزع الملكية في قانون الاستملاك مشروط بتحسّن الجزء المتبقي من العقار المستملك ، أما في قانون إدارة البلديات فلم يشترط ذلك.

١٨- اختلفت التشريعات في ضابط أستحقاق بدل التحسن ، بين أسلوبين في الصياغة التشريعية، فالمشرع العراقي تبنى الأسلوب الجامد والمشرع المصري والفرنسي تبنى الأسلوب المرن، وكل أسلوب يتمتع بمزايا وسلبات بجسب معطياته، بحيث يكون فعال بصورة ايجابية إذا كانت متوفرة في النظام القانوني للدولة ، ففي الدول التي تتمتع بمستوى عالٍ من التنظيم في مؤسسات الدولة الإدارية والتي يقل فيها حالات التعسف في أستعمال الحق أو الانحراف في مسار العمل الإداري، فلا شك القول بأن الأسلوب المرن هو الأفضل في استحقاق مقابل التحسن، لأنه يحقق مبدأ العدالة، أما في الدول التي يضعف فيها التنظيم في مؤسسات الدولة الإدارية والتي يكثر فيها حالات التعسف في استعمال الحق أو الانحراف في مسار العمل الإداري، فلا شك فإن هذا الأمر يؤدي

إلى زعزعة حق الملكية للأفراد، إذا تبني المشرع الأسلوب المرن وإعطاء السلطة التقديرية للإدارة، وإنما يفضل استخدام الأسلوب الجامد من قبل المشرع والبت بالحكم بنفسه، وهو بهذا الأمر يضمن القدر المتيقن في تحقيق العدل في أن هذا الضابط التشريعي الذي وضعه سوف يطبق على الجميع .

١٩- أن تحديد المشرع العراقي بدل التحسن في النوع الأول (تحسن ما تبقى من العقار المستملك) بمقدار ربع مساحة العقار الكلية فهي نسبة أفترضها المشرع ، ولكن يؤخذ عليها أنها تمثل نسبة كبيرة مقارنة بالفائدة التي تعود على المستملك منه ، لأن تطوير وتحسين المرفق العام يعد من المهام الأساسية للدولة، وأن دور الأفراد بالمشاركة بهذه الأعباء ثانوي، فاستقطاع نسبة الربع من المساحة الكلية مما يوحي بدور رئيسي في تحمل الأفراد بهذه الأعباء ، لذا لابد من تعديل هذه النسبة وجعلها بأستقطاع ربع من المساحة المستملكة .

وكذلك العلة متوفره نفسها في النوع الثاني (تحسن العقارات المجاورة للعقار المستملك)، فالمشرع العراقي حدد بدل التحسن بمقدار ربع الفرق بين قيمة المساحة العمومية للعقار (دون الابنية والمغروسات) قبل البدء بالمشروع وقيمتها بعد تنفيذه ، فهي نسبة أفترضها المشرع ، ولكن يؤخذ عليها أنها تمثل نسبة كبيرة مقارنة بالفائدة التي تعود على العقارات المجاورة ، كما أن الفائدة قد تعود على جزء من العقارات المجاورة للعقار المستملك، فاستقطاع الربع من المساحة العمومية أمر يجانب مبدأ العدالة ويؤدي إلى إثراء الجهة التي تستوفي البدل على حساب العقارات المجاورة لا سيما و إن تطوير وتحسين المرفق العام يعد من المهام الأساسية للدولة وأن دور الأفراد بالمشاركة بهذه الأعباء ثانوي فاستقطاع نسبة الربع من المساحة الكلية مما يوحي بدور رئيسي في تحمل الأفراد بهذه الأعباء ، لذا لابد من تعديل هذه النسبة، وجعلها ربع الفرق بين المساحة المستفيدة من المشروع (دون الابنية والمغروسات) قبل البدء بالمشروع وقيمتها بعد تنفيذه .

٢٠- في النوع الثاني من التحسن أقتصر المشرع العراقي على صورة واحدة يتحقق فيها التحسن وهي تحسن موقع العقار ، ولم يأخذ بالصورة الثاني وهي الزيادة في المنفعة، بينما في النوع الأول قد أخذ بالصورتين ، وهذا ما يجانب مبدأ العدالة ، لأن

المستفيدون في كلاً النوعين من التحسن هم في مركز الجوار ، فلماذا المستفيد في النوع الأول يدفع مقابل للتحسن إذا حدثت الزيادة في المنفعة بينما المستفيد في النوع الثاني لا يدفع مقابل للتحسن إذا حدثت هذه الزيادة، لذا لابد من معالجة تشريعية لتحقيق مبدأ العدالة.

٢١- لم ينل الضرر الطارئ بسبب الإستملاك أهتمام الفقهاء والباحثين على مستوى التعريف لهذا المصطلح ، ومن خلال البحث في صورته وأنواعه توصلنا إلى وضع تعريفاً له " هو النقصان في القيمة النقدية أو المنفعة أو كلاهما ، تصيب الجزء المتبقي من العقار المستملك أو العقارات المجاورة له أو كلاهما بسبب الاستملاك " .

٢٢- يلاحظ على موقف المشرع في قانون الاستملاك النافذ قد أخذ فكرة الضرر الطارئ في الاستملاك واعطى لها أهمية من حيث التنظيم القانوني . وهذا يدل على أن فكرة مضار الجوار الطارئة بسبب الاستملاك أخذت بالبروز في الواقع العملي باعتبارها ظاهرة اجتماعية ، لذلك رأى المشرع بأنه من الضروري وضع تنظيم قانوني لها، كما نالت أهتمام المشرع من حيث تنظيم المشرع لها بوسائل وقائية.

٢٣- فيما يتعلق بشروط الضرر الطارئ لا حظنا ان هذا النوع من الضرر لا يختلف عن ضرر الإستملاك من حيث توافر تلك الشروط ، ففي الشرط الأول يجب ان يكون الضررمادياً وهو يمثل القيمة المالية للعقار، وهذا الشرط يمثل بخروج المشرع عن القاعدة العامة في التعويض هو مبدأ الجبر الكامل للضرر ، لأنه أستبعد التعويض عن الضرر المعنوي الناتج عن نزع الملكية، وذلك يرجع لعدة أسباب عملية ، فلهذه الأسباب وغيرها فالمشرع أستغنى عنه بمبدأ آخر هو التعويض العادل في ضرر الإستملاك أما الشرط الثاني فكون الضرر مباشراً أو غير مباشر فكرة غير مقتصرة على ضرر الإستملاك وإنما تطبق أيضاً على الضرر الطارئ ، ولكن يتجسد أوجه الاختلاف بالعلاقة السببية المباشرة ، ففي ضرر الإستملاك تكون العلاقة السببية المباشرة بين فعل الإدارة(في نزع ملكية العقار وتوابعه) والضرر (فقدان المالك عقاره) بينما في الضرر الطارئ تكون العلاقة السببية المباشرة بين فعل المستملك بقيامه بالمنفعة العامة والضرر هو النقصان في القيمة النقدية أو المنفعة أو كلاهما . أما بصدد الشرط الثالث فقد لاحظنا أن ما يطرأ من ضرر يجب ان يكون محققاً لا مجرد احتمال وهذا الشرط

منطقي وعملي فلا يقتصر على الضرر الطارئ فحسب، وإنما يطبق على كافة الأضرار الأخرى وذلك لأنه يمكن القاضي من تقديره ويستطيع أن يحدد التعويض عنه.

٢٤- يلاحظ على موقف المشرع في قوانين الاستملاك المتعاقبة أنه لم يستقر على نهج معين في الأخذ أو عدم الأخذ بفكرة مضار الجوار الطارئة بسبب الاستملاك، ولكن موقف المشرع في قانون الاستملاك النافذ قد أخذ بالفكرة واعطى لها أهمية من حيث التنظيم القانوني . وهذا يدل على أن فكرة مضار الجوار الطارئة بسبب الاستملاك أخذت بالبروز في الواقع العملي باعتبارها ظاهرة اجتماعية ، لذلك رأى المشرع بأنه من الضروري وضع تنظيم قانوني لها .

٢٥- لا تمثل الرقابة القضائية الضيقة وسيلة وقائية للحماية من الضرر الطارئ في الاستملاك ، وذلك لأن سلطة القاضي فيها محدودة تتمثل في بحث ما إذا كانت الحالة محل نزاع الملكية للمنفعة العامة ترد ضمن الحالات التي حددها القانون ، وما إذا كان من شأن العملية تحقيق المنفعة العامة أم لا . فسلطة القاضي في الرقابة على المنفعة العامة تكون بصفة مجردة أي ينظر إلى مدى تحقق المنفعة العامة بغض النظر عن الظروف المحيطة بها والأضرار التي تلحقها بالملكية الخاصة أو بمصالح عامة أخرى ، فهذه الظروف تركها المشرع لإرادة الإدارة المحضة ودون أن يراقبها القضاء .

٢٦- الرقابة القضائية الواسعة تمثل وسيلة وقائية تحد من الضرر الطارئ في الاستملاك الذي يمس المصلحة العامة ، فرقابة القاضي في هذا النوع هي رقابة مشروعية ، فهو يراقب مدى ملائمة قرار الإدارة في تحقيق المنفعة العامة ، فيوازن بين عدة معايير التي تظهر سلبيات وإيجابيات القرار .

٢٧- أن عدم مشروعية طلب الاستملاك للمنفعة العامة تتحقق إذا كانت الأخيرة تسبب أضرار جسيمة تفوق المزايا المراد تحقيقها من المنفعة العامة المراد قيامها ، فللقاضي أن يرفض طلب الاستملاك وإعادته إلى الإدارة لإعادة التقدير، فهذه الرقابة لا تجعل القضاء يحل محل الإدارة في التقدير ، ولا يخرج من نطاق مهامه الأساسية من قضاء المشروعية إلى قضاء الملائمة ، فالقاضي عندما يرى عدم وجود موازنة بين المنافع والأضرار في طلب استملاك الإدارة فيرد الطلب لعدم مشروعيته وليس لعدم ملائمته .

٢٨- بما إن المصلحة العامة دائماً مرجحة على المصلحة الخاصة ، فالرقابة القضائية لا تعد وسيلة وقائية تحمي الضرر الطارئ الذي يصيب المصلحة الخاصة ، فلا يستطيع القاضي أن يرفض طلب الاستملاك إذا كانت المنفعة العامة متحققة بحجة وجود ضرر يصيب المصلحة الخاصة للأفراد ، لكن المشرع لم يهمل حماية المصلحة الخاصة للأفراد من الضرر ، فأستخدم وسيلة وقائية أخرى وهي التشريعات سواء كانت عادية أو فرعية منظمة لإنشاء المشاريع المقامة للمنفعة العامة أو حتى الخاصة ، غرضها أو هدفها هو حماية الملكية الخاصة من الأضرار الناتجة عن هذه المشاريع، فهذه التشريعات تمثل قيداً على جهة الإدارة في أنها لا تستطيع ان تستملك عقار معين لغرض إنشاء عليه مشروع للمنفعة العامة إلا إذا كان موافقاً لنص التشريع.

٢٩- ونلاحظ على موقف المشرع المصري في قانون نزع الملكية النافذ و المشرع العراقي في قانون الاستملاك النافذ، أنه فرق في الحكم بين المنافع والأضرار التي قد تتحقق بصورة طارئة من المشروع المقام على العقار المستملك ، فقد يؤدي هذا المشروع إلى تحقيق تحسن للعقارات المجاورة للعقار المستملك، وتتمثل بالزيادة في القيمة النقدية أو زيادة في المنفعة أو كلاهما، فالمشرع في هذا الفرض أوجب على أصحاب العقارات المجاورة بدفع مقابل لهذا التحسن أي الزيادة في القيمة النقدية أو المنفعة أو في كلاهما، بينما إذا أدى المشروع المقام على العقار المستملك إلى تحقيق أضرار في القيمة النقدية أو بالمنفعة أو كلاهما للعقارات المجاورة له، فالمشرع في هذا الفرض لم يقر لهم الحق في المطالبة بالتعويض وإنما يتحملون الضرر الناشئ عنه . فيلاحظ توجه المشرع أنه جانب العدالة للعقارات المجاورة للعقار المستملك فإذا تحقق لهم منفعة من جراء الإستملاك فالمشرع أوجب بأخذ مقابل لهذه المنفعة وإذا أصابهم ضرر من جراء الإستملاك فلم يعطي لهم الحق بأخذ تعويض عن الضرر.

٣٠- من خلال البحث تبين لنا أن الرأي الراجح في تحديد الأساس القانوني لمسؤولية محدث الضرر الطارئ في الاستملاك تقوم على تحمل التبعة فهي مسؤولية موضوعية.

ثانياً - المقترحات

١- نقترح على المشرع العراقي إلغاء المادة (٥٣) من قانون إدارة البلديات رقم ١٦٥ لسنة ١٩٦٤ المعدل بالنظر لتعارضها مع حكم المادة (٢٣/ ثانياً) من الدستور العراقي ، وكذلك مخالفتها لحكم المادة (١٠٥٠) من القانون المدني .

٢- نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (٣٧) بالصيغة الآتية " يستملك بدون بدل ما لا يتجاوز ربع مساحة أرض العقار المستملكة ، إذا ثبت لهيئة التقدير تحسن، موقع أو منفعة، القسم المتبقي منه وزيادة قيمته بسبب أعمال المنفعة العامة ، ويقتصر التعويض في هذه الحالة ، على ما تشتمل عليه المساحة المستملكة من منشآت ومغروسات " .

٣- نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (٤١) بالصيغة الآتية " اذا طرأت على العقار الواقع ضمن حدود امانة العاصمة او البلديات زيادة في قيمته ، بسبب تحسن منفعته او موقعه كظهوره مباشرة على الشوارع أو الساحات او المتنزهات او الجسور او الطرق او عند توسع جبهته او توسع الشارع او الساحة او المتنزه الذي يقع عليه العقار، دون ان يستملك جزء منه ، فيلزم مالكة بدفع رسم إلى امانة العاصمة او البلدية المختصة يعادل ربع الفرق بين قيمة المساحة المستفيدة (دون الابنية والمغروسات) قبل البدء بالمشروع ، وقيمتها بعد تنفيذه " .

٤- أن الأخذ بالفقرة السابقة يستتبع إلغاء المادة (٣٨) من قانون الاستملاك التي تلزم المستملك منه بدفع قيمة ما يكمل ربع المساحة العمومية للأرض قبل الاستملاك إذا كانت المساحة المستملكة بدون بدل تقل عن ربع المساحة العمومية للعقار، فكما ذكرنا بالفقرة السابقة أن النسبة المفترضة من المشرع نسبة كبير وتقل من كاهل المستملك منه.

٥- نقترح تعديل نص المادة (٤١) بالصيغة الآتية: " اذا طرأت على العقار الواقع ضمن حدود امانة العاصمة او البلديات زيادة في قيمته ، بسبب تحسن منفعته او موقعه كظهوره ... " .

٦- نقترح على المشرع العراقي بأضافة فقرة ثانية لنص المادة ٤١ تنص على عدم تكرار أستيفاء رسم التحسن في حالة تكرار الاستملاك في نفس المنطقة وأدى إلى تحسن العقارات لتكون صيغة النص بالشكل الآتي " لا يجوز أستيفاء رسم التحسن إلا لمرة واحدة ، ولا يتكرر أستيفاءه من العقار، إذا سبق أستيفاءها بمقتضى قانون الاستملاك أو بموجب تشريعات أخرى".

٧- أن المشرع العراقي في نص المادة (١٢) من قانون الاستملاك النافذ تبني الرقابة الضيقة في الاستملاك، ونظراً لكونها لا تمثل وسيلة وقائية تحد من الضرر الطارئ لذا نقترح بأن يأخذ المشرع بالرقابة الواسعة في الاستملاك ليكون نص المادة (١٢) بالصيغة الآتية " أولاً- تتحقق المحكمة في أول جلسة من وجود النفع العام أو الضرر العام في طلب الاستملاك. ثانياً- إذا قررت المحكمة عدم تحقق النفع العام أو رجحان الضرر على المنفعة في طلب الاستملاك قررت رده ، ورفع الاشارة الموضوعة على العقار. ويكون قرارها قابلاً للتمييز خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره " .

٨- نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (٤٩) فيما يتعلق بأشتراطه تعذر الانتفاع بالجزء المتبقي لقيام المسؤولية، ويحل محلها شرط أنقاص الانتفاع بالجزء المتبقي، كما أن الضرر الطارئ الذي يحدث في المنفعة لابد من تحديد مدة زمنية مناسبة للخيار الممنوح للمستملك منه إذا أراد الاستملاك الكلي وإلا يسقط حقه، وذلك لتحقيق مبدأ أستقرار المعاملات . فتعدل نص المادة (٤٩) من قانون الاستملاك النافذ بالصيغة الآتية " للمستملك منه ، في حالة الاستملاك الجزئي، ان يطلب استملاك عموم العقار خلال مدة (٦) أشهر من تاريخ صدور قرار الاستملاك وأكتسابه الدرجة القطعية وإلا سقط حقه في ذلك ، اذا نقص الانتفاع بالجزء المتبقي منه، وتقرر المحكمة استملاك عموم العقار، اذا تحقق لهيئة التقدير ذلك " .

٩- ندعوا المشرع العراقي إلى الأخذ بصورة الضرر الطارئ الذي يؤدي إلى نقصان في القيمة النقدية للجزء المتبقي من العقار المستملك، لانه قد يقع في حالات الاستملاك الجزئي ومن دون ان يحدث ضرر في المنفعة، فتضاف فقرة ثانية لنص المادة (٤٩) لتكون صيغة النص بالآتي " يضاف إلى بدل الإستملاك المستحق لإصحاب العقارات التي اصاب الإستملاك جزءاً من عقاراتهم أدى إلى نقصان في القيمة النقدية للجزء

الآخر الفرق بين القيمة السابقة للجزء المتبقي الذي لم يستملك وبين قيمته بعد الإستملاك، ويجوز للمستملك أن يستملك الجزء المتضرر إذا كان ذلك أدعى لمصلحته".

قائمة المصادر

القرآن الكريم

أولاً - معاجم اللغة العربية

- ١- إبراهيم أنيس ود. عبد الحليم منتصر، المعجم الوسيط ، مجمع اللغة العربية، ط٢، القاهرة- مصر، بدون ذكر سنة الطبع .
- ٢- أبي الفضل جمال الدين ، لسان العرب ،ج٥، دار صادر ، بيروت - لبنان، بدون ذكر سنة الطبع.
- ٣- أبي الفضل جمال الدين، لسان العرب ، ج١٠ ، دار صادر بيروت ، بدون ذكر سنة الطبع.
- ٤- أبي الفضل جمال الدين ، لسان العرب ،ج١٣، دار صادر ، بيروت- لبنان، بدون ذكر سنة الطبع.
- ٥- د.أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة ، ج١، ط١، عالم الكتاب، القاهرة - مصر، ٢٠٠٨.
- ٦- الراغب الأصفهاني ، مفردات القرآن ، بدون ذكر رقم الطبعة ، دار المعرفة، بيروت - لبنان، بدون ذكر سنة الطبع .
- ٧- علي بن محمد الحسيني الحنفي (الجرجاني)كتاب التعريفات ، دار الفضيحة، القاهرة - مصر، ٢٠٠٤.
- ٨- الفيروز آبادي - القاموس المحيط ،ج٢، مطبعة مصطفى البابي، مصر ، ١٩٥٢.
- ٩- محمد رواس قلعجي ، ود. حامد صادق قنبيبي، معجم لغة الفقهاء، ط١، دار النفائس ، ١٩٨٥.

١٠- محمد مرتضى الزبيدي، تاج العروس، ج١٣، التراث العربي، مطبعة حكومة الكويت، ١٩٧٤.

١١- منصور محمد ابن احمد الأزهر ، تهذيب اللغة ، المجلد السابع ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ٢٠٠١ .

ثانيا- مصادر الفقه الإسلامي

١- الكاساني بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٥، ط٢، دار الكتاب العربي، ١٩٨٢.

٢- سليم رستم باز، شرح المجلة، ط٣، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بدون ذكر سنة الطبع.

٣- علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الاحكام ج٢، منشورات مكتبة النهضة، بيروت ، بدون سنة الطبع.

٤- منير القاضي، شرح المجلة، ج٢، ط١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٤٩.

ثالثا- الكتب القانونية

١- د. أبراهيم عبد العزيز شيحا ، الوسيط في مبادئ وأحكام القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، مصر، ١٩٩٩.

٢- أحمد الموافي ، فكرة المنفعة العامة في نزع الملكية الخاصة (نظرية الموازنة) ، بدون ذكر مكان الطبع ، بدون ذكر سنة الطبع.

٣- أحمد جمال الدين، الإستملاك ، ط٢، مطبعة الرابطة بغداد، ١٩٥٦.

٤- أحمد حشمت أبو ستيت ، نظرية الإلتزام في القانون المدني، ج١، ط٢، مطبعة مصر، ١٩٥٤.

٥- ادريس الفاخوري، الحقوق العينية ، ط٢، دار النشر المعرفة، ٢٠١٣.

- ٦- د. ألبرت سرحان ود. يوسف الجميل، د. زياد أيوب ، القانون الإداري الخاص، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٠.
- ٧- د. أنور السلطان، المبادئ القانونية العامة ، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٥.
- ٨- د. ثروت أنيس الاسيوطي ، مبادئ القانون، ج٢، الحق منشأة المعارف، السكندرية - مصر، بدون ذكر سنة الطبع.
- ٩- جاد يوسف خليل، مضار الجوار غير المألوفة، ط١، دار العدالة - بيروت - لبنان، ٢٠٠٦.
- ١٠- د. جواد كاظم سميسم، د. أحمد سلمان شهيب، مصادر الالتزام، ط٢، منشورات زين الحقوقية، بيروت - لبنان، ٢٠١٧.
- ١١- جورج شفيق ساري، مسؤولية الدولة عن أعمال سلطاتها ، قضاء التعويض، ج٦، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢.
- ١٢- حامد مصطفى، الملكية العقارية في العراق، بدون ذكر رقم الطبعة، ١٩٦٤.
- ١٣- حسن البغال ، نزع الملكية للمنفعة العامة، فقهاً وقضاءً، ط٢، دار الثقافة العربية للطباعة، ١٩٦٦.
- ١٤- د. حسن حنتوش ، الضرر المتغير وتعويضه في المسؤولية التقصيرية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٧.
- ١٥- د. حسن علي الذنون، الحقوق العينية الأصلية، بدون ذكر رقم الطبعة، شركة الرابطة للطبع والنشر، بغداد - العراق، ١٩٥٤.
- ١٦- د. حسن علي ذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، عقد البيع، مطبعة الرابطة، بغداد - العراق، ١٩٥٣.
- ١٧- د. حسن علي ذنون ، المبسوط في شرح القانون المدني، الخطأ ، ج٢، ط١، دار وائل للنشر، ٢٠٠٦ .

- ١٨- د. حسن علي ذنون ، النظرية العامة للالتزام، المكتبة القانونية ، بغداد- العراق، بدون ذكر سنة الطبع.
- ١٩- د. حسن علي ذنون، شرح القانون المدني العراقي، العقود المسماة ، مطبعة الرابطة ، بغداد، ١٩٥٤.
- ٢٠- د. حسن كيرة، الحقوق العينية الأصلية، ج١، منشأة المعارف، الإسكندرية - مصر، ١٩٦٥.
- ٢١- حمدي باشا عمر، ماهية الملكية العقارية الخاصة، دار هومة، الجزائر ٢٠٠٢ .
- ٢٢- خالد حمادة الخريشا، دعاوى الاستملاك أمام القضاء ، دراسة مقارنة، ط١، دار الفكر، ٢٠١٠ .
- ٢٣- خالد خريشا، الرقابة القضائية على قرارات الإستملاك في القانون الأردني دراسة مقارنة، جامعة عمان العربية، كلية الدراسات القانونية، ٢٠٠٧ .
- ٢٤- د. خالد شحادة الخطيب ، مادية فريد طافش، الأصول العلمية والعملية في المحاسبة الضريبية، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، ٢٠٠٨.
- ٢٥- خالد فتحي عبد الحميد ، الاستيلاء الإداري ،كلية الحقوق جامعة القاهرة، بدون ذكر السنة.
- ٢٦- د. درع حماد الدليمي ، النظرية العامة للالتزام أحكام الالتزام ، مكتبة السنهوري، بيروت- لبنان، ٢٠١٦ .
- ٢٧- د. درع حماد الدليمي، الحقوق العينية الأصلية، ج١، مكتبة السنهوري، بيروت- لبنان، ٢٠١٨ .
- ٢٨- د. درع حماد الدليمي، الحقوق العينية التبعية، ج٢، مكتبة السنهوري، بيروت- لبنان، ٢٠١٩ .

- ٢٩- د. رائد ناجي أحمد ، علم المالية العامة والتشريع المالي في العراق ، دار السنهوري، ط٣، بيروت - لبنان، ٢٠١٨.
- ٣٠- د. رضا عبد الحليم عبد المجيد، الوجيز في الملكية والحقوق العينية التبعية، بدون ذكر رقم الطبعة ، وبدون ذكر سنة الطبع.
- ٣١- سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة ، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، ٢٠١٠ .
- ٣٢- د. سعد محمد خليل، نزع الملكية للمنفعة العامة بين الشريعة والقانون ، دار السلام، ط١، القاهرة، ١٩٩٣ .
- ٣٣- د. سعيد مبارك ود. صاحب الفتلاوي ود. طه ملا حويش ، الموجز في العقود المسماة (البيع والإيجار والمقولة) مكتبة السنهوري ، بيروت، ٢٠١٢ .
- ٣٤- سعيد أمجد الزهاوي، التعسف في استعمال حق الملكية في الشريعة والقانون دراسة مقارنة، ط١، القاهرة، ١٩٧٦.
- ٣٥- د. سعيد عبد العزيز عثمان، المالية العامة- مدخل تحليلي معاصر ، الدار الجامعية، الإسكندرية - مصر، ٢٠١١.
- ٣٦- د. سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، بدون ذكر رقم الطبعة، دار الفكر العربي، ٢٠١٦.
- ٣٧- د. سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري ، دراسة مقارنة ج٣، ط٩، دار الفكر العربي، ٢٠١٤ .
- ٣٨- د. سليمان محمد الطماوي ، قضاء التعويض ، ج٢، بدون ذكر رقم الطبعة، دار الفكر العربي، ١٩٨٦.
- ٣٩- د. سليمان مرقس ، محاضرات في الإثراء على حساب الغير في تقنيات البلاد العربية، ج١، ط٢، معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٧١ .

- ٤٠- د. سليمان مرقس، الإثراء على حساب الغير في تقنيات الدول العربية، ط٢،
معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٧١ .
- ٤١- د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القسم الأول،
معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٧١ .
- ٤٢- د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج٢، ط٤، ١٩٨٧ .
- ٤٣- د. سمير تناعو ، مصادر الإلتزام، ط ١، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية-
مصر، ٢٠٠٩
- ٤٤- د. سمير تناعو، التأمينات الشخصية و العينية ، ج٢، منشأة المعارف ،
الإسكندرية - مصر ، ١٩٩٦ .
- ٤٥- د. سمير تناعو، عقد الإيجار، منشأة المعارف، ٢٠٠٨ ، بدون ذكر رقم
الطبعة.
- ٤٦- د. سمير تناعو، عقد البيع، ط١، مكتبة الوفاء القانونية، ٢٠٠٩.
- ٤٧- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصادر
الالتزام ، ج١، ط٣، نهضة مصر ، ٢٠١١ .
- ٤٨- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر
الالتزام ، ج٢، ط٣، نهضة مصر، ٢٠١١.
- ٤٩- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني، ج٨ ، ط٣،
نهضة مصر، ٢٠١١ .
- ٥٠- شاكراً ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج١، مطبعة المعارف ،
بغداد- العراق، ١٩٥٩.
- ٥١- شاكراً ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج٢، مطبعة
المعارف، بغداد ١٩٥٩.

- ٥٢- د. شبيب مقلد وآخرون من المترجمين والأساتذة والباحثين ،القانون المدني الفرنسي بالعربية، طبعة دالوز ٢٠٠٩ الثامنة بعد المئة بالعربية ،٢٠١٢ الطبعة العربية دالوز، جامعة القديس يوسف، طباعة L.EG.O S.P.A - إيطاليا ، ٢٠١٢ .
- ٥٣- شحاته غريب محمد، الاستملاك وتداعياته القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، ٢٠٠٦.
- ٥٤- شريف غنام، أثر تغيير الظروف في عقود التجارة الدولية، ط١، مطبعة الفجيرة الوطنية، دبي - الإمارات، ٢٠١٠.
- ٥٥- شهاب أحمد ياسين، الوجيز في شرح قانون الإستملاك، ط١، المكتبة القانونية ، بغداد- العراق، ٢٠١١ .
- ٥٦- د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ، بدون ذكر رقم الطبعة ، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد - العراق ، ١٩٦٠ .
- ٥٧- د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في النظرية العامة للألتزامات، ج١، مطبعة العاني، ١٩٥٠ .
- ٥٨- د. صلاح الدين الناهي، محاضرات في القانون المدني العراقي، حق الملكية في ذاته، معهد الدراسات العربية، ١٩٦٠.
- ٥٩- د. طارق المجذوب د. هيام مروة، الوجيز في القانون الإداري الخاص، ط١، منشورات زين الحقوقية ، بيروت - لبنان، ٢٠١٥ .
- ٦٠- د. طارق كاظم عجيل ، الحقوق العينية الأصلية ، ج١، مكتبة السنهوري، بيروت - لبنان، ٢٠١٩ .
- ٦١- د. طارق كاظم عجيل، المطول في شرح القانون المدني ، ج١، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٣ .

- ٦٢- د. طعيمة الجرف ، القانون الإداري ، بدون ذكر رقم الطبعة، بدون ذكر المطبعة القاهرة، ١٩٧٣ .
- ٦٣- د. طاهر الجنابي ، المالية العامة والتشريع المالي ، مطبعة سلمان الأعظمي، بغداد العراق، ١٩٦٨.
- ٦٤- طلبه وهبه خطاب، النظام القانوني لحق الملكية، دار النهضة العربية، ١٩٨٧.
- ٦٥- د. عباس محمد نصر الله، القانون الإداري الخاص ، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت لبنان ، ٢٠١٦ .
- ٦٦- د. عبد الحكم فؤدة ، نزع الملكية للمنفعة العامة، دار الألفي القانونية، القاهرة - مصر، ٢٠٠٧ .
- ٦٧- د. عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ج٢، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٠.
- ٦٨- د. عبد الحي حجازي ، عقد المدة أو العقد المستمر والدوري التنفيذ، مطبعة جامعة فؤاد الأول، ١٩٥٠ .
- ٦٩- د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ج١، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٣ .
- ٧٠- عبد الستار ابو غدة، الخيار وأثره في العقود ، ج١، ط٢، مطبعة مقهوي، الكويت، ١٩٨٥.
- ٧١- د. عبد السلام ذهني ، الأموال ، بدون ذكر رقم الطبعة، مطبعة الإعتقاد ، ١٩٢٦ .
- ٧٢- د. عبد السلام ذهني بك، الالتزامات النظرية العامة، مطبعة مصر، بدون ذكر سنة الطبع.

- ٧٣- عبد العزيز عبد المنعم خليفة دعوى التعويض ، الإسكندرية ، منشأة المعارف،
٢٠٩.
- ٧٤- د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني - مصادر
الإلتزام، ط٤، المكتبة القانونية ، ١٩٧٤ .
- ٧٥- د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، أحكام الإلتزام، ج٢،
المكتبة القانونية بغداد، بدون ذكر السنة .
- ٧٦- د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، الوجيز في
نظرية الإلتزام، مصادر الإلتزام، دار الكتب للطباعة والنشر، ١٩٨٦.
- ٧٧- د. عبد المنعم الصدة ، حق الملكية، بدون ذكر أسم المطبعة ، القاهرة ،
١٩٦٦ .
- ٧٨- د. عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الأصلية، بدون ذكر مكان الطبع،
١٩٨٢ .
- ٧٩- د. عبد المنعم فرج الصده، مصادر الإلتزام ، دار النهضة العربية، ١٩٩٢ .
- ٨٠- د. عبود عبد اللطيف البلداوي ، دراسة في الحقوق العينية الأصلية، ج١، مطبعة
المعارف، بغداد، ١٩٧٥.
- ٨١- د. عصمت عبد المجيد ، النظرية العامة للإلتزام، ج١، مكتبة دار السلام
القانونية، بدون ذكر سنة الطبع.
- ٨٢- د. عصمت عبد المجيد، النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام، ج٢، ط١،
منشورات جامعة جيهان اربيل العراق، ٢٠١٢.
- ٨٣- د. عصمت عبد المجيد ، شرح قانون الإثبات ، ط٢، المكتبة القانونية ، بغداد
العراق، ٢٠٠٧.

- ٨٤- د. عصمت عبد المجيد ، الوجيز في العقود المدنية المسماة، ط١، منشورات زين الحقوقية، ٢٠١٥.
- ٨٥- د. علي سليمان ، مصادر الإلتزام، ط٥، ديوان المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٣ .
- ٨٦- د. علي شاكّر البدرى، التغير الجبري لمالك العين واثره في التصرفات القانون ط١، ٢٠١٦.
- ٨٧- د. عيد سعد دسوقي ، حماية الملكية الخاصة في القضاءين الإداري والدستوري، بدون ذكر رقم الطبعة، دار النهضة العربية، ٢٠١٢ .
- ٨٨- د. غني حسون طه ،حق الملكية ج١، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٧ .
- ٨٩- د. فؤاد العطار ، القانون الإداري، ط٣، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٦ .
- ٩٠- د. قذافي عزت الغنايم، العذر وأثره في العقود المعاوضات المالية، ط١، دار النفائس ، عمان الأردن، ٢٠٠٨ .
- ٩١- د. كمال ثروت الوندائي، عقد البيع، ط١، بدون ذكر أسم المطبعة، ١٩٧٣.
- ٩٢- د. ماجد راغب الحلوى، القانون الإداري دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، ١٩٩٩ .
- ٩٣- مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني ج٤، مطبعة مدكور، القاهرة - مصر، ١٩٥٠ .
- ٩٤- محمد أحمد رمضان، المسؤولية المدنية عن الأضرار في بيئة الجوار، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، الناشر دار الجيب للنشر والتوزيع ، عمان الأردن، ١٩٩٥.
- ٩٥- د. محمد بكر حسين ، الوسيط في القانون الإداري، ط١، دار الفكر الجامعي، الأسكندرية- مصر، ٢٠٠٧.

- ٩٦- د. محمد حسن قاسم، القانون المدني مصادر الإلتزام، ط١، ج٢، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٨.
- ٩٧- د. محمد حسين عبد العال، تقدير التعويض عن الضرر المتغير، دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية ، القاهرة، ٢٠٠٠ .
- ٩٨- د. محمد عبد اللطيف ، نزع الملكية للمنفعة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨.
- ٩٩- د. محمد عبد السلام محمد، دراسة في مقدمة علم الضريبة، ط٢، دار المعارف، مصر ، ١٩٦٨.
- ١٠٠- د. محمد عبد الوهاب محمد الزبيدي ، تغير الشيء وأثره في التصرفات والوقائع القانونية، ط١، دار الفكر الجامعي ، ٢٠١٨ .
- ١٠١- د. محمد علي عرفة، موجز في حق الملكية واسباب كسبه، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، ١٩٥٥.
- ١٠٢- محمد فاروق عبد الحميد ، التطور المعاصر لنظرية الأموال العامة ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، ١٩٨٨ .
- ١٠٣- د. محمد فؤاد مهنا ، مبادئ وأحكام القانون الإداري ، مؤسسة شباب الجامعة، ١٩٧٣ .
- ١٠٤- د. محمد قدري حسن ، القانون الإداري، ط١، إثراء للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، ٢٠٠٩.
- ١٠٥- د. محمد كامل مرسي ، الملكية والحقوق العينية ، مطبعة الرحمانية، مصر، ١٩٢٣.
- ١٠٦- د. محمود أبو عافية، التصرف القانوني المجرد، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة- مصر، بدون ذكر السنة.

- ١٠٧- د. محمود سعد الدين الشريف، شرح القانون المدني العراقي، ج١، مطبعة العاني بغداد، ١٩٥٥.
- ١٠٨- محمود سلامة جبر، نظرية الغلو البين في قضاء الإلغاء ، ط٢، القاهرة ، ٢٠٠٧ .
- ١٠٩- د. محمود محمد الدمرداش ود. صابر يونس بريك، اقتصاديات المالية العامة ، أكاديمية الدراسات المتخصصة الجامعة العمالية، مصر ، ٢٠٠٧.
- ١١٠- د. مصطفى الزلمي ، الالتزام برد غير المستحق ، دراسة مقارنة ، الطبعة الثانية، المكتبة القانونية ، بغداد ، بلا سنة طبع .
- ١١١- د. مصطفى الزلمي ، الالتزامات في ضوء المنطق والفلسفة، مطبعة شهاب، أربيل- العراق، ٢٠١١ .
- ١١٢- مصطفى كامل محمد، الاستملاك للمنفعة العامة في القوانين المقارنة، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت - لبنان، ٢٠١٩.
- ١١٣- مصطفى مجيد، شرح قانون الإستملاك ، بدون ذكر المطبعة، مكان الكتاب كلية القانون جامعة بابل.
- ١١٤- مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري، ج٣، ط١، مطبعة المعاف، بغداد- العراق، ٢٠٠٨ .
- ١١٥- مصطفى محمد محمود ، التعويض عن نزع الملكية للمنفعة العامة، ط١، مكتبة الوفاء القانونية، ٢٠١٨ .
- ١١٦- مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية في القانون المدني المصري، ط١، مطبعة الأعشى ، القاهرة، ١٩٤٤.
- ١١٧- د. منذر الفضل ، الوسيط في شرح القانون المدني، ط١، دار ثاراس للطباعة والنشر ، أربيل - العراق، ٢٠٠٦.

- ١١٨- د. منصور مصطفى منصور ، حق الملكية في القانون المدني المصري، القاهرة، ١٩٦٥.
- ١١٩- ميشال الخوري، قضايا الاستملاك، بدون ذكر دار النشر، ١٩٦٢.
- ١٢٠- د. نزيه كبار، الملك العام والملك الخاص، ط١، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت - لبنان، ٢٠١٠.
- ١٢١- د. همام محمد محمود زهران، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، ٢٠١٠.
- ١٢٢- الهيثم عمر سليم، عدالة التعويض عن نزع الملكية الخاصة والإستملاك للمنفعة العامة في القانونين المصري والبحريني ، بدون ذكر أسم المطبعة، ٢٠١٤.
- ١٢٣- د. وحيد رأفت، القانون الإداري ، بدون ذكر مكان الطبع ، ١٩٣٧.
- ١٢٤- د. وفاء سيد أحمد، قيود الملكية للمصلحة العامة، ط١، دار الفجر للنشر والتوزيع، ٢٠١٩.
- ١٢٥- د. وليم سليمان قلادة، التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري، ط١، المطبعة التجارية الحديثة، القاهرة - مصر، ١٩٥٥ .
- ١٢٦- د. وهبة الزحيلي ، نظرية الضمان ، أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة ط١، دار الفكر ، ١٩٧٠.

رابعاً- الرسائل و الأطاريح

- ١- أحمد أحمد الموفي، فكرة المنفعة العامة في نزع الملكية الخاصة، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراة ، كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية، ١٩٩٢.
- ٢- بوزاد إدريس ، الحق في التعويض عن نزع الملكية في القانون الجزائري بين التقدير الإداري والضمانات المقررة قانوناً وقضاءً ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، ٢٠١٧.

- ٣- حسن عبد الله، نظرية التوازن في الاستملاك والتنظيم المدني، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى الجامعة الإسلامية في بيروت - لبنان، ٢٠١٤.
- ٤- حسين محمد صالح، أحكام نزع الملكية للمنفعة العامة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين الشمس، ٢٠١١.
- ٥- خالد رشيد الدليمي، نزع الملكية للنفع العام، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون جامعة بغداد، ٢٠٠١.
- ٦- عباس سمير حسين، تغير قيمة المال المرهون، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة كربلاء كلية القانون، ٢٠١٦.
- ٧- عزت صديق طنبوس، نزع الملكية للمنفعة العامة، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة عين الشمس، ١٩٨٨.
- ٨- علي حميد كاظم الشكري، استقرار المعاملات المالية، أطروحة دكتوراه، جامعة كربلاء، كلية القانون، ٢٠١٤.
- ٩- علي عبيد عودة الجيلوي، العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٧٧.
- ١٠- علي عبد العباس نعيم، النظام القانوني لمقابل التحسين في القانون العراقي، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة كركوك، ٢٠٢٢.
- ١١- علي مجبل عزيز، أحكام تبدل حالة العقار في قانون الاستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس معهد العلمين للدراسات العليا، ٢٠٢١.

- ١٢- غيتاوي عبد القادر، الضمانات التشريعية والقضائية لنزع الملكية الخاصة من أجل المنفعة العامة، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه إلى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان، ٢٠١٤.
- ١٣- محمد زغداوي ، الملكية من أجل المنفعة العامة في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه مقدمه إلى كلية القانون جامعة قسنطينة، ١٩٩٨.
- ١٤- محمد عبد الغني ، الاستملاك ورقابة القضاء الإداري دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة دمشق ، ٢٠٠٥.
- ١٥- محمد عبد النبي حسنين، نظرية الموازنة بين المنافع والمضار دراسة مقارنة في النظام الإسلامي والنظم الوضعية ، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق ، جامعة عين الشمس، مصر، ٢٠٠٥.
- ١٦- محمد سليم محمد ، رقابة القضاء على قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون ، جامعة السليمانية ، ٢٠١١.
- ١٧- محمود سلام محمد عبد النبي حسنين، نظرية الموازنة بين المنافع والمضار دراسة مقارنة في النظام الإسلامي والنظم الوضعية ، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق ، جامعة عين الشمس ، مصر، ٢٠٠٥.

خامساً- البحوث :

- ١- د.أبراهيم الدسوقي أبو اليل ، خيار الشفعة(دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقہ الإسلامي) مجلة الحقوق ، العدد الثاني ، ١٩٨٨.
- ٢- د.أسامة الحناينة وآخرون، نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة في التشريع الأردني، بحث منشور في مجلة علوم الشريعة والقانون المجلد ٤٢، العدد ٣، ٢٠١٥.
- ٣- د.برهيمي سهام فكرة المنفعة العمومية في نزع الملكية، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون ، جامعة الإمارات العربية المتحدة العدد ٥٥، ٢٠١٣.

- ٤- د. جمال عبد كاظم ، تغير حالة العقار في قانون الاستملاك دراسة مقارنة، مجلة معهد العلمين، العدد ٢، ٢٠٢٠.
- ٥- د. حسن حنتوش د. عباس محمد الحسيني ، التعويض القانوني نظرية الفوائد ، مجلة جامعة كربلاء المجلد السادس، العدد الأول، ٢٠٠٨.
- ٦- د. حيدر فليح حسن، التعويض العادل عن نزع الملكية للمنفعة العامة، بحث منشور في مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد ١٣، العدد الأول، ٢٠٢٠.
- ٧- د. رشا خليل عبد، الأساس الدستوري للاستملاك من قبل الادارة ، مقال منشور على موقع المركز الديمقراطي العربي، ٢٠١٨.
https://democraticac.de/?p=57317#google_vignette
- ٨- د. زياد خلف عليوي، معيار المصلحة العامة في الإستملاك، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ، جامعة كركوك.
- ٩- د. صالح أحمد الهيبي ، فكرة نزع الملكية للمنفعة العامة، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد ٨، العدد ٢٨، ٢٠١٩.
- ١٠- صفاء شكور عباس، بدل تحسن العقار، بحث منشور في مجلة دراسات البصرة ، السنة الخامسة، العدد ٣٨، ٢٠٢٠.
- ١١- عبد الناصر زياد وأشرف أسماعيل العدوان ، التعويض العادل كشرط لمشروعية الإستملاك في ضوء أحكام قانون الاستملاك الأردني ، مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلد ٣٩، العدد ٢، ٢٠١٢.
- ١٢- عصام أحمد محمد ، حق الأفراد في التملك في النظام القانون المصري، مجلة نادي القضاة ، العدد الأول، ١٩٩٢.
- ١٣- د.علي نجيب حمزة ، أكتساب المال العام في القانون الإداري، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية العدد ١ المجلد الأول، ٢٠٠٩.

- ١٤- علي محمد خلف، فكرة مضار الجوار غير المألوفة أو الفاحشة كأساس قانوني لمسؤولية محدث الضرر البيئي، بحث منشور في مجلة كلية الاسلامية الجامعة، المجلد ٢، العدد ٣٧، ٢٠١٦.
- ١٥- د. محمد الكشور ، نزع الملكية للمنفعة العامة،المجلة المغربية لقانون والأقتصاد التنمية، العدد١٢ ، ١٩٨٦ .
- ١٦- د. مروان محمد محروس و خليل محمد عبدالله ، حماية الملكية الخاصة في أحكام المحكمة الدستورية البحرينية على ضوء التشريعات المنظمة لهذه الحماية، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد ١٤ العدد الثاني، ٢٠١٧.
- ١٧- د. محمد وليد العبادي ، ود. أحمد عبد الكريم ، الرقابة القضائية على الإستملاك في القانون الأردني ، بحث منشور في مجلة علوم الشريعة والقانون ، المجلد ٣٥، العدد ٢، ٢٠٠٨.
- ١٨- د.نجم الأحمد، المفهوم القانوني للمنفعة العامة في نطاق الإستملاك، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية المجلد ٢٩- العدد الثاني، ٢٠١٣.
- ١٩- د. نكتل إبراهيم عبد الرحمن، الموازنة بين المنافع والأضرار في قانون الاستملاك العراقي النافذ ، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ، كلية القانون - جامعة الموصل، ٢٠١٨.
- ٢٠- د. ياسر باسم ذنون وآخرون، الأفتراض القانوني في قانون المرافعات ، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد ١٢، العدد ٤٥ ، ٢٠١٠.

سادساً- القوانين

١- دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥

٢- دستور جمهورية مصر لسنة ٢٠١٤

- ٣- الإعلان العالمي لحقوق الانسان والمواطن الفرنسي الصادر عام ١٧٨٩
- ٤- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل .
- ٥- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨
- ٦- القانون المدني الفرنسي ١٨٠٤ المعدل
- ٧- قانون استملاك الأموال غير المنقولة العراقي ، رقم ٤٣ لسنة ١٩٣٤ الملغي .
- ٨- قانون الإستملاك العراقي رقم ٥٧ لسنة ١٩٦٠ الملغي .
- ٩- قانون الاستملاك العراقي رقم ٥٤ لسنة ١٩٧٠ الملغي .
- ١٠- قانون الإستملاك العراقي رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ النافذ.
- ١١- قانون نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة المصري رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ المعدل
- ١٢- قانون نزع الملكية الفرنسي لسنة ١٩٥٨ الملغي .
- ١٣- قانون نزع الملكية الفرنسي رقم ١٣٤٥ لسنة ٢٠١٤ النافذ
- ١٤- قانون إمارة أبو ظبي رقم ١١ لسنة ٢٠١٣
- ١٥- قرار المجلس التنفيذي إمارة الشارقة رقم ٤٨ لسنة ٢٠١٢ بشأن نوع ملكية بعض العقارات المتأثرة بمشروع تطوير شارع الإمارات.
- ١٦- قرار إمارة دبي رقم ٢ لسنة ٢٠٠٥ بشأن تعويض أصحاب الأراضي المتأثرة بارتداد السكك في منطقة الأعمال المركزية.
- ١٧- قانون رقم ٩ لسنة ٢٠١٢ بشأن الإستملاك لحكومة رأس الخيمة
- ١٨- قانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٦٤ المعدل بالقانون رقم ٢ لسنة ٢٠٠٦ في شأن تعديل بعض الأحكام في شأن نزع الملكية والاستيلاء المؤقت للمنفعة العامة الكويتي.

١٩- قانون رقم ١٣ لسنة ١٩٨٨ بشأن نزع الملكية العقارات والاستيلاء عليها مؤقتاً للمنفعة العامة المعدل بقانون رقم ٩ لسنة ٢٠٠٦ القطري.

٢٠- قانون استملاك العقارات للمنفعة العامة البحريني الصادر بالمرسوم رقم ٣٩ لسنة ٢٠٠٩ .

٢١- قانون حماية وتحسين البيئة العراقي رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٩ .

سابعاً- التعليمات

١- تعليمات رقم (١) لسنة ١٩٨١ لتسهيل تنفيذ قانون الاستملاك العراقي.

٢- تعليمات المحددات البيئية لإنشاء المشاريع ومراقبة سلامة تنفيذها العراقي رقم (٣) لسنة ٢٠١١ .

٣- تعليمات المديرية العامة للتخطيط العمراني العراقي رقم ٣ لسنة ١٩٩٥ .

ثامناً- مصادر القرارات القضائية

١- النشرة القضائية العراقية، العدد الأول، السنة الثانية، ١٩٧٢.

٢- النشرة القضائية العراقية، العدد الأول، السنة الرابعة، ١٩٧٣.

٣- الجريدة الرسمية للملكة الأردنية الهاشمية، العدد ٥٥٨٦، بتاريخ ٢٠١٩/٧/٧ .

www.pm.gov.jo

متاحة على الموقع الالكتروني

[https:// www :cc.gov.eg](https://www.cc.gov.eg)

٤- موقع محكمة النقض المصرية

٥- موقع محكمة النقض الفرنسية

<https://www.courdecassation.fr/publications>

٦- موقع قاعدة التشريعات العراقية

<https://iraqlid.hjc.iq/VerdictsTextResults.aspx>

٧- لفته محمد هامل، المختار من قضاء محكمة أستاناف بغدادم الرصافة الاتحادية بصفتها

التمييزية، ج٢، مطبعة الكتابين بغداد، ٢٠١٤.

تاسعاً -القرارات القضائية غير المنشورة

١- محكمة بداءة كربلاء، قرار رقم ١٦٥، بتاريخ ١٠/٤/٢٠٢٢ مكتسب الدرجة القطعية، غير منشور .

٢- قرار محكمة الاتحادية العليا /٣٥/ اتحاديته بتاريخ ٨/١/٢٠٠٨ غير منشور .

٣- محكمة أستاذتاف الرصافة الاتحادية، قرار رقم ٦٧، بتاريخ ١١/٣/٢٠١٠ غير منشور .

٤- محكمة التمييز الاتحادية، قرار رقم ٢٢٤٢ / الهيئة الاستئنافية عقار/ بتاريخ ٢٦/٥/٢٠٢١ غير منشور .

٥- المحكمة الاتحادية العليا، قرار رقم ١٠٨ وموحدتها ١٢٤/اتحادية/٢٠١٩، بتاريخ ٢٠/١/٢٠٢٠ غير منشور .

عاشراً- المصادر الأجنبية

1- Andre`Delaubadere, Traiteeementaire de driot Administratif, 4eme ,edition, Imprimerie Vaucon, Paris, 1967 .

2- Beraud Robert, code commente de lexpropriation formules exeple devaluation texts annals des loyers et de la pro prietecommereiciale et rurale n7,1969 .

3- Bernard Antoine – huyghe Michel, expropriation des biens, procedures, principes d'indemnisation, compatibilité avec la convention européenne des droits de l'habitation, fiscalité de l'expropriation, ed le moniteur, paris, 2006m.

4- B. DONDERO, laréforme du droit des contrats (ordonnance no 2016 -31 du 10 fév. 2016).

5- Henri ,Leon et Jean Mazeaud : Droit Civil, t11.3e ed , Paris , 1968 .

- 6- Jacques FERBOS et Antoine BERNARD, Expropriation des biens (Procédures, principe d'indemnisation, compatibilité avec la convention européenne des droits de l'homme, fiscalité de l'expropriation), LE MONITEUR , Paris, 2002.
- 7- Jean marieauby et ducosader, droit administrtif 3eme edition ;précis dalloz paris 1973 .
- 8- Marcel WALINE, Précis de droit administratif, édition MONCHRESTIEN , Paris, 1970.
- 9- Philippe godfrin , Des biens , domaine, travaux , expropriation, , Droit administratif 6eme edition , armand colin paris, 2001 .
- 10- planiol et Ripert par picard: Traité pratique de droit civil français, Tome III, Les biens ,2eed ,T 111 , Les Biens , Paris , 1952.

Abstract

Expropriation is one of the means granted by the legislator to the administration in expropriating private ownership to achieve the general benefit of the community, but during the expropriation process, changes may occur, sometimes in a positive way, leading to the improvement of the location or benefit of the remaining part of the expropriated property or the neighboring real estate, which has problematic effects. In the position of legislation, some of them argue that individuals who benefit from improvement should be paid for it, while others argue that individuals should not be assigned to do so, on the grounds that one of the main management functions is to develop from the reality of the public benefit of society.

At other times, it occurs negatively and leads to general damages that harm the public interest of society, or sometimes leads to special damages that fall on the remaining part of the expropriated property or the properties adjacent to it, which calls for the legislator's intervention by preventive means to prevent the damage from occurring or mitigate its impact, or other means, Therapeutic forcing the damage done.

Ministry of Higher Education
and Scientific Research
University of Babylon
College of Law



Legal system for urgent changes in acquisition

A Comparative study

A Thesis submitted by:

Abaas ali Sahib Hussein

To the council of college of law/ university of Babylon in partial
Fulfillment of the requirements for PH.D. Degree of private law .

Supervised By

DR . wasan qasim al khafaji

Professor of the civil law