

فكرة تحسين العقار بسبب الاستملاك (دراسة مقارنة)

أ.د. وسن قاسم فني الخفاجي

جامعة بابل-كلية القانون

الباحث: عباس علي صاحب حسين

**The idea of improving the property due to expropriation
(comparative study)**

**Prof. Dr. Wasn Qassem Ghani Al-Khafaji
University of Babylon - College of Law
Abbas Ali Sahib Hussein**

المستخلص: تعد فكرة تحسين العقار بسبب الاستملاك من المواضيع التي نالت اهتمام المشرع العراقي والتشريعات المقارنة، وهذا يدل على أنها أخذت بالبروز في الواقع العملي باعتبارها ظاهرة اجتماعية، فخصه المشرع بتنظيم قانوني، ونظم شروط تحققه، فليس كل تحسين يحدث في العقار يعتد به، وإنما يجب أن يؤدي إلى ارتفاع في القيمة النقدية في الجزء المتبقي من العقار المستملك أو في العقارات المجاورة للعقار المستملك، ويتحقق التحسن فإن أثره كان محل خلاف بين التشريعات إلى اتجاهين يبين من يلزم المستفيد بدفع مقابل لهذا التحسن وبين لا تلزم بدفع مقابل، وهذا الاختلاف يرجع إلى فلسفة الدولة ذاتها ونظرتها في ان القيام بتطوير المنفعة العامة للمجتمع التزام يقع على عاتق الدولة، وهذا ما أخذت به الاتجاه الثاني من التشريعات أم يقتضي مساهمة الأفراد في ذلك، وهذا ما أخذ به الاتجاه الأول من التشريعات، فالزموا المستفيد بدفع مقابل للتحسن، غير أنهم اختلفوا في الضابط التشريعي في تقديره بين من أخذ بالضابط المحدد فحدد المشرع نسبة معينة تستقطع كمقابل للتحسن، وبين من أخذ بالضابط المرن في تقديره، ففوض المشرع جهة معينة، فبعض التشريعات حددت هذه الجهة بالقضاء والبعض الآخر بجهة إدارية، لهم السلطة في تقدير مقابل التحسن.

الكلمات المفتاحية: تحسين – العقار – الاستملاك .

Abstract

The idea of real estate improvement due to acquisition is one of the topics that have attracted the attention of the Iraqi legislator and comparative legislation, This indicates that it has taken to prominence in practice as a social phenomenon, The legislator summarized it with a



legal regulation and set the conditions for its verification, not every improvement that occurs in real estate is significant, Rather, it should lead to an increase in the monetary value of the remaining part of the expropriated real estate or in the real estate adjacent to the expropriated real estate, With the improvement achieved, its impact was disputed between the legislation into two directions, between those who oblige the beneficiary to pay a consideration for this improvement and those who do not oblige to pay for this improvement. This difference is due to the philosophy of the state itself and its view that developing the public benefit of society is an obligation of the state, and this is what the second trend of legislation has taken, or does it require the participation of individuals in this, and this is what the first trend of legislation has taken. They obligate the beneficiary to pay for the improvement, However, they differed regarding the legislative officer in his estimation, between who took the specific officer, so the legislator specified a certain percentage to be deducted as compensation for improvement, and he clarified the one who took the flexible officer in his estimation, The legislator delegated a specific authority. Some legislations specify this body to the judiciary, while others to an administrative body, which have the authority to assess the return for improvement .

Keywords: improvement – real estate – acquisitio

المقدمة

أولاً- التعريف بموضوع البحث : من المهام الأساسية للإدارة التي تقوم بها لخدمة المجتمع، هو تحسين من واقع المنفعة العامة، فقد تقتضي المصلحة العامة إلى نزع الملكية الخاصة لتحقيق هذا الهدف من خلال قيام المشاريع عليها، لأنها تمثل جزء من خطة التنمية القومية للبلاد، فالغرض من عملية الإستملاك التي تقوم بها الإدارة هو تحسين من واقع المنفعة العامة، وهو المبرر الذي أعطى المشرع له المشروعية لجواز انتزاع الملكية الخاصة، ولم تجز التشريعات

المقارنة الإستملاك من أجل تحسين من واقع المنفعة الخاصة لأشخاص معينين، فالمشرع قد قطع الطريق أمام الإدارة ومنعتها في طلب الإستملاك لتحقيق المنفعة الخاصة، ولم تضي عليها صفة المشروعية في جواز الاستملاك من أجل المنفعة الخاصة. إلا أنه قد يحدث تحسن يغير من واقع المنفعة الخاصة للعقار بسبب نوع المشروع المقام للمنفعة العامة الذي جرى الاستملاك لإجله، فيؤدي إلى تحسن الجزء المتبقي من العقار المستملاك، أو قد يؤدي إلى تحسن العقارات المجاورة للعقار المستملاك .

ثانياً- إشكالية البحث : تتجلى إشكالية البحث بعدة تساؤلات نبينها بالآتي :-

- ١- ما المقصود بتحسين العقار ؟ وما هي صورته وأنواعه وخصائصه؟ .
- ٢- ما هو دور الجهة المستملكة في أحداث تحسن العقار المستملاك جزءاً منه أو العقارات المجاورة، فهل قصدت أرادة الإدارة أحداثاً أم أنه تحقق بصورة عرضية؟ .
- ٣- ما هو الأثر القانوني للتحسن، فهل يستحقه المستفيدون مجاناً دون مقابل؟ أم أنه يؤثر في المراكز القانونية ويلزم المستفيدين بدفع مقابل؟ وما هو مقداره من حيث الصابغ التشريعي في تحديده؟

ثالثاً- نطاق البحث: يتحدد نطاق دراسة فكرة تحسن العقار بسبب الاستملاك في التشريع العراقي، والتشريعات المقارنة المصري والفرنسي، مع الإشارة إلى موقف بعض التشريعات الأخرى كلما اقتضت الضرورة لذلك .

رابعاً- منهجية البحث : أن المنهج المتبع الذي اقتضت منا دراسة الأشكالية هو المزج بين بعض المناهج العلمية في إطار ما يسمى بالتكامل المنهجي حيث استخدمنا المنهج الوصفي في توضيح فكرة تحسن العقار بسبب الاستملاك، والمنهج التحليلي في تحليل النصوص القانونية والتنظيمية وآراء الفقهاء، وكذلك الأحكام القضائية المتعلقة بها.

خامساً- خطة البحث: لغرض الإلمام بمختلف جوانب الموضوع والإجابة على مختلف التساؤلات، أعتمدنا التقسيم الثنائي للخطة على شكل مبحثين، نتناول في الأول ماهية تحسن العقار بسبب الإستملاك، والذي نقسمه على مطلبين، نتناول في الأول تعريف تحسن العقار، وفي الثاني خصائص تحسن العقار. أما المبحث الثاني، فسننتاول فيه، أحكام تحسن العقار بسبب الاستملاك، وسنقسمه على مطلبين، نتناول في الأول موقف النظم القانونية من استحقاق بدل تحسن العقار، أما المطلب الثاني فتناولنا فيه الضوابط التشريعية المتعلقة بتقدير بدل التحسن.



المبحث الأول: ماهية تحسن العقار بسبب الاستملاك: يعد تحسن العقار من التغيرات التي قد تحدث بسبب الاستملاك، ويتوقف حدوثه على نوع المنفعة العامة المقامة من قبل الجهة المستملكة^(١)، فتؤدي إلى تحسن موقع أو منفعة الجزء المتبقي من العقار المستملاك أو العقارات المجاورة له وزيادة قيمتها النقدية، أي تستفاد عقارات معينة من ذلك . وهذا التغيير بالتحسن بالمنفعة الخاصة ليس ناتج من اتجاه اراده الادارة المستملكة في تحقيقه بصورة مقصودة، و إنما نشأة بصورة طارئة وعرضية بسبب نوع المنفعة الناتجة من المشاريع العامة المقامة على العقار المستملاك، وهذا الأمر يقتضي بالوقوف على بيان تعريف تحسن العقار، وما هي شروط تحققه؟ ولغرض بيان ذلك بصورة مفصلة، سنقسم هذا المبحث على مطلبين نتناول في الأول تعريف تحسن العقار، وفي الثاني خصائص تحسن العقار.

المطلب الأول: تعريف تحسن العقار: للتحسن معاني عدة في الاصطلاح اللغوي^(٢)، ومن المعاني المستعملة في علم القانون تتحدد بمعنيين، الأول بأنه الزيادة، والثاني التحول أو التغيير نحو الأفضل، أي أصبح أحسن مما كان^(٣)، والمعنى الأول هو الشائع في الاستخدام في الاصطلاح القانوني، فموقف المشرع العراقي في القانون المدني، فالشائع في الاستخدام مصطلح الزيادة ونظم أحكامه في العديد من التصرفات القانونية^(٤) والوقائع القانونية^(٥) إذ جاءت احكامها متأثراً بمجلة الأحكام العدلية التي تعد تقنين للفقهاء الحنفي^(٦).

أما في القانون المدني المصري فإن مصطلح الزيادة لا يرقى إلى ذلك الوضوح كما هو الحال في القانون المدني العراقي، فقلما نجد فيه تطبيقات للزيادة، وقد يعود السبب في ذلك إلى اقتباسه كثيراً من الاحكام من القانون المدني الفرنسي، ولكن مع ذلك نجد بعض النصوص

^١ - ينظر: د. عصمت عبد المجيد، النظرية العامة للالتزامات، ج ١، مكتبة دار السلام القانونية، بدون ذكر سنة الطبع، ص ٧١٠، وكذلك ينظر: د. عباس محمد نصر الله، القانون الإداري الخاص، ط ١، منشورات زين الحقوقية، بيروت لبنان ٢٠١٦، ص ٢٠٦.

^٢ ينظر لمزيد من المعاني لمصطلح التحسن: أبي الفضل جمال ابن منظور، لسان العرب، ج ١٣، دار صادر، بيروت - لبنان، بدون ذكر سنة الطبع، ص ١١٤ وما بعدها.

^٣ ينظر د. محمد روااس قلجعي، ود. حامد صادق قنبيي، معجم لغة الفقهاء، ط ١، دار النفائس، ١٩٨٥، ص ٩٢. وكذلك د. أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، ج ١، ط ١، عالم الكتاب، القاهرة - مصر، ٢٠٠٨، ص ٤٩٧.

^٤ في عقد البيع نص المادة ٥٦٣ " ١- زيادة شيء من مال المشتري ...". ينظر لمزيد من التفاصيل د. حسن علي ذنون، شرح القانون المدني العراقي، عقد البيع، مطبعة الرابطة، بغداد - العراق، ١٩٥٣، ص ٢٤٧، وفي عقد الهبة نصت المادة ٦٢٣ " يمنع الرجوع في الهبة - ان يحصل للموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته، فإذا زال المانع عاد حق الرجوع ...".

^٥ نص المادة ١٩٦ " زوائد المغصوب مغصوبه مثله ...". فالنص يبين حالة الزيادة المتولدة من الشيء متصلة كانت أم منفصلة، وكذلك نص المادة ١١٦٥ " يملك الحائز حسن النية ما قبضه من زوائد وما استوفاه من منافع مدة حيازته " ويفهم من النص إن ما قبضه الحائز أمران الأول الزوائد وتشمل الزوائد المنفصلة المتولدة و الثاني المنافع وتشمل الزوائد المنفصلة غير المتولدة كالعوض المادي الذي يدره الشيء عن طريق استغلاله ينظر لمزيد من التفاصيل: شاكر ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ٢، مطبعة المعارف، بغداد ١٩٥٩، ص ١٧٥١.

^٦ لمزيد من التفاصيل ينظر: د. محمد عبد الوهاب محمد الزبيدي، تغيير الشيء وأثره في التصرفات والوقائع القانونية، ط ١، دار الفكر الجامعي، ٢٠١٨، ص ٩١.

والتطبيقات التي أشار فيه المشرع إلى معالجة الزيادة^(١). أما القانون المدني الفرنسي فقد أخذ بهذه الأنواع في الزيادة ولكن تحت مسميات مختلفة قد لا تستوعبها، فالزيادة المتولدة من الشيء يسميها المشرع الفرنسي بالثمار الطبيعية سواء كانت متصلة ككلأ المروج الطبيعية أو منفصلة كنتاج الحيوان^(٢)، أما الزيادة غير المتولدة فيسميها المشرع الفرنسي بالثمار الصناعية متى ما كانت متصلة بالشيء كالزروع والغرس في الأرض^(٣)، أما إذا كانت منفصلة عنه فيسميها بالثمار المدنية كالأجرة المستحقة عن تأجير الأراضي والمنازل^(٤). ويلاحظ على موقف المشرع الفرنسي أن مصطلح الثمار لا يستغرق كل أنواع الزيادة، فكل أنواع الثمار تدخل ضمن مفهوم لزيادة في حين أن هنالك تطبيقات للزيادة لا يصدق عليها وصف الثمار فالعلاقة بينهما العموم والخصوص المطلق، فكل ما يُعد ثمار هو زيادة وليس كل ما يعد زيادة هو ثمار كما في نوع الزيادة المتصلة غير المتولدة كالبناء على الأرض.

أما في قانون الإستملاك فيلاحظ أن المشرع العراقي في بادئ الأمر لم يأخذ بفكرة تحسن العقار في قانون استملاك الأموال غير المنقولة رقم ٤٣ لسنة ١٩٣٤ الملغي^(٥) إذ لم يخصها بأي تنظيم قانوني^(٦).

ولكن توجه المشرع تغيّر في التشريعات المتعاقبة لقانون الإستملاك، وأخذ بفكرة تحسن العقار، وهذا يدل على أن هذه الفكرة أخذت بالبروز في الواقع العملي باعتبارها ظاهرة اجتماعية. كما أنه نال اهتمام المشرع من حيث وضع تنظيم قانوني له^(٧)، وتوسع بصورة أكبر في تنظيم تنظيم احكامه في قانون الإستملاك النافذ ومن دون إيراد تعريف له^(٨). كما يلاحظ أن

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

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

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

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

^٥ قانون استملاك الأموال غير المنقولة، رقم ٤٣ لسنة ١٩٣٤، نشر في الوقائع العراقية، العدد ١٣٦٣ بتاريخ ١٩٣٤/٦/١٤.

^٦ ينظر لمزيد من التفاصيل حول القانون د. حسن علي الذنون، الحقوق العينية الأصلية، بدون ذكر رقم الطبعة، شركة الرابطة للطبع والنشر، بغداد - العراق، ١٩٥٤، ص ٥٥-٥٦.

^٧ في قانون الإستملاك رقم ٥٧ لسنة ١٩٦٠ الملغي، خص المشرع تنظيم قانوني في الباب السابع تحت مسمى التحسينات التي تطرأ على العقارات بسبب أعمال المنفعة العامة إذ نظمها في المواد (١٩-٢٤)، إذ أولى المشرع أهمية له من حيث التنظيم القانوني ينظر لمزيد من التفاصيل د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، بدون ذكر رقم الطبعة، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد - العراق، ١٩٦٠، ص ٣١-٣٢.



المشرع أستقر في استخدام مصطلح التحسن في قوانين الإستملاك المتعاقبة الملغية وحتى النافذ^(٢)، ولعل يرجع السبب في ذلك لأن المشرع أراد أن يشمل الصورتين الأولى وهي الزيادة في المنفعة والثانية التغير بموقع العقار نحو الأفضل وهذا ما أشترطه المشرع في النوع الأول لتحقق التحسن في الجزء المتبقي من العقار المستملك^(٣)، وكذلك أشترط في النوع الثاني التحول أو التغير نحو الأفضل، لتحقق التحسن للعقارات المجاورة للمستملك، فذكر عدة أمثله لتحسن موقع العقارات كظهوره مباشرة على الشوارع أو الساحات أو المتزهات أو الجسور أو الطرق^(٤).

فالمشرع العراقي أستخدم مصطلح التحسن ولم يستخدم مصطلح الزيادة، لأنه أعم وأشمل حيث يشمل كلا الصورتين التغير بالزيادة التي تحصل بالمنفعة وكذلك التغير أو التحول نحو الأفضل. أما موقف المشرع المصري ففي قانون نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ المعدل، فقد نظم أنواع تحسن العقار في الباب الخامس تحت مسمى أحكام عامة ووقفية^(٥)، فنظم النوع الأول من تحسن العقار الذي يطرأ على الجزء المتبقي من العقار المستملك إذا كان موقع العقار خارج المدن في نص المادة (١٧) إذ أستخدم مصطلح الزيادة، أما إذا كان موقع العقار داخل المدن، فنظم المشرع هذا النوع من تحسن العقار في نص المادة (١٩) إذ استخدم مصطلح التحسن، وهذا الاختلاف في المصطلح يترتب عليه اختلاف في التحسن الذي يعتد به بينما في النوع الثاني من تحسن العقار الذي يطرأ على العقارات المجاورة للعقار المستملك نظمه في نص المادة ١٩ من قانون نزع الملكية النافذ إذ أستخدم المشرع مصطلح التحسن، وكذلك خصه بأحكام تفصيلية بقانون خاص تحت مسمى فرض مقابل تحسين على العقارات التي يطرأ عليها تحسين رقم ٢٢٢ لسنة ١٩٥٥. أما في التشريع الفرنسي ففي قانون نزع الملكية الصادر في ٢٣ أكتوبر ١٩٥٨ الملغي، فنظم النوع الأول من تحسن

ويصدر قانون الاستملاك رقم ٥٤ لسنة ١٩٧٠ الملغي كذلك الأمر لم يخصه بتنظيم قانوني تحت تقسيم معين، وإنما أشار إلى حكم التحسن في المادة الثالثة وكذلك في المادة الحادية عشر، إذ لم يشأ المشرع بتنظيمه تحت تقسيم معين من القانون، وإنما تناول أحكامه في نصوص فرعية والإشارة إلى أحكامه بصورة مقتضية ينظر لمزيد من التفاصيل حول قوانين الإستملاك الملغية مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري، ج٣، ط١، مطبعة المعاف، بغداد- العراق، ٢٠٠٨، ص٢١٦ وما بعدها.

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

^١ قانون الإستملاك رقم ٥٧ لسنة ١٩٦٠، المنشور في الوقائع العراقية، العدد ٣٤٣، بتاريخ ١٩٦٠/٥/٨، وكذلك قانون الإستملاك رقم ٥٤ لسنة ١٩٧٠، المنشور في الوقائع العراقية، العدد ١٨٥٥، بتاريخ ١٩٧٠/٣/٢٢

^٢ ينظر نص المادة ٣٧ من قانون الإستملاك النافذ.

^٤ ينظر نص المادة ٤١ من قانون الإستملاك النافذ..

^٥ قانون نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ المعدل، المنشور في الجريدة الرسمية، العدد ٢٢ بتاريخ ٣١، مايو ١٩٩٠.

العقار الذي يطرأ على الجزء المتبقي من العقار المستملك في نص المادة ٢٠ إذ أستخدم مصطلح الزيادة . وكذلك الأمر في قانون نزع الملكية للمنفعة العامة النافذ رقم ١٣٤٥ الصادر في ٦ نوفمبر ٢٠١٤، إذ أستخدم المشرع نفس المصطلح في المادة 5- L321^(١) .

أما بالنسبة لموقف فقهاء القانون فمن خلال تتبعنا للمراجع الفقهية، لم نجد فيما تيسر لنا من كتب فقهيه تعريفاً لتحسن العقار، ولعل يرجع السبب في أن موضوع تحسن العقار لم ينل أهتمام الفقهاء في مؤلفاتهم والباحثين أيضاً، إذ لم يتم تسليط الضوء على ذلك .

وأما بالنسبة للموقف القضائي، فمن خلال تتبعنا فيما تيسر لنا من القرارات القضائية لم نجد تعريفاً لتحسن العقار. وهذا يمثل وضعاً طبيعياً إذ ليس من مهمة القضاء إصدار التعريفات إلا بصدد مصطلح ينتابه الغموض في تفسيره أو في تحديد نطاقه في التطبيق العملي، عندئذ تكون الضرورة ملحة في أيراد تعريف من قبل القضاء لغرض ايضاحه . وإزاء هذا النقص تبرز الضرورة النظرية إلى وضع تعريف لمصطلح التحسن ، لكن قبل ذلك لا بد من إيراد بعض الملاحظات ونبيها بالآتي :-

أولاً - أن المشرع العراقي حسناً فعل عندما لم يعرف التحسن لان في الأصل أيراد التعريفات يعد من عمل الفقه وليس المشرع، لاسيما وان مبررات التعريف لم تكن متوفرة في المصطلح لكي يعرفه المشرع، فالأخير لا يلجأ إلى التعريف في القوانين إلا إذا توفرت مبرراته^(٢) .

ثانياً - المتأمل في التشريعات المتعاقبة لقوانين الإستملاك في العراق، نجد أنه فقط قانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٣٤، قد خلا من تنظيم قانوني للتحسن، وهذا يعد نقصاً جوهرياً في التشريع تداركه المشرع في التشريعات المتعاقبة لقوانين الإستملاك .

ثالثاً- تميّز المشرع العراقي في قانون الإستملاك النافذ بإبراز أنواع التحسن تحت تنظيم قانوني لكل نوع، وراعى فيها خصوصية كل منها، بالرغم من أن هذا التنظيم لم يكن موجود في التشريعات السابقة وكذلك لم ينل هذا الاهتمام لدى التشريعات المقارنة . وبالرغم من ان قانون

^١ نص المادة 5- L321

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

^٢ وقد تبينوا مبررات أيراد التعريف التشريعي بالآتي أ- إذا أراد المشرع تحديد نطاقه لاسيما إذا كان هذا المصطلح يدخل في نطاق الأحكام الاستثنائية وليس ضمن نطاق الأحكام العامة، فقد لا يرغب المشرع التوسع في نطاقه أو القياس عليه ب- عندما يكون المصطلح يشوبه الغموض أو يلتبس مع مصطلح آخر فيلجأ المشرع إلى تعريفه لإزالة الغموض عنه أو لرفع اللبس فيه عن غيرة من المصطلحات. ينظر في شروط التعريف الصحيح د. مصطفى الزلمي، الالتزامات في ضوء المنطق والفلسفة، مطبعة شهاب، أربيل-العراق، ٢٠١١، ص١٨. ج- عندما يكون التعريف نوعاً من القواعد المفسرة يلجأ إليها المشرع لتفسير لمبدأ أو نظام ينظر لمزيد من التفاصيل د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ج١، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٣، ص٢٢٨.



الإستملاك العراقي وغيره من القوانين محل المقارنة لم تورد تعريفاً للتحسن بفعل الإستملاك، إلاَّ أنّ هذا لا يعني خلوها من الإشارة إلى هذا الاصطلاح ومن ثم يمكن من خلاله معرفة المقصود من هذا التحسن. ففي نص المادة ٣٧ من قانون الإستملاك النافذ "تحسن، موقع أو منفعة القسم المتبقي منه وزيادة قيمته بسبب الاستملاك" وفي نص المادة ٣٨ "... وثبت لهيئة التقدير ان الاستملاك يؤدي إلى تحسن موقع أو منفعة، القسم المتبقي منه وزيادة قيمته..." وفي نص المادة ٤١ " إذا طرأت على العقار ... زيادة في قيمته، بسبب تحسن موقعه..." فعمل المتأمل من النصوص المشار إليها نجد ان التحسن قد يرد على منفعة العقار وقد يرد على موقع العقار، والمتأمل من النصوص المذكورة نجد أن الزيادة في القيمة النقدية كانت بسبب التحسن وأنه أمر طارئ على العقار وليس مقصوداً بذاته أي أنه نشأ بصورة عرضية. وهذه النتيجة نتلمسها أيضاً في نص المادة ٣٩ عندما وصف التحسن المشار إليه في المادة ٣٧-٣٨ بأنه زيادة حادثة في القيمة النقدية فيما تبقى من العقار المستملاك، فالمتأمل من مصطلح الزيادة الحادثة أنها لم تكن مقصودة بين طرفي الإستملاك وإنما نشأت بصورة حادثة أو عرضية أو طارئة، وهذه المعنى أيضاً يستشف من موقف التشريعات المقارنة، فالمرجع الفرنسي أشار في المادة 5-321 L " إذا أدى تنفيذ الاعمال بعد نزع الملكية إلى زيادة فورية في قيمة الجزء الباقي من العقار ...". وكذلك موقف المشرع المصري إذ أشارت المادة ١٧ " إذا زادت ... قيمة الجزء الذي لم تنزع ملكيته بسبب أعمال المنفعة العامة ...". وكذلك في نص المادة ١٩ " يلزم ملاك العقارات التي يطراً عليها تحسين بسبب أعمال المنفعة العامة ...". فمن خلال ما تقدم يمكننا ان نضع تعريفاً للتحسن الطارئ في الإستملاك إذا نظرنا إليه من زاوية صورته "هو تحول في منفعة العقار أو موقعه أو كلاهما ويؤدي إلى زيادة في قيمته النقدية"، وإذا اردنا أن نعرفه من زاوية أوسع شمولاً من حيث أصله وصوره وأنواعه التي أشار إليها المشرع العراقي فنقول "تغيّر في منفعة العقار أو موقعه أو كلاهما يحدث بسبب الإستملاك، في الجزء المتبقي من العقار المستملاك أو العقارات المجاورة له، ويؤدي إلى زيادة في قيمته النقدية."

المطلب الثاني/ خصائص تحسن العقار : من خلال تعريف تحسن العقار نجد أن له خصيصتان، أولهما أنه طارئ، وثانيتهما التحسن يحقق المنفعة الخاصة، لذا سنحاول توضيحهما في الفقرتين الآتيتين :

أولاً -الصفة الطارئة للتحسن :- ويقصد بهذه الصفة، أن الزيادة الناتجة عن التحسن حدثت بصورة عرضية، بمعنى لم تتجه أرادة الأطراف الى تحقيقها، فلم تتجه ارادة الجهة المستملكة

إلى تحقيقها من حيث النتيجة، ولم يكن هو الباعث الدافع إلى القيام بعملية الإستملاك، وإنما كان الباعث الدافع هو تحقيق المشروع المراد قيامه من أجل المنفعة العامة، كذلك لم تتجه إرادة المستمك منه إلى تحقيقه ولم يكن لديه قصد في ذلك. وهو بذلك يختلف عن صورته التحسن غير الطارئ الذي تقوم به الجهة المستمكة، فهي أرادت الفعل و أرادت النتيجة في تحقيق تحسن من واقع المنفعة العامة للمجتمع .

ثانيا- التحسن يحقق المنفعة الخاصة : فإذا كان الاستملاك يحقق المنفعة العامة فإن التحسن الناتج عن الإستملاك يحقق المنفعة الخاصة، وان كان بصورة غير مباشرة، وذلك يرجع لان أكثر المستفيدين أو المنفعين من مشروع الإستملاك هو صاحب العقار المستمك منه في حالة الإستملاك الجزئي أو أصحاب العقارات المجاورة من هذه المنفعة العامة، وتؤدي بظلالها أما بالزيادة في القيمة النقدية أو المنفعة، وإزاء ذلك قررت بعض التشريعات استحقاق مقابل لهذا التحسن، الذي لا يسعنا المجال لذكره هنا على أن نورد في الموضوع المناسب .

فالنسبة التي نخلص لها أن الإستملاك يحقق المنفعة العامة بصورة مباشرة وقد يحقق المنفعة الخاصة بصورة غير مباشرة، وذلك يتوقف على نوع المشروع المقام للمنفعة العامة.

المبحث الثاني: أحكام تحسن العقار بسبب الاستملاك: إذا نشأ تحسن العقار بسبب الإستملاك وتوافرت شروطه، فإن البعض من التشريعات رتبت أثر قانوني وهو استحقاق مقابل للتحسن، في حين بعض الآخر من التشريعات لم يرتب ذلك، فالتساؤل الذي يثار ماهو المسوغ الذي جعل من بعض النظم القانونية تأخذ بفكرة استحقاق مقابل التحسن في حين أن البعض الآخر لم تأخذ بالفكرة ؟ وماهو مقداره، وعلى وفق أي ضابط يتحدد ؟ لغرض الوصول إلى إجابة عن هذه التساؤلات، سنقسم هذا المبحث على مطلبين، نتناول في الأول فكرة استحقاق بدل تحسن العقار وفي المطلب الثاني الضوابط التشريعية المتعلقة بتقدير بدل تحسن العقار.

المطلب الأول: موقف النظم القانونية من استحقاق بدل تحسن العقار : إذا طرأ تحسن في العقارات المستمك جزء منها أو في العقارات المجاورة، فإن موقف التشريعات قد اختلفت في مسألة استحقاق بدل لهذا التحسن، وهذا الأختلاف يرجع إلى فلسفة الدولة ذاتها ونظرتها في ان القيام بتطوير المنفعة العامة للمجتمع التزام يقع على عاتق الدولة أم يقتضي مساهمة الأفراد في ذلك ؟. أن تحديد هذا الأمر يتوقف بصورة رئيسية على إمكانية الدولة المالية، هل هي تستطيع القيام بهذه الأعباء لوحدها أم يستدعي الأمر ادخال اشخاص المجتمع في المساهمة بتلك الأعباء المالية، لاسيما اصحاب العقارات الأكثر استفادة من المشاريع المقامة للمنفعة العامة، وهم المستمك منه في حالة الاستملاك الجزئي وأصحاب العقارات المجاورة للعقار المستمك . فبعض البلدان تتمتع بثروات طبيعية كبيرة، مع عامل قلة الكثافة السكانية و صغر



المساحة الجغرافية، فاجتماع هذه العوامل الرئيسية يهيئ للدولة ومؤسساتها القيام بأعباء تطوير المنافع العامة بسهولة، وبذلك فهي استغنت عن مساهمة الأشخاص في ذلك، فلم تقر باستحقاق بدل لهذا التحسن^(١). في حين ان البعض الآخر من البلدان أنها قضت بهذا الالتزام لأنها لا تستطيع النهوض به إلا بمشاركة الأشخاص معها للقيام بإعباءه، ومؤدى ذلك قضت تشريعات هذه الدول في كلاً نوعي التحسن الطارئ في الإستملاك باستحقاق المستملك منه في النوع الأول ولجهات معينة في النوع الثاني أن يأخذ مقابل هذا التحسن وأن كان هذا المقابل يختلف بحسب نوعي ذلك التحسن. وقد يرجع السبب في ذلك إلى عدم توفر العوامل كلها أو بعضها التي يتمتع بها بلدان الاتجاه الأول. ومن هذه الدول على سبيل المثال جمهورية مصر العربية فاجتماع عامل قلة الثروات الطبيعية مع عامل كثرة الكثافة السكانية، مع عامل كبر المساحة الجغرافية، فهذه العوامل الرئيسية مما يضع الدولة ومؤسساتها في موضع عدم استطاعتها في ان تقوم بأعباء تطوير المنافع العامة بسهولة. أما عن جمهورية العراق العربية فبالرغم من توفر فيه العوامل الرئيسية التي يتمتع بها بلدان الاتجاه الأول من وفرة الثروات الطبيعية مع عامل قلة الكثافة السكانية مع عامل صغر المساحة الجغرافية، فيفترض أنه يسلك منحى بلدان الاتجاه الأول في أن تتحمل الدولة لوحدها دون مشاركة أشخاص المجتمع أعباء القيام بتطوير المرافق العامة للمجتمع، ولكن نظراً لسوء إدارة الثروات الطبيعية والبشرية نتيجة لعدة ظروف سياسية وعسكرية مر بها البلد والتي لا يسعنا المجال لذكرها هنا، مما أدى إلى عدم استطاعة الدولة بالنهوض بأعباء تطوير المرفق العام لوحدها.

^١ ويمثل موقف التشريع الإماراتي ينظر: في إمارة أبو ظبي قانون رقم ١١ لسنة ٢٠١٣ ولانحته التنفيذية، وفي إمارة الشارقة قرار المجلس التنفيذي رقم ٤٨ لسنة ٢٠١٢ بشأن نوع ملكية بعض العقارات المتأثرة بمشروع تطوير شارع الإمارات، المنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ ٢٠/١٢/٢٠١٢، وفي إمارة دبي قرار رقم ٢ لسنة ٢٠٠٥ الصادر بتاريخ ٢٠٠٥/١/١ بشأن تعويض أصحاب الأراضي المتأثرة بارتداد السكك في منطقة الأعمال المركزية، وكذلك حكومة رأس الخيمة، قانون رقم ٩ لسنة ٢٠١٢ بشأن الإستملاك والملاحظ على موقف النظام القانوني الإماراتي بالرغم من أن التشريع في إمارة دبي لم يأخذ بفكرة بدل التحسن إلا ان محكمة تمييز دبي فقد قضت في إحدى قراراتها " في حالة نزاع جزء من الأرض دون الجزء الآخر فيراعى ما يكون قد طرأ على قيمة الجزء الذي لم تنتزع ملكيته بسبب أعمال المنفعة العامة أو التخطيط العمراني من نقص أو زيادة بخصمه أو زيادته إلى ثمن الجزء المستولي عليه، بما مؤداه أن يؤخذ في حساب التعويض قيمة التحسين الذي طرأ على الجزء من الأرض الذي لم ينزع بسبب أعمال المنفعة العامة أو التخطيط العمراني كتحويل المنطقة من زراعية أو صناعية إلى سكنية أو تجارية وأن يخصم مقابل بدل التحسين من القيمة المقدرة للجزء المستولي عليه والمنزوعة ملكيته محكمة التمييز حكومة دبي، الأحكام المدنية / طعن رقم ٦ لسنة ٢٠٠٩، بتاريخ ٢٠٠٩/٣/٢٢. أشار إليه د. صالح أحمد اللهيبي، فكرة نزاع الملكية للمنفعة العامة، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ٨، العدد ٢٨٨، ص ٢٨٤. ويرى جانب من الفقه أنه بالرغم من إشارة القضاء إلى ضرورة الأخذ بالاعتبار عند تقدير التعويض تضرر قيمة المتبقي من العقار أو تحسن قيمة المتبقي من العقار في حالة نزاع الملكية الجزئي، ولكن لا يزال هذا التوجه قضائياً لا نجد له سنداً قانونياً يستند إليه د. صالح أحمد اللهيبي، فكرة نزاع الملكية للمنفعة العامة، مصدر سابق، ص ٢٨٤. والتشريع الكويتي قانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٦٤ المعدل بالقانون رقم ٢ لسنة ٢٠٠٦ في شأن تعديل بعض الأحكام في شأن نزاع الملكية والاستيلاء المؤقت للمنفعة العامة والتشريع القطري قانون رقم ١٣ لسنة ١٩٨٨ بشأن نزاع الملكية العقارات والاستيلاء عليها مؤقتاً للمنفعة العامة المعدل بقانون رقم ٩ لسنة ٢٠٠٦ والتشريع البحريني قانون استملاك العقارات للمنفعة العامة الصادر بالمرسوم رقم ٣٩ لسنة ٢٠٠٩.

وإزاء ذلك فذهب المشرع العراقي إلى الأخذ بفكرة أستحقاق مقابل للتحسن الذي يحدث للجزء المتبقي من عقار المستملك منه أو يحدث للعقارات المجاورة للعقار المستملك .

لكن هذه الفكرة لم تسلم من النقد من قبل الفقه والقضاء، إذ تعرضت إلى عدد من الانتقادات، لاسيما في التشريع العراقي والأردني، فعلى الصعيد الفقهي يرى البعض ان الجهة المستملكة لا تقوم إلا بدفع القيمة الحقيقية للعقار المستملك، فمن غير العدل بحق المستملك منه خصم من بدل استملاك ما يعادل الربح، لأن ذلك يؤدي إلى إثراء المستملك على حساب المستملك منه. كما أن الدولة عندما تفرض هذا المقابل الذي تستند إلى زيادة في القيمة المقدره للعقار نتيجة المشروع الحكومي أيا كان هذا المشروع، والذي حدده بربع الفرق في قيمة العقار قبل المشروع وبعده، وهذا ما يجافي العدالة لأن قيام الدولة بمشروع للمنفعة العامة هو ما يعد من صلب مهامها في تسيير وتطوير المرافق العامة، فضلاً عن ذلك قد تكون هذه المشاريع استثمارية تقوم الدولة فيها حالها حال أشخاص القانون الخاص، فليس من العدل أن نلزم أحداً بدفع مقابل نتيجة ممارسة الآخر مهامه الاقتصادية المألوفة، بالرغم من أن هذا الأمر غير موجود في علاقات أشخاص القانون الخاص، فانفتاح الجار من بناء جاره الآخر بناية تجارية وأدى إلى زيادة قيمة العقارات المجاورة فلا يحق له المطالبة بمقابل^(١) . كما يلاحظ البعض من الفقه أن أستحقاق مقابل للتحسن يتعارض مع الدستور، فالمشرع الدستوري وفر حماية للملكية الخاصة في عدم جواز نزعها من مالكيها إلا لغرض المنفعة العامة، ومقابل تعويض عادل^(٢)، ويفسر جانب كبير من الفقه التعويض العادل بأنه ما يكون شاملاً لكامل الضرر الذي لحق بالمالك أو صاحب الحق في العقار المستملك، فمفهوم التعويض العادل يعني التعويض الكامل عن كامل مساحة العقار المستملك وأن أي تعويض لا يشمل كامل العقار المستملك لن يكون عادلاً بأي حال من الأحوال^(٣) .

لذلك فهم يرون ان تفويض المشرع بتنظيم الإستملاك، إنما يتناول إجراءات الإستملاك والمنازعات المتعلقة به، أما ما تضمنه نصوص قانون الإستملاك في نوع التحسن في الجزء

^١ صفاء شكور عباس، بدل تحسن العقار، بحث منشور في مجلة دراسات البصرة، السنة الخامسة، العدد ٣٨، ٢٠٢٠، ص ٣٦٢.

^٢ المادة ٢٣/ثانياً من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، والمادة ٣٥ من دستور جمهورية مصر لسنة ٢٠١٤.

^٣ عبد الناصر زياد وأشرف أسماعيل العدوان، التعويض العادل كشرط لمشروعية الإستملاك في ضوء أحكام قانون الإستملاك الأردني، مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلد ٣٩، العدد ٢، ٢٠١٢، ص ٤٤٧، خالد حماده الخريشا، م دعاوى الإستملاك أمام القضاء، دراسة مقارنة، ط١، دار الفكر، ٢٠١٠، ص ٣٣- وكذلك ص ٥٩، مروان محمد محروس وخليل محمد عبدالله، حماية الملكية الخاصة في أحكام المحكمة الدستورية البحرينية على ضوء التشريعات المنظمة لهذه الحماية، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد ١٤ العدد الثاني، ٢٠١٧، ص ٣٩٥، محمد وليد العبادي، وأحمد عبد الكريم، الرقابة القضائية على الإستملاك في القانون الأردني، بحث منشور في مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلد ٣٥ العدد ٢، ٢٠٠٨، ص ٢٥٨.



المتبقي من العقار والتي أجازت استملاك ربع مساحة العقار بدون مقابل، وكأنه أمر قانوني وجوبي يقترب من مفهوم التكليف القانوني بدفع الضريبة، فيطرح الفقه تساؤلاً إلا يعد ذلك مخالفة التشريع العادي للدستور، لاسيما وان ما وصل إليه المشرع في تنظيمه للاستملاك إلى حد أهدار شرط حدده الدستور كضابط حاسم لمشروعية الإستملاك، إلا يعد ذلك مخالفة دستورية وانتهاك للحماية القانونية لحق الملكية التي نص عليها المشرع في الدستور^(١).

وكذلك أثير هذا الرأي في تطبيق القضاء العراقي لدى محاكم الدرجة الأولى ففي قضية طلبت محكمة بداءة الكراة بكتابها المرقم (٢٩٨٨٢) في ٢٨/١١/٢٠٠٧ إلى محكمة الاتحادية العليا البت بشرعية حكم المادتين ٣٧ و ٣٨ من قانون الإستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ حيث ألزمت المادة ٣٧ منه الإستملاك ما لا يتجاوز ربع مساحة ارض العقار بدون بدل إذا ثبت لهيأة التقدير تحسن موقع أو منفعة القسم المتبقي منه وزيادة قيمته بسبب الإستملاك، وأن المادة ٣٨ منه ألزمت مالك العقار المستملك جزء منه بدفع قيمة ما يكمل ربع المساحة العمومية للأرض قبل الإستملاك إذا كانت المساحة المستملكة بدون بدل يقل عن ربع المساحة العمومية للعقار وثبت لهيأة التقدير أن الإستملاك يؤدي إلى تحسن موقع أو منفعة القسم المتبقي منه وزيادة قيمته . ورأت محكمة بداءة الكراة ان ذلك يتعارض مع حكم المادة ٢٣ /ثانيا من الدستور حسب وجهة نظرها والتي نصت على عدم جواز نزع الملكية إلا لإغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل وجاء نص المادة المذكور مطلقاً . في حين كان رأي المحكمة الاتحادية العليا خلاف ذلك حيث جاء في حكمها "وضع الطلب موضع التدقيق والمداولة من المحكمة الاتحادية العليا وتوصلت إلى ان حكم المادتين ٣٧ - ٣٨ من قانون الإستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ لا يتعارض مع حكم المادة ٢٣/ثانيا من دستور جمهورية العراق وتشكلان تطبيقاً سليماً له ذلك " ان التعويض العادل الذي قصده النص الدستوري قد تحقق في تحسن موقع أو منفعة القسم المتبقي من العقار وزيادة لقيمه بسبب الإستملاك، وكذلك الحال عند دفع المستملك منه ما يكمل قيمة ربع المساحة العمومية للعقار لأن ذلك يمثل الزيادة التي حصلت في قيمة أو في منفعة الجزء غير المستملك وهذه الزيادة في القيمة أو في المنفعة تمثل التعويض العادل للمستملك منه الذي قصده النص الدستوري المشار إليه وإلا نكون أمام حالة أضرار غير مشروع بجانب المستملك على حساب الجهة المستملكة"^(٢).

^١ عبد الناصر زياد وأشرف إسماعيل العدوان، التعويض العادل كشرط لمشروعية الإستملاك في ضوء أحكام قانون الإستملاك الأردني، مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلد ٣٩، العدد ٢، ٢٠١٢، ص ٤٧٧.

^٢ قرار محكمة الاتحادية العليا /٣٥/ اتحاديه بتاريخ ٢٠٠٨/١/٨ غير منشور.

وكذلك أثرت عدم الدستورية استحقاق بدل التحسن في القضاء الأردني ففي قضية تتجلى وقائعها في أن وزارة الأشغال العامة أقامت دعوى الإستملاك جزء من أرض المدعي عليه والبالغ مساحتها ٣ دونم و ٨٠٠ متر لغاية توسيع طريق .. وطلب المدعى عليه الحكم له بالتعويض عن المساحة المستملكة وأثناء السير بإجراءات الدعوى تقدم الدعى عليه بمذكرة تضمنت الدفع بعدم دستورية الفقرة أ من المادة ١١ من قانون الإستملاك بحجة مخالفتها لحكم المادة ١١ من الدستور وانتهت في ختام مذكرتها إلى طلب وقف النظر بالدعوى الأصلية وإحالة الملف إلى محكمة التمييز، ووجدت الأخيرة أن المتطلبات القانونية التي أوجبتها المادة ١١ من قانون المحكمة الدستورية النافذ بجدية الطعن متوفرة في طلب الجهة الطاعنة واستنادا لذلك أصدرت قرارها بإحالة الطلب إلى المحكمة الدستورية للفصل فيه، وقضت الأخيرة أن المادة ١١ من الدستور تنص على " لا يستملك ملك أحد إلا للمنفعة العامة وفي مقابل تعويض عادل حسبما يعين في القانون " ... وحيث وازع الدستور أرسى مبدئين يتوجب الالتزام بأحكامهما أولهما أن يكون هدف الاستملاك تحقيق المنفعة العامة وثانيهما أن يتم دفع تعويض عادل إلى المالك، وحيث أن الدستور بقله (حسبما يعين في القانون) قد فوض المشرع لوضع قانون يتولى فيه تبيان الآليات والوسائل القانونية التي بمقتضاها تتوفر مكنة تنفيذ مبدأي المنفعة العامة والتعويض العادل وحيث أن المشرع استند لهذا التعويض ومارس صلاحياته التي تخوله إجراء الملائمات والمفاضلة بين مختلف البدائل التي يستقل بتقديرها مستجيباً لمقتضيات الصالح العام وتحقيق المساواة بين المستملك والمالك ولهذا وبالبناء على ما بيناه تقرر المحكمة الحكم برد الطعن . وبالمقارنة بين موقف المشرع العراقي والأردني يرى جانب من الفقه^(١) أن موقف المشرع العراقي أكثر عدالة وموضوعية في حكمه من قانون الإستملاك الأردني لأن المشرع العراقي لا يوجب استملاك ربع العقار مجاناً إلا شريطة أن يثبت لهيئة التقدير تحسن موقع أو منفعة القسم المتبقي منه وزيادة قيمته بسبب الإستملاك، بينما المشرع الأردني أجاز استملاك ربع مساحة العقار مجاناً إذا كان الإستملاك للغايات المحددة في المادة ١١/أ دون اشتراط أن يؤدي الاستملاك إلى تحسن موقع أو منفعة الجزء المتبقي منه وزيادة قيمته بسبب الإستملاك.

ومؤدى ذلك ان المشرع أخذ بالأثر الإيجابي للأستملاك على الجزء المتبقي من العقار المستملك، ولم يضع ضوابط لمصلحة المالك كما كان عليه الحال في ظل قانون الإستملاك الأردني الملغي رقم ٢ لسنة ١٩٥٣، فعلى الرغم من ان قانون الإستملاك الأردني الملغي قد

^١ عبد الناصر زياد، التعويض العادل كشرط لمشروعية الاستملاك ، في ضوء أحكام قانون الاستملاك الأردني مصدر سابق، ص٤٧٨.



أجاز استملاك ربع المساحة مجاناً إلا انه يعد أكثر تطوراً وعدالة قياساً بالنص الحالي حيث كانت المادة (٢١) من القانون الملغي قد وضعت عدة ضوابط .

أما موقف المشرع المصري فلم تثر مشكلة عدم دستورية استحقاق بدل التحسن في نوع الإستملاك الجزئي ازاء التعويض العادل والسبب في ذلك أنهم اتخذوا أسلوب يختلف عن موقف المشرع العراقي والأردني في تحديد استحقاق بدل التحسن، الذي لا يسعنا المجال لذكره هنا على أن نوردته في الموضوع المناسب^(١)، وكذلك أيضاً موقف المشرع الفرنسي في قانون نزع الملكية النافذ فكذلك لم تثر مشكلة عدم دستورية استحقاق بدل التحسن في نوع الإستملاك الجزئي ازاء التعويض العادل والسبب في ذلك أن الأسلوب الذي أتخذه المشرع مشابه لأسلوب المشرع المصري في تحديد استحقاق بدل التحسن^(٢) .

المطلب الثاني/ الضوابط التشريعية المتعلقة بتقدير بدل التحسن: تبين لنا فيما سبق أن بعض التشريعات أقرت استحقاق بدل للتحسن الطارئ بفعل الإستملاك، فما هي الضوابط التي اعتمدها المشرع في تقدير بدل التحسن؟ أن موقف التشريعات انقسمت إلى اتجاهين، اتجاه تبني الضابط الجامد وحدد بدل التحسن بنصاب محدد والآخر تبني الضابط المرن في تقدير بدل التحسن، ولغرض بيان موقف التشريعات المقارنة من الضابط الذي تتبناه، سنقسم هذا المطلب على فرعين، نتناول في الأول الضابط المحدد بنصاب في تقدير بدل التحسن وفي الثاني الضابط غير المحدد بنصاب في تقدير بدل التحسن .

الفرع الأول/ الضابط المحدد بنصاب في تقدير بدل التحسن: انتهجت بعض التشريعات على نصاب محدد قدرت به مقدار بدل التحسن الناشئ عن الإستملاك، لذا سنحاول في هذا الموضوع بيان مقدار هذا النصاب الذي اعتمده تلك التشريعات وأساس تقديره ؟ ولغرض بيان ذلك بصوره مفصله سنقسم هذا الفرع على فقرتين نتناول في الفقرة الأول مقدار النصاب، وفي الفقرة الثانية أساس تقديره .

أولاً- مقدار النصاب : في التقنيات العراقية المتعاقبة لقانون الاستملاك نجد أن قانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٣٤ الملغي لم يحدد نصاب معين لأنه لم يأخذ بفكرة التحسن الطارئ على الإستملاك ولم يخصه بتنظيم قانوني. أما في قوانين الإستملاك المتعاقبة الملغية الذي حدد مقدار النصاب في الإستملاك الجزئي ما لا يتجاوز ربع مساحة أرض العقار إذا كانت مساحة الأرض المراد أستملكها تتجاوز الربع من المساحة الكلية . أما إذا كان الإستملاك الجزئي أقل من ربع مساحة الأرض الكلية فتستملك مجاناً وبدون بدل ويلزم المستملك منه بدفع مبلغ نقدي على

^١ ينظر المبحث الثاني، المطلب الثاني، الفرع الثاني، ص ٢٠ وما بعدها .

^٢ ينظر المبحث الثاني، المطلب الثاني، الفرع الثاني، ص ٢٠ .

سبيل التعويض إلى المستمك ليكمل ربع الفرق بين قيمة العقار السابقة وقيمتها بعد الإستملاك وذلك بسبب الزيادة في القيمة التي أصابت الجزء الذي لم يستمك^(١) . أما مقدار النصاب الذي يلزم أصحاب العقارات المجاورة للعقار المستمك إذا تحسنت عقاراتهم بسبب الإستملاك فالمقدار هو ربع الفرق بين قيمتها السابقة وقيمتها بعد الإستملاك^(٢).

أما موقف المشرع العراقي في قانون الإستملاك النافذ ففي الفصل الأول من الباب الرابع في صورة تحسن ما تبقى من العقار المستمك وبالتحديد في نص المادة ٣٧ " يستمك بدون بدل ما لا يتجاوز ربع مساحة أرض العقار... " ويستشف من ظاهر النص ان المشرع قد حدد بدل التحسن بما لا يتجاوز الحد الأعلى للنصاب وليس بنصاب محدد وهذا يتضح من خلال عبارة (ما لا يتجاوز ربع) أي ان يقدر بدل التحسن الربع أو ما هو دونه .

ولكن الملاحظ في نص المادة (٣٨) أنه أشار إلى ان إذا كانت المساحة المستمكة بدون بدل تقل عن ربع المساحة العمومية للعقار، وثبت لهيئة التقدير ان الاستملاك يؤدي إلى تحسن، موقع أو منفعة والقسم المتبقي منه وزيادة قيمته، فيلزم المستمك منه بدفع قيمة ما يكمل ربع المساحة العمومية للأرض قبل الإستملاك . ولعل المتأمل من النص ان هنالك إلزام على المستمك بوجوب دفع قيمة ما يكمل ربع المساحة العمومية أي بعبارة أخرى إذا كان بدل التحسن أقل من الربع المساحة فيلزم بدفع قيمة ما يكمل الربع، وهذا يتناقض مع ما ورد في نص المادة ٣٧ السالفه الذكر ففي المادة الأخيرة أعتمد المشرع معيار محدد بما لايتجاوز حد أعلى للنصاب في حين الحكم في نص المادة ٣٨ أعتمد المشرع معيار بنصاب محدد وهو الربع، وهذا الحكم كذلك يستشف من ظاهر نص المادة (٤٠) " لايجوز استملاك ربع مساحة أرض العقار (بدون بدل) (...).

أما في الحالة الثانية وهي تحسن العقار المجاورة للعقار المستمك كظهوره مباشرة على الشوارع أو الساحات أو المتنزهات أو الجسور أو الطرق أو عند توسع جبهته أو توسع الشارع أو الساحة أو المتنزه الذي يقع عليه العقار^(٣) .

ففي هذا الفرض ألزم المشرع العراقي في قانون الإستملاك النافذ أصحاب العقارات المجاورة بدفع رسم إلى أمانة العاصمة أو البلدية المختصة يعادل ربع الفرق بين قيمة المساحة العمومية للأرض (دون الأبنية والمغروسات) قبل البدء بالمشروع، وقيمتها بعد تنفيذه.

^١ ينظر نص المادة (٢٠) قانون الاستملاك رقم ٥٧ لسنة ١٩٦٠ الملغي، وكذلك ينظر المادة (٣) من قانون الاستملاك رقم ٥٤ لسنة ١٩٧٠ الملغي .

^٢ ينظر نص المادة ٢١ من قانون الاستملاك رقم ٥٧ لسنة ١٩٦٠ الملغي وكذلك ينظر المادة (١١) من قانون الاستملاك رقم ٥٤ لسنة ١٩٧٠ الملغي .

^٣ ينظر: نص المادة (٤١) من قانون الإستملاك النافذ.



فالمأمل من نص المادة ٤١ ان المشرع قد أخذ بمعيار نصاب محدد وهو ربع الفرق في القيمة، أي في المشروعات التي تقام على الأرض المستملكة سوف ينتفع أصحاب العقارات المجاورة من هذا التحسن، لذلك فقد اعتمد المشرع معيار النصاب المحدد في تقدير بدل تحسن العقارات المجاورة وهذا النصاب هو مفترض من قبل المشرع افتراض لا يقبل أثبات العكس وكذلك يتبين الحكم نفسه من ظاهر نص المادة ٤٨ " ...سبق استملاك ربع مساحة أرضه...". فالمشرع افترض قرينة قانونية قاطعة ولا يجوز اثبات عكسها حتى لا يفوت الغرض البعيد الذي يستهدفه القانون، فهو قد صاغ صياغة حولها في نهاية الأمر بحيث خرجها من نطاق الإثبات لجعل منها قاعدة موضوعية تحكم موضوع الحق، فقصد بها في الأصل تيسير تقدير البديل . حيث حدد بدل التحسن الناشئ عن الإستملاك بنصاب محدد وهو الربع القانوني وهو وضع افتراضي مؤداه تعجيل الحكم في أمر غير معروف معرفة كافيته، فهو انزال أمر مشكوك فيه منزلة الأمر المؤكد واعتبار أمر ما واقعاً .

ثانياً - أساس تقديره: أن تبني المشرع العراقي ضابط تشريعي محدد من قبله، في تقدير بدل التحسن باستخدام الأسلوب الجامد بتحديد نصاب محدد، رغبة منه في تحقيق عدة غايات، فمن هذه الغايات هو ضمان تحقيق مبدأ العدل في أن هذا النصاب المحدد سوف يطبق بصورة متساوية على جميع عمليات الإستملاك التي تطرأ عليها تحسن، كما أنه يحقق مبدأ استقرار المعاملات، وأيضاً يهدف المشرع إلى تحقيق مبدأ الاستقرار القانوني ويتم ذلك بوسيلة التشريع، والأخيرة تحتاج إلى آلية تسمح للمشرع بالتعبير عن أرائته تعبيراً دقيقاً وهي الصياغة القانونية الجامدة فالأخيرة تسلب من الوظائف المهمة للسلطة القضائية أو التنفيذية وهي سلطتها التقديرية، وتقيد سلطة القاضي ليقصر على تطبيق القانون فقط، وعلى العكس من ذلك في ظل الصياغة التشريعية المرنة فتكون هنالك فسحة واسعة لسلطة القاضي أو الإدارة التقديرية^(١) .

كما أن استخدام المشرع اسلوب النصاب المحدد يحقق عدة مزايا، فمن هذه المزايا هو معرفة النسبة المستقطعة مقدماً جراء بدل التحسن بصورة يبعث الطمأنينة في نفس المستملك منه بأن مصير هذه المعاملة التي يقدمون عليها عبر معرفتهم مقدماً النتائج المترتبة على التحسن الناتج من الإستملاك .

^١ ينظر : علي حميد كاظم الشكري، استقرار المعاملات المالية، أطروحة دكتوراه، جامعة كربلاء كلية القانون، فصل أول، ٢٠١٤، ص ٣٩ .

ومن مزايا هذا التحديد القانوني المحدد والمنضبط أنه لا يترك فرصة لتعدد الآراء، ولا يتغير فهي تظل بصفة دائمة بحيث تظل القاعدة القانونية ملزمة للناس كافة في كل مكان وزمان^(١). ولكن بالتأكيد أن هذا التحديد يخلو من صفات مميزة يتمتع بها في حالة لو تم عدم تحديد نصاب معين وهذا ما سوف نلاحظه في موقف التشريعات التي اعتمدت على معيار عدم تحديد النصاب.

وإزاء هذه الغايات والمزايا فضله المشرع على الأسلوب المرن بالرغم من ان الأخير يحقق مبدأ العدالة بتقدير بدل التحسن من خلال إعطاء الأختصاص لجهة معينة التي تراعي تفاصيل الأمور وجزئياتها في تقدير بدل التحسن، إلا أن سلبات هذا الأسلوب من تعسف أو انحراف الجهة المختصة بالتقدير في استعمال هذه السلطة التقديرية الممنوحة لها، كما أن عملية الإستملاك يمس حق الملكية والذي يعد من الحقوق الأساسية للأفراد والمحمية دستورياً فمثل هذا التغيير الذي يطرأ عليها فخشية المشرع من ترزوع الملكية الخاصة للأفراد فيما إذا ترك الأمر للسلطة التقديرية لجهة إدارية مختصة، كما أنه لم يترك الأمر إلى القضاء في تقدير بدل التحسن على اعتبار إن هذا الأمر يخرج من أختصاصات السلطة القضائية ومن مهامها الأساسية وهو الفصل في النزاعات، فتولى المشرع بتنظيم حكم المسألة بنفسه وهو بذلك ضمن مبدأ العدل ومبدأ استقرار المعاملات .

الفرع الثاني/ ضابط غير المحدد بنصاب في تقدير بدل التحسن : انتهجت بعض التشريعات الأسلوب المرن في تقدير مقابل التحسن، لذا سنحاول في هذا الموضوع بيان مقدار هذا النصاب الذي اعتمده تلك التشريعات وأساس تقديره، ولغرض بيان ذلك بصوره مفصلة، سنقسم هذا الفرع على فقرتين نتناول في الفقرة الأولى مقدار النصاب، وفي الفقرة الثانية أساس تقديره .

أولاً - مقدار النصاب : تبنى هذا المعيار المشرع الفرنسي وسار على نهجه المشرع المصري، ففي النوع الأول من التحسن الذي يطرأ على الجزء المتبقي من العقار المستملاك، فالمشرع الفرنسي أعطى سلطة تقديرية للقاضي في تقدير التحسن الحاصل ويستقطع بالمقاصة من مقدار التعويض^(٢) .

أما المشرع المصري فأعطى سلطة تقديرية لهيئة إدارية مختصة في أن تقدر التحسن الحاصل في الجزء المتبقي من العقار ويستقطع أيضاً بالمقاصة من مقدار التعويض، ولكن المشرع

^١ ينظر : علي حميد كاظم الشكري، استقرار المعاملات المالية، فصل أول، مصدر سابق، ص ٤٩.

^٢ نص المادة 5-321L

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



المصري جاء بأحكام تفصيلية، فإذا طرأ التحسن في مشروعات التنظيم خارج المدن فالمشرع أعط سلطة تقديرية مطلقة للجنة المختصة عند تقديرها مقدار التحسن، وهذا الضابط الذي جاء به المشرع يختلف عن الضابط في قانون نزع الملكية رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ الملغي، فالمشرع حذف الحد الأقصى للمبلغ الواجب إضافته أو إسقاطه الذي كان وارداً في نص المادة ١٩ من قانون الملغي فكان النص السابق لا يسمح بمراعاة الزيادة أو النقصان إلا في حدود نصف القيمة التي يستحقها المالك مقابل نزع الملكية^(١)، ويؤيد الفقه هذا التوجه لأن بقاءه يقيد اللجنة دون مبرر خاصة مع الارتفاع الكبير في أسعار العقارات^(٢). أما إذا طرأ التحسن في مشروعات التنظيم داخل المدن فالمشرع لم يعط سلطة تقديرية مطلقة للهيئة عند تقديرها مقدار التحسن، وإنما حددها بضابط حد أعلى لا يجوز أن يتجاوز مبلغ مقدار التحسن الواجب أستقطاعه من مبلغ التعويض عن نصف التكاليف الفعلية لإنشاء أو توسيع الشارع أو الميدان الذي نتج عنه هذا التحسن^(٣)، وهذا ما أستقر عليه القضاء^(٤).

أما النوع الثاني وهو التحسن الذي يطرأ على العقارات المجاورة للعقار المستملك، فالمشرع المصري إلزم ملاكها بدفع مقابل هذا التحسن بحيث لا يجاوز ذلك نصف التكاليف الفعلية لإنشاء أو توسيع الشارع أو الميدان الذي نتج عنه هذا التحسين^(٥). فالزيادة التي ترد على العقار المستملك جزء منه نتيجة للتحسينات التي قامت بها جهة الإدارة غير معروف أو محدد قيمته مسبقاً مما يجعل تحديد حد أقصى لها أياً كان لا يحقق العدالة بالنسبة لذوي الشأن أو لجهة الإدارة على سواء^(٦).

ثانياً: أساس تقديره: المتأمل في التشريعات التي تبنت المعيار المرن في تقدير التعويض، انها تتطلق من منطلق غاية القانون وهو مبدأ العدالة، فالقانون لا يستطيع أن يؤدي وظيفته التنظيمية بصورة مستمرة ان هو اقتصر على ان يضع نصوصه في صيغة جامدة، لأنها تعجز في الكثير من الأحوال عن مسايرة الظواهر الإجتماعية المتغيرة، ثم ان القانون الذي يكون

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

^٢ د. عيد سعد دسوقي، حماية الملكية الخاصة في القضاء الإداري والدستوري، دار النهضة العربية ٢٠١٢، ص ١٦٧.

^٣ ينظر نص المادة (١٧) و(١٩) من قانون نزع الملكية النافذ.

^٤ محكمة النقض المصرية، قرار رقم ١٤٧٤٤، بتاريخ ٢٠١٩/٣/٢٧ وبنفس المعنى كذلك قرار رقم ١٤٣٩٦ بتاريخ

٢٠١٩/٣/١٧ وكذلك قرار رقم ٦٢١٠ بتاريخ ٢٠١٩/١/١٠ وكذلك قرار رقم ٧٣٦٧ بتاريخ ٢٠١٨/١٢/٤ وكذلك قرار

رقم ١٣٦٥٣ بتاريخ ٢٠١٨/١١/١، وكذلك قرار رقم ٥٨٧٣ بتاريخ ٢٠١٨/٩/١٦. قرارات منشورة على موقع محكمة

النقض المصرية . <https://www.cc.gov.eg>

^٥ ينظر د. السنهوري، حق الملكية، ج٨، ط٣، نهضة مصر، ٢٠١١، ص ٦٣٦.

^٦ د. وفاء سيد أحمد، قيود الملكية للمصلحة العامة، ط١، دار الفجر للنشر والتوزيع، ٢٠١٩، ص ٢٤١.

محددًا دقيقاً غالباً ما تنقصه المرونة بسبب عدم اشتماله على الحالات المختلفة والخاصة التي تشذ عن المؤلف .

وإذا كانت مهمة القانون في تنظيم تقدير التعويض وجب ان يكون على شاكلة الحياة في المرونة والقابلية للتغير كلما لم يمنعه من ذلك ضرورة من ضرورات الاستقرار القانوني، ومن هنا كانت الخطوة التي تتمتع بها التعريفات الواسعة التي تكون من المرونة بحيث تستطيع ان تشمل جميع الحالات والتي تتيح لكل حالة من هذه الحالات ان تلقي المعاملة المناسبة لذا يلجأ المشرع إلى استعمال طريقة مرنة مطاطة غير محدودة ويترك تقديرها لتقدير الجهة المختصة، وبهذا يظل التعاون مستمراً بين الضمير الاجتماعي والقانون الوضعي عن طريق القاضي الذي يصير بذلك مساعداً للنظام القانوني . ويستعمل المشرع في تحقيق ظاهرة مرونة القاعدة القانونية من خلال اكتفاءه، ان يبين اتجاه القاعدة القانونية ويترك التقدير لجهة مختصة تطبق تلك القاعدة وفقاً لظروف الزمان والمكان ولكي يراعي المعايير الموضوعية التفصيلية والواقعية والتي تحقق أكثر عدالة فهو يراعي طبيعة وموقع العقار موضوع الاستملاك حيث يختلف تقدير بدل تحسن العقارات الواقعة ضمن مراكز المدن وتلك التي تقع خارج مراكز المدن وعلى الأطراف . وكذلك طبيعة المشروع الذي يجري استملاك العقار لإقامته فإذا كان المشروع من مشاريع النفع العام غير الأساسية بالنظر إلى ظروف الدولة والمجتمع وموقع العقار .

الخاتمة

من خلال مسيرة البحث توصلنا إلى جملة من النتائج والتوصيات التي نبينها بالآتي :-

أولاً- النتائج

- ١- بالرغم من أن مصطلح الزيادة هو الشائع الاستخدام لدى المشرع العراقي لاسيما في القانون المدني، إلا أنه حسناً فعل المشرع عندما استخدم مصطلح التحسن في قانون الاستملاك ولم يستخدم مصطلح الزيادة، لأنه أعم وأشمل حيث يشمل كلا الصورتين التغير بالزيادة التي تحصل بالمنفعة وكذلك التغير أو التحول نحو الأفضل .
- ٢- من خلال البحث توصلنا إلى تعريف لتحسن العقار هو عبارة عن تغير في موقع العقار أو منفعته أو كلاهما ينشأ بسبب الإستملاك، في الجزء المتبقي من العقار المستملك أو العقارات المجاورة له، ويؤدي إلى زيادة في قيمته النقدية.
- ٣- يمتاز تحسن العقار بخصيصتان أولهما الصفة الطارئة للتحسن، والثانية يحقق المنفعة الخاصة



٤- أن التحسن الذي يعتد به ويؤثر في المراكز القانونية هو الذي يتحقق في إحدى صورتين هما تحسن موقع العقار أو الزيادة في المنفعة ويجب أن يؤديان إلى زيادة في القيمة النقدية، أما إذا لم يؤدي إلى هذه الزيادة فلا يعتد بالتحسن، بذلك أخطت المشرع العراقي في قانون الاستملاك النافذ منهجاً مختلفاً عن التشريعات الملغية وعن التشريعات المقارنة في شروط التحسن من حيث الاكتفاء بشرط الزيادة في القيمة النقدية .

٥- أختلفت التشريعات في ضابط استحقاق بدل التحسن، بين أسلوبين في الصياغة التشريعية، فالمشرع العراقي تبنى الأسلوب الجامد والمشرع المصري والفرنسي تبنى الأسلوب المرن، وكل أسلوب يتمتع بمزايا وسلبيات، ولا نستطيع البت أيهما أفضل من خلال المقارنة بينهما، وإنما لكل أسلوب له معطياته يكون فعال بصورة ايجابية إذا كانت متوفرة في النظام القانوني للدولة، ففي الدول التي تتمتع بمستوى عالٍ من التنظيم في مؤسسات الدولة الإدارية والتي يقل فيها حالات التعسف في استعمال الحق أو الانحراف في مسار العمل الإداري، فلا شك القول بأن الأسلوب المرن هو الأفضل في استحقاق مقابل التحسن، أما في الدول التي يضعف فيها التنظيم في مؤسسات الدولة الإدارية والتي يكثُر فيها حالات التعسف في استعمال الحق أو الانحراف في مسار العمل الإداري فلا شك فإن هذا الأمر لا يحوز ثقة المشرع في تبنى الأسلوب المرن وإعطاء السلطة التقديرية للإدارة، وإنما يفضل المشرع البت بالحكم بنفسه، وهو بهذا الأمر يضمن القدر المتيقن في تحقيق العدل في أن هذا الضابط التشريعي الذي وضعه سوف يطبق على الجميع، لذا فحسناً فعل المشرع العراقي في الأخذ بالأسلوب الجامد في تقدير مقابل بدل التحسن فهذا الأسلوب ينسجم مع معطيات التنظيم الإداري لمؤسسات الدولة.

ثانياً - المقترحات

١- أن الزيادة في القيمة النقدية لا تحصل من الإستملاك في حد ذاته، فأستملاك العقار لا يؤثر في ارتفاع القيمة النقدية أو أنخفاضها، وإنما المشروع المراد قيامه هو الذي يؤثر في الزيادة في القيمة النقدية أو أنخفاضها، لذا نقترح على المشرع العراقي تعديل الرابطة السببية التي أشار إليها في نص المادة (٣٧) لتكون صيغة النص بالآتي " ...إذا ثبت لهيئة التقدير تحسن، موقع أو منفعة، القسم المتبقي منه وزيادة قيمته بسبب اعمال المنفعة العامة، ويقتصر التعويض في هذه الحالة، على ما تشتمل عليه المساحة المستملكة من منشآت ومغروسات " .

٢- أن تحديد المشرع العراقي بدل التحسن في النوع الأول بمقدار ربع مساحة العقار الكلية فهي نسبة أفترضها المشرع، ولكن يؤاخذ عليها أنها تمثل نسبة كبيرة مقارنة بالفائدة التي تعود على المستملك منه، كما إن تطوير وتحسين المرفق العام يعد من المهام الأساسية للدولة وأن دور الأفراد بالمشاركة بهذه الأعباء ثانوي فاستقطاع نسبة الربع من المساحة الكلية مما يوحي بدور رئيسي في تحمل الأفراد بهذه الأعباء، لذا نقترح تعديل المشرع العراقي هذه النسبة وجعلها بأستقطاع ربع من المساحة المستملكة، لتكون صيغة نص المادة ٣٧ بالصيغة الآتية " يستملك بدون بدل ما لا يتجاوز ربع مساحة أرض العقار المستملكة، إذا ثبت لهيئة التقدير تحسن، موقع أو منفعة، القسم المتبقي منه وزيادة قيمته بسبب أعمال المنفعة العامة، ويقنصر التعويض في هذه الحالة، على ما تشتمل عليه المساحة المستملكة من منشآت ومغروسات "

٣- أن الأخذ بالفقرة السابقة يستتبع إلغاء المادة ٣٨ من قانون الاستملاك التي تلزم المستملك منه بدفع قيمة ما يكمل ربع المساحة العمومية للأرض قبل الاستملاك إذا كانت المساحة المستملكة بدون بدل تقل عن ربع المساحة العمومية للعقار، فكما ذكرنا بالفقرة السابقة أن النسبة المفترضة من المشرع نسبة كبير وتثقل من كاهل المستملك منه.

٤- في النوع الثاني من التحسن أقتصر المشرع العراقي على صورة واحدة يتحقق فيها التحسن وهي تحسن موقع العقار، ولم يأخذ بالصورة الثاني وهي الزيادة في المنفعة، بينما في النوع الأول قد أخذ بالصورتين، وهذا ما يجانب مبدأ العدالة، لأن المستفيدين في كلا النوعين من التحسن هم في مركز الجوار، فلماذا المستفيد في النوع الأول يدفع مقابل للتحسن إذا حدثت الزيادة في المنفعة بينما المستفيد في النوع الثاني لا يدفع مقابل للتحسن إذا حدثت هذه الزيادة، لذا نقترح تعديل نص المادة (٤١) بالصيغة الآتية: " اذا طرأت على العقار الواقع ضمن حدود امانة العاصمة او البلديات زيادة في قيمته، بسبب تحسن منفعته او موقعه كظهوره ..."

٥- أن تحديد المشرع العراقي بدل التحسن في النوع الثاني بمقدار ربع الفرق بين قيمة المساحة العمومية للعقار (دون الابنية والمغروسات) قبل البدء بالمشروع وقيمتها بعد تنفيذه، فهي نسبة أفترضها المشرع، ولكن يؤاخذ عليها أنها تمثل نسبة كبيرة مقارنة بالفائدة التي تعود على العقارات المجاورة ، كما أن الفائدة قد تعود على جزء من العقار المجاورة للعقار المستملك فاستقطاع الربع من المساحة العمومية أمر يجانب مبدأ العدالة ويؤدي إلى إثراء الجهة التي تستوفي البدل على حساب العقارات المجاورة لا سيما و إن تطوير وتحسين المرفق العام يعد من المهام الأساسية للدولة وأن دور الأفراد بالمشاركة بهذه



الأعباء ثانوي فاستقطاع نسبة الربع من المساحة الكلية مما يوحي بدور رئيسي في تحمل الأفراد بهذه الأعباء، لذا نقترح تعديل المشرع العراقي هذه النسبة وجعلها ربع الفرق بين المساحة المستفيدة من المشروع (دون الابنية والمغروسات) قبل البدء بالمشروع وقيمتها بعد تنفيذه، لذا نقترح تعديل نص المادة (٤١) لتكون بالصيغة الآتية " اذا طرأت على العقار الواقع ضمن حدود امانة العاصمة او البلديات زيادة في قيمته، بسبب تحسن منفعته او موقعه كظهوره مباشرة على الشوارع أو الساحات او المتنزهات او الجسور او الطرق او عند توسع جبهته او توسع الشارع او الساحة او المتنزه الذي يقع عليه العقار، دون ان يستملك جزء منه، فيلزم مالكة بدفع رسم إلى امانة العاصمة او البلدية المختصة يعادل ربع الفرق بين قيمة المساحة المستفيدة (دون الابنية والمغروسات) قبل البدء بالمشروع، وقيمتها بعد تنفيذه " .

المصادر

- أولاً- معاجم اللغة العربية
- ١- أبي الفضل جمال ابن منظور، لسان العرب، ج١٣، دار صادر، بيروت - لبنان، بدون ذكر سنة الطبع.
 - ٢- أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، ج١، ط١، عالم الكتاب، القاهرة - مصر، ٢٠٠٨.
 - ٣- محمد رواس قلعجي، ود. حامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء، ط١، دار النفائس، ١٩٨٥.
- ثانياً- الكتب القانونية
- ١- حسن علي الذنون، الحقوق العينية الأصلية، بدون ذكر رقم الطبعة، شركة الرابطة للطبع والنشر، بغداد - العراق، ١٩٥٤.
 - ٢- حسن علي ذنون، شرح القانون المدني العراقي، عقد البيع، مطبعة الرابطة، بغداد - العراق، ١٩٥٣.
 - ٣- خالد حمادة الخريشاش، م دعاوى الاستملاك أمام القضاء، دراسة مقارنة، ط١، دار الفكر، ٢٠١٠.
 - ٤- سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، بدون ذكر رقم الطبعة، دار الفكر العربي، ٢٠١٦، ص٦١١.
 - ٥- السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، ج٨، ط٣، نهضة مصر، ٢٠١١.
 - ٦- شاكر ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج٢، مطبعة المعارف، بغداد ١٩٥٩.
 - ٧- شبيب مقلد وآخرون من المترجمين والأساتذة والباحثين، القانون المدني الفرنسي بالعربية، طبعة الدوز ٢٠٠٩ الثامنة بعد المئة بالعربية، ٢٠١٢ الطبعة العربية الدوز، جامعة القديس يوسف، طباعة - L.E.G.O S.P.A ايطاليا، ٢٠١٢.
 - ٨- صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، بدون ذكر رقم الطبعة، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد - العراق، ١٩٦٠.
 - ٩- عباس محمد نصر الله، القانون الإداري الخاص، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت لبنان ٢٠١٦.
 - ١٠- عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ج١، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٣.
 - ١١- عصمت عبد المجيد، النظرية العامة للالتزامات، ج١، مكتبة دار السلام القانونية، بدون ذكر سنة الطبع.
 - ١٢- عيد سعد دسوقي، حماية الملكية الخاصة في القضاء الإداري والدستوري، دار النهضة العربية ٢٠١٢.
 - ١٣- محمد عبد الوهاب محمد الزبيدي، تغير الشيء وأثره في التصرفات والوقائع القانونية، ط١، دار الفكر الجامعي، ٢٠١٨.
 - ١٤- مصطفى الزلمي، الالتزامات في ضوء المنطق والفلسفة، مطبعة شهاب، أربيل-العراق، ٢٠١١.
 - ١٥- مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري، ج٣، ط١، مطبعة المعارف، بغداد-العراق، ٢٠٠٨.
 - ١٦- وفاء سيد أحمد، قيود الملكية للمصلحة العامة، ط١، دار الفجر للنشر والتوزيع، ٢٠١٩.
 - ١٧-
- ثالثاً- الرسائل و الأطاريح
- ١- علي حميد كاظم الشكري، استقرار المعاملات المالية، أطروحة دكتوراه، جامعة كربلاء، كلية القانون، ٢٠١٤.
- رابعاً- البحوث :
- ١- صالح أحمد اللهيبي، فكرة نزع الملكية للمنفعة العامة، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ٨، العدد ٢٨، ٢٠١٩.

- ٢- صفاء شكور عباس، بدل تحسن العقار، بحث منشور في مجلة دراسات البصرة، السنة الخامسة، العدد ٣٨، ٢٠٢٠.
- ٣- عبد الناصر زياد وأشرف أسماويل العدوان، التعويض العادل كشرط لمشروعية الإستملاك في ضوء أحكام قانون الإستملاك الأردني، مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلد ٣٩، العدد ٢، ٢٠١٢.
- ٤- مروان محمد محروس و خليل محمد عبد الله، حماية الملكية الخاصة في أحكام المحكمة الدستورية البحرينية على ضوء التشريعات المنظمة لهذه الحماية، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد ١٤ العدد الثاني، ٢٠١٧.
- ٥- محمد وليد العبادي، وأحمد عبد الكريم، الرقابة القضائية على الإستملاك في القانون الأردني، بحث منشور في مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلد ٣٥ العدد ٢، ٢٠٠٨.

خامسا- القوانين

- ١- دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥
- ٢- دستور جمهورية مصر لسنة ٢٠١٤.
- ٣- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل .
- ٤- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨
- القانون المدني الفرنسي ١٨٠٤ المعدل
- ٥- قانون استملاك الأموال غير المنقولة العراقي، رقم ٤٣ لسنة ١٩٣٤ الملغي .
- ٦- قانون الإستملاك العراقي رقم ٥٧ لسنة ١٩٦٠ الملغي .
- ٧- قانون الإستملاك العراقي رقم ٥٤ لسنة ١٩٧٠ الملغي .
- ٨- قانون الإستملاك العراقي رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ النافذ.
- ٩- قانون نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة المصري رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ المعدل
- ١٠- قانون نزع الملكية الفرنسي لسنة ١٩٥٨ الملغي .
- ١١- قانون نزع الملكية الفرنسي رقم ١٣٤٥ لسنة ٢٠١٤ النافذ
- ١٢- قانون إمارة أبو ظبي رقم ١١ لسنة ٢٠١٣.
- ١٣- قرار المجلس التنفيذي إمارة الشارقة رقم ٤٨ لسنة ٢٠١٢ بشأن نوع ملكية بعض العقارات المتأثرة بمشروع تطوير شارع الإمارات.
- ١٤- قرار إمارة دبي رقم ٢ لسنة ٢٠٠٥ بشأن تعويض أصحاب الأراضي المتأثرة بارتداد السكك في منطقة الأعمال المركزية.
- ١٥- قانون رقم ٩ لسنة ٢٠١٢ بشأن الإستملاك لحكومة رأس الخيمة
- ١٦- قانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٦٤ المعدل بالقانون رقم ٢ لسنة ٢٠٠٦ في شأن تعديل بعض الأحكام في شأن نزع الملكية والاستيلاء المؤقت للمنفعة العامة الكويتي.
- ١٧- قانون رقم ١٣ لسنة ١٩٨٨ بشأن نزع الملكية العقارات والاستيلاء عليها مؤقتا للمنفعة العامة المعدل بقانون رقم ٩ لسنة ٢٠٠٦ القطري
- ١٨- قانون استملاك العقارات للمنفعة العامة البحريني الصادر بالمرسوم رقم ٣٩ لسنة ٢٠٠٩ .

سادسا- مصادر القرارات القضائية

- ١- قرار محكمة الاتحادية العليا /٣٥/ اتحاديه بتاريخ ٢٠٠٨/١/٨ غير منشور.
- ٢- النشرة القضائية، العدد الأول، السنة الرابعة، ١٩٧٣.
- ٣- موقع محكمة النقض المصرية <https://www.cc.gov.eg>