

”النطاق القانوني لسلطة الإدارة في الاستيلاء” (دراسة مقارنة)

د. كلاويش مصطفى ابراهيم
جامعة صلاح الدين / كلية القانون والسياسة

د. رعد ادهم عبد الحميد
مدرس القانون العام/جامعة صلاح الدين

تمهيد:-

مما لا شك فيه بأن للإدارة سلطة تقديرية واسعة في تحقيق الأهداف التي ترمي لها بما ينسجم وأحكام القانون من جهة وتحقيق النفع العام لعموم أفراد المجتمع من جهة أخرى، وبالتالي فإنه لا يمكن تصور وجود شيئاً ما من غير غاية أو هدف معين كقوله تعالى ﴿ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا ﴾ وبالتالي فإن الغاية أو السبب سواء كانت في القانون الخاص أم العام هي أساس نشاط الشخص طبيعياً كان أم معنوياً لذلك فإن الشخص وفي نطاق القانون الخاص تتحدد غايته طبقاً لأساس ذاتي يتمثل في تحقيق مصالحه الشخصية أو الذاتية بما لا يتعارض مع النظام العام والأداب العامة وعلى العكس من ذلك فإن الإدارة ولما تتمتع به من سلطات وامتيازات تعلق بها إرادتها على إرادة الأفراد إنما أريد بها تحقيق المصلحة العامة بالشكل الذي يؤمن استقرار المعاملات في المجتمع لذلك فإن أغراض وأهداف الإدارة هي دوماً متعددة ومتجددة من دون تخصيص لكونها تتمتع بقدر من الحرية في اختيار الغاية أو الهدف التي ترمي إلى تحقيقه وفي المقابل من ذلك فإن هذه الحرية ليست مطلقة كي لا تكون متعسفة في استعمال السلطات والامتيازات الممنوحة لها بل هي مقيدة بتحقيق المطلوب وهي المصلحة العامة أو أحياناً يتدخل المشرع ويقوم بتحديد هدف معين خاص للإدارة وفي نطاق المصلحة العامة وما يطلق عليه (بقاعدة تخصيص

الأهداف) كما هو الحال لو تجاوز الموظف العام وفي نطاق الوظيفة العامة الأهداف المحددة له، عموماً فإن التصرفات القانونية التي تقوم بها الإدارة يمكن أن تقسم إلى أعمال مادية وهي تلك الأعمال التي تقوم بها الإدارة دون أن يقصد من تلك الأعمال أحداث أثار قانونية معينة كأعمال البناء وتبليط الطرق وهدم المنزل الأيل للسقوط وكذلك المخططات والرسومات الهندسية... الخ أو أعمال قانونية وهي تقسم بدورها إلى أعمال تتم باتفاق بين الإدارة وجهة أخرى كفرد أو شركة أو شخص من أشخاص القانون العام وما يطلق عليها بالعقود الإدارية وأعمال تصدر بالإرادة المنفردة للإدارة وهي ما تسمى بالقرارات الإدارية والتي تدخل في جوهر دراستنا وبالتالي فإننا استبعدنا بالدراسة الأعمال المادية والعقود الإدارية التي تقوم بها الإدارة وسلطانا الضوء على القرارات الإدارية وهو موضوع بحثنا والتي تصدر بالإرادة المنفردة والتي تعد في حقيقة الأمر من أهم الامتيازات الممنوحة للإدارة والتي تستطيع من خلالها إنشاء مراكز قانونية معينة أو نقلها أو تعديلها من دون الحاجة إلى موافقة الطرف الأخر تحقيقاً للمصلحة العامة واستقرار المعاملات في المجتمع وعليه سنتناول بالبحث والتحليل والاستنتاج في النطاق القانوني لسلطة الإدارة في الاستيلاء والذي يعد من القرارات الإدارية الخطيرة والتي تمكن الإدارة من خلاله الاستيلاء على عقار معين من العقارات المملوكة وفي الحالات الاستثنائية الطارئة مقابل تعويض عادل مع احتفاظ المالك بملكه وهذا ما أشار إليه قانون الاستملاك العراقي رقم ١٢ لسنة ١٩٨١^(١) مما تقدم أعلاه ولأهمية الموضوع من الناحية العلمية والعملية من جهة وبما يحقق التنمية الاقتصادية والاجتماعية في تقدم وإزدهار المجتمع من جهة أخرى فقد تناولنا بالدراسة والتحليل بحثنا الموسوم (النطاق القانوني لسلطة الإدارة في الاستيلاء) دراسة مقارنة، وقد قسمناه إلى ثلاث مباحث تناولنا في المبحث الأول- المفهوم القانوني للاستيلاء المؤقت على العقار وشروطه القانونية وقسمناه إلى مطلبين تناولنا في المطلب الأول- تعريف الاستيلاء المؤقت على العقار وتمييزه عما يشته به من أوضاع

قانونية مختلفة أما في المطلب الثاني_ فقد تناولنا الشروط القانونية لسلطة الإدارة في الاستيلاء المؤقت على عقار معين أما في المبحث الثاني فقد بحثنا في- الطبيعة القانونية لسلطة الإدارة في الاستيلاء المؤقت على العقار وأساسها القانوني وقد قسمناه إلى مطلبين تناولنا في المطلب الأول- حدود سلطة الإدارة في الاستيلاء المؤقت على عقار معين أما في المطلب الثاني- تناولنا الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الاستيلاء المؤقت على عقار معين أما في المبحث الثالث والأخير فقد بحثنا في- الآثار القانونية لسلطة الإدارة في الاستيلاء المؤقت على عقار معين وقد قسمناه إلى مطلبين بحثنا في المطلب الأول- التعويض النقدي أما في المطلب الثاني فقد بحثنا في- التعويض العيني وبعدها الاستنتاجات ومن ثم المقترحات وأخيراً الخاتمة والمصادر.

(١) ينظر قانون الاستملاك الاردني رقم ١٢ لسنة ١٩٨٧ و ينظر قانون الاستملاك السوري رقم ٢٠ لسنة ١٩٨٣ و ينظر قانون الاستملاك اليمني رقم ١ لسنة ١٩٩٥.

إشكالية البحث:-

تشابك واختلاط فكرة الاستيلاء والاستملاك على العقار او العقارات المملوكة للأشخاص مما يستدعي بالضرورة الوقوف والتعرف على تلك المسألة بشكل تفصيلي مع بيان موقف التشريعات وارااء الفقهاء لتلك المسألة بغية حل تلك الإشكالية بشئ من الدقة والوضوح، وكذلك معرفة النطاق القانوني لسلطة الإدارة في الاستيلاء وسريانه على العقارات المملوكة مع دراسة جميع الحجج والمبررات المقدمة من جانب الفقهاء للتوصل إلى أفضل الحلول ومن ثم النتائج في موضوع هذا البحث.

أهمية البحث:-

تأتي أهمية البحث في المسائل التالية:

١. محاولة للتعرف على الطبيعة القانونية لحق الإدارة في الاستيلاء وبصفة مؤقتة على العقارات المملوكة للأشخاص.
٢. التعرف على النطاق القانوني لحق الإدارة في الاستيلاء وبصفة مؤقتة على العقارات المملوكة للأشخاص.
٣. التعرف ايضا على موقف القانون العراقي والقوانين المقارنة لحق الإدارة في الاستيلاء وبصفة مؤقتة على العقارات المملوكة للأشخاص.
٤. وضع الحلول والمعالجات التي تكتنف تلك القوانين وتصويب رأي الفقهاء وفي حدود نطاق الدراسة للوصول إلى نتائج قانونية سليمة.

المبحث الأول

المفهوم القانوني للاستيلاء المؤقت على عقار معين وشروطه القانونية

يعد الاستيلاء بشكل عام في الشعوب البدائية سبباً من أسباب التملك عرفته البشرية منذ القدم كونه يظفر بأهمية بالغة لتلك الشعوب وخصوصاً في الحروب والغزوات عند استيلائها على أموال العدو المهزوم، أما في عصرنا اليوم فالأمر مختلف تماماً حيث أجازت التشريعات عموماً الحق للإدارة بالاستيلاء على الأموال (العقار) بشكل مؤقت وذلك لوجود ظروف استثنائية عامة تبرر الاستيلاء كالحروب والفيضانات والأوبئة... الخ مقابل تعويض عادل يستحقه مالك العقار وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول- تعريف الاستيلاء المؤقت على العقار وتمييزه عما يشته به من أوضاع قانونية مختلفة أما في المطلب الثاني فسنتناول- الشروط القانونية الواجبة للاستيلاء المؤقت على العقار تباعاً.

المطلب الأول

تعريف الاستيلاء المؤقت على العقار وتمييزه عما يشته به من أوضاع قانونية مختلفة

أولاً:

لقد تناولت الدساتير عموماً والتشريعات خصوصاً إعطاء الحق للإدارة في الاستيلاء المؤقت على أي عقار مقابل تعويض عادل مع احتفاظ المالك بملكه أو بعبارة أخرى هو نزع ملكية الأرض أو العقار جبراً لمصلحة المستملك (الإدارة) بقصد تحقيق مصلحة عامة مقابل تعويض عادل وهذا ما أشار إليه الدستور العراقي الدائم لسنة ٢٠٠٥ وما أشارت إليه م/٢٣ منه والتي نصت على إنه (لا يجوز نزع الملكية إلا لأغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل وينظم ذلك بقانون)^(١) والنص المتقدم يبين بوضوح بأن للإدارة الحق في نزع الملكية تحقيقاً للمصلحة العامة في مقابل تعويض عادل والذي تنفرد لوحدها بهذا الحق دون غيرها من الأشخاص العاديين فهو إذاً واقعة مادية يتم من خلالها وضع اليد أو الحيازة على العقار أو المال المراد نزعه ويختلط بإرادة التملك وقد ذهب جانب من الفقهاء بأن مصطلح الاستيلاء الذي يشيع استعماله ليس بالمصطلح القانوني الدقيق وأولى منه أن يقال (وضع اليد أو الإحراز)^(٢) ذلك لأن الاستيلاء لا يرد إلا على الأشياء فلا يرد على الأموال إذ وقت الاستيلاء كان الشيء لأمالك له فهو شيء لأمال ويصبح مالاً بالاستيلاء^(٣) عموماً فإن الإدارة قد تلجأ أحياناً إلى الاستيلاء بشكل مؤقت على أي عقار جبراً دون رضا مالكة وبصفة مؤقتة تزول بزوالها مع احتفاظ المالك بملكه مقابل تعويض عادل والملكية هي أما أن تكون

(١) تقابل م/٣٤ من الدستور المصري لسنة ١٩٧١ و م/١٥ من الدستور السوري لسنة ١٩٧٣.

(٢) ينظر د. غني حسون طه ومحمد طه البشير - الحقوق العينية الاصلية والتبعية - وزارة التعليم

العالي - بغداد - ١٩٨٢ - ص ١٥٨.

(٣) ينظر د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط - ج ٩ - ص ١٣.

ملكية مفرزة أو فردية والتي هي الصورة العادية أو المثلثى للملكية أو أن تكون مملوكة لأكثر من شخص بحيث يكون لكل منهم الحق في حصة رمزية شائعة تنسب إلى الشيء في مجموعه كالنصف أو الربع أو السدس... الخ^(١). وعليه فإنه يمكننا تعريف الاستيلاء المؤقت على أي عقار (إنه إجراء إداري تقوم به الإدارة وبارادتها المنفردة وبصفة مؤقتة ولضرورات استثنائية عامة تقدرها بالاستيلاء على العقار أو العقارات المملوكة لقاء تعويض عادل مع احتفاظ المالك بملكه). ولدى الرجوع إلى التشريع العراقي والذي نظم الاستيلاء على العقار أو العقارات وبصفة مؤقتة ومنها قانون الاستملاك العراقي النافذ والذي أشار في م/٢٦ منه والتي نصت على إنه (لدوائر الدولة والقطاعين الاشتراكي والمختلط في الحالات الاستثنائية الطارئة كالفيضان أو تفشي وباء أن تقرر الاستيلاء المؤقت على أي عقار مدة تحدد بقرار الاستيلاء على أن لا تتجاوز سنتين من تاريخ القرار). أما قانون الاستملاك الأردني النافذ فإنه لم يعرف الاستيلاء المؤقت على العقار وإنما عرف الاستملاك وما أشارت إليه م/٢ منه في تعريف المصطلحات القانونية (بأنه نزع ملكية عقار أو حق التصرف أو الانتفاع به أو الاتفاق عليه بمقتضى أحكام هذا القانون). وكذلك فإن قانون الاستملاك السوري النافذ هو أيضاً لم يعرف الاستيلاء المؤقت على العقار وإنما أشار إلى الاستملاك وما نصت عليه م/٢ منه (يجوز للوزارات والإدارات والمؤسسات العامة والهيئات الإدارية والجهات القطاع العام أن تستملك العقارات المبنية وغير المبنية سواء كانت ملكاً صرفاً أو ملكاً للوقف أو مثقلة بحق وقي وذلك لتنفيذ مشاريعها ذات النفع العام المنصوص عليها في هذا المرسوم التشريعي). وكذلك أيضاً فإن قانون الاستملاك اليمني النافذ لم يعرف الاستيلاء المؤقت وإنما أشار إلى الاستملاك وما أشارت إليه م/١ والتي نصت على انه (يجوز للوزارات والهيئات والمصالح والمؤسسات العامة عند

(١) رعد أدهم الحميد السامرائي- مدى سلطات الشريك المشتاع في الملكية الشائعة-رسالة ماجستير- كلية القانون جامعة بغداد- غير منشورة- ٢٠٠١- ص٧.

الاضطرار إن تستملك للمنفعة العامة وبتعويض عادل وفقاً لأحكام هذا القانون العقارات بما فيها الأراضي وذلك لتنفيذ مشاريعها ذات النفع العام).

ثانياً: تمييز الاستيلاء المؤقت على العقار ومما يشته به من أوضاع قانونية مختلفة

قد يشته مصطلح الاستيلاء بمصطلح قانوني آخر مما يتوجب علينا البحث في تلك المصطلحات القانونية المختلفة ومنها الاستيلاء والاستملاك فالاستملاك هو نزع الملكية وتجريد المالك في ملكه بصورة مطلقة ونهائية لتؤول إلى جهة الإدارة تحقيقاً للمنفعة العامة ولسير المرفق العام بانتظام واضطراراً مقابل تعويض عادل. أما الاستيلاء على العقار بشكل مؤقت فهو رفع اليد عن المالك أو الحائز لتنتقل هذه الحيازة إلى الإدارة لظروف استثنائية معينة تقدرها ولفترة معينة وتنتهي الحيازة بانتهاء الغرض الذي جاءت من أجله بالاستيلاء تحقيقاً للمصلحة العامة مقابل تعويض عادل. فأوجه الشبه بينهما هو نزع الملكية لشخص من أشخاص القانون العام تحقيقاً للنفع العام مقابل تعويض عادل تقدره الإدارة بمقتضى أحكام القانون أما أوجه الاختلاف بينهما فإن الاستيلاء يعد سبباً منشأً لملكية جديدة منبثة الصلة عن الملكية القديمة والتي كانت للمالك السابق إذ لم تكن هنالك ملكية قائمة حتى تنتقل إلى المالك الجديد أما الاستملاك فإنه يعد سبباً ناقلاً لملكية من مالك سابق وليس منشأً لها^(١) كما إن الاستيلاء يمكن أن يرد على العقار المنقول بخلاف الاستملاك الذي لا يمكن أن يرد إلا على العقار وأيضاً قد يشته مصطلح الاستيلاء بمصطلح التأميم فالأخير إنه إجراء تنتقل به ملكية المشروعات الخاصة من الأشخاص طبيعيين كانوا أم معنويين إلى الشعب ممثلاً بالدولة مقابل تعويض عادل والذي يعد بالتأكيد من أعمال السيادة والذي تهدف الدولة بمقتضاه إلى أبعاد المشروع المؤمم من الرأسمالية لتحقيق المصلحة العامة من جهة ورفاهية واستقرار المجتمع من جهة أخرى أما الاستيلاء فهو إجراء يقصد منه نزع الملكية جبراً عن

(١) د. عبد الرزاق السنهوري - مصدر سابق - ص ١٣.

المالك لظروف استثنائية ولمدة محددة مقابل تعويض عادل فاوجه الشبه بين التأميم والاستيلاء هو نزع الملكية جبراً عن مالكه لشخص من أشخاص القانون العام لقاء تعويض عادل وكذلك فإن كلاهما يمكن ان يرد على المنقول والعقار اما اوجه الاختلاف بينهما فان التاميم يعد عملاً من أعمال السيادة والذي يتم بموجبه نقل المشروعات إلى الدولة مقابل تعويض عادل أما الاستيلاء فهو إجراء إداري تقوم به الإدارة بنزع الملكية جبراً عن مالكه لظروف استثنائية ولمدة معينة مقابل تعويض عادل كما إن الإجراءات القانونية في نقل المشروعات تختلف لكل منهما.

المطلب الثاني

الشروط القانونية لسلطة الإدارة في الاستيلاء المؤقت على عقار معين

ينبغي القول بأنه لا بد من توافر شروط قانونية معينة لكي تستطيع الإدارة بنزع الملكية للمنفعة العامة بالاستيلاء وذلك لظروف استثنائية وبشكل مؤقت على العقار أو العقارات المملوكة للأشخاص مقابل تعويض عادل وهذه الشروط يمكن إجمالها بما يأتي:

أولاً: نزع الملكية للمنفعة العامة بالاستيلاء على عقار معين

بالتأكيد فإن هذا الشرط لا يتحقق إلا من خلال نزع الملكية كما إنه لا يمكن أن يرد إلا على عقار وبالتالي فإذا ورد على منقول فإن الشرط لا يتحقق وبالتالي لا يتحقق الاستيلاء وقد ذهبت غالبية التشريعات بإعطاء الحق للإدارة في الاستيلاء على العقار أو العقارات المملوكة للأفراد بشكل مؤقت وفي الحالات الاستثنائية تتولى تقديرها مقابل تعويض عادل مع احتفاظ المالك بملكه^(١) وعليه فإن للإدارة سلطة تقديرية واسعة في وضع اليد أو حيازة عقار خاص مملوك للأفراد بالقوة الجبرية وبصفة مؤقتة في الحالات التي رسمها القانون مقابل تعويض

(١) ينظر م/٢٦ من قانون الاستملاك العراقي و تقابل م/٢ من قانون الاستملاك الأردني و تقابل م/٢ من قانون الاستملاك اليمني.

عادل عن مدة الاستيلاء كما إنه يجب أن تكون العقارات التي يوجه اليها قرار نزع الملكية عقارات مملوكة للأفراد اما العقارات المملوكة للأشخاص المعنوية العامة فهي تعد من الاموال العامة^(١) والتي تستطيع الادارة تغيير وجهتها تخصيصها من دون اللجوء الى اجراءات نزع الملكية^(٢) وذلك لكون الاموال العامة تخضع للقانون الاداري اما الاموال الخاصة فتخضع للقانون الخاص^(٣).

ثانياً: - ان يكون الاستيلاء بقصد تحقيق النفع العام

يمكن القول بان نزع الملكية المملوكة للأفراد لا يكون مشروعاً الا اذا كان الغرض منه تحقيق المنفعة العامة وهذا ما أكدته الدساتير عامة والتشريعات خاصة^(٤) ومع ذلك فان تلك التشريعات قد منحت الادارة سلطة تقديرية واسعة في تقرير المصلحة العامة من عدمه والمعيار الذي تتخذه في هذا الشأن هو تحقيق المنفعة العامة وامام خطورة هذا الوضع واحتمال تعسف الادارة في استخدام سلطتها التقديرية يجعل من الضروري بسط القضاء رقابته على مدى احترام الادارة لشروط اجراء نزع الملكية بالاستيلاء ولمقتضيات المصلحة العامة حيث ذهب جانب من الفقهاء بالقول بان عيب الانحراف بالسلطة او اساءة استعمال السلطة يجعل القرار الاداري معيباً بعبء التعسف في السلطة اذا كان مستخدماً في غير الغرض الذي من اجله منحت الادارة سلطة اصداره^(٥) او ان يستعمل رجل الادارة سلطته التقديرية لتحقيق غرض غير معترف له به^(٦) او ذلك العيب الذي يصيب مقاصد رجل الادارة عندما تكون مقاصده هذه مخالفة للغرض الذي حدده القانون او الذي

(١) ينظر م / ٧١ من القانون المدني العراقي و التي نصت على انه (تعتبر اموالاً عامة العقارات و المنقولات التي للدولة او للأشخاص المعنوية العامة و التي تكون مخصصة للمنفعة العامة بالفعل او بمقتضى القانون).

(٢) د. مازن ليلو راضي - مبادئ القانون الاداري - مؤسسة (O.L.P.C.) للطباعة و النشر العدد ١٠٠ لسنة ٢٠٠٩ ص ٢١١.

(٣) د. ماهر صالح علاوي - مبادئ القانون الاداري - ١٩٩٦ - ص ٣٣٩.

(٤) ينظر م / ٢٣ من الدستور العراقي الدائم و ينظر كذلك الدستور المصري م / ٣٤.

(٥) د. محمود محمد حافظ - القضاء الاداري - بدون سنة طبع - ص ٥٧٢.

(٦) د. عبدالرحمن نورجان الابويي - القضاء الاداري في العراق حاضره و مستقبله - دار مطابع الشعب - بغداد - ١٩٦٥ - ص ١٤٨.

تتفق مع القانون^(١) وبالتالي فإذا تعسفت الإدارة في استخدام سلطتها التقديرية بالاستيلاء على عقار وانحرفت في مقاصدها عن الغرض الذي تبتغي تحقيقه اعتبر قرارها مشوباً بعيب الانحراف بالسلطة وبالتالي سيكون جديراً بالالغاء ومن ثم ببطلانه .

ثالثاً: أن يتم نزع الملكية بقرار من الإدارة

يعد هذا الشرط من الشروط القانونية الأساسية لصحة ومشروعية الاستيلاء المؤقت على العقار أو العقارات المملوكة للأفراد بمقتضى سلطتها التقديرية الممنوحة لها والمفروضة من جانبها وإرادتها المنفردة لوجود ظروف استثنائية عامة تقدرها وتأسيساً على ذلك فقد حرصت التشريعات عموماً في تحديد الجهة أو الجهات التي يحق لها اتخاذ قرارات تتعلق بالاستيلاء وعليه فإن القرار الذي تتخذه الإدارة بهذا الشأن هو بمثابة عمل إداري مركب تمارسه الإدارة بما تملك من امتيازات السلطة العامة ومع ذلك فإنه يجوز أن يصدر تشريعاً خاصاً بنزع الملكية للمنفعة العامة جبراً وكما هو الشأن عند إجراء عمليات التأميم وعليه فإنه في الأصل يجب أن يكون نزع الملكية لصالح شخص من أشخاص القانون العام ويجوز مع ذلك استثناء بأن يتم نزع الملكية لصالح أحد الملتزمين بإدارة مرفق عام لتحقيق منفعة عامة^(٢).

(١) د. عصام عبد الوهاب البرزنجي- السلطة التقديرية للإدارة و رقابة القضاء -اطروحة دكتوراة- القاهرة- ١٩٧١- ص ٤٨٢.

(٢) د. مازن ليلو راضي- مصدر سابق- ص ٢١٢.

رابعاً: أن يحصل مالك العقار على تعويض عادل

لا خلاف بأن هذا الشرط يعد أساساً لصحة مشروعية الاستيلاء المؤقت على عقار معين من جهة الإدارة إن لم يكن من أهم الشروط القانونية على الإطلاق وبمقتضى ذلك فإن الدساتير عموماً والتشريعات خصوصاً قد أشارت لهذا الشرط ومنها ما قرره الدستور العراقي النافذ في م/٢٣ ف٢ منه والتي نصت على إنه (لا يجوز نزع الملكية إلا لأغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل وينظم ذلك بقانون)^(١) وكذلك ما أشارت إليها التشريعات المقارنة ومنها القانون المدني العراقي وما قرره م/١٠٥٠ والتي نصت على إنه (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)^(٢) وكذلك ما أشار إليه قانون الاستملاك العراقي النافذ بأنه تتولى هيئة التقدير المنصوص عليها في القانون التعويض المناسب الذي يستحقه صاحب العقار المستولى عليه خلال مدة الاستيلاء المؤقت (سنتين)^(٣) وأيضاً في حالة فيما إذا أصاب العقار ضرراً بسبب الاستيلاء المؤقت على العقار بما يستدعي صاحبه مطالبة الجهة المستولية بتعويض مناسب تتولى هيئة التقدير تقديره^(٤) أما إذا دعت الضرورة في الاستمرار على اليد على العقار المستولى عليه فعلى الجهة المستولية طلب استملاكه وفي حالة امتناعها عن ذلك فإنه يحق لصاحب العقار أن يطلب من المحكمة استرداده أو تملكه إلى الجهة المذكورة لقاء تعويض عادل^(٥).

(١) تقابل م/٣٤ من الدستور المصري.

(٢) تقابل م/٨٠٥ من القانون المدني المصري.

(٣) ينظر م/٢٦ ف٣ من قانون الاستملاك العراقي النافذ.

(٤) ينظر م/٢٧ من قانون الاستملاك العراقي النافذ.

(٥) ينظر م/٢٨ من قانون الاستملاك العراقي النافذ.

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية لسلطة الإدارة في الاستيلاء المؤقت على العقار أو العقارات المملوكة

للدولة سلطات متعددة ومنها السلطة التنفيذية والتي تعد الذراع الطويل لحماية أمن المجتمع واستقراره ورفاهيته وبالتالي فالإدارة أساليب وطرائق متعددة للحصول على أموالها ومنها ما تتخذه من قواعد القانون الخاص سبيلاً بأن تنزل منزلة الأفراد فتتفق معهم بالتنازل عن أملاكهم بالتراضي بالبيع أو الهبة أو الوصية كما قد تلجأ إلى أسلوب الاستملاك أو نزع الملكية للمنفعة العامة لقاء تعويض عادل يحصل عليه المالك^(١) ضماناً لسير المرفق العام بانتظام واضطراد ولاستقرار التعامل في المجتمع. حيث أجازت الدساتير والقوانين عموماً بإعطاء الحق للإدارة بنزع الملكية الخاصة عن طريق الاستيلاء المؤقت للعقار أو العقارات جبراً عن المالك لتحقيق منفعة عامة لقاء تعويض عادل وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول- حدود الإدارة في الاستيلاء المؤقت على العقار أو العقارات المملوكة للأشخاص أما في المطلب الثاني فسنتطرق إلى- الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الاستيلاء المؤقت على العقار أو العقارات المملوكة للأشخاص تبعاً.

(١) د. مازن ليو راضي- مصدر سابق- ص ٢١٠.

المطلب الأول

حدود الإدارة في الاستيلاء المؤقت على العقار أو العقارات المملوكة للأشخاص

بيننا سابقاً بأن للإدارة سلطة تقديرية واسعة في نزع الملكية للمنفعة العامة جبراً على المالك عن طريق الاستيلاء المؤقت على العقار لقاء تعويض عادل وقد تناولت التشريعات عموماً هذه المسألة بشيء من التفصيل ومنها قانون الاستملاك العراقي والذي لازالت أحكامه نافذة بدلالة المادة ١٣٠ من الدستور العراقي حيث أجازت للإدارة بما لها من سلطة تقديرية أن تقوم بالاستيلاء المؤقت على العقار أو العقارات المملوكة للأشخاص وفي الحالات الاستثنائية كالفيضان أو تقشي وبياء بأن تقرر الاستيلاء على أي عقار مدة تحدد بقرار الاستيلاء على أن لا تتجاوز (سنتين) من تاريخ القرار^(١) كما يجوز الاستيلاء أيضاً لمجرد خدمة مشروع ذي منفعة عامة كما إذا احتيج إلى مكان لتخزين الأدوات المستعملة في توسيع مشاريع فيستولى على العقار مؤقتاً لهذا الغرض إذا لم يمكن العثور على عقار غيره^(٢) بعد أتباع الإجراءات القانونية التي نص عليها القانون وفي هذا السياق وما قضت به محكمة النقض في مصر (إذا لم تلتزم الحكومة بالإجراءات التي اوجب القانون أتباعها فإن استيلائها على العقار جبراً من صاحبه يعتبر بمثابة غصب وليس من شأنه أن ينقل ملكية العقار للحكومة بل تظل هذه الملكية لصاحبه رغم هذا الاستيلاء فيحق له الالتجاء مباشرة للمحكمة ورفع دعوى الاستحقاق لاسترداد ملكه من الغاصب عيناً أو أن يطلب التعويض النقدي إذا تعذر التنفيذ العيني أو إذا اختار هو المطالبة بالتعويض شأن المضرور من أي عمل مشروع)^(٣) لذلك فإن الأصل في القواعد العامة تقضي بعدم حرمان أحد من ملكه أو منافعه إلا

(١) ينظر م/٢٦ من قانون الاستملاك العراقي النافذ.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري- الوسيط- حق الملكية- ج٨- ص٦٢١.

(٣) ينظر مجموعة عمر رقم ٢١٧٦ لسنة ١٩٨٦- ص٢٦٦.

للمصلحة العامة والنفع العام مقابل تعويض عادل أما الاستثناء فالإدارة لها الحق بالاستيلاء المؤقت على أي عقار في الحالات الاستثنائية العامة لمدة لا تتجاوز سنتين من تاريخ صدور قرار الاستيلاء وليس من تاريخ وضع اليد الفعلي^(١) بخلاف ما ذهب إليه قانون نزع الملكية المصري حيث حدد مدة الاستيلاء المؤقت على أي عقار (بثلاث سنوات) تبدأ من تاريخ وضع اليد الفعلي وليس من تاريخ صدور قرار الاستيلاء^(٢) ونحن نذهب مع ما جاء به المشرع المصري في تحديد مدة الاستيلاء المؤقت على أي عقار (بثلاث سنوات) هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن الفترة الواقعة بين وضع اليد الفعلي على العقار وصدور القرار بالاستيلاء المؤقت عليه قد يستغرق مدة طويلة مما يسبب للمالك أضراراً جسيمة وبالتالي يحرم من التعويض وعليه فإننا نلتزم من المشرع العراقي إعادة النظر في هذه المسألة بشيء من الدقة والوضوح وكذلك فإن قانون الاستملاك العراقي النافذ قد ألزم الجهة المستولية على العقار مؤقتاً ان تقوم بإعادة العقار إلى مالكه عند نهاية المدة المحددة قانوناً وفي الحالة التي كان عليها العقار قبل صدور القرار بالاستيلاء وبعبارة أخرى فإن الإدارة تتحمل مسؤولية كل عيب أو تلف أو نقص يحظر من قيمة العقار كما لو أصبح العقار بسبب التلف غير صالح للاستعمال الذي خصص له عندئذ تلزم الجهة الإدارية (المستولية) بإعادة حالة العقار إلا ما كان عليه قبل الاستيلاء ووفقاً للاستعمال الذي كان مخصصاً له أو دفع تعويض مناسب إلى صاحب العقار وهذا ما قرره م/٢٧ف١ من القانون المذكور أعلاه وبالإضافة إلى ذلك فإن الاستيلاء المؤقت على أي عقار من جهة الإدارة لا يحتاج إلى إجراءات طويلة ومعقدة كتلك التي تستلزمها نزع الملكية (الاستملاك) وهذا ما أكدته م/٢٨ من القانون أعلاه بأنه إذا دعت الضرورة إلى استمرار وضع اليد على العقار المستولى مدة تزيد عن سنتين فعلى الجهة المستولية تقديم طلباً

(١) ينظر م/٢٦ من قانون الاستملاك العراقي النافذ.

(٢) ينظر م/١٨ من قانون نزع الملكية المصري.

في استملاكه وفي حالة امتناعها عن ذلك فإنه يحق لصاحب العقار أن يطلب من محكمة البداية استرداده أو تملكه إلى الجهة المذكورة لقاء تعويض عادل تقدره هيئة التقدير وفقاً لأحكام هذا القانون ونرى بأن المالك قد يتعسف في استعمال حقه عند الطلب من القضاء بتملكه خصوصاً وأنه إذا علم بأن قيمة تملكه للجهة المستولية (الإدارة) هي أفضل في المنافع التي كان سيحصل عليها لو تم استغلاله بعد إعادته إليه فيلزم الإدارة على تملكه لذلك فإننا نلتزم أيضاً من المشرع إعادة النظر في مضمون هذا النص المذكور بالاجابة على طلب المالك من القضاء بتملك العقار إلى الجهة المستولية (الإدارة) شريطة عدم إمكانية استعمال واستغلال العقار وفقاً لما عده له قبل الاستيلاء تحقيقاً للعدالة من جهة وللاستقرار التعامل من جهة أخرى.

المطلب الثاني

الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الاستيلاء المؤقت على العقار

ينبغي القول بأن الأهداف التي ترمي إليها الإدارة إلى تحقيقها هي بالتأكيد تحقيق المصلحة العامة لضمان سير المرافق العامة بانتظام واضطراد من جهة واستقرار المعاملات من جهة أخرى خصوصاً وأن الدساتير عامة أعطت الحق للإدارة تحقيقاً لأهدافها المشروعة بما تتسجم وأحكام القانون الاستيلاء المؤقت على أي عقار وفي الظروف الاستثنائية تحديداً والمملوكة للأشخاص مقابل تعويض عادل يحصل عليه المالك وهذا ما أشار إليه الدستور العراقي الدائم في م/٢٣ منه والتي نصت على إنه (لا يجوز نزع الملكية إلا لأغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل وينظم ذلك بقانون)^(١) والنص المتقدم يبين بوضوح جواز نزع الملكية جبرا عن المالك تحقيقاً للمصلحة العامة مقابل تعويض عادل وبالتالي فإن نزع الملكية هو إجراء إداري يؤدي إلى حرمان المالك من ملكه لذلك فإننا نرى بأن الدساتير

(١) تقابل م/١٥ من الدستور السوري.

عامة والتشريعات خاصة حرصت أن يكون ذلك وفقاً لإجراءات قانونية معينة مقابل تعويض عادل لأن الأصل بأن المال لا ينتقل وبصورة مشروعة من شخص لآخر إلا في حالتين الأولى إذا قضى العقد بذلك والثانية إذا نص القانون على ذلك وبالتالي فإذا انتقل المال في غير هاتين الحالتين يجب إعادته إلى صاحبه لأن العدالة تقضي بذلك^(١) وهذا ما أشار إليه القانون المدني العراقي في م/١٠٥٠ منه والتي نصت على إنه (لا يجوز أحد أن يحرم من ملكه إلا في الأحوال التي قررها القانون وبالطريقة التي يرسمها ويكون ذلك في مقابل تعويض عادل يدفع إليه مقدماً) أما القانون المدني المصري فقد أشار أيضاً وما نصت عليه م/٨٠٥ منه (لا يجوز أن يحرم أحد من ملكه إلا في الأحوال التي يقررها القانون وبالطريقة التي يرسمها ويكون ذلك في مقابل تعويض عادل). والنصوص المتقدمة تبين ذلك بوضوح بعدم جواز حرمان المالك من ملكه إلا في الأحوال التي نص عليها القانون مقابل تعويض عادل وأخيراً يمكننا القول بأن أساس عمل الإدارة في تحقيق أهدافها هي المصلحة العامة والنفع العام لعموم أفراد المجتمع وبمقتضى أحكام القانون وهذا ما أشارت إليه القوانين المقارنة موضوع الدراسة^(٢).

(١) د. عبد المجيد الحكيم ومحمد طه البشير وعبد الباقي البكري - مصادر الالتزام - بغداد - ١٩٨٦ - ص ٢٩٢.

(٢) ينظر المواد/ ٢٦ من قانون الاستملاك العراقي وم/٣ من قانون الاستملاك الأردني وم/١ من قانون الاستملاك للمنفعة العامة اليمني.

المبحث الثالث

الآثار القانونية لسلطة الإدارة في الاستيلاء المؤقت على أي عقار

ينبغي القول بأن الإدارة عندما تمارس سلطاتها التقديرية في الاستيلاء المؤقت على أي عقار إنما تهدف من ذلك إلى تحقيق المصلحة العامة والنفع العام لعموم المجتمع لقاء تعويض عادل يحصل عليه مالك العقار خصوصاً وان تدخل الدولة في وقتنا الحاضر ولمختلف النشاطات كان لابد من إيجاد الوسائل القانونية الكفيلة في كيفية إدارة نشاطها بغية تسهيل وتيسير سير المرافق العامة بانتظام وإضطراب مما يتوجب عليها تعويض الأشخاص عما يصيبهم من أضرار ويسبب ممارستها لتلك السلطات المختلفة خصوصاً وإذا تعلق الأمر بنزع الملكية جبراً عن طريق الاستيلاء المؤقت على أي عقار تستهدفه تحقيقاً للمصلحة العامة وعليه سنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول- التعويض النقدي أما في المطلب الثاني فسنتناول- التعويض العيني تباعاً وعلى الوجه التالي:

المطلب الأول

التعويض النقدي

الأصل في التعويض بأن يكون نقدياً فالنقود إضافة إلى كونها وسيلة للتبادل تعتبر وسيلة للتقويم أيضاً^(١) وبالتالي يمكن تعريف التعويض بأنه مبلغ من النقود أو ترضية من جنس الضرر تعادل المنفعة التي كان سيحصل عليها الدائن لو نفذ المدين التزامه على النحو الذي يوجبه من حسن النية وما تقتضيه الثقة في المعاملات^(٢)، وهذا ما أشارت إليه الدساتير والتي سبق الإشارة إليها وما أكدت عليه التشريعات موضوع الدراسة ولدى الرجوع إلى قانون الاستملاك العراقي النافذ فقد أشار هو أيضاً إلى مسألة التعويض وعليه فإذا كان التعويض متعلقاً بأرضاً زراعية سيما وان المشرع لم يعطي تعريفاً محدداً للأرض الزراعية والذي يمكن تعريفه (بأنها تلك الأرض المعدة فعلاً للاستغلال الزراعي) ولدى الرجوع إلى القانون المذكورة أعلاه نجد بأن م/٣١ منه والتي نصت على إنه (تقدر قيمة الأرض الزراعية بالدونم وتؤخذ الأسعار السائدة في عام ١٩٧٣) (بالإسترشاد بالبيوعات والمعاملات الجارية في دائرة التسجيل العقاري أساساً للتعويض العادل...) وعليه فإذا كانت تلك الأرض الزراعية مملوكة ملكاً صرفاً وألت إلى المستملك منه في عام ١٩٧٣ أو قبل ذلك فيتحدد التعويض بالسعر السائد في عام ١٩٧٣ مضافاً إليها مبلغ بنسبة ٤% عن كل سنة لاحقة لغاية الكشف والتقدير على أن لا يزيد التعويض عن السعر السائد وقت الاستملاك ويعتبر سنة كاملة جزء السنة إذا زادت على ستة أشهر وهذا ما قررته ف٢ من المادة المذكورة أعلاه أيضاً والنص المتقدم يبين بوضوح بأن التعويض يأخذ بتلك الأسس التي نص عليها القانون عن تلك الأرض المملوكة ملكاً صرفاً بغض النظر عن موقعها سواء ضمن حدود البلديات أو أمانة العاصمة أو خارجها أما إذا لم تكن هنالك معاملات للاسترشاد بالأسعار

(١) د. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية- بغداد- ١٩٨١- ص ١٥٣.

(٢) د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير- مصدر سابق- ج٢- ص ٤٢.

السائدة والمعاملات الجارية في دائرة التسجيل العقاري عندها سيتحدد السعر من قبل هيئة التقدير لكي لا يثري صاحب الأرض الزراعية على حساب المصلحة العامة باعتبار الملكية وظيفة اجتماعية وهذا ما بينه قانون إصلاح النظام القانوني في العراق رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٧ والذي كان يعبر عن فلسفة سياسية معينة على وجوب تقييد حق ملكية الأرض الزراعية وتقريبه من حق التصرف في الأرض المملوكة للدولة ذلك لأن الأرض الزراعية إنما تتمثل في استعمالها لأغراض الزراعة دون غيرها وعندانتفاء الصفة الزراعية بسبب خارج عن إرادة صاحب الأرض تصبح عندئذ ملكاً للدولة ويعوض صاحبها عنها عينا أو نقداً حسب مقتضى الحال. ونحن نرى في هذه المسألة بأنه تقييد لحق الملكية خصوصاً وان التحول السياسي في العراق بعد عام ٢٠٠٣ من الحكم الفردي المطلق إلى الحكم الديمقراطي جعل الدولة تكفل الإصلاح الاقتصادي العراقي وفق أسس اقتصادية حديثة بما يضمن استثمار كامل لموارده وتنويع مصادره وتشجيع القطاع الخاص وتنميته وهذا ما أشارت إليه م/٢٥ من الدستور العراقي الدائم أما التعويض عن البساتين والمغروسات فإنه يتم بنفس الطريقة التي جاءت بها م/٣١ من قانون الاستملاك السالفة الذكر. أما التعويض عن العقارات الأخرى فقد بينه قانون الاستملاك العراقي أيضاً ولدى الرجوع إلى م/٣٣ منه وما قررته في هذه المسألة بأنه تتم تقدير قيمة العقارات السكنية والصناعية والتجارية والعرضات المخصصة لإنشاء تلك الأبنية عليها وبالأسعار السائدة في تاريخ الكشف والتقدير بغض النظر عما ستكون عليه قيمتها بعد تنفيذ المشروع ويراعى في ذلك موقع العقار ودرجة عمرانه ومساحته ومشمولاته ونوع المواد المستعملة أما الأسس والمعايير في تقدير التعويض فتكون على أساس المتر المربع أو بسعر الوحدة القياسية المتعارف عليها وعلى هيئة التقدير بقرار مسبب تقدير التعويض جملة أو بأية طريقة أخرى يعتمد عليها عادة في التقدير وصولاً إلى التعويض العادل وهذا ما قضت به محكمة تمييز العراق (إذا كان العقار معداً للاستغلال فينبغي التوصل إلى معرفة الإيراد

الحقيقي للعقار المطلوب استملاكه والاسترشاد به عند التقدير^(١) أما إذا كان العقار المراد الاستيلاء عليه مؤقتاً ومن ثم استملاكه وكان هذا العقار معبداً أو معهداً دينياً أو مقبرة فيكون مقدار التعويض عندئذ معادلاً لقيمة الأرض مضافاً إليه كلفة إنشاء مثله من قبل المستملك في موقع مناسب يوافق عليه المستملك منه وعند عدم الاتفاق عندئذ يتولى رئيس الوحدة الادارية لموقع العقار تحديد الموقع المناسب وهذا ما أشارت إليه م/٣٤ من القانون المذكور أعلاه ونحن لا نتفق مع المشرع في هذه المسألة لأنه يجعل في ذلك مبرراً لأن يتعسف رئيس الوحدة الإدارية في استخدام الصلاحيات الممنوحة له ومن ثم يحابي مصلحة الإدارة على المستملك منه وعليه نرى من الضرورة أن تكون تلك المسألة تحت إشراف ورقابة القضاء تحقيقاً للعدالة من جهة والمصلحة العامة من جهة أخرى أما الحقوق العينية الأخرى والمتصلة بحق الملكية فقد أشارت إليه م/٣٤ من القانون السالف الذكر بأنه يتبع التعويض عن حق العقر وحق الحكر الأسس المبينة للتعويض في القوانين النافذة الخاصة بتصفية وإطفاء هذين الحقين - وحق العقر هو في الأصل من الأراضي المملوكة الخراجية التي عجز أصحابها عن استغلالها بسبب الأزمات مما اضطرت الحكومة إلى وضع يدها على هذه الأرض واحالتها إلى من يقوم باستغلالها مقابل دفع حصة معينة من الحاصلات إلى أصحابها تسمى عقراً وللخزينة الخراج وهذا النوع من الأراضي لا وجود له إلا في العراق وتحديداً في عهد الوالي مدحت باشا^(٢). أما حق الحكر فهو الحق الذي يخول صاحبه أن يتصرف بالعقار الموقوف لمدة غير معينة مقابل أجره معجلة يدفعها المحتكر لجهة الوقف^(٣) أما حق الارتفاق وبالرجوع إلى القانون المدني العراقي وما أشارت إليه

(١) ينظر القرار التمييزي رقم ١٥٣١/مدنية/سنة ١٩٧١ في ٢٦/١٠/١٩٧١ نقلاً عن مصطفى مجيد - شرح قانون الاستملاك - بدون سنة طبع - ص ١٢٨.

(٢) د. غني حسون طه و محمد طه البشير - الحقوق العينية الأصلية و التبعية - بغداد -

١٩٨٢ - ص ٢٧١

(٣) مصطفى مجيد - مصدر سابق - ص ١٣٦.

م/١٢٧١ منه والتي نصت على إنه (حق يحدد منفعة عقار لفائدة غيره يملكه مالك آخر) وبالتالي فإن طريقة التعويض تتم بنفس تقدير بدل العقار مثقلاً به وهذا ما قرره المواد ٣٠، ٣٤ من قانون الاستملاك العراقي وعليه نلتزم من المشرع العراقي إعادة النظر في الأسس الواردة في هذا القانون لمقدار التعويض بما ينسجم وتقلبات أسعار العقارات المستمرة. أما إذا تعلق للغير بالعقار المستملك حق منفعة أو حق استعمال أو حق سكنى أو تعلق به حق مساطحة أو إجازة طويلة عندئذ يقدر التعويض عن العقار مجرداً من هذه الحقوق ويستحق أصحابها من بدل الاستملاك ما يعادل بدل الاستفادة للسنين الباقية من مدتها بعد تنزيل الأجر السنوي المتفق عليه بين المالك وصاحب الحق إن وجد مع نفقات الصيانة المعتادة المتوقعة لهذه المدة والضرائب والأجور والرسوم التي تتحقق خلالها حسب التشريعات النافذة وبتاريخ الكشف والتقدير وهذا بينته م/٣٥ من قانون الاستملاك العراقي النافذ مع ملاحظة بأن القانون المذكور قد أشار بأنه إذا كانت قيمة العقار المطلوب استيلاءه ومن ثم استملاكه قد زادت لسبب مشروع كونه بوشر بتنفيذه قبل نفاذ هذا القانون فإنه لا تحتسب الزيادة في تقدير التعويض إذا تم استملاكه خلال ثلاث سنوات من تاريخ بدء تنفيذ ذلك المشروع مالم يكن قد ترتب على العقار رسم التحسن المنصوص عليه في هذا القانون وهذا ما بينته م/٣٦ من القانون المذكور أعلاه أيضاً ورسم التحسن هو الرسم الذي يفرضه القانون على العقارات التي تتحسن نتيجة تنفيذ أي مشروع ذي منفعة عامة خصوصاً وان استئثار أصحاب تلك العقارات بمزايا الخدمات التي تؤديها الدولة دون مساهمة منهم في تقديم تلك الخدمات سيؤدي إلى الإثراء دون سبب على حساب الدولة وهذا ما يخالف الهدف الأساسي لقانون الاستملاك العراقي النافذ.

المطلب الثاني

التعويض العيني

يعد التعويض العيني وسيلة لجبر الضرر فهو يدور معه وجوداً وعدمًا شدة وضعفاً وبالتالي لا ضرر حيث لا تعويض سيما وان حق الملكية مصونة وهذا ما أشارت إليه الدساتير عامة والتشريعات خاصة وعليه فالملك سلطة قانونية تتيح له بمقتضى هذه السلطة التصرف في ملكه بمختلف التصرفات القانونية باستغلالها والانتفاع بها وفي الحدود التي رسمها القانون وبالتالي إذا تم نزع الملكية لأغراض المنفعة العامة فإنه يجب أن يكون مقابل تعويض يحصل عليه المالك ولدى الرجوع إلى قانون الاستملاك العراقي وما أشارت إليه م/٢٨ منه فيما إذا دعت الضرورة إلى الاستمرار على وضع اليد على العقار مدة تزيد على سنتين من تاريخ قرار الاستيلاء أن تطلب جهة الإدارة باستملاكه وان امتنعت عن ذلك جاز لصاحب العقار أن يطالب المحكمة استرداده أو تملكه إلى الجهة المستولية مقابل تعويض عادل يتم تقديره من قبل هيئة التقدير بموجب نصوص هذا القانون والمادة المذكورة أشارت إلى حالة الضرورة والحقيقة بان الضرورة هي فكرة مرنة وغير منضبطة والتي تعدد بالمعيار الشخصي أو الذاتي والتي تستطيع الإدارة من خلالها الاحتجاج بالاستيلاء على العقار ومن ثم استملاكه لذلك فإنه قد تتعسف الإدارة في استخدام هذا الحق مما يصيب مالك العقار أضراراً جسيمة جراء هذا التعسف وعليه نرى بضرورة استبدال فكرة الضرورة بفكرة الحالات الاستثنائية العامة وكما جاءت في المادة ٢٦ من القانون أعلاه كونها فكرة منضبطة وغير مرنة والتي تعدد بالمعيار الموضوعي والتي تعد مبرراً عادلاً تستطيع الإدارة من خلالها التمسك والاحتجاج به عن طريق الاستيلاء المؤقت على العقار ومن ثم استملاكه بالإضافة إلى إن إجراءات الاستيلاء على العقار تختلف عن إجراءات الاستملاك لان الأخيرة غالباً ماتكون معقدة وطويلة لأنها تؤدي بالضرورة إلى نزع الملكية بشكل نهائي بتجريد المالك من ملكه مقابل تعويض عادل اما الاستيلاء المؤقت فإن إجراءات الاستيلاء

تكون بمجرد وضع اليد على العقار المملوك من قبل الإدارة ولمدة محددة رسمها القانون خصوصا وان المادة ٢٨ من القانون المذكور قد حددت مدة الاستيلاء المؤقت ب(سنتين) كحد أعلى وبالتالي لا يجوز تمديد هذه المدة مهما كانت الدوافع بخلاف القانون المصري حيث أجاز تمديد مدة الاستيلاء المؤقت لغاية ثلاث سنوات كحد أعلى عندما تدعو المنفعة العامة إلى ذلك^(١) وبالتالي فنحن نذهب مع ما جاء به المشرع المصري بتمديد تلك المدة إذا دعت المصلحة العامة كي تستطيع الإدارة ممارسة سلطتها التقديرية بما ينسجم وأحكام القانون لذلك فالتعويض العيني يتم عند قيام استملاك العقار بعد استيلاءه مؤقتاً مدة تجاوز سنتين من قرار الاستيلاء وهذا ما أشارت إليه م/٢٩ من قانون الاستملاك العراقي النافذ والتي نصت على انه (إذا كان العقار المطلوب استملاكه أرضاً زراعية أو بستاناً فالمستملك بالتشاور مع وزارة المالية والزراعة والاصلاح الزراعي تعويض المستملك منه أرضاً زراعية أو بستاناً معادلة من حيث القيمة ضمن حدود الوحدة الإدارية للأرض أو البستان المطلوب استملاكها وله بموافقة المستملك منه تعويض يمثلها خارج حدود الوحدة الادارية) . والنص المتقدم يبين بوضوح اختلاف وضع الاراضي الزراعية والبساتين عن وضع العقارات الأخرى وبالتالي فإذا كان الأمر كذلك وكانت الأرض زراعية أو بستاناً فإنه يتم تحقيق هذه الغاية بتعويض المستملك منه بأرض زراعية أو بستان بدلاً من الأرض أو البستان المطلوب استملاكها معادلة من حيث القيمة للأرض أو البستان المطلوب استملاكها وعليه فإن اختلاف المساحة أو الجنس بينهما لا يحول دون الاستبدال لأن القيمة تكون أساساً للمعادلة طالما يكمل الفرق بين القيمتين بمعدل من النقود وكذلك يجب أن تكون الأرض أو البستان واقعة ضمن الحدود الإدارية للأرض المطلوب استملاكها بعد استيلائها مؤقتاً مع عدم وجود مانع قانوني يحول دون الاستبدال عوض الأرض أو البستان للتعويض العيني أما إذا وافق المستملك منه على تعويضه

(١) ينظر م/٢٤ من قانون نزع الملكية المصري.

بأرض أو بستان خارج الوحدة الإدارية للمحافظة أو القضاء أو الناحية وتوفرت مثل هذه الأرض فلا مانع من الاستبدال بها وبالتأكيد فإن الجهة المسؤولة لتلك المسائل هي وزارة الزراعة والإصلاح الزراعي للأراضي الزراعية المطلوب استبدالها وذلك خشية بان تكون الأرض الزراعية المطلوب استبدالها ومن ثم استملاكها هي أحد مشاريع تلك الوزارة أما م/٢٩ من القانون المذكور أعلاه فقد بينت أيضاً فيما إذا كان العقار المطلوب استملاكه من غير الأراضي الزراعية أو البساتين فالللمستملك وبموافقة المستملك منه أن يعرض عقاراً أو أكثر أو حقوقاً عينية أصلية أخرى تعويضاً عن العقار المطلوب استملاكه ونلاحظ بأن التعويض عن العقار أو العقارات المطلوب استملاكها بعد الاستيلاء عليها مؤقتاً هو جوازي وبخلاف التعويض العيني بالنسبة للأراضي والبساتين والذي اعتبره المشرع العراقي وجوبياً وعليه فإن التعويض العيني بالنسبة للعقارات غير الزراعية يعد معلقاً على موافقة أو قبول المستملك منه^(١) ذلك لأن التعويض العيني يأخذ شكل المقايضة (المبادلة) أي كل من المستملك والمستملك منه كل منهما يأخذ مقابل ما يعطي ويعطي مقابل ما يأخذ والمهم في الشيء الذي يأخذه المتعاقد في عقود المعاوضة ذات قيمة مالية تدخل في ذمته المالية فتزيدها عنصراً موجباً له^(٢).

وعليه يجوز تعويض المستملك منه عن عقاره المستملك بعقار مستقل أو أكثر أو بحق مساطحة أو حق منفعة لعقار واحد أو عدة عقارات أو بسهام مشاعة من عقار أو عدة عقارات بالإضافة إلا إنه لا يشترط أن يكون العقار المعد للتعويض واقعاً في نفس موقع العقار المستملك أو من جنسه أو صنفه لأنه تتخذ من القيمة الأساسية معياراً للمعادلة بينهما وبموافقة المستملك منه وبالتالي فإذا لم يوافق على عرض المستملك فإنه لا يجبر على ذلك وعندئذ يلزم المستملك بدفع التعويض وفي كل الأحوال فإذا تعذر التعويض العيني فيصار إلى التعويض

(١) مصطفى مجيد- مصدر سابق- ص ١٠٩.

(٢) د. عبد المجيد الحكيم- مصدر سابق- ص ٤٦.

النقدي عموماً فإن تقدير قيمة العقار أو العقارات أو الحقوق العينية الأصلية المطلوب استملاكها تتم من قبل هيئة التقدير ومن تاريخ الكشف وإذا تبين بأن قيمة العقار المستملك أكثر من قيمة العقار المعد للتعويض فعلى المستملك إكمال الفرق بين القيمتين وهذا ما أشارت إليه م/٣٠ من القانون المذكور أعلاه.

الاستنتاجات:-

١. للإدارة سلطة تقديرية واسعة في الحق وبارادتها المنفردة أن تستولي على أي عقار وتحديدًا في الظروف الاستثنائية وبصفة مؤقتة، والمملوكة للأشخاص تحقيقاً للمنفعة العامة مقابل تعويض عادل.
٢. اقتصر المشرع العراقي على أن يكون الاستيلاء على العقار دون المنقول.
٣. حدد المشرع العراقي مدة الاستيلاء بسنتين وحسب ما جاء بقانون الاستملاك العراقي تبدأ من تاريخ صدور قرار الاستيلاء وليس من تاريخ وضع اليد الفعلي وكما جاء به قانون نزع الملكية المصري والذي حدد بموجبه مدة الاستيلاء بثلاث سنوات.
٤. خلط المشرع العراقي بين مصطلحي (الظروف الاستثنائية) وحالة الضرورة وكما جاء في م/٢٦ من قانون الاستملاك النافذ.
٥. الاستيلاء المؤقت يمكن أن يرد على الحقوق العينية الأخرى المتصلة بحق الملكية وكما جاء في قانون الاستملاك العراقي النافذ.
٦. تمتع جهة الإدارة بسلطة تقديرية واسعة في الاستيلاء على العقار والعقارات المملوكة عند استيلائها ومن ثم استملاكها فيما إذا كان معبداً أو معهداً دينياً أو مقبرة.
٧. أجاز المشرع العراقي التعويض النقدي أو العيني للعقار أو العقارات المستولى عليها وفقاً لقانون الاستملاك العراقي النافذ.

المقترحات:-

١. نقتراح على المشرع العراقي استبدال مصطلح الاستيلاء المؤقت على العقار (بوضع اليد أو الحيازة) كونه مصطلح منضبط وينسجم مع أحكام القانون ذلك لأن الاستيلاء لا يرد إلا على الأشياء غير المملوكة.
٢. نقتراح على المشرع العراقي تحديد مدة الاستيلاء على العقار بثلاث سنوات وكما فعل المشرع المصري ذلك لأن الفترة الممتدة بين وضع اليد الفعلي وصدور قرار هيئة التقدير بالاستيلاء قد تكون طويلة مما يسبب لمالك العقار أضراراً جسيمة.
٣. نقتراح على المشرع العراقي استبدال مصطلح الضرورة وكما جاء في م/٢٦ من قانون الاستملاك النافذ بمصطلح الظروف الاستثنائية العامة ذلك لأن الضرورة قد تعني مواجهة حالة أو حالات محددة لشخص أو أشخاص معينين أما الظروف الاستثنائية فهي تواجه حالة عامة وللناس جميعاً وبالتالي نجد بأن المصطلح الأخير هو الأكثر دقة وتصويباً.
٤. نقتراح على المشرع العراقي بأن يكون التعويض النقدي أو العيني والذي يستحقه مالك العقار يبدأ من تاريخ وضع اليد الفعلي وليس من تاريخ صدور قرار هيئة التقدير وكما فعل المشرع المصري في هذا الشأن وذلك تحقيقاً للعدالة.
٥. نقتراح على المشرع العراقي إعادة النظر في الأسس الواردة في قانون الاستملاك والمتعلقة بتقدير قيمة العقار أو العقارات المستولى عليها بما ينسجم والنمو الاقتصادي وزيادة دخل الفرد من جهة وتحقيق المصلحة العامة من جهة أخرى.

الخاتمة:-

للإدارة وبمقتضى سلطتها التقديرية أن تقوم بمختلف التصرفات القانونية لتحقيق المصلحة العامة ورفاهية المجتمع سيما وان للإدارة وبما تتمتع به من امتيازات وسلطات تعلو بها على إرادات الأفراد العاديين إنما أريد بها تحقيق المنفعة العامة بالشكل الذي يؤمن استقرار المعاملات في المجتمع والتصرفات القانونية التي تقوم بها الإدارة عموماً هي أما أن تكون تصرفات مادية وهي تلك الأعمال التي تقوم بها الإدارة دون أن تهدف من وراء ذلك أحداث أثار قانونية معينة كالأعمال الهندسية وتبليط الطرق - الخ وأعمال أخرى قانونية وهي تلك الأعمال التي تقوم بها الإدارة بقصد أحداث أثار قانونية معينة أما بإنشاء مركز قانوني أو نقله أو تعديله أو إنتهائه وهذه التصرفات يمكن تقسيمها إلى أعمال تتم باتفاق بين جهة الإدارة وجهة أخرى كفرد أو شركة أو شخص من أشخاص القانون العام وما يطلق عليها بالعقود الإدارية والتي استبعدناها في هذه الدراسة وسلطنا الضوء على الأعمال والتي تصدر من جهة الإدارة وبارادتها المنفردة وما يطلق عليه بالقرار الإداري والذي يعد في حقيقة الأمر من القرارات الخطيرة التي تتخذها الإدارة بالاستيلاء المؤقت على العقارات المملوكة ومع ذلك فإننا وجدنا بأن المشرع قد قيد جهة الإدارة باتخاذ تلك القرار بحصول ظروف استثنائية عامة كقيام حرب أو حصول فيضان أو وقوع زلزال... الخ وبصفة مؤقتة في مقابل تعويض عادل يحصل عليه مالك العقار المستولى عليه. وتوصلنا في الخاتمة إن الامتياز أو تلك السلطة التقديرية الممنوحة للإدارة هو يهدف بالتاكيد تحقيق المصلحة العامة من جهة ورفاهية عموم المجتمع من جهة أخرى دعماً لخطة التنمية وازدهارها.

المصادر:-**أولاً:**

١. القرآن الكريم.
٢. د. عبد الرزاق السنهوري- الوسيط- أسباب كسب الملكية ج٩.
٣. د. غني حسون طه ومحمد طه البشير- بغداد- ١٩٨٢.
٤. د. ماهر صالح علاوي- مبادئ القانون الإداري- العراق- ١٩٩٦.
٥. د. مازن ليلو راضي- مبادئ القانون الإداري- العراق- ٢٠٠٩.
٦. د. محمود محمد طه حافظ- القضاء الإداري- العراق_ بدون سنة طبع.
٧. د. عبد الرحمن نور جان الأسوي- القضاء الإداري- العراق- ١٩٦٥.
٨. د. عبد الرزاق السنهوري- الوسيط- حق الملكية- ج٨.
٩. د. عبد المجيد الحكيم ومحمد طه البشير وعبد الباقي البكري- مصادر الالتزام- العراق_ ١٩٨٦.
١٠. د. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية- بغداد- ١٩٨١.
١١. مصطفى مجيد- شرح قانون الاستملاك- بغداد_ بدون سنة طبع.
١٢. د. عبد المجيد الحكيم- مصادر الالتزام- بغداد- ١٩٦٩.

الرسائل والأطاريح:-

١. رعد أدهم عبد الحميد- مدى سلطات الشريك المشتاع في الملكية الشائعة. رسالة ماجستير- غير منشورة- كلية القانون جامعة بغداد ٢٠٠١.
٢. د. عصام عبد الوهاب البرزنجي- السلطة التقديرية للإدارة ورقابة القضاء- أطروحة دكتوراه- القاهرة- ١٩٧١.

القوانين:-

١. الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥.
٢. الدستور المصري لسنة ١٩٧١.
٣. الدستور السوري لسنة ١٩٧٣.
٤. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
٥. القانون المدني المصري لسنة ١٣١ لسنة ١٩٤٨.
٦. قانون الاستملاك العراقي رقم ١٢ لسنة ١٩٨١.
٧. قانون الاستملاك الأردني رقم ١٢ لسنة ١٩٨٧.
٨. قانون الاستملاك السوري رقم ٢٠ لسنة ١٩٨٣.
٩. قانون الاستملاك اليمني رقم ١ لسنة ١٩٩٥.
١٠. قانون نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة المصري رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠.

الأحكام القضائية:-

- النشرة القضائية مجموعة عمر - ٢١٧٦ - لسنة ١٩٨٦.
- محكمة تمييز العراق - رقم ١٥٣١ - لسنة ١٩٧١.

المخلص

يعد الاستيلاء بشكل عام في الشعوب البدائية سبباً من أسباب التملك عرفته البشرية منذ القدم كونه يظفر بأهمية بالغة لتلك الشعوب وخصوصاً في الحروب والغزوات عند استيلائها على أموال العدو المهزوم، أما في عصرنا اليوم فالأمر مختلف تماماً حيث أجازت التشريعات عموماً الحق للإدارة بالاستيلاء على الأموال (العقار) بشكل مؤقت وذلك لوجود ظروف استثنائية عامة تبرر الاستيلاء كالحروب والفيضانات والأوبئة، مقابل تعويض عادل يستحقه مالك العقار.

Abstract

The seizure in general in primitive peoples cause of property known to mankind since ancient times as he gains paramount importance to those peoples, especially in wars and when it Invasions took over the defeated enemy funds, but in our time Today, by contrast is completely different where approved legislation generally the right of management to seize funds (Property) on a temporary basis and that the presence of General exceptional circumstances justify the seizure wars, floods, epidemics, in exchange for fair compensation deserves .landlord