

□
□ إقليم كردستان/العراق

□ مجلس القضاء

□

□

□

نزح الملكية للمنفعة العامة عن طريق الأستملاك

□

□ بحث تقدم به

□ عبدالله اسماعيل أمين

□ القاضي من محكمة بداءة السليمانية

□

□

□

□ بأشراف

□ القاضي/سردار علي عزيز

وهو جزء من متطلبات الترقية من الصنف (الرابع) الى الصنف

□ (الثالث) من صنف القضاة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
(وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا)

□

صدق الله العظيم
سورة الأسراء الآية 34

□
□
□

□
□

□

□
□
□

□
□
□

□

□ شكر وتقدير

□

بعد أن من الله علي في اكمال بحثي هذا لايسعني الا أن أحمدالله على توفيقه لي، فأنتني لن أنسى كل من كان له الفضل في مساعدتي لتخطي ماأعترضني من عثرات وهم من تعجز كلمات الشكر كلها عن الأحاطة بفضلهم □ والتعبير عن كرمهم، فجزاهم الله عني خير الجزاء.

□

□

□

□ الباحث

□

□

□

□

□

□

□

□

□

□

□

□

□

□

□

□

□

□ المقدمة

ان حق الملكية مقيد ومكرس دستوريا حيث تستند الحياة المدنية على قوانين متعلقة بالثروة و تحتل الملكية المرتبة الثانية اذ لم يكن الاولى في سلم اهتمام المجتمع ويمكن القول بان نظام الملكية كنظام الاسرة من حيث الضرورة والحيوية لذلك فان لقواعد الملكية في جميع القوانين اهمية كبرى.

وقد كانت الملكية العقارية عبر العصور اهم مصدر للصراع ومرت من مراحل عدة كمرحلة الحق المطلق الى مرحلة الوظيفة الاجتماعية وهي تتجه نحو ان تكون واجبا على الشخص. ان حق الملكية يتجه الى ابرام المالك بصفته مالكا باداء خدمات للمجتمع و لا يحمي حقه الا بقدر ما يؤدي من خدمات، ثم تطور حقوق الارتفاق الادارية بتطور الدولة و وصلت الى حد فرض قيود قانونية على الملكية حيث وصلت هذا القيود الى الاستيلاء الموقت أو الدائمي على العقارات ونزع ملكيتها واستقر ذلك في الفقه والقضاء على:

□ انه ميزة من امتيازات السلطة العامة)

وأصبحت أغلب الدساتير تقر بحق الدولة في نزع الملكية للمنفعة العامة وتنظم نزعها عن طريق القوانين التي تصدرها وتسمى هذه الحالة (الاستملاك) .

□ ولكن هذه الاجراءات لا تكون عشوائية حتى ان اعلان العالمي لحقوق الانسان في المادة 17 نص على:

□ 1- لكل فرد حق في التملك بمفرده او بالاشتراك مع غيره.

□ 2- لا يجوز تجريد احد في ملكيته تعسفا.

انطلاقا من ذلك فان دراسة وبحث هذا الموضوع تهدف الى محاولة تعريف الاستملاك وحقوقه والتزامات اطراف الدعوى او المعادلة (نزع الملكية الفردية للمنفعة العامة) المستملك والمستملك منه والجهة التي تقرر التعويض المناسب وكذلك نسلط الضوء على العلاقات القانونية بين هذا الاطراف الذي يقوم في هذه الحالة.

□
□
□
□
□
□
□
□
□
□

المبحث الأول

مفهوم الاستملاك ومدى مشروعيته

نحاول في هذا المبحث التطرق الى معنى كلمة الاستملاك و تأريخه وتطوره و المراحل التي مر بها و اخذ لمحة تأريخية لهذا الموضوع الذي هو شغل الشاغل لهذه الايام.....

المطلب الأول

تعريف الاستملاك

((الاستملاك هو نزع الملكية العقار و الحقوق العينية المتعلقة به للنفع العام و لقاء تعويض عادل يعين بموجب القانون)⁽¹⁾ ايضا عرف نزع الملكية قائلًا ((يقصد حرمان مالكي العقار من ملكه جبراً للمنفعة العامة نظيرة تعويضه عما يناله من ضرر))² و ايضا ((ليس الا اجراء من شأنه حرمان مالك عقار معين من ملكه جبراً لتخصيصه للمنفعة العامة مقابل تعويض عادل))³.

تعددت الآراء و اختلفت التعاريف حول موضوع نزع الملكية, و من بين هذه التعاريف ما جاء به الدكتور سليمان محمد الطماوي " يقصد بنزع الملكية للمنفعة العامة. حرمان مالك العقار من ملكه جبراً للمنفعة العامة نظير تعويضه عما يناله من ضرر" يتضح من خلال هذا التعريف أن نزع الملكية يمس بحرية الملكية الخاصة للعقارات إذا اقتضت المنفعة العامة ذلك، مقابل تعويض عادل بما لحق بمالك العقار من ضرر جراء هذا الإجراء.

1. انظر: عصمت عبدالمجيد، قانون الاستملاك، رقم 54 لسنة 970 بين الفقه و القضاء ، بغداد-1977-ص6.

2. انظر: سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1979، ص270.

3. انظر محمد أنس قاسم، النظرية العامة لأحكام الإدارة والأشغال العمومية، الديوان الوطني (للمطبوعات الجامعية) الجزائر-1983-ص8.

ويرى أن نزع الملكية يعتبر وسيلة لدمج أموال خاصة في نطاق الملكية العامة يدخل نزع الملكية للمنفعة العامة في اعتقاد هذا الرأي ضمن وسائل دمج الأموال في نطاق الملكية العامة، بعكس النظرية التقليدية التي لا تعدها كذلك، حيث تشترط تخصيص المال للمنفعة العامة كشرط لإضفاء صفة العمومية على الأموال المنزوعة ملكيتها التي يمكن أن تدخل في نطاق أملاك الدولة الخاصة، لذلك فإن نزع الملكية للمنفعة العامة تعد وسيلة من وسائل دمج المال في نطاق الأموال الوطنية، وفي نفس الوقت فإنها تعد وسيلة كسب ملكية المال العام. وعليه يتضح أن نزع الملكية للمنفعة العامة يختلف في النظرية التقليدية عنه في النظرية الحديثة وهذا الاختلاف يكمن في أن النظرية التقليدية تشترط في الأموال المنزوعة ملكيتها والتي تدخل في نطاق أموال الدولة الخاصة تخصيصا للمنفعة العامة.

(أما النظرية الحديثة فلا تشترط ذلك باعتبار أن أملاك الدولة الخاصة تعد أملاكاً عامة).⁽¹⁾ " نزع الملكية للمنفعة العامة ليس إلا إجراء من شأنه حرمان مالك عقار معين من ملكه جبراً لتخصيصه للمنفعة العامة مقابل تعويض عادل " يتضح لنا من خلال هذا التعريف أن نزع الملكية للمنفعة العامة ينطوي على المساس بحق الملكية الخاصة بهدف تحقيق المنفعة العامة، كما يلاحظ أيضاً بأنه إجراء استثنائي لا يحق اللجوء إليه إلا في حالة تحقيق المنفعة العامة، و باتباع الإجراءات المنصوص عليه الا قانوناً، كما أن نزع الملكية لا يوجه إلا إلى العقارات المادية دون المنقولات وكذلك الحقوق العينية، ويذهب الأستاذ محمد فؤاد مهنا بتعريف نزع الملكية بأنه (إجراء إداري يقصد به حرمان المالك من ملكه جبراً عنه بسبب المنفعة العامة بشرط تعويضه عنه).

إن هذا التعريف لا يختلف عن تعريفات الفقه الفرنسي حيث عرف الأستاذ Delaubadere نزع الملكية للمنفعة العامة (هي عملية إدارية بموجبها تجبر الإدارة شخصا على التنازل لها عن ملكية عقارية لغرض المنفعة العامة وبتعويض عادل ومسبق) والملاحظ أن التشريع الفرنسي قد اشترط ضرورة دفع التعويض مسبقاً بنص المادة 545 من القانون المدني الفرنسي. في حين أن المشرع المصري في المادة 805 لم يشترط ذلك واكتفى بالنص على التعويض العادل.⁽²⁾

1. انظر الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، عبدالرزاق أحمد السنهوري، منشورات الحلبي الحقوقية-بيروت-لبنان-2000
-ص634.

2. د. محمد أنس قاسم، النظرية العامة للأملاك الإدارة والأشغال العمومية، الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية)، الجزائر-
983-ص8

أما المشرع الجزائري فقد ذهب في البداية مذهب المشرع المصري فلم ينص في القانون المدني على شرط التعويض المسبق، بل نص على ما يفيد عكس ذلك، إذ جاء في ذات المادة في الفقرة الثانية أن التعويض لا يشكل بأي حال مانعا لحيازة الأملاك المنزوعة. تنص على أنه " يعد نزع الملكية للمنفعة، طريقة استثنائية لاكتساب أملاك أو حقوق عقارية، ولا يتم إلا إذا أدى انتهاج كل الوسائل الأخرى إلى نتيجة سلبية.

زيادة على ذلك، لا يكون نزع الملكية ممكنا إلا إذا جاء تنفيذا لعمليات ناتجة عن تطبيق إجراءات نظامية مثل التعمير والتهيئة العمرانية والتخطيط يتعلق بإنشاء تجهيزات جماعية ومنشآت وأعمال كبرى ذات منفعة عامة.

نستخلص من هذا التعريف أربعة عناصر أساسية وهي؛

• أنها طريقة استثنائية.

• طريقة جبرية.

• القصد منها تحقيق المنفعة العامة.

• تتم مقابل تعويض مسبق و عادل و منصف.⁽¹⁾

المطلب الثاني

ظهور الاستملاك و مشروعيته

من البديهي منذ انتشار القرى ومن بعدها المدن و المدن الكبرى و الاقاليم و الدول تعارض مصالح المواطن العادي مع مشاريع وخطط الدول ممى ادى الى التفكير من قبل السلطة العامة الى تشريع قوانين خاصة تنظم هذه الحالة التي كاد ان تكون شغل الشاغل في الماضي والحاضر والمستقبل.

1.د. محمد أنس قاسم، النظرية العامة للأملاك الإدارة والأشغال العمومية، الديوان الوطني (للمطبوعات الجامعية)، الجزائر-

8-983 ص.

2. الملكية في الشريعة الإسلامية، علي خفيف-القاهرة-1966-ص88.

فلهذا يجب ان ندرس هذه الظاهرة في المرحلة الاولى الى يومنا هذا....

اولاً: نزع الملكية في الشريعة الاسلامية⁽¹⁾

في عهد النبي (ص): كل فعل او قول صدر منه اقره الناس بأنه تشريع ولا يجوز المخالفة عنه وياتونة العلم منه و من افعاله لتوجيه سلوك العام و تطبيق نظام وسيادة الانظمة في تلك المرحلة عندما دخل النبي (ص) المدينة على ناقة تزاحم الناس عليه و لدعوته و ضيافته، و حالوكل واحد الامساك بزمام الناقة فقلهم اتركوها وشأنها حتى تقف الناقة في مكان فبركه فيها وقال هذا هو منزلنا وكان ارض المسجد مربد يباع فيه التمر و يجفف ايضاً و حديقة فيها النخيل و عوسج و مسيل لمياه الامطار و قبور المشركين فأمر بقطع النخيل و العسوج وما الى ذلك و امر بالعظام ان تغيب و زادة فيها اقساما اخرى اشتراها من صحابه او وهبه له النصارا فكان هذا اول تشريع للأستملاك بدأ في الاسلام واخذ الملك الصرف في الشريعة الاسلامية ليس مخالفا للشارع الاسلامي فانما اعطا للمالك الحق لحماية ملكه و عدم المساس به و انما هو حق كغيره من الحقوق التي منحها الشارع بعدم الضرر حسب القواعد التالية:

1. التصرف على الرغبة منوط بالمصلحة.

* لا ضرر و لا ضرار.

* الضرورات تبيح المحظورات.

* تحميل الضرر الخاص لدفع ضرر عام.

ثانياً: مشروعية الاستملاك في القوانين السابقة والحالية. وضع اول مبداء للأستملاك في العراق في المجلة الاحكام العدلية في المادة (1216) التي جاء فيها ﴿يؤخذ لدى الحاجة ملك أي احد بقيمته بأمر من السلطات ويلحق بالطريق العام، ولكن لا يؤخذ من يده مالم يؤدي اليه الثمن﴾⁽²⁾

1. الملكية في الشريعة الإسلامية، علي خفيف-القاهرة-1966-ص88.

2. د. محمد أنس قاسم، النظرية العامة للأملاك الإدارة والأشغال العمومية، الديوان الوطني (للمطبوعات الجامعية)، الجزائر-983-ص8.

وبعدها اصدر الدولة العثمانية الى جانب المجلة تشريعات خاصة بالاستملاك وهي حسب تأريخ اصدارها :-

1-قرار الأستملاك في 14 رجب 1272 هجري.

2.قانون الأستملاك في 21 جمادي الأول 1296 هجري.

3.قانون الأستملاك الجديد في 7 ربيع الأول 1332 هجري.

تنص المادة الاولى المعدلة من قانون الاستملاك العثماني علي ((أن جميع مايلزم من الاراضي لأجل احداث الساحات و الازقة و الاسواق ... تباع من اصحابها ببدل المثل الذي يقدر و يطلق على هذه المعاملة- الاستملاك للمنافع العمومية))⁽¹⁾.

أما قانون الاستملاك العثماني المؤرخ في 7 ربيع الاول 1332 هجري قانون خاص بالأستملاك لصالح البلديات وهو لا يختلف من حيث الاحكام و الاجراءات عن القانون الملغى. ثم صدرت بعد ذلك قانون الخاص بالاستملاك ما فوق أو تحت الجوامع مؤرخ 25 حزيران سنة 1328 هجري، او في الاستعادة ما استولى عليه الناس من علو الجوامع او سفها , ولم يشترط بهذا تحقق النفع العام.

ثم بعد ذلك اصدر قانون اخر و كانت تنظم استملاك الاراضي وهو (نظام استملاك الاراضي) 1 نيسان 1919 الصادرة في عهد الاحتلال البريطاني فنص على شمول الاستملاك على الحقوق العينية المتعلقة بها.

من بعدها صدر قانون الاستملاك رقم 6 لسنة 1924 في عهد الحكم الوطني مختص بالسكك الحديدية و لا تختلف احكامه عن احكام القوانين السابقة من حيث جواز الاستملاك للمصلحة العامة.

ثم صدر قانون الاستملاك رقم 43 لسنة 1934 الذي عدل مرات عديدة و يظهر من النصوص القانونية التي اسلفناها أن نزع الملكية الخاصة من الافراد لضرورات الاجتماعية بعد قيد شرعيا على حقوقهم وهو من المبادئ التي تنظم الملكية في الشريعة الاسلامية ذلك التنظيم الذي اريد به ضمان الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة. والقوانين اللاحقة لثورة 14 تموز لسنة 1958، لم يعد ينظر الى الملكية على انها للمالك بل تعتبر وظيفة يحميه القانون مادام يؤدي هذه الوظيفة و اذا خرجت عن هذه الحدود فلا يعتبرها القانون جديرة بالحماية لأن مقتضيات المصلحة العامة اولى بالرعاية من حق الملكية الخاصة كما اقر ذلك المبدأ في الدستور

المؤقت الملقى لسنة 1970 كما ان التشريعات الحديثة الى الدستور الدائم الفدرالي العراقي لم تخلى من ان الملكية صفة مطلقة و انما هي مقيدة قانونا فالمصلحة العامة تتقدم على الكل ولا يجوز للملكية الخاصة ان تقف حجر عثرة في طريق تحقيق هذه المصلحة. فقد اجاز القانون المدني العراقي الحالي في مادته 1050 على ((لا يجوز ان يحرم احد من ملكه، الا في الاحوال التي اقرها القانون وبالطريقة التي يرسمها، ويكون ذلك في مقابل تعويض عادل يدفع اليه مقدما))⁽¹⁾ واستمرارا مع اهداف التطور الاجتماعي و الاقتصادي و القانوني و الذي يمر بها العراق شرعت القوانين التالية:

1- قانون الاستملاك رقم 57 لسنة 1960 التي لا يختلف كثيرا من حيث المضمون عن قانون رقم 43 لسنة 1934 و ان تختلف احكامها معه من حيث الاجراءات وتنص المادة الاولى منه على (ان الاستملاك هو: نزع ملكية العقار للنفع العام لقاء تعويض عادل يعين بموجب هذا القانون).

2- قانون الاستملاك رقم 54 لسنة 1970 اجازة ((نزع الملكية و الحقوق العينية الاصلية الاخرى للنفع العام لقاء تعويض عادل يعين بموجبه)).

3- قانون الاستملاك رقم 12 لسنة 1980 و يعد هيجانا في التشريعات لما فيه من احكام موضوعية و يجيز كسابقاته مشروعية الاستملاك للنفع العام بشكل يحقق العدالة و لا يؤدي الى الاضرار في المصلحة العامة.

المطلب الثالث

الأهداف من الأستملاك

حسب ما جاء في قانون الاستملاك فانه يهدف الى ..

1 -تنظيم استملاك العقار و الحقوق العينية الاصلية المتعلقة به من قبل دوائر الدولة و القطاعين الاشتراكي و المختلط، تحقيقا لاجراضها و تنفيذها لخططها و مشاريعها ...

1. الحقوق العينية الاصلية و التبعية- الجزء الأول- المؤلفان (محمد طه البشير و الدكتور غني حسون)- من مطبوعات وزارة التعليم العالي و البحث العلمي غير المؤرخ ص 62.

ان الدستور العراقي السابق المؤقت لسنة 1970 و الملغاة والدستور الحالي الفدرالي الدائمي لسنة 2005 و القانون المدني رقم 40 لسنة 1951 و تعديلاته عليها اجازوا جميعهم نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة وقد قيّدوا هذا الجواز بأن يكون وفقا للقانون و بالطريقة التي رسمها القوانين و التعديلات المختصة لتنظيم هذا الموضوع.

حيث ان القانون هو مجموعة قواعد التي يحكم وتنظم الروابط الاجتماعية و التي يجب ان يثبت من قبل الافراد و الدولة لانها بمثابة سيّاح الذي يحمي مصالح الجميع وهو اساس النظام فيه ولولا ادراك هذا الامر لكان الوضع فوضى عارمة..

2- ووفقا للفقرة الثانية من مادة الاولى من قانون الاستملاك رقم 12 لسنة 1981 تنص على ((وضع قواعد و اسس موحدة لتعويض العادل عن العقارات المستملكة تضمن حقوق اصحابها دون الاخلال بالمصلحة العامة)) ايضا هناك هدف اخر هو وضع قواعد و اسس لتعويض من انتزعت ملكيته جبرا للمنفعة العامة تعويضا عادلا عما فاتته من كسب و ما تعرض اليه من ضرر بسبب حرمانه من ملكية العقار او الحق العيني المتعلقة به ، لان القانون اجبر الافراد على ان يحترموا حقوق العينية و الملكية الخاص للاخرين بنصوص واضحة وصارمة بالمقابل اوجب على السلطة العامة احترام هذا الحقوق لانها مسؤولة عن تطبيق القوانين كما جاء في الدستور و القوانين الخاصة و اللوائح ولم يجيز حتى للدولة ان ينزع حق الملكية الخاصة من الافراد الا اذا اقتضى الامر ذلك وذلك من خلال قواعد و تعليمات واضحة مشروعة لهذا الحالة الا وهو الاستملاك مقابل تعويض عادل.

3- تبسيط اجراءات الاستملاك بما يؤمن سلامة و سرعة انجازه، ان الاجراءات التي نصت عليها قانون الاستملاك السابق كانت معقدة و طويلة بما ادت الى عرقلة تنفيذ خطة التنمية العامة او تاخير تنفيذها في المدة المقررة لها.

مما ادى الى اصدار قرارات تشريعية باستملاك الكثير من العقارات استثناء من احكام قانون الاستملاك لوضع اليد عليها و استيلاءها بسرعة حيث لم يكن القانون السابق يتضمن قواعد للاستملاك الرضائي و القضائي ولا الاداري و لا الاحكام السلبية و البسيطة للاستيلاء الفوري⁽¹⁾.

1. مصطفى مجيد ، شرح قانون الاستملاك العراقي رقم 12 لسنة 1981 ، دار الحرية للطباعة ، بغداد-ص3 و ص4 و ص5،

المبحث الثاني

حدود و نطاق الاستهلاك

في هذا المبحث ندرس الشروط التي من الواجب توافرها عند البدء بعملية الاستهلاك و الاطراف المعنية في العلاقة و الاموال التي ايضا يجب تحديدها للوصول الى اعلى جودة و المحايدية في الاستهلاك.

المطلب الاول

شروط و خصائص الاستملاك

كما سبق و ذكرنا في المبحث الاول ان القانون المدني العراقي⁽¹⁾ ذكر على انه لا يجوز ان يحرم احد من ملكيته او ينزع منه الا بقانون ينظم ذلك ومقابل تعويض مناسب للمالك.

ونستخلص من المادة 1050 ان حق الملكية حصانة لدرء الاعتداء و المقصود هنا هو الاعتداء الذي يصدر من الغير او الجهة الادارية ومن جهة الافراد هو الرد على هذا الاعتداء على حق الملكية، في اكثر الاحيان بدعوى الاستحقاق التي يحمي حق ملكية، و يتبين من هذا النص ان هناك عدة شروط يجب ان يتوافر حتى يستطيع السلطة العامة او بالاحرى يجوز له ان ينزع من المالك ملكه⁽²⁾.

أ- ان يكون هناك نص في القانون يجيز نزع الملكية فلا يكفي ان يصدر بجواز نزع الملكية قرار اداري مهما علت مركزها و منصبها بل لابد من تدخل المشرع نفسه.

ب- يجب ان تتبع في نزع الملكية الاجراءات التي رسمها القانون لذلك. فالانحراف عن هذه الاجراءات و عدم اتباعها بدقّة يجعل نزع الملكية معيبا و مشبوها.

ج- يجب ان يعرض المالك عن ملكه تعويضا عادلا يستولى عليه مقدما في حالة نزع الملكية للمنفعة العامة و لا يجوز لها ان تنزع الملكية للمنفعة العامة الا بعد استيفاء الشروط السالفة ذكرها.... هذا انما سبق ذكره هو من استنباطنا للشرح السابقة ذكره، اما قانونا فقد نص قانون رقم 12 لسنة 1981 الخاص بالاستملاك على الضمانات او الشروط التي يجب ان ترضى عند نزع الملكية للمنفعة العامة.

1- عدم جواز نزع الملكية الخاصة الا للمنفعة العامة وفي الاحوال التي يقرها القانون.

1. الحقوق العينية الأصلية والتبعية-الجزء الأول-المؤلفان (محمد طه البشير و الدكتور غني حسون)-من مطبوعات وزارة التعليم العالي والبحث العلمي غير المؤرخ ص62.

2. الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية، عبدالرزاق أحمد السنهوري، منشورات الحلبي الحقوقية-بيروت-لبنان 2005 - ص616 و ص617

2- وجوب اتباع الاجراءات التي قررها قانون الاستملاك في الباب الثاني من قانون سنة 1981 المرقم 12.

3- وجوب تعويض المالك تعويضا عادلا فالمصادرة غير جائزة ويقع الاستملاك بموجب قانون الاستملاك.

خصائص الأستملاك

كما سبق ان بيننا في تعاريفنا المنوهة و التي استنتجناها في الفصل الاول الا ان الاستملاك هو: ⁽¹⁾

أ- أنها طريقة استثنائية.

ب- طريقة جبرية.

ج- القصد منها تحقيق المنفعة العامة.

د- تتم مقابل تعويض مسبق و عادل و منصف.

إنها طريقة استثنائية تستمد طبيعتها من الخطورة التي تشكلها على ملكية الافراد لو استخدمت بدون أي قيد قانوني نتيجة الطابع الاستثنائي هي منع الإدارة من اللجوء إلى إجراء نزع الملكية قبل محاولة الحصول على الأموال المعنية، بالوسائل القانونية العادية و خاصة عن طريق التراضي.

وطريقة جبرية حيث أن إجراء نزع الملكية يعتمد على امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة نتيجتها المساس بحق الملكية، فلذلك يجب إخضاعه إلى قواعد قانونية يحددها كل من الدستور والقانون والقصد حماية الأفراد ضد التصرفات غير الشرعية وسوء استعمالها، فالقاضي هو الذي يأمر بنزع الملكية بموجب أمر قضائي. أما في الجزائر فإن القاضي لا يتدخل إلا إذا رفعت أمامه دعوى من أحد الطرفين وهو الشيء الذي يقلل من دوره في حماية حق الملكية.

يقصد بإجراء نزع الملكية تحقيق النفع العام، أي أن الأسس القانونية لهذا الإجراء هي إنجاز مشاريع تدخل في

1. النظام القانوني في نظام نزع الملكية في التشريعات الجزائرية- اطروحة ماجستير جامعة الحاج خضر الباتنة- 2006- انترنيت.

(11)

نطاق مفهوم المنفعة العامة- غير أن هذا المفهوم ذاته غير كانت الأهداف/ واضح وقابل لعدة انتقادات- مع الإشارة إلى أن في ظل الأمر الاقتصادية تعتبر كعنصر من عناصر المنفعة العامة. وعلى كل، فإنه يمنع على الإرادة استعمال هذا الإجبار لفائدة الأفراد أو لفائدتها الخاصة. تتجلى إلزامية التعويض في منع الإدارة من وضع اليد على الأموال الخاصة للأفراد إذا لم يتم تسديد مبلغ التعويض أو وضعه لدى الخزينة العمومية.

وهناك أيضا تعداد اخر للخصائص نزع الملكية الا وهو:-

- 1- انه اجراء قاصر على العقار والحقوق العينية الاصلية المتعلقة به.
- 2- وهو لا يجوز الا بناء على طلب دوائر الدولة و القطاعين الاشتراكي و المختلط.
- 3- ولا يجوز الا للمنفعة العامة فقط. فلا يجوز نزع الملكية لتحقيق مصلحة مالية او شخصية.
- 4- كما يقض على ملكية مالك العقار نهائيا و يحل محلها ملكية الدولة او مؤسساتها التي لها حق الاستملاك قانونا.

المطلب الثاني

الاموال المشمولة بالاستملاك

الاستملاك بمقتضى القانون هو الذي يقع على العقار مهما كان نوعه ملكا صرفا او اميريا مفوضة بالطابو او ممنوحا باللزمه او كان وقفا صحيحا او غير ذلك وكما يرد الاستملاك على العقار ذاته فانه يرد على كل حق مترتب عليه، كحق الاجارة الطويلة و حق المساطحة و حق العقر و حق المنفعة و حق المغارسة و حقوق الارتضاع فأجراءاته تقتصر على العقارات المادية فيخرج عن نطاقها المنقولات والعقارات الحكومية كالحقوق العينية فأنها لا تكون بذاتها محلا لأجراءات نزع الملكية كما سنرى و الاصل ان املاك الافراد العقارية هي المقصودة بنزع الملكية اما الاموال العامة فلا تكون محلا لأجراءات نزع الملكية فاذا ارادت الدولة مثلا ان تبني منشأة عامة على ارض مملوكة لبلدية فليس لها ان تلجأ الى نزع الملكية العقار جبرا عنها ولا تنطبق عليها الاستملاك⁽¹⁾.

ولكن عليه ان تتفق مع الشخص الاداري المالك على تجريده من صفة العمومية توصلا الى نزع ملكيته او على النزول عنه او على تغير وجهة تخصيص العقار اما الاموال الدومين الخاص فييجوز ان تكون محلا لأجراءات نزع الملكية كما انه اذا جاز نزع ملكية العقارات المادية. فيجب ان يتناول ذلك الارض و البناء بحيث لا يقتصر نزع اذا كان الجزء الباقي منه يتعذر الانتفاع به وطلب صاحبه ذلك خلال المدة المنصوص عليها في المادة العاشرة في

هذا القانون وتقدر قيمته هذا الجزء الباقي بالسعر الذي قدر على اساسها الاستملاك لجزء المستملك اصلاً

الملكية على المباني دون الارض او على بعض الدور من منازل وكما يكون الاستملاك كلياً بأن يكون شاملاً لكل العقار يجوز وقد نصت على الاستملاك الجزئي بقوله «العقار الذي يتقرر استملاك جزء منه، يستملك بأكمله ويمكن ان تشمل الاستملاك المياه ايضاً كما في قانون سلطة المياه الاردني رقم 18 لعام 1988 (توسس بموجب هذا القانون سلطة تسمى سلطة المياه تتمتع بالشخصية الاعتبارية ذات استقلال مالي و اداري و لها بهذا الصفة القيام بجميع التصرفات القانونية بما في ذلك تملك الاموال المنقولة والغير المنقولة و حقوق المياه عن طريق الشراء او الاستملاك و عقد القروض و قبول الهبات و التبرعات و ابرام العقود).

اما في القانون المدني الجزائري ينصب نزع الملكية للمنفعة العامة على العقار بأكمله أو على جزء منه فقط مع مراعاة أحكام طلب نزع الملكية الكلية من طرف المنزوعة ملكيته إذا توافرت الشروط المحددة في القانون حيث تنص المادة 683 من القانون المدني " كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول، غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه، رصداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقاراً بالتخصيص".

وهي تشمل من حيث المبدأ سطح الأرض وباطنها وعلوها لتكون نطاق الملكية يتحدد بهذه العناصر، وهذا استناداً إلى المادة 676 من القانون المدني الجزائري التي نص " لمالك الشيء الحق في كل ثماره ومنتجاته وملحقاته ما لم يوجد نص أو اتفاق يخالف ذلك." وعليه فإن الإشكال لا يثور بشأن العقارات بطبيعتها حتى ولو كانت مملوكة للإدارة (الدومين الخاص) غير أن الإشكال يثور بشأن العقارات بالتخصيص فإذا كانت أحكام العقار في القانون المدني تسري على المنقولات المخصصة لخدمته فإن الأمر يختلف في أحكام نزع الملكية، فالمتفق عليه هو أن نزع الملكية يشمل الأشياء اللصيقة بالعقار والتي لا يمكن نزعها دون إتلاف، ولا تشمل الأموال التي وضعت أو ركبت من طرف المالك من أجل الاستغلال إلا إذا طلب المالك تعويضاً عن الأضرار التي تلحقه من جراء عطل هذه المنقولات التي كان يستعملها لاستغلال العقار المنزوع.⁽¹⁾

غير أن باطن الأرض يمكن أن يكون محلاً لنزع الملكية دون سطحها من أجل أشغال الحفر وشق الأنفاق شريطة أن تجري الأشغال في باطن الأرض دون أي تلف أو تعديل على سطحها وفي مثل هذه الحالة لا تطبق تقنيات نزع الملكية للمنفعة العامة إلا ما تعلق منها بالتعويضات المؤقتة أو النهائية. لقد خطا القضاء الفرنسي خطوة هامة

في هذا المجال و أقر بصحة قرار التصريح بالمنفعة العامة الواردة على مجموعة عقارات من بينها عقار للدولة يدخل ضمن دومينها العام، غير أن هذا الإقرار لا يجزم بجواز نزع ملكية عقارات الدومين العام ولا يتجاوز حدود إعادة التخصيص وهو أمر متفق عليه فقها وقضاء في كل من فرنسا و مصر في حين أن المشرع الجزائري نص في المادة 689 من القانون المدني على أنه لا يمكن نزع ملكية الأملاك العمومية أي "الدومين العام" بفضل الحماية القانونية الخاصة التي يتمتع به والتي تجعل منها أموالا غير قابلة للتصرف فيها. إذن يمكن نزع الأملاك العقارية التابعة للخواص، وكذلك الأملاك الخاصة التابعة للأشخاص المعنوية العامة.

1- الأملاك التابعة للخواص: كل الأملاك العقارية التابعة للخواص قابلة لنزع ملكيتها سواء كان هؤلاء الخواص أشخاصا طبيعيين أو أشخاصا معنويين وذلك بغض النظر عن الوضعية القانونية لمالكها، إذ يجوز نزع ملكية كل الأملاك العادية و الأملاك التي تتمتع بحماية قانونية خاصة مثل الأملاك التابعة للقاصر و المحجور عليه و عديمي الأهلية و الأملاك الوقفية و أملاك الغائبين والأموال الموضوعة تحت الرقابة القضائية وأملاك أجنب و يرجع ذلك الى طبق هذا الأجراء الذي هو جبري ولا يستثنى من ذلك إلا أملاك الدولة الأجنبية لصيغتها الديبلوماسية.

2- الأملاك الخاصة للدولة و الأشخاص المعنوية العامة: وهي الأملاك المسماة اصطلاحا " بالدومين الخاص" غير أنه لا يمكن لشخص معنوي من أشخاص القانون العام أن يقوم بنزع ملكية عقارات تدخل ضمن أملاكه الخاصة لإدراجها في نطاق الأموال العامة الخاصة، إذ لا يمكن مثلا أن تقوم البلدية بنزع ملكية عقار تابع لدومينها الخاص لإدخاله ضمن الدومين العام التابع له لأن هذه العملية يجب أن تتم بمقتضى قرار إداري صادر عن الشخص المعنوي نفسه يخصص بمقتضاه هذا العقار للدومين العام، كما يمكن نزع ملكية هذا العقار التابع للبلدية من طرف شخص معنوي آخر كالولاية والدولة.

المنقولات:- القاعدة العامة أن الأملاك المنقولة يمكن للإدارة الحصول عليها بوسائل القانون الخاص تماما مثلها مثل الأفراد، وفي حالة الضرورة بواسطة التسخير، لذلك فهي تخرج أصلا أو بطبيعتها عن نطاق موضوع نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، وهو ما جعل المشرع الجزائري يخرجها من نطاق الأموال المحددة على سبيل الحصر في المادتين 2 / 3 الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، وفي المادة 677 من القانون المدني. غير أن موضوع نزع الملكية من أجل المنفعة العامة توسع ليشمل بعض الحقوق المنقولة على سبيل الاستثناء في فرنسا، وهي تتعلق باستثناء وحيد يتمثل في إمكانية نزع ملكية براءات الاختراع الموظفة أو المستخدمة لصالح الدفاع الوطني.

(14)

كما نصت المادة (2) من قانون الاستملاك رقم 12 لسنة 1981⁽¹⁾؛

وطالما أن مثل هذه الحقوق غير منظمة بالقانون العام أو الخاص لنزع الملكية في القانون الوضعي الجزائري وعليه من الضروري وضع نصوص قانونية خاصة ليكون الأساس الشرعي للعملية تطبيقاً لمبدأ المشروعية كلما طلب الأمر توسيع مجال نزع الملكية إلى نوع معين أو محدد من الحقوق المنقولة.

أولاً: العقارات كافة بما فيها الأراضي الزراعية و غير الزراعية و البساتين، باستثناء العقارات التي تنظم التشريعات الخاصة اجراءات نزع الملكية او اطفاء الحقوق التصرفية فيها، مع مراعاة حكم المادة (3) من هذا القانون.

ثانياً: حقوق التصرف في الأراضي المملوكة للدولة، المستثناة من احكام الاطفاء بمقتضى قانون توحيد اصناف اراضي الدولة رقم (53) لسنة 1967.

ثالثاً: الحقوق العينية الاصلية الاخرى المتعلقة بالعقار⁽¹⁾.

المطلب الثالث

أطراف الاستملاك

في بادء الامر يجب ان نعرف من له حق المطالبة بالتملك و من هم الجهات التي يكونون اطراف في العملية او الدعوى ان القانون اعطى حق الاستملاك الى :-

دوائر الدولة: ان الدولة التي يمتد سلطانها و نشاطها الى كل اقليمها تقضي الضرورة ان تكون ممارستها للتصرفات العقارية مطلقة. ولذا نص في قانون السلطة التنفيذية رقم (50) لسنة 1964 المعدل على ان لكل وزارة من الوزارات شخصية معنوية و تتمتع بالحقوق الشاملة غير مقيدة فلها طلب الاستملاك دون قيد وحيث ان الدوائر التابعة للوزارات هي جزء من الدولة فلها نفس الحق.

القطاع الاشتراكي: في ظل النظام الاشتراكي ظفر المجال الاقتصادي بنصيب كبير من عناية الدولة. فأدى الى

(15)

ظهور صورة جديدة من الاشخاص المعنوية العامة وهي المؤسسات العامة الاقتصادية وتمارس نشاطها صناعيا او تجاريا او زراعيا او ماليا او تعاونيا. و تكون لكل منها ميزانية مستقلة لا تلتحق بميزانية الدولة ولكن تساهم الدولة برأسمالها.

القطاع المختلط: وهي المؤسسات او الشركات التي تساهم الدولة لقسم من رأسمالها و القطاع الخاص بالقسم الباقي تحدد نسبة الاشتراك بالتشريعات الخاصة بكل مؤسسة او شركة في الغالب ان الدولة تساهم بالقسط الاكبر من راس المال قد يصل الى 51٪ لو اكثر.

ضد من يقع الاستملاك :-

ان النفع العام هو الذي يتيح نزع ملكية العقار من مالكة جبرا بالطريقة التي رسمها القانون و مادام الامر كذلك فإن الجهات التي يحق لها طلب الاستملاك قانونا ان تستملك عقار كائن من كان عند تحقق النفع العام في طلبها و على هذا الاساس لا فرق من ان يكون العقار لا يجوز التعامل فيه كالأموال الموقوفة او كانت تعود لدوائر و مؤسساتها او مملوكة لفاقدي الاهلية و ناقصيها او للغائبين لان المصلحة العامة اولى بالرعاية و النفع العام يتقدم على المنافع الخاصة اكتفى المشرع العراقي في التقني المدني بالنص ان الملكية حق مصون لا يجوز الاعتداء عليه و حرمان المالك منه الا في الاحوال التي يقرها القانون و بالطريقة التي يرسمها و بعد دفع تعويض عادل مقدما ولكن هناك حالات يتيح نزع الملكية للمنافع العامة و الاجراءات التي يجب اتباعها فقد نظمها قانون الاستملاك الصادر عام 1934 و التعديلات اللاحقة عليه في المادة 2 بحيث تعتبر الامور التالية من النفع العام التي يجيز نزع الملكية لها :

1-فتح او توسيع الشوارع و المقابر و الفسح و الارصفة و المتنزهات و الحدائق و محلات الرياضة المعدة للجمهور و انشاء الاحواض لتعمير السفن و الارصفة و المستودعات و المخازن و انشاء المستشفيات و الملاجئ و المدارس و المعاهد و ما الى ذلك من مشاريع انشائية و تنمية يقوم بها السلطة العامة للمواطن.

وفي القوانين و التشريعات العربية الاخرى منها التشريعات الجزائرية اذا نظرنا الى احكام 90 / 29 المتعلق (249) التعمير وتهيئة العمرانية هو من اختصاص الدولة و هيئاتها على مستوى الإقليم المتمثلة في الولاية و البلدية

*السكك الحديدية و تواجها الضرورية لاستغلالها.

* الطرق العادية والسريعة و تواجها.

* الموانئ المدنية و العسكرية و تواجها لحركة المرور البحرية.

* الموانئ الجوية و المطارات المدنية و العسكرية و تواجها المبنية أو غير المبنية المخصصة لفائدة الملاحة الجوية.

وهو ما يتمشى مع خاصية نزع المكية باعتبارها تشكل مظهرا من مظاهر استعمال صلاحيات السلطة العامة هذا بالإضافة إلى أن التجهيزات الجماعية و المنشآت و الأعمال الكبرى ذات المنفعة العامة تشكل أساسا موضوع الأملاك الوطنية العمومية الاصطناعي، حيث يخضع توزيعها بين الدولة و الولاية و البلدية لقانون حسب احكام قانون 90 /30 حيث تنص المادة 16 منه (تشمل الاملاك الوطنية العمومية الاصطناعية خصوصا ما يأتي :-

* الأراضي المعزولة اصطناعيا عن تأثير الأمواج.

* المنشآت الفنية الكبرى و المنشآت الأخرى و تواجها المنجزة لغرض المنفعة العمومية.

* الآثار العمومية و المتاحف و الأماكن الأثرية.

* الحدائق المهيأة.

* البساتين العمومية.

* الأعمال الفنية و مجموعات التحف المصنفة.

* المنشآت الأساسية الثقافية و الرياضة.

* المحفوظات الوطنية.

* حقوق التأليف و حقوق الملكية الثقافية الأيلة إلى الأملاك العمومية.

* المباني العمومية التي تأوي المؤسسات الوطنية وكذلك العمارات الإدارية المصممة أو المهيأة لإنجاز مرفق عام.

* المنشآت ووسائل الدفاع المخصصة لحماية التراب الوطني برا و بحرا و جوا.

كما تنص المادة "13" من أحكام القانون السابق ذكره " يخضع توزيع الأملاك الوطنية العمومية التابعة للدولة و الأملاك الوطنية العمومية التابعة للولاية و الأملاك الوطنية العمومية التابعة للبلدية، و كذا تسييره من قبل مختلف الجماعات العمومية لمبادئ و قواعد وضعها و تخصيصها و تصنيفها طبقا للقوانين و التنظيمات المعمول بها".

وعليه و انطلاقا من كل هذه الأحكام القانونية الوضعية يتبين أن الحق في طلب نزع ملكية من أجل المنفعة العامة وفقا للقانون ينحصر في الأشخاص العامة الإقليمية المحددة على سبيل الحصر في القانون الجزائري وهي الدولة والولاية و البلدية.

و ايضا في القانون الاستملاك السوري " يجوز للوزارات و الهيئات و المصالح و المؤسسات العامة عند الاضطرار ان تستملك للمنفعة العامة و بتعويض عادل وفقا لاحكام هذا القانون العقارات بما فيها الاراضي و ذلك لتنفيذ مشاريعها ذات النفع العام.

المبحث الثالث

أنواع الأستملاك

في هذا المبحث نبين أنواع الأستملاك والأجراءات التي يجب اتخاذها في أي مرحلة من مراحل العملية والواجبات والحقوق المكرسة لأطراف

لدوائر الدولة والقطاعين الاشتراكي والمختلط التي يحق لهم تملك العقار قانونا ان تتفق مع مالك العقار او الحق العيني المتعلق به على استملاكه رضاء عينا، او نقد بالبدل الذي تقدره هيئة التقدير المشكلة بموجب هذا القانون واذا كان العقار شائعا فيلزم موافقة جميع الشركاء فيه على ذلك⁽¹⁾.

حسب التشريعات والقوانين العراقية والعربية هناك ثلاث انواع من الاستملاك سنشرحها واحد تولى الاخر.

المطلب الاول

الاستملاك الرضائي واجراءاته

الاصل انه لا يؤخذ ملك اي شخص بدون رضاه الا بسبب قانوني و شرعي محض، و الاستملاك ما هو الانزع الملكية جبرا على صاحب العقار والمفروض ان هذا الطريق لا يصار اليه الا اذا امتنع المستملك منه من الاستجابة لطلب المستملك بالتنازل عن عقاره لقاء بدل يتفق عليه دون حاجة لاجراءات الاستملاك الجبري.

فالاستملاك الرضائي هو ﴿ الذي يحصل فيه الاتفاق بين الجهة المستمكة وصاحب العقار او الحقوق العينية الاصلية المتعلقة به على تمليك الحق المطلوب لها لقاء ثمن يتفق عليه الطرفان ﴾ والذي نص عليه المادة (4) من قانون الاستملاك العراقي ((لدوائر الدولة و القطاع الاشتراكي و المختلط التي يحق لهم تملك العقار قانونا ان يتفق مع مالك العقار او الحق العيني المتعلق به، على استملاكه رضاء عينا او نقدا بالبدل الذي تقدره هيئة التقدير المشكلة بموجب هذا القانون و اذا كان العقار شائعا فيلزم موافقة جميع الشركاء فيه على ذلك)).

ان القوانين العراقية السابقة و الملغاة كان قد اهل بشكل نهائي هذا النوع من الاستملاك و انما كان الاستملاك كان قاصرا فقط على القضائي او الاداري، انما القانون الحالي⁽²⁾. استهدف الى التطرق و ذكر هذا النوع من الاستملاك بغية حصول المستملك على العقار المطلوب و استلامه بأسرع ما يمكن فانه وضع القواعد التي يتم بموجبها استملاك العقار رضاءا.

1. مصطفي مجيد، شرح قانون الأستملاك رقم 12 لسنة 981 - بغداد-1981-ص39.

2. المصدر السابق ص40.

من هو صاحب العقار؟

بما ان الاستملاك الرضائي يأخذ شكل البيع كما سبق و قدمنا و يعتبر بذلك تصرفا عقاريا و حيث ان هذا التصرف لا يرد الا على عقار مسجل في سجل العقاري، ولا يتم الا بتسجيلها في السجل طبقا لأحكام المادتين (3و2) رقم 43 لسنة 1971 في قانون التسجيل العقاري لذلك لا يجوز الاتفاق مع حائز لعقار غير مسجل على السجل وانما يتم الاتفاق مع المالك المسجل اسمه في السجل العقاري المنصوص عليه في المادة (10) من قانون التسجيل العقاري الذي يعتمد اساسا لاثبات الحقوق المسجلة فيه و حجة على الناس كافة بما دون فيها مالم يظن فيه بالتزوير وفي حالة رغبة المستملك استملاك العقار غير المسجل فعليه ان يسلك طريق الاستملاك القضائي.....

كيفية الاتفاق على الاستملاك⁽¹⁾:-

يفاض المستملك والمستملك منه ابتداء على الاستملاك الرضائي، بعد اعلان المستملك رغبته في نية استملاك العقار او الحق العيني ولا مانع من الاتفاق المبدئي على ثمن معين للتعويض يحتفظ بطابع السرية على ان لا يكون هذا الثمن نهائيا او ملزما للطرفين مالم يؤيد من قبل هيئة التقدير، ويجوز تنظيم محضر مستقل بالاتفاق المبدئي على ثمن التعويض وعدم الاطلاع هيئة التقدير عليه ليكون تقديرها منسجما مع واقع الحال دون التاثر بما اتفق عليه الطرفين.

بعد الاتفاق على الاستملاك الرضائي في الشكل الذي اوردها والتي جاء في المادة (4) في قانون الاستملاك يقدم المستملك طلبا الى رئيس هيئة التقدير- والتي يجب ان يكون قاضي محكمة بداءة مكان وجود العقار او الحق العيني- مشفوعا بنسخ من الاتفاق الخطي لتقدير التعويض طبقا للاسس الواردة في المواد (31- 37) من القانون السابق ذكرها.

وعلى المستملك تقديم طلب الاستملاك الى القاضي بصفته رئيس هيئة التقدير و ليس شيء اخر، ويجب ان تشمل الطلب الامور الاتية:

1. مصطفى مجيد، شرح قانون الاستملاك رقم 12 لسنة 981 - بغداد-1981-ص42.

1-نسخة من اخر صورة قيد للعقار المسجل في دائرة التسجيل العقاري ان كان مسجلا اما اذا كان بعكس ذلك فيكتفي بتأييد من الدائرة يبين عدم تسجيله و اسبابها

2-خارطة العقار المراد استملاكه مصدقة من دائرة التسجيل العقاري ايضا مبينة عليها المساحة المطلوبة استملاكها.

3-قائمة بأسماء مالكي العقار والشركاء ان وجد كذلك الحقوق العينية فيه.

بعد النظر على الطلب من قبل رئيس هيئة التقدير بدعوة الهيئة لتقدير التعويض حسب القواعد و الاسس الواردة في القانون و التعليمات و يجوز قبل المباشرة بالتقدير الطعن من الناحية الشكلية في عدم شرعية الهيئة اذا لم يكمل النصاب كاملا او كان بينهم من اقارب و اصهار المستملك منه حتى الدرجة الرابعة و على هيئة التقدير في هذه الحالة النظر في الطعن على ضوء مايقدم اليها من مستمسكات تؤكد صحة الطعن.

تنظم هيئة التقدير محضرا بنتائج اعمالها و بقرارها بتقدير التعويض يوقع من قبل جميع الحاضرين و يؤخذ برأي الاكثرية. بعد اقرار المحضر يقوم القاضي- بصفته رئيس هيئة التقدير- بارسال نسخة الى كل من المستملك منه و الى دائرة التسجيل العقاري، بما ان الاستملاك الرضائي هو بمثابة حكم البيع و التراضي ركن اساسي في البيع فان وافق الطرفان على التعويض المقدر من قبل الهيئة بصورة تحريرية يصبح القرار باتا و ملزما لكلا الطرفين غير قابل للطعن فيه⁽¹⁾.

وإذا لم يرضى احد اطراف على التقدير المحدد من قبل الهيئة فعلى المعارض ان يقدم طعنه خلال 10 يوم من اليوم الذي يليه عند تبليغه (مستملاكا كان او مستملك منه) وايضا يعتبر هذا الاعتراض عدولا عن الاتفاق المبدئي الذي صار بين الطرفين. ولا لزوم في حالة الاعتراض ايراد اسباب و مبررات لذلك ويكفي بيان عدم موافقة اي طرف منهما على التعويض ويكون الاعتراض تحريريا ولا مانع من حضور المستملك منه للمحكمة و بيان اسباب اعتراضه الى القاضي (رئيس الهيئة) على ان يدون اعتراضه في محضر خاص. كما يجوز لتوكيل المخول او المقيم او الوصي او غيرهم تقديم الاعتراض عن ينوبون عنه بنفس الطريقة⁽²⁾.

1. مصطفى مجيد ، شرح قانون الاستملاك رقم 12 لسنة 981 -بغداد-1981-ص.42

2. شاکر حيدر ناصر، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية، بغداد، 2002، ص.245.

ان الاجراءات في الاستملاك الرضائي ليس لها طابع الدعوى فانها تعتبر ملغاة بمجرد الاعتراض وعلى القاضي في هذه الحالة اشعار بالغاء الاستملاك الرضائي الى دائرة تسجيل العقاري ابتداء و على دائرة تسجيل العقاري رفع اشارة عدم التصرف على العقار بورود هذا الاشعار اليها.

وليس لأي من الطرفين الطعن في الاعتراض المقدم من الطرف الاخر لأي سبب كان، لأن القانون اعتبر الاجراءات ملغاة بمجرد وجود الاعتراض دون منح حق الاعتراض لاي منهما على ذلك.

وعلى رئيس الهيئة عند اكتساب القرار درجة البتات سواء بالموافقة او بمضي المدة ان يشعر دائرة التسجيل العقاري بذلك مع تزويدها بنسخة من الاتفاق المدني للقيام بالاعمال المطلوبة منها بموجب المادة السابعة من قانون الاستملاك.

بعد مضي المدة و عدم وجود اعتراض او موافقة الطرفين على التقدير المقرر من قبل اللجنة يجب على المستمك القيام بالأجراءات المقررة والعاثقة عليه والمحدد له والتي ورد في المادة (7) فقرة 1 من قانون الأستملاك.

﴿ على المستمك ايداع بدل الاستملاك لدى دائرة التسجيل العقاري لموقع العقار او تسجيل المستبدل به بأسم المستمك منه، في حالة التعويض العيني خلال مدة (60 يوما) من تاريخ تبليغه بقرار هيئة التقدير مالم يتفق الطرفان على خلاف ذلك﴾⁽¹⁾.

*ايداع بدل الاستملاك النقدي الى دائرة تسجيل العقاري لموقع العقار خلال مدة 60 يوما من تاريخ تبليغه بقرار التقدير، وليس من تاريخ اكتساب القرار درجة البتات، ويقيد هذا المبلغ امانه لديها باسم المستمك منه يدفع اليه بعد التسجيل العقار باسم المستمك، ووفاء الديون و الرسوم والضرائب المتحققة على المعاملة قانونا من البديل.

*تسجيل العقار المستبدل به باسم المستمك منه خلال نفس المدة، والارجح ان يتم تسجيل العقار المستمك و المستبدل به نفس الوقت لان المعاملة هذه تاخذ شكل المقايضة (المبادلة) وتخضع لاحكامها كما نصت المادة 210 من قانون تسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971⁽²⁾.

1. شرح قانون الاستملاك، مصطفى مجيد، المصدر السابق-ص82.

2. مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971-بغداد-1979-ص42.

﴿ يجري تسجيل الحقوق العقارية الاصلية عن طريق المقايضة باقرار المتقايضين بمبادلة حق عيني عقاري بحق عيني عقاري اصلي اخر وذلك في وقت واحد.﴾

وبالمقابل حدد القانون التزامات و اجراءات و واجبات على عاتق المستملك منه يجب ان يقوم به من بعد الموافقة على التعويض المقدر من قبل الهيئة التقديرية.

تنص المادة 7 فقرة 1: ﴿ يلزم المستملك منه بتسليم العقار المستملك الى المستملك بالحالة التي كان عليها عند التقدير خلال ثلاثين يوما من تاريخ ايداع البديل لدى دائرة التسجيل العقاري مالم يتفق على خلاف ذلك.﴾

نستخلص من المادة الالتزام التي تقع على عاتق المستملك....

1- ان يتم التسليم بالحالة التي كان العقار عليها عند تقدير التعويض عنه من قبل هيئة التقدير سواء كان التعويض عينا ام نقدا ويكون المحضر المنظم من قبلها مرجعا في حل الخلافات التي قد تحصل بين الطرفين عند تسليم العقار الى المستملك ويحق للمستملك مقاضاة المستملك منه عن اي نقص او اختلاف يحدث في العقار مغاير للحالة الثابتة في محضر التقدير.

2- ان يتم تسليم العقار الى المستملك خاليا من الشواغل وهذا الالتزام يمكن تنفيذه فيما لو كان المستملك شاغلا للعقار اما اذا كان العقار مؤجرا فليس بوسعه تنفيذ هذا الالتزام اذا امتنع المستاجر عن التخلية طوعا ويجب عندئذ مراجعة الطرق التي رسمها قانون ايجار العقار للتخلية و تحديد المدة لذلك امر متروك للمحكمة و تاخير تنفيذ هذا الالتزام في هذه الحالة يكون خارجا عن ارادة المستملك منه ولا يعتبر اخلافا بالالتزام من جانبه.

3- اما اذا كان التعويض عينا فان مدة ثلاثين يوما تبدأ من تاريخ تسجيل العقار المستبدل به باسم المستملك منه في السجل العقاري تطبيقا لحكم الفقرة (1) من هذه المادة.

الاصل ان يسلم المستملك منه العقار المستملك الى المستملك خلال ثلاثين يوما حسب الايضاحات اعلاه، ولكن يجوز الاتفاق مع المستملك على تحديد موعد اخر للتسليم التي اوردها في شرحنا السابق⁽¹⁾.

وعند امتناع المستملك منه عن تسليم العقار خلال المدة القانونية او الاتفاقية، فللمستملك اتباع طرق التنفيذ القانونية لاستلامه. لأن قرار هيئة التقدير بعد اكتسابه درجة البتات يعتبر من سندات التنفيذية المنصوص عليها في قانون التنفيذ ويصبح تنفيذه من اختصاص دائرة التنفيذ⁽¹⁾.

المطلب الثاني

الاستملاك القضائي واجراءاته

﴿ لدوائر الدولة والقطاع الاشتراكي التي يحق لها استملاك العقار قانونا ان تطلب استملاك اي عقار او جزء منه او الحقوق العينية المتعلقة به، وفقا لاحكام هذا القانون لتنفيذ مشاريعها و تحقيق اغراضها﴾
ان الاستملاك القضائي هو نزع الملكية للمنفعة العامة بدون رضا المالك لقاء تعويض، ولا يصل الاستملاك الى هذا النوع الا اذا امتنع المستملك منه من الاستجابة لطلب المستملك بالتنازل عن عقاره لقاء بدل يتفق عليه.

فعند عدم الاتفاق و التعذر بين الطرفين لامناس من اللجوء الى الاستملاك القضائي من قبل المستملك و اللجوء الى احكام الاستملاك القضائي و استملاك العقار المطلوب جبرا على صاحب العقار. حيث ان نزع الملكية جبرا يخالف الاصل القضائي والتشريعي بجرمة الملكية الخاصة و صونها فهذا الاجراء يعد استثناء على مبداء العام.

القواعد التي تحكم الاستملاك القضائي⁽²⁾ :-

يجب ان تقيّد الاستملاك القضائي بالاسس و قواعد مادام يكون نزع الملكية جبرا من مالكة بما لا يتعارض مع المصلحة العامة و القواعد هو :-

اعطى هذا الحق اي نزع الملكية جبرا الى دوائر الدولة وان المبداء الاساسي للاستملاك هو نفع العام. لذا يفترض النفع العام طلبها اي (الاستملاك) لكونها هو التي تقوم باعمال السلطة العامة و حاميها لغرض اداء الخدمات العامة او الامور التي تعهدت تطبيق البنود كما ان قانون السلطة التنفيذية يمنحها هذا الحق ويشمل ذلك الاشخاص المعنية المحلية التي تتولي كل منها شؤون

1.الدكتور. سعيد مبارك، أحكام قانون التنفيذ رقم 45 لسنة 1980-بغداد2007-ص34.

2.مصطفى مجيد، شرح قانون الأستملاك رقم 12 لسنة 981-بغداد981-ص55.

المراق العامة على اختلاف انواعها في جزء من اقليم الدولة كما للمحافظات و البلديات او نشاط اقتصادي معين لذلك يحق لهذه الدوائر طلب الاستملاك العقار او الحقوق العينية المتعلقة به لتنفيذ و تحقيق مشاريعها و اهدافها المخطط له .

اعطى القانون هذا الحق الى المؤسسات القطاعين الاشتراكي و المختلط ولكن قيده بشرط هو ان يكون لها حق الاستملاك القضائي بموجب القانون الذي ينشأها او ينظمها لان اختصاصها متعلق بنوع معين من النشاط بحيث يدخل في مرفق ولا تقوم باداء الخدمات العامة كدوائر الدولة و ان تصرفها العقاري بالعقار يوجه من اجلها و ذلك بنصوص صريحة في قوانينها الخاصة و لذلك ليس المنطق مساواتها بالدولة و اطلاق العنان بنزع ملكية مايشاء جبرا على مالكة و الخروج عن القاعدة العامة التي تقضي بحرمة الملكية الخاصة دون ان يكون حقها في ذلك منصوصا عليه في القانون، ولأنه يخالف اهداف قانون مشاريع او اغراضها بخلاف الاستملاك الرضائي الذي يتم بالاتفاق من الاستملاك مثل الشرط الذي فرضته في طلب الاستملاك القضائي لان مجرد تمتع المستملك من هذا الصنف بشخصية معنوية وحقها في تملك العقار بموجب القانون يتيح لها⁽¹⁾.

اجراءات الاستملاك القضائي :-

((لدوائر الدولة وللقطاعين الاشتراكي و المختلط التي يحق لها استملاك)) تقديم طلب الاستملاك الى محكمة بداءة موقع وجود العقار يؤيد فيه عدم وجود مانع تخطيطي او قانوني من الاستملاك (باستثناء الاستملاك للاغراض العسكرية لانه يتحقق المنافع العامة) مرفقا بالوثائق التالية :

* نسخة من اخر سجل العقار او تاييد من دائرة تسجيل العقاري المختصة بعدم تسجيله .

* خارطة مصدقة من دائرة التسجيل العقاري مؤشر عليها المساحة المطلوب استملاكها .

* بيان بأسماء مالكي العقار او حائزيه الحقيقيين ان كان غير مسجل او عنوان الشركاء اذا وجد او واحد منهم على الاقل⁽²⁾ .

1. مصطفى مجيد، المصدر السابق ص.55

2. مصطفى مجيد، المصدر السابق - ص55- 56.

وتعين المحكمة موعد للنظر في طلب الاستملاك خلال عشرة ايام من تاريخ تسجيله لديها و عليها ان تتحقق في اول جلسة من توفير الشروط القانونية في طلب الاستملاك و تجري المحكمة الكشف لغرض تقدير التعويض من قبل هيئة التقدير التي تشكل برئاسة قاضي المحكمة و عضوية رئيس دائرة التسجيل العقاري او من ينوب عنه و رئيس ضريبة العقار او من ينوب عنه و ممثل عنه و ممثل عن كل من المستملك و المستملك منه و تفصل المحكمة في الطلب على درجة الاستعجال و عليها عند ايداع البدل مع المصاريف اشعار دائرة التسجيل العقاري بتسجيل العقار المستملك او المستبدل وفقا لقرار الاستملاك².

المطلب الثالث

الاستملاك الاداري واجراءاته

((اذا كان العقار او الحق العيني المطلوب استملاكه يعود الى دوائر الدولة او القطاعين الاشتراكي و المختلط (عدا الاوقاف)، فيجري استملاكه اداريا و تحدد التعويض باتفاق الطرفين))

ان هذا الحكم هو مبدء جديد جاء به قانون الاستملاك القصد منه تجاوز الاجراءات لا ضرورة لها لاستملاك العقارات العائد الى الدولة او القطاعين الاشتراكي و المختلط. فطالما كان الاستملاك محققا للنفع العام فلا يهم بعد ذلك من هذه الجهات تمتلك العقار لهذا الغرض ولا يهم بعد ذلك ما اذا كانت ميزانية تلك الجهة مرتبطة ببعضها، او مستقلة عن بعضها فالنتيجة سببان، و تعتبر جميعها من اموال الدولة حكما فلا داعي اذا اتخذت نفس الاجراءات التي تتخذ لنزع ملكية اموال الناس بشأن نزع هذه الملكية من جهة رسمية تحل محلها جهة رسمية اخرى⁽¹⁾.

لماذا استثنى (العقار الموقوف)؟

استبعد القانون العقار الموقوف من الاستملاك لانه يترتب على الوقوف زوال ملك الواقف عن الموقوف، فيمتنع التصرف به مع ان حق التصرف من الحقوق العينية الاصلية و لكونه من النظام العام فلا يصلح ان يكون محلا للالتزام⁽²⁾. كما لكونه عمل ناتج من احكام الشريعة الاسلامية فليس من الصواب حرمان الواقف من المحافظة

1. مصطفى مجيد، المصدر السابق-ص95.

2. الحقوق العينية الاصلية والتبعية - المؤلفان محمد طه بشير و الدكتور غني حسون - بغداد- غير المؤرخ-ص65.

عليه بتطبيق قانون اخر مخالف لقصد الواقف بالاضافة الى ذلك فان قانون الادارة و الوقف لا يسمح باستبدال العقار بالنقد الا لمسوغ شرعي ويتم ذلك بوضع العقار بالزيادة العلنية وليس عن طريق الاتفاق مع طالب العقار⁽¹⁾.

ولذلك لا يجوز الاتفاق على نقل ملكيته الى الغير، الا اذا كان بنص القانون كالأستملاك القضائي الذي بموجبه تنزع الملكية الوقف جبرا لتحقيق مصلحة عامة وعلى هذا الاساس لا يجوز استملاك العقارات الموقوفة اداريا.

((يفصل الوزير المختص في الخلاف الناشيء بين الطرفين بشأن الاستملاك اذا كان من الدوائر التابعة لوزارة واحدة، ويكون القرار الصادر بذلك باتا وملزما)).

في حال عدم اتفاق الجهة صاحبة العقار مع الجهة المستمكة على تملك العقار بسبب تمسك كل جهة في العقار، واعتبار المشروع الذي يطلب العقار من اجله اهم من المشروع المقابل و يحقق نفعا اكثر. يعرض موضوع الخلاف على الوزير المختص ان كانا من الدوائر التابعة لوزارته لفصل في الخلاف الناشيء بينهما من ناحية ترجيح طلب الاستملاك. فمثلا اذا كان العقار المطلوب يعود الى مديرية التقاعد وكانت ضريبة الدخل تطلبه لمشروع من مشاريعها و ادعت المديرية العامة بانها بحاجة اليه لاحدى مشاريعها فيما انهما تابعتان الى وزارة المالية فان وزير المالية يفصل في الخلاف الناشيء بين المديريتين و يقرر ترجيح طلب اي منهما وحقها في تملك العقار في ضوء الحاجة و اهميتها ويكون قرار الوزير بذلك باتا وملزما للمديريتين⁽²⁾.

اما اذا كان العقار يعود الى مديرية التقاعد العامة و طلبته المؤسسة العامة للبرق و البريد والهاتف، فيما انهما تابعتان الى وزارتين مختلفتين ففي هذه الحالة يعرض الموضوع على مجلس الوزراء لفصل فيه، و تقرير حق اي من الطرفين في تملك العقار ويكون قرار مجلس الوزراء بهذا الشأن باتا وملزما للطرفين.

حسب ماجاء في المادة (25) من قانون الاستملاك يسجل العقار المستمك في دائرة التسجيل العقاري وفقا لما يلي:

اذا تم الاتفاق بين الطرفين على الاستملاك و تحديد التعويض فعلى المستمك ارسال نسخة من الاتفاق الى دائرة التسجيل العقاري المختصة و تايبده تسلمه مبلغ التعويض و يتخذ هذا الاتفاق اساسا للتسجيل دون حضور

1. الحقوق العينية الأصلية والتبعية - المؤلفان محمد طه بشير و الدكتور غني حسون - بغداد - غير المؤرخ - ص 65.
2. مصطفى مجيد، شرح قانون الاستملاك، رقم 12 لسنة 1981، بغداد 981 ص 96.

المستملك منه او المستملك او من ينوب عنهما دائرة التسجيل العقاري للاقرار بذلك ولا يحتاج التسجيل الى اجراءات اخرى او تصديق جهات اخرى.

2- اذا اتفقا على الاستملاك ولم يتفقا على تحديد التعويض و تم تقدير من قبل هيئة التقدير فيستند التسجيل الى الاتفاق و قرار هيئة التقدير بعد تأييد المستملك منه تسلم البديل. او بعد ايداع البديل امانة في دائرة التسجيل العقاري دون تصديق جهات اخرى او الاقرار بالاستملاك من قبل الطرفين او من ينوب عنهما.

اذا لم يتفق الطرفان على الاستملاك وعلى تحديد التعويض فيستند التسجيل الى قرار الوزير المختص او مجلس الوزراء تطبيقا للمادة (23) و قرار هيئة التقديرية بعد تأييد المستملك تسلمه البديل، او بايداع البديل امانة في دائرة التسجيل العقاري و دون اية اجراءات اخرى.

المبحث الرابع

التعويض و انتهاء الاستملاك

في مبحثنا الاخير نبين الطرق او الحالات التي يؤدي الى انتهاء الاستملاك.....

المطلب الاول

التعويض وأنواعه

تنص المادة 16 من الدستور العراقي المؤقت السابق

﴿ لا تنزع الملكية الخاصة الا لمقتضيات المصلحة العامة و وفق تعويض عادل حسب الاصول يحددها القانون﴾ ان النصوص الدستورية تنص على امكانية نزع الملكية الخاصة بناء على مقتضيات المصلحة العامة على ان يعرض اصحابها تعويضا عادلا يحددها القانون و ايضا نص المادة 1050 الذي يشترط ان يكون التعويض عادلا من جهة وان يدفع مقدما من جهة اخرى ان العمل جرى على دفع التعويض بعد القيام بالاستملاك ان في القانون المدني القاضي يدفع التعويض مقدما لا يعني ان يدفع هذا التعويض قبل نقل الملكية بل المقصود به في العراق ان يكون بدل الاستملاك غير مؤجل و غير مقسط اي انه يدفع نقدا عند نقل ملكية العقار المستملك الى المستملك و مع هذا فان التعارض يبقي قائما بين القانون المدني و قانون الاستملاك الذي اجاز للمستملك تقسط البديل اذا زادة على 3000 دينار سويسري⁽¹⁾.

وقد استقر الفقه والقضاء على ان التعويض العادل هو قيمة العقار الحقيقية وقد تم تخصيصه للمنفعة العامة، او قيمة العقار بثمن بيعه الحاضر وقت استملاكه وهو ما اقره قانون الاستملاك لسنة 1934 على ان لا ترعي الزيادة التي قد ينشأ بعد ذلك، ولا تراعي ايضا في تقدير الثمن العقار زيادة قيمة الانشاء و المنشأة او التي يمكن ان تنشئ من نزع الملكية.

عدم استقرار الاسعار لا يمكن اتخاذ ما استقر عليه الفقه و القضاء كقاعدة و اعتبار قيمة العقار تعويضا عادلا لأن التعويض العادل لا يتحقق بتقدير هيئة التقدير قيمة العقار وفقا لاستملاك حيث ان هذه القيمة تغير صعودها شهريا و حتى اسبوعيا.

عندما يكتسب قرار الاستملاك الدرجة القطعية فعلى جهة المستملكة ان تؤدي بدل الاستملاك الى متصرفية اللواء المختصة (المحافظة).

ان للمالك الذي تنزع ملكيته حقوقا تجاه الإدارة نازعة الملكية، و تنتزع هذه الحقوق الى حقوق مرتبطة بإجراءات نزع الملكية و اهمها الحق في التعويض، و حقوق تنشأ بعد استكمال إجراءات نزع الملكية ومنها الحق في الاسترجاع و الأولوية في الشراء أو التأجير.

1.عبدالباقي نعمت عبدالله، مجلة العلوم السياسية بغداد-989-ص179 و181 و183....

وستتناول فيما يلي في الفصل الأول من هذا الباب الحق في التعويض الفعلي العادل و المنصف، وفي الفصل الثاني كيفية دفع التعويض، وفي الفصل الثالث حقوق المالك بعد استكمال إجراءات نزع الملكية. إن عملية نزع الملكية تسبب بلا شك ضررا للمالك لحرمانه من ماله، مما يستوجب تعويضه عن الضرر الذي يشترط أن يكون مباشرا و أكيد أي محققا إذ لا يعوض عن الضرر غير المباشر والاحتمالي، أما الأضرار المعنوية فلا تكون محل تعويض، كما أن جبرية تنازل المالك عن ملكيته في حالة تعدي الإدارة المادي حسب المادة 33 من قانون الأستلاك النافذ (1) نزع الملكية للمنفعة العامة يجعلنا نقول أن التعويض ليس ثمنا وإنما هو إصلاح لضرر طبقا لنص المادة 677 من القانون المدني الجزائري والتي تقابلها المادة 545 من القانون الفرنسي والتي تنص على أن يكون التعويض منصفا و عادلا. كما نصت المادة 21 من قانون نزع الملكية الجزائري على أنه يجب أن تغطي التعويضات كل ما لحقه من ضرر وما فاتته من خسارة و كسب بسبب نزع الملكية، ويرجع الحق في التعويض الى مبدأ مساواة الأفراد أمام الأعباء العامة.⁽¹⁾

وما يجب الإشارة إليه هو أن عبارة التعويض المنصف والعادل لا تعني المالك وحده وإنما تعني كذلك نازع الملكية ومن ثم فإن التعويض العادل و المنصف يتراوح بين اعتبارين هما:

1- هو أن الإدارة نازعة الملكية تسعى من أجل تحقيق المنفعة العامة وعليه فلا يمكن للمالك الذي انتزعت ملكيته أن يثري على حساب الإدارة لأن ذلك يعني الإثراء على حساب المنفعة العامة فلا يكون للإدارة تعويض المالك عن ضرر لم تكن هي السبب فيه.

2- أما الثاني فهو أن الإدارة بما لديها من سلطة لا ينبغي أن تخول لنفسها حق الحصول على عقارات بمقابل بخس من أجل تنفيذ مشاريعها. و نقطة التوازن بين هذين الاعتبارين هي مركز التعويض العادل و المنصف. ولكي يكون التعويض عادلا و منصفا فلا بد أن يغطي كامل الضرر و يكون المالك في وضعية من نقلت ملكيته من مكان لآخر أو من وضعية إلى وضعية مساوية لها.

كما أن الحق في التعويض يشكل أهم حقوق المنزوعة ملكيته على الإطلاق لأن نزع الملكية يبين أننا أمام حقين مشروعين يجب التضحية بأحدهما، لكن في حدود أقل ضرر ممكن، كما يعتبر التعويض الوسيلة المثلى للوصول الى ذلك، لأنه يسمح بإعادة المنزوعة ملكيته إلى وضعية تشبه وضعيته القانونية الأولية، لذا فقد نصت عليه نصوص دستورية تشريعية.

1. انظر المادة 33 من قانون المدني الجزائري 91/ 11- أنترنيت-

حسب المادة 29 من قانون الاستملاك العراقي رقم 12 لسنة 1981 :

يختلف وضع الاراضي الزراعية و البساتين عن وضع العقارات الاخرى حيث ان الاراض الزراعية او البساتين تبقى كما هي زراعية او بستانا ولا يجوز تغيير استعمالاتها بعكس العقارات الاخرى كسكنية تصبح تجارية او بالعكس او صناعية تصبح سكنية طبقا لمتطلبات التصميم الاساسي فاذا كان الامر كذلك وان الغاية من ملكية الارض الزراعية هي الزراعية ليس الا فيتم تحقيق هذه الغاية بتعويض المستملك منه بأرض زراعية او بستان بدلا من الارض او البستان المطلوب استملاكها.

وكان مجلس القيادة الثورة المنحل اصدر قرار برقم 357 في 26 / 3 / 1977 نص على تطبيق مبدأ الاستبدال العيني بالنسبة لكافة الاراضي الزراعية التي يتقرر استملاكها لاغراض تشييد المشاريع الحكومية.

فمن هذا المنطق اخذ قانون الاستملاك بمبدأ التعويض العيني بالنسبة للاراضي و البساتين و اعتبر ذلك و جوبيا بالشروط التالية :

1- ان تكون الارض او البستان المطلوب استبدالهما معادلة من حيث القيمة للارض و البستان المطلوب استملاكهما.

2- ان تكون الارض او البستان واقعة ضمن حدود الادارية و البلدية للارض المطلوب استملاكهما، و المقصود بحدود الوحدة لادارية ليس الحدود العام لوحدة الادارية مثل حدود المحافظة او القضاء انما الحدود الادارية الاصغر في نطاق حدود وهي (الناحية).

3- بما ان وزارة الزراعة و اصلاح الزراعي هي الجهة المهيمنة على شؤون الاراضي الزراعية و خشية ان تكون الارض المطلوب استبدالهما بالارض المطلوب استملاكها ضمن احد مشاريعها و لكون وزارة المالية صاحبة الرقابة فعلى الجهة المستملكة مشاورتها⁽¹⁾.

انواع التعويض :-

ميز قانون الاستملاك الجديد بين نوعين من التعويض: التعويض العيني و التعويض النقدي، فأجاز في المادة 29

1. مصطفى مجيد المصدر السابق ص108.

قانون الأستملاك رقم 12 لسنة 1981 منه للمستملك ان يعوض المستملك منه ارضا زراعييا او بستانا معادلة من حيث القيمة ضمن حدود الادارية للارض او البستان المطلوب استملاكها او بمثلها خارج حدود الوحدة الادارية بموافقة المستملك منه. اما اذا كان العقار المطلوب استملاكه من غير الاراضي الزراعية او البساتين فانه قد جاز للمستملك كذلك ان يعرض عقارا او اكثر او حقوقا عينية اصلية اخرى تعويضا عن العقار المطلوب استملاكه و لكنه اشترط في هذه الحالة موافقة المستملك منه هذا بالنسبة للتعويض العيني.

اما بالنسبة للتعويض النقدي فقد خصص قانون رقم 12 احكامه في المواد 31- 37 فنظم على الشكل التالي:-

اولا: التعويض عن الاراضي الزراعية يتم التعويض عن البساتين و المغروسات معتمدا الاسعار السائدة للاراضي الزراعية في عام 1973 اساسا لتقدير التعويض عنها و اضافة نسبة مئوية عليه لكل سنة من السنين اللاحقة.

ثانيا: اما بالنسبة لتعويض عن العقارات السكنية و الصناعية و التجارية و العرصات المخصصة لانشاء الابنية عليها فقد اعتمد القانون اساس لتقدير قيمة هذه العقارات بالاسعار السائدة بتاريخ الكشف و التقدير مع مراعاة بعض الاسس التي وردة في المادة 33 من قانون الأستملاك رقم 12 لسنة 1981.

كيفية تقدير التعويضات:-

في ضوء ما تقدم و بعد الاخذ بتلك الاسس نص قانون على تحديد التعويض عن الاراضي الزراعية المملوكة ملكا صرفا مهما كان موقعها ضمن او خارج حدود البلديات و امانة العاصمة بالسعر السائد عام 1973 اذا كانت قد انت الى صاحبها في العام المذكور او قبله بأية طريقة كانت من طريق نقل الملكية و يقدر التعويض بالدونم و ويسترشد في معرفة الاسعار في تلك السنة بالبيوعات و المعاملات الجارية في دائرة التسجيل العقاري سواء على نفس الارض او الاراضي المجاورة المماثلة او القريبة و ان لم تكن هناك معاملات للاسترشاد بها فيتحدد السعر في العام المذكور من قبل هيئة التقدير⁽¹⁾.

و بالنسبة للاشجار التي لها ميزة خاصة في الاراضي الزراعية فان قانون الاستملاك العراقي حدد لها في مادته ال 32 فقرة الثانية 2.

على ضوء المادة أعلاه نستطيع أن نحدد أو نميز الأسس التي يجب الأخذ بها عند تقدير التعويض للاشجار عند

1. مصطفى مجيد، شرح قانون الأستملاك رقم 12 لسنة 1981-بغداد 981-ص108

الاستملاك و نخلصها بالنقاط الاتية ذكرها :

أ-على ضوء المادة اعلاه نستطيع ان نحدد و نميز الاسس التي يجب الاخذ بها عند تقدير الاسعار السائدة في المنطقة بتاريخ الكشف و التقدير بالنسبة لكل شجرة.

ب-نوع الشجرة وعمرها لان للعمر تأثيرا على درجة الاثمار و كذلك كثافة الشجرة.

ج- درجة الاثمار فيما اذا كانت ثمارها كثيرة و جيدة ام قليلة و هزيلة.

ح- خصوبة ارض البستان و طريقة ربيها و موقعها و قربها عن مراكز التسويق.

فعلى الهيئة التقديرية ملاحظة هذه الامور عند التقدير و الاخذ به في اتخاذ قراراتهم، و اذا تعذر للهيئة التقدير تعدادها فعليها الاستعانة بخبير لعددها و تنظيم قائمة مفصلة بكل نوع منها حسب الاسس و العوامل المشار اليها و تضاف قيمتها الى بدل التعويض للارض و المحدثات الاخرى و مجموع مبالغها يكون بدل الاستملاك.

بالنسبة للعقارات ان القانون وضع قواعد و احكام للتعويض عن الاراضي غير الزراعية في المادة 33 من قانون رقم 12 للاستملاك لسنة 1981.

و الاسس التي يجب الاخذ به عند تقدير التعويض للعقارات تحدد في النقاط الاتية :

أ-يجب ان يكون التقدير حسب الاسعار السائدة للعقار المستملك و للعقارات المجاورة او المماثلة في المنطقة الواقعة فيها العقار بتاريخ الكشف و التقدير.

ب-يراعي في التقدير موقع العقار بالنسبة للمعالم العمرانية في المدينة او القسبة و قربها عن الاسواق و المدارس و المؤسسات الخدمية المهمة.

ج-درجة عمرانية ﴿ ممتازة، جيدة، متوسطة، رديئة ﴾ ومساحته و مشتملاته و يقصد بها مساحة الارض و البناء كل على وحدة.

د-تقدر قيمة الاشجار وفق الاسعار السائدة في المنطقة بتاريخ الكشف و التقدير و يراعى في التقدير نوعها و عمرها و ما اذا كانت مثمرة او غير مثمرة و درجة اثمارها و غير ذلك من مزايا المتعارف عليها.

ح- نوع المواد المستعملة في البناء مبني من الاسمنت و الطابوق و مسقفة بالكونكريت المسلح و مبلط بالكاشي او المرمر و الموزايك وكل ذلك من مواد تستعمل في زينة العقارات.

و-الايراد،والايراد المقصود هنا ليس الايراد التي نعرفه او بدل الايجار السنوي المقدر من قبل ضريبة العقار و انما المقصود به الايراد الحقيقي حسب الموقع و درجة العمران و المشتكلات بعد ملاحظة بدل الايجار للعقارات المماثلة وقت اجراء الكشف.⁽¹⁾

وقد قضت محكمة التمييز في قرارات عديدة بانه ((اذا كان العقار معد للاستغلال فينبغي التوصل الى معرفة الايراد الحقيقي للعقار المطلوب استملاكه و الاسترشاد به عند التقدير))⁽²⁾..

المطلب الثاني

الغاء الاستملاك

في المادة 54 من قانون الاستملاك العراقي للمستملك ان يسحب من المحكمة قبل صدور قرار الاستملاك، اما في مادته 55 يجوز بقرار من وزير العدل الغاء قرار الاستملاك قبل تسجيل العقار باسم المستملك في حالة انتفاء الحاجة الى استملاكه.

لقد ورد في القانون مصطلحان هما سحب الاستملاك و الغاء الاستملاك فالأول من حق الجهة طالبة الاستملاك المطالبة به ومن حقوقه من حق وزير العدل التصرف واستعمالها والمشرع استعمل تعبير الغاء قرار الاستملاك بدل من النقص او الابطال او الفسخ الذي يستعمل لنقض الاحكام وذلك لتركيز على ان طبيعة اعمال الاستملاك ادارية يعدل المستملك عن الاستملاك اما بسبب قرار صادر من جهة معينة بتغير موقع المشروع او بانتفاء الحاجة الى العقار المستملك و غير ذلك من الاسباب فله في هذا الاحوال تقديم طلب الى المحكمة بسحب الاستملاك على ان يتم ذلك قبل صدور قرار من المحكمة بالاستملاك اما في حالة صدور مثل هذا القرار فلا يجوز تقديم طلب⁽³⁾

1. شرح قانون الاستملاك المصدر السابق ص 117...

2. القرار التمييزي رقم 1531 مدني العقار سنة 1971 في تاريخ 16-10-1971 المنشور في النشر القضائية العدد الرابع لسنة الثانية 1973 ص 222....

3. الوجيز في شرح قانون الاستملاك- القاضي شهاب احمد ياسين- بغداد 1989- ص 166.

السحب ولا فرق في ذلك عما اذا كان قرار الاستملاك مكتسبا الدرجة القطعية ام لا و المهم هنا صدور قرار به و في هذه الحالة لا يملك المستملك حق طلب سحب الاستملاك و على المحكمة عند ورود طلب سحب الاستملاك اليها قبل صدور القرار اشعار دائرة تسجيل العقاري برفع اشارة عدم التصرف عن التسجيل العقاري و يحق للمستملك منه طلب اذا فاتته منفعة بسبب منه من التصرف في العقار في فترة بين وضع اشارة عدم التصرف على العقار تطبيقا للمادة 11 ف 1 و بين سحب طلب الاستملاك اذا كان مقتضيا و تقام بشأنه دعوى في المحكمة المختصة.....

الخاتمة

كما استنتجنا في الفصول الاولى لبحثنا ان نزع الملكية من المواضيع الهامة في القانون المدني، و ترجع أهميته إلى اعتبارين أساسيين أحدهما قانوني والآخر واقعي.

فالاعتبار القانوني: يكمن في أن نزع الملكية يصطدم بقاعدة عامة مستقرة رددتها معظم الدساتير، حيث أن الدستور العراقي منذ التأسيس الجمهورية إلى غاية الدستور الأخير الذي ينص ويؤكد على أن الملكية الخاصة محمية قانونا و على ذلك فإن المساس بها عن طريق نزعها يعد استثناء تمارسه الإدارة و تتقيد في ممارستها له بما تتقيد به عند ممارسة السلطات الاستثنائية من البحث في سلطة الإدارة التقديرية و ما قد ينشأ من انحراف لهذه السلطة.

كذلك فإن نزع الملكية من الموضوعات التي يجد المشرع نفسه أمامها إزاء ضرورة التوفيق بين مبدئين أساسيين يكاد يقوم بينهما التعارض.

المبدأ الأول: حيث أن المصلحة العامة تملو على المصالح أخرى و عند التعارض بينهما يتعين تغليب المصلحة العامة.

المبدأ الثاني: أنه لا يجوز التضحية بالمصلحة الخاصة ولو في سبيل المصلحة العامة إلا في حدود ضيقة، و أن الأفراد متساوون أمام الأعباء و التكاليف العامة، فلا يجوز أن يتحمل فرد أو أفراد تكاليف المصلحة العامة وحدهم دون الآخرين، يضاف إلى ذلك أن المشرع عندما يتعرض لتنظيم هذا الموضوع يجد نفسه مضطرا إلى وضع قواعد موضوعية و أخرى إجرائية لتحقيق أهدافه في تمكين السلطة من ممارسة هذا الاستثناء و ضمان حماية حقوق الأفراد في نفس الوقت، فالمشرع بخصوص موضوع نزع الملكية لا يستطيع أن يحقق هذه الأهداف بقواعد موضوعية فحسب، و إنما يتعين عليه أن يلجأ إلى القواعد الإجرائية التي لا يقتصر دورها هنا على مجرد الترتيب و التنظيم، و إنما يتعداها إلى كفالة تحقيق المرونة اللازمة لعمل الإدارة و الحماية الواجبة لحقوق الأفراد وهذا ما أدى- حسب رأينا- إلى كثرة القواعد الإجرائية في هذا الموضوع، كما يضاف إلى دور الاعتبار القانوني في بيان أهمية هذا الموضوع. أن نزع الملكية يعتبر سببا من أسباب اكتساب المال العام.

للمصلحة العامة، كذلك إذا ما تم نزع عقاراتهم فعلا يشكون في عدالة التعويض وهذا هو الشيء الخاص في الاعتبار الواقعي، غير أن هناك شقا هاما لهذا الاعتبار لا يجوز إغفاله أو التقليل.

أما الاعتبار الواقعي؛ يتمثل في أن نزع الملكية يعد سببا جديا في إثارة مخاوف ملاك العقارات في مفاجاتهم بالاستيلاء على عقاراتهم رغما عنهم، وقد لا يعينهم في هذه الحالة اثناء ضياع أملاكهم أن يكون النزع من شأنه وهو أن نزع الملكية يمكن أن يكون وسيلة للتقدم والإصلاح الاجتماعي والاقتصادي فيما لو أحسنت الإدارة استخدامه.

وهكذا يتبين لنا أهمية هذا الموضوع وخطورته وكيف أنه يتعلق بالمصلحة العامة و المصلحة الخاصة على السواء.

تم بعون الله الانتهاء من كتابة البحث

المحتويات

الصفحة

الموضوع

1	المقدمة
2	المبحث الأول/ مفهوم الأستملاك ومدى مشروعيته
2	المطلب الأول: تعريف الأستملاك
4	المطلب الثاني: ظهور الأستملاك ومشروعيته
7	المطلب الثالث: أهداف الأستملاك
9	المبحث الثاني/ حدود ونطاق الأستملاك
10	المطلب الأول: خصائص الأستملاك وشروطه
12	المطلب الثاني: الأموال المشمولة بالأستملاك
15	المطلب الثالث: أطراف الأستملاك
19	المبحث الثالث/ أنواع الأستملاك
20	المطلب الأول: الأستملاك الرضائي
25	المطلب الثاني: الأستملاك القضائي
27	المطلب الثالث: الأستملاك الاداري
30	المبحث الرابع/ انقضاء أو انتهاء حالة الأستملاك
31	المطلب الأول: التعويض وأنواعه في الأستملاك
36	المطلب الثاني: الغاء الأستملاك
38	الخاتمة
40	فهرست
41	تأييد المشرف
42	المصادر

تأييد المشرف

اني القاضي (د. سردار علي عزيز) أؤيد بأن البحث الموسوم (نزع الملكية للمنفعة العامة عن طريق الأستملاك) للقاضي السيد (عبدالله اسماعيل أمين) تم تحت اشرافي، والتزم الباحث بأصول البحث والأمانة العلمية أثناء الكتابة، ولأجله وقعت أدناه.

المشرف/القاضي
د. سردار علي عزيز

المصادر

أولاً :- الكتب :-

- 1- مصطفى مجيد، شرح قانون الأستملاك رقم 12 لسنة 981-بغداد. 1981.
- 2- عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد-بيروت. 2005.
- 3- عصمت عبدالمجيد بكر، قانون الأستملاك رقم 54 لسنة 1970 المعدل بين الفقه والقضاء-بغداد.-. 1977.
- 4- محمد طه البشير و الدكتور غني حسون طه - الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية-بغداد-من مطبوعات وزارة التعليم العالي والبحث العلمي-غير مؤرخ.
- 5- مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 971-بغداد-1979.
- 6- الدكتور سعيد مبارك، أحكام قانون التنفيذ رقم 45 لسنة 1980-بغداد-الطبعة الثانية-2007.
- 7- جمعة سعدون الربيعي، المرشد الى اقامة الدعاوي المدنية-بغداد.-. 2006.
- 8- أحمد جمال الدين، نزع الملكية في أحكام الشريعة ونصوص القانون-بيروت.-. 1966.
- 9- سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، دار الفكر العربي-القاهرة.-. 1979.
- 10- محمد أنس قاسم، النظرية العامة لأملاك الإدارة والأشغال العمومية، الديوان الوطني-(لمطبوعات الجامعية)-الجزائر-1983.
- 11- علي خفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية-القاهرة.-. 1966.
- 12- شاکر حيدر ناصر، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية-بغداد-2002.
- 13- عبدالباقي نعمت عبدالله، مجلة العلوم السياسية-بغداد.-. 1989.
- 14- شهاب أحمد، الوجيز في شرح القانون الأستملاك-بغداد-1989.

ثانياً:- الرسائل:-

-النظام القانوني في نظام نزع الملكية في التشريعات الجزائرية – رسالة ماجستير جامعة الحاج خضر الباتنة-2006-انترنيت.

ثالثاً:القوانين:-

- 1 -قانون الأستملاك العراقي رقم 12 لسنة 1981.
- 2 -قانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
- 3 -قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971.
- 4 -قانون التنفيذ رقم 45 لسنة 1980.