



نزع ملكية العقار دون بدل - دراسة تحليلية

ID No. 3483

(PP 1 - 15)

<https://doi.org/10.21271/zjhs.24.4.1>

ظاهر مجيد قادر

هيو ابراهيم قادر

كلية القانون/ جامعة صلاح الدين - أربيل

dhahir.qadir@su.edu.krd

hewa.qadir@su.edu.krd

الاستلام: 2020/02/03

القبول: 2020/07/19

النشر: 2020/11/11

ملخص

اعتبر الدستور العراقي لسنة 2005 الملكية الخاصة مصونة، ولم يجز نزع الملكية إلا لمقتضيات المنفعة العامة ومقابل تعويض عادل، كما أكد القانون المدني العراقي على الأمر ذاته، إلا أن هناك نصوصاً في قانون الاستملاك العراقي، وقانون إدارة البلديات العراقي وكذلك الكوردستاني، تجيز للجهات المعنية نزع ملكية العقار دون بدل، الأمر الذي يثير إشكالية واضحة حول مدى توافق ذلك مع أحكام الدستور والقانون المدني. ومن استنتاجات البحث أن نزع الملكية دون بدل بمقتضى قانون الاستملاك لا يخالف أحكام الدستور والقانون المدني نظراً لتحقق التعويض العادل فيه، أما نزع الملكية دون بدل بمقتضى قانون إدارة البلديات فهو مخالف لأحكام المادة (23/ثانياً) من الدستور العراقي والمادة (1050) من القانون المدني العراقي. وفي ضوء ذلك اقترحنا على المشرع العراقي إلغاء المادة (53) من قانون إدارة البلديات العراقي رقم (165) لسنة 1964، كذلك اقترحنا على المشرع الكوردستاني إلغاء المادة (48/أولاً) من قانون إدارة البلديات في إقليم كوردستان - العراق رقم (6) لسنة 1993 المعدل.

الكلمات المفتاحية: الاستملاك، نزع الملكية العقارية، قانون الاستملاك، قانون إدارة البلديات، الربع القانوني.

المقدمة:

أوجب الدستور العراقي لسنة 2005 في المادة (23/ثانياً) منه، ومن قبلها بموجب المادة (16/ج) من الدستور العراقي المؤقت لسنة 1970 الملغى؛ عدم جواز نزع الملكية إلا لمقتضيات المنفعة العامة ومقابل تعويض عادل، كذلك أكد القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 على الأمر ذاته بموجب نص المادة (1050) منه. وبذلك فإن القاعدة هي عدم جواز نزع الملكية، والاستثناء هو جواز ذلك إذا اقتضت المنفعة العامة ذلك بشرط أن يكون نزع الملكية مقابل تعويض عادل. ولكن هناك حالتان نصت عليهما القوانين الخاصة تجيز نزع الملكية العقارية دون تعويض، وهما الحالتان المذكورتان في قانون الاستملاك العراقي، وقانون إدارة البلديات العراقي والكوردستاني، فما هي أحكام هاتين الحالتين اللتين يتم فيهما نزع ملكية العقار دون بدل؟ وكيف يتفق ذلك وأحكام الدستور العراقي والقانون المدني العراقي؟

إشكالية البحث: تتمثل إشكالية البحث في أحكام نص المادتين (37) و(38) من قانون الاستملاك العراقي، والمادة (53) من قانون إدارة البلديات العراقي، والمادة (48/أولاً) من قانون إدارة البلديات في إقليم كوردستان - العراق، والتي تجيز نزع ملكية العقار دون بدل على الرغم من وجود نص دستوري ونص في القانون المدني يقضيان بعدم جواز نزع ملكية العقار إلا مقابل تعويض عادل.

أهمية موضوع البحث وسبب اختياره:

تتمثل أهمية موضوع البحث في خطورة إجراءات نزع الملكية العقارية الخاصة باعتباره استثناءً على قاعدة عدم الجواز، لا سيما أن نزع الملكية - موضوع البحث - هو دون تعويض أصلاً، فضلاً عن كثرة حالات الاستملاك دون بدل وصدور قرارات قضائية متناقضة في هذا الشأن، وعدم حسم ذلك الأمر بمقتضى نصوص تشريعية واضحة.

أهداف البحث: يهدف هذا البحث إلى بيان الحالات التي يتم فيها نزع ملكية العقار دون بدل في قانون الاستملاك وقانون إدارة البلديات وشروطها، والوقوف على مدى توافقها مع الدستور العراقي والقانون المدني العراقي، واقتراح الحلول القانونية الملائمة بما يحقق المصلحة العامة واحترام أحكام الدستور والقانون المدني وعدم المساس بالملكية العقارية الخاصة.

منهجية البحث: اتبعنا المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية ذات العلاقة بموضوع البحث في القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951، وقانون الاستملاك العراقي رقم (12) لسنة 1982 المعدل، وقانون إدارة البلديات العراقي رقم (165) لسنة 1964 المعدل، وقانون إدارة البلديات لإقليم كردستان - العراق رقم (6) لسنة 1993 المعدل.

خطة البحث: لأجل تحقيق أهداف البحث، تم تقسيمه إلى محورين رئيسين، خصص الأول منهما لبيان حالات نزع ملكية العقار دون بدل، وعقد المحور الثاني للتطرق إلى مدى توافق نزع ملكية العقار دون بدل مع الدستور والقانون المدني. ويختم البحث ببيان أهم الاستنتاجات التي نتوصل إليها، فضلاً عن التوصيات الضرورية لمعالجة إشكالية البحث.

1- حالات نزع ملكية العقار دون بدل

عرفت المادة (1) من قانون الاستملاك العراقي رقم (54) لسنة 1970 الملغي، الاستملاك بأنه ((نزع ملكية العقار... لأغراض النفع العام ولقاء تعويض عادل...))، فيما جاء قانون الاستملاك العراقي النافذ رقم (12) لسنة 1981 المعدل خالياً من تعريف الاستملاك. في حين عرفت محكمة التمييز العراقية في قرارها المرقم (324/حقوقية/1971) في 1971/2/23، الاستملاك بأنه عبارة عن نزع ملكية العقار من يد صاحبه إلى الدولة لأغراض المنفعة العامة لقاء تعويض عادل (النشرة القضائية، ع 1، س 2، 1972، ص 153). وبذلك فإن الاستملاك عبارة عن نزع ملكية العقار جبراً بهدف تخصيصه للمنفعة العامة مقابل تعويض عادل (طمهور، 2019، ص 18؛ الأحمد، 2013، ص 18؛ عبد الوهاب، 1981، ص 225)، كما عرف بأنه حرمان مالك العقار من ملكه جبراً للمنفعة العامة لقاء تعويض عادل (الحلو، 2004، ص 459؛ الطماوي، 1979، ص 270؛ شبل، 2015، ص 93؛ عليوي، 2016، ص 11؛ عبدالرحمن، 2018، ص 178).

وفي هذا الصدد، نصت المادة (23/ثانياً) من الدستور العراقي لسنة 2005، على أنه ((لا يجوز نزع الملكية إلا لأغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل...))، كما قضت المادة (1050) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951، بأنه ((لا يجوز أن يحرم أحد من ملكه، إلا في الأحوال التي قررها القانون وبالطريقة التي يرسمها، ويكون ذلك في مقابل تعويض عادل...)). وقدر تعلق الأمر بموضوع البحث، فإنه في حالة نزع ملكية العقار لأغراض المنفعة العامة يجب أن يكون نزع الملكية مقابل تعويض عادل يدفع إلى الشخص المنزوع منه ملكية العقار، فالأصل عدم جواز نزع ملكية العقار دون بدل، إلا أن هناك حالتين تم النص عليهما في قانون الاستملاك وقانون إدارة البلديات تجيزان نزع ملكية العقار دون بدل، وسنخصص لكل منها فقرة مستقلة وكما يأتي.

2-1 نزع ملكية العقار دون بدل بمقتضى قانون الاستملاك

نصت المادة (37) من قانون الاستملاك العراقي، على أنه ((يستملك بدون بدل ما لا يتجاوز ربع مساحة أرض العقار، إذا ثبت لهيئة التقدير تحسن، موقع أو منفعة، القسمة المتبقي منه وزيادة قيمته بسبب الاستملاك، ويقتصر التعويض في هذه الحالة، على ما تشتمل عليه المساحة المستملكة من منشآت ومغروسات)).

كما قضت المادة (38) من القانون ذاته، بأنه ((إذا كانت المساحة المستملكة بدون بدل تقل عن ربع المساحة العمومية للعقار، وثبت لهيئة التقدير أن الاستملاك يؤدي إلى تحسن، موقع أو منفعة، القسمة المتبقي منه وزيادة قيمته، فيلزم المستملك منه بدفع قيمة ما يكمل ربع المساحة العمومية للأرض قبل الاستملاك)).

إذن، بموجب حكم المادتين المذكورتين، فإنه يستملك بدون بدل ما لا يتجاوز ربع مساحة أرض العقار الذي استملك منه جزء إذا ثبت تحسن القسمة المتبقي منه. عليه يشترط لتطبيق حكم المادتين المذكورتين - أي نزع ملكية العقار دون بدل - تحسن الجزء المتبقي من العقار، الأمر الذي يستتبع القول منطقياً بأن مجال تطبيق هذه المادة هو الاستملاك الجزئي وليس الاستملاك الكلي. ويقصد بتحسين العقار وفقاً للمادتين المذكورتين، تحسن في موقع أو منفعة القسمة المتبقي منه بحيث أدى إلى زيادة قيمته بسبب الاستملاك.

مع ملاحظة أن استملاك ربع مساحة العقار دون بدل وفقاً لهذه المادة يكون وجوبياً، ومن تطبيقات ذلك ما ورد في قرار لمحكمة تمييز إقليم كردستان رقم (402/الهيئة المدنية/2018) في 2018/10/2، من أن محكمة الموضوع كان لزاماً عليها أن تفهم الخبراء باستيفاء الربع القانوني، كما أكدت محكمة استئناف منطقة السليمانية في قرارها ذي الرقم (438/ب/2017) في 2017/12/27، على ضرورة استيفاء الربع القانوني إلا إذا كانت مستوفية من قبل.



ومن التطبيقات التشريعية لاستملاك الربع القانوني دون بدل ما نصت عليه المادة (5/ثالثاً) من قانون الطرق العامة العراقي رقم (35) لسنة 2002 المعدل (بالقانون رقم 5 لسنة 2013 - قانون التعديل الأول لقانون الطرق العامة)، من أنه ((يؤخذ بدون بدل الربع القانوني المنصوص عليه في قانون الاستملاك وفق الأحكام المنصوص عليها فيه، ويسري هذا الحكم على جميع الأراضي المشمولة بأحكام هذا القانون بصرف النظر عن جنسها وصفها وموقعها والتشريع الذي تملك بموجبه)). كما نصت المادة (5/ثالثاً) من قانون الطرق العامة لإقليم كردستان - العراق رقم (3) لسنة 2012، على الحكم ذاته، حيث قضت بأنه ((يؤخذ بدون بدل الربع القانوني المنصوص عليه في قانون الاستملاك وفق الأحكام المنصوص عليها فيه، ويسري هذا الحكم على جميع الأراضي المشمولة بأحكام هذا القانون بصرف النظر عن جنسها وصفها وموقعها والتشريع الذي تملك بموجبه ما لم يكن قد أخذ الربع القانوني من قبل لأي سبب كان)). حيث يلاحظ أن النص الكوردستاني يطابق النص الاتحادي باستثناء الشرط الأخير منه والمتمثل بعبارة (ما لم يكن قد أخذ الربع القانوني من قبل لأي سبب كان)، والذي نرى أنه لا حاجة إليه طالما نصت المادة المذكورة على أن أخذ الربع القانوني يكون وفقاً لأحكام قانون الاستملاك. وتأسيساً على ما سبق، وفي حالة تحسن العقار عند استملاكه جزئياً، فإننا من الناحية العملية والمنطقية نكون أمام ثلاث فرضيات، وكما يأتي:

الفرضية الأولى: أن تكون المساحة المستملكة مساوية لربع المساحة العمومية للعقار، فعلى سبيل المثال، لو كانت مساحة العقار تبلغ (400م²)، وتم استملاك جزء منه بمساحة (100م²)، وأدى ذلك إلى تحسن القسم المتبقي من العقار والبالغ (300م²)، فإن المساحة المستملكة والبالغة (100م²) مساوية لربع المساحة الكلية للعقار، وفي هذه الحالة يستملك هذا الجزء من العقار دون أن يدفع للمستملك منه أي بدل.

الفرضية الثانية: أن تكون المساحة المستملكة أكبر من ربع المساحة العمومية للعقار، كما لو كانت المساحة المستملكة في المثال المذكور في الفرضية الأولى آنفاً، تبلغ (150م²)، وفي هذه الحالة يتم استملاك ما يساوي ربع المساحة دون بدل (أي مساحة 100م² دون بدل)، وما زاد عن الربع (أي مساحة الخمسين متراً الباقية) يستملك ببدل تقدره هيئة التقدير وفقاً للقانون.

الفرضية الثالثة: أن تكون المساحة المستملكة أقل من ربع المساحة العمومية للعقار، كما لو كانت (70م²) حسب المثال المذكور في أعلاه، وفي هذه الحالة يتم استملاك هذه المساحة دون بدل مع إلزام المستملك منه بدفع قيمة ما يكمل ربع المساحة العمومية للعقار، أي يلزم بدفع قيمة الثلاثين متراً الباقية قبل الاستملاك (أي قبل التحسن) لإكمال ربع المساحة العمومية للعقار. وأكدت على ذلك المادة (13) من التعليمات رقم (1) لسنة 1981، تعليمات تسهيل تنفيذ قانون الاستملاك، حيث نصت على أنه ((إذا كانت المساحة المستملكة بدون بدل، تقل عن ربع المساحة العمومية للعقار وثبت لهيئة التقدير تحسن موقع أو منفعة القسم المتبقي وزيادة قيمته بسبب استملاك جزء منه، فإن مجرد حصول الزيادة يلزم المستملك منه بدفع قيمة المساحة التي تكمل ربع المساحة العمومية للعقار إلى المستملك وعلى أساس قيمتها قبل الاستملاك)).

وبذلك فإن محكمة براءة 3/أبريل/3، في قرارها ذي الرقم (1037/ك/2015) في 2019/10/28، حينما قررت رد دعوى المدعي المطالب بالتعويض، بعد أن تبين لها أن المساحة المستغلة للطريق العام البالغة (37) دونماً أقل من مساحة الربع القانوني للعقار والبالغة (200) دونم، وإن كان صحيحاً من ناحية عدم استحقاق المدعي بالتعويض تطبيقاً لما نصت عليه المادة (37) من قانون الاستملاك؛ إلا أن المحكمة المذكورة قد جانبت الصواب حينما لم تلزم المستملك منه (المدعي) بدفع قيمة ما يكمل ربع مساحة العقار قبل الاستملاك والبالغة (13) دونماً (الربع القانوني/50 دونم - المساحة المستملكة/37 دونم = 13 دونم). كما أنها لم تبين في قرارها تحسن العقار من عدمه، ذلك أن اشتراط الربع القانوني وفقاً لقانون الطرق العامة مقترن بتحسن العقار.

مع ملاحظة أن التعويض بخصوص المساحة المستملكة، سواءً قلت أم زادت عن ربع مساحة العقار أم كانت مساوية لها، يقتصر على ما تشتمل عليه المساحة المستملكة من منشآت ومغروسات وذلك بموجب الشرط الأخير من المادة (37) من قانون الاستملاك. أي أن فكرة بدون بدل هنا تقتصر فقط على قيمة الأرض، أما المنشآت والمغروسات الواقعة على هذا الربع فإن المستملك منه يستحق قيمتها كاملة بتاريخ الكشف (ياسين، 2011، ص149)، وأكدت على ذلك محكمة استئناف كربلاء في قرارها ذي الرقم (13-14/ت/حقوقية/استملاك/2009) في 2009/1/25، بأن صاحب المنشآت يستحق قيمتها قائمة وليست مستحقة القلع. كما أنطت المادة (39) من قانون الاستملاك تقدير قيمة المساحة المأخوذة والزيادة الحادثة في القيمة المنوه عنهما في المادتين (37) و(38) المذكورتين، بهيئة التقدير المشكلة بموجب المادة (13) من القانون ذاته.

وتجدر الإشارة إلى أنه بموجب نص المادة (40) من قانون الاستملاك، فإنه لا يجوز استملاك ربع مساحة أرض العقار بدون بدل، إلا مرة واحدة، ولا يجوز تكرار استيفاء النسبة المذكورة إذا سبق استيفاؤها من العقار المستملك أو العقار المفروز منه بموجب تشريعات أخرى. كما قضت المادة (45/أولاً) من قانون الاستملاك بأنه ((لمالك العقار الاعتراض على شمول عقاره بالتحسن... لدى محكمة بداءة موقع العقار خلال خمسة عشر يوماً، من تأريخ تبلغه بقائمة التقدير)). وفي هذا الشأن قامت محكمة تمييز إقليم كردستان، في قرارها ذي الرقم (65/تمييز/هيئة مدنية) في 2008/6/15، بنقض قرار محكمة بداءة خانقين رقم (1/ب/2006) في 2007/2/15، بحجة أنه غير صحيح ومخالف لأحكام القانون إذ ان المحكمة المذكورة لم تتحقق فيما إذا كانت البلدية قد استقطعت نسبة الربع من مساحة القطعة العمومية في حينها وذلك لعدم جواز تكرار استقطاع الربع لأكثر من مرة واحدة. كما جاء في قرار لمحكمة استئناف منطقة أربيل ذي الرقم (84/ت/2006) في 2006/2/16 بأنه لا يجوز استملاك ربع مساحة العقار بدون بدل إلا مرة واحدة.

عليه، نستنتج بأنه في حالة تحسن العقار عند استملاكه جزئياً، فإن المستملك منه لا يأخذ بدلاً للاستملاك إلا إذا تجاوزت المساحة المستملكة ربع المساحة العمومية للعقار، وبخلافه أي إذا قلت المساحة المستملكة من العقار عن الربع فإن المستملك منه يكون ملزماً بدفع قيمة ما يكمل الربع القانوني.

2-1 نزع ملكية العقار دون بدل بمقتضى قانون إدارة البلديات

قضت المادة (53) من قانون إدارة البلديات العراقي رقم (165) لسنة 1964 المعدل، بأنه ((على المجلس أن يقرر ما يلي لغرض تنفيذ التصميم الأساسي والتصاميم التفصيلية والقيام بالخدمات والمنافع العامة: أخذ ما يقتضي من الأملاك المشيدة أو المقسمة سابقاً وفقاً للتصميم المصدق على أن لا تتجاوز على ربع المساحة العامة لكل ملك مجاناً وذلك إذا كان الملك أرضاً، وعند إعادة بنائه إذا كان ملكاً مشيداً، وفي حالة ما إذا اقتضى أخذ أكثر من الربع فعلى المجلس أن يستملك ما يزيد على الربع وفقاً لقانون الاستملاك)).

كذلك قضت المادة (48/أولاً) من قانون إدارة البلديات لإقليم كردستان - العراق رقم (6) لسنة 1993 المعدل، بأنه ((على المجلس أن يقرر لغرض تنفيذ التصميم الأساسي والتصاميم التفصيلية والقيام بالخدمات والمنافع العامة أخذ ما يقتضي من الأملاك المشيدة أو المقسمة سابقاً وفقاً للتصميم المصدق على أن لا تتجاوز على ربع المساحة العامة لكل ملك مجاناً وذلك إذا كان الملك أرضاً وعند إعادة بنائه إذا كان ملكاً مشيداً، وإذا اقتضى أخذ أكثر من الربع فعلى المجلس أن يستملك ما يزيد على الربع وفقاً لقانون الاستملاك النافذ)). ويلاحظ أن هذا النص مطابق لنص المادة (53) من قانون إدارة البلديات العراقي مع إعادة صياغة بعض عباراته.

إذن، أوجبت المادة (53) من قانون إدارة البلديات العراقي، والمادة (48/أولاً) من قانون إدارة البلديات لإقليم كردستان - العراق، على المجلس البلدي اتخاذ قرار نزع ملكية ما لا يتجاوز ربع مساحة العقار مجاناً، أما إذا اقتضت الحالة أخذ أكثر من الربع فعلى المجلس المعني استملاك ما يزيد على الربع وفقاً لقانون الاستملاك.

وتطبيقاً لذلك أيدت محكمة استئناف بغداد/ الرصافة في قرارها ذي الرقم (1377/س/3/2014) في 2014/11/25، قرار محكمة بداءة حي الشعب ذي الرقم (345/ب/2014) في 2014/9/30، بخصوص حق البلدية في أخذ الربع القانوني بدون بدل وفقاً للمادة (53) من قانون إدارة البلديات. وهو ما أكدت عليه محكمة تمييز إقليم كردستان في قرارها ذي الرقم (65/تمييز/هيئة مدنية) في 2008/6/15، من أن للبلدية حق أخذ الربع القانوني إذا ثبت عدم أخذها هذا الربع سابقاً.

وفي هذا الصدد، وفقاً لمنطوق المادة (53) من قانون إدارة البلديات العراقي، والمادة (48/أولاً) من قانون إدارة البلديات لإقليم كردستان - العراق، فإننا نكون أمام فرضيتين، وهما:

الفرضية الأولى: نزع ملكية ما لا يزيد على الربع القانوني: ففي هذه الفرضية تطبق أحكام قانون إدارة البلديات فقط

دون الرجوع إلى قانون الاستملاك. ولنا على حكم المادتين المذكورتين الملاحظات الآتية:

1- استخدم المشرع العراقي والكوردستاني كلمة (أخذ) ولم يستخدم عبارة (نزع الملكية) أو لفظ (يستملك). في حين يلاحظ بخصوص المادة (37) من قانون الاستملاك استخدام لفظ (يستملك) في عبارة (يستملك بدون بدل) الواردة في المادة المذكورة. الأمر الذي يستدل منه على أن إرادة المشرع متوجهة إلى عدم تعويض من يؤخذ منه جزء من ملكية العقار. مع ملاحظة أن أخذ ملكية العقار هو في ذاته نزع لملكيته من مالكه. وفي هذا الخصوص يرى البعض (مجيد، 1981، ص10) أن تسمية إجراءات الاستملاك بـ (نزع الملكية) أقرب في الدلالة على المعنى المقصود منها. وهو ما يلاحظ أيضاً على تسمية هذه الإجراءات



في التشريعات المقارنة، حيث انها استخدمت عبارة (نزع الملكية) وليس (الاستملاك)، كما هو الحال بخصوص قانون نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة المصري رقم (10) لسنة 1991، وقانون نزع الملكية والاستيلاء المؤقت للمنفعة العامة الكويتي رقم (33) لسنة 1964، وقانون نزع ملكية العقارات والاستيلاء عليها مؤقتاً للمنفعة العامة القطري رقم (13) لسنة 1988.

2- كذلك استخدم المشرع العراقي والكوردستاني لفظ (مجاناً) للدلالة على أن نزع ملكية العقار في هذه الحالة هو بدون بدل أي لا يوجد تعويض للملك المأخوذ بموجب هذه المادة.

3- اشترطت المادتان المذكورتان لأخذ ربع المساحة العامة لكل ملك مجاناً أن يكون هذا الملك أرضاً، وبخلافه إذا لم يكن الملك أرضاً فإنه لا يمكن أخذ ربع مساحته مجاناً إلا في حالة إعادة بنائه من جديد، وذلك يستخلص من عبارة (وعند إعادة بنائه إذا كان ملكاً مشيداً) الواردة في نص المادتين المذكورتين.

4- لم تشترط المادتان المذكورتان تحسن العقار لأجل أخذ ربع مساحته دون بدل، وإنما اكتفتا فقط بأن يكون الأخذ لغرض تنفيذ التصميم الأساسي والتصاميم التفصيلية والقيام بالخدمات والمنافع العامة.

5- أوجبت المادتان المذكورتان على المجلس البلدي أخذ ما لا يتجاوز على ربع المساحة العامة لكل ملك مجاناً، أي أن الأخذ في هذه الحالة أمر وجوبي، لذلك لا يتصور أن تكون المساحة المأخوذة بدون بدل أقل من ربع المساحة العامة للعقار. أما إذا اقتضى الأمر أخذ أكثر من ربع مساحة العقار فعلى المجلس البلدي، في هذه الحالة، أن يستملك ما يزيد على الربع وفقاً لقانون الاستملاك. وبذلك يتفق حكم المادة المذكورة بخصوص الربع القانوني مع حكم المادة (37) من قانون الاستملاك.

6- إن الجهة التي تأخذ ملكية العقار هي جهة إدارية، لذلك لا يمكن اعتبار أخذ ملكية ربع مساحة العقار وفقاً لهذه المادة، نزاعاً للملكية بالتراضي ولا بالتقاضي، حيث لا يوجد اتفاق بين الجهة التي تأخذ ربع مساحة العقار مجاناً وبين مالك العقار، فلا نكون أمام حالة الاستملاك الرضائي. كما لا يتم عرض هذا الموضوع على القضاء لبيت فيه، ومن ثم لا نكون أمام حالة الاستملاك القضائي. كما لا يمكن القول بأننا أمام حالة الاستملاك الإداري، لأن من شروط هذه الحالة الأخيرة، وفقاً للمادة (22) من قانون الاستملاك، أن يكون العقار المطلوب استملاكه عائداً لدوائر الدولة.

وعليه، في تصورنا، فإن أخذ الملكية في هذه الحالة هو نزع جبري لملكية العقار بقرار إداري صادر عن المجلس البلدي بموجب نص المادة (53) من قانون إدارة البلديات العراقي، والمادة (48/أولاً) من قانون إدارة البلديات لإقليم كوردستان. ومن ثم تتفي الحاجة إلى تقديم طلب الاستملاك إلى محكمة بداء موقع العقار من قبل البلدية المعنية.

7- لا يمكن لمالك العقار الطعن في مشروعية قرار نزع ملكيته أمام محكمة القضاء الإداري استناداً إلى نص المادة (7/رابعاً) من قانون مجلس شوري الدولة رقم (65) لسنة 1979 المعدل، (مع ملاحظة أن المادة (2) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (71) لسنة 2017، قد غيرت تسمية "مجلس شوري الدولة" إلى "مجلس الدولة"، لأن المادة المذكورة قد اشترطت للنظر في صحة القرارات الإدارية عدم تعيين مرجع للطعن فيها، في حين أن المادة (56) من قانون إدارة البلديات العراقي قد نصت على أنه ((1- تكون قرارات المجلس في استعمال وظائفه المنصوص عليها في هذا القانون والتي لا تتطلب صرف مبلغ من أمانة العاصمة والبلدية المختصة تابعة للاعتراض خلال ثلاثين يوماً من قبل الوزير بالنسبة لأمانة العاصمة والسلطة الإدارية بالنسبة للبلديات الأخرى...)). فالمادة المذكورة عينت مرجعاً للطعن في قرار أخذ ربع مساحة العقار دون بدل. وكذلك الحال لا يمكن لمالك العقار الطعن في مشروعية هذا القرار الإداري أمام المحكمة الإدارية استناداً إلى المادة (13/أولاً) من قانون مجلس الشوري لإقليم كوردستان - العراق رقم (14) لسنة 2008، بعد أن اشترطت المادة المذكورة عدم تعيين مرجع للطعن في تلك القرارات، لأن المادة (34) من قانون إدارة البلديات لإقليم كوردستان - العراق، قضت بأنه ((1- تكون قرارات المجلس في أداء وظائفه المنصوص عليها في هذا القانون والتي لا تتطلب صرف مبالغ من البلدية قابلة للاعتراض خلال خمسة عشر يوماً من قبل السلطة الإدارية...)). عليه لا يبقى لمالك العقار في هذه الحالة إلا رفع دعاوى الحيابة (وقف الأعمال الجديدة أو منع التعرض أو استرداد الحيابة) أمام محكمة البداء المختصة استناداً إلى المادة (11) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 المعدل.

الفرضية الثانية: نزع ملكية ما يزيد على الربع القانوني سواء كان الاستملاك جزئياً أم كلياً: تطبق في هذه الحالة أحكام قانون إدارة البلديات بخصوص الربع القانوني وأحكام قانون الاستملاك بخصوص ما يزيد على الربع القانوني. ونظراً لعدم اشتراط تحسن العقار فإنه يتصور، من الناحية العملية، أخذ ربع مساحة العقار دون بدل سواءً أكان الاستملاك جزئياً أم كلياً. وهناك تطبيقات قضائية أكدت على أخذ ربع مساحة العقار دون بدل حتى لو كان الاستملاك كلياً وذلك استناداً إلى قانون إدارة



البلديات، ومنها قرار محكمة استئناف بغداد/الرصافة رقم (765/772) في 2010/8/30، وكذلك قرار محكمة بداءة دهوك رقم (12/استملاك قضائي/2013) في 2013/7/23 والذي قررت المحكمة فيه ((نزع ملكية عموم مساحة العقار... على أن يكون نزع مساحة الربع القانوني منه بدون بدل)) وذلك استناداً إلى حكم المادة (48) من قانون إدارة البلديات في إقليم كردستان - العراق. عليه فإن طلب نزع الملكية في هذه الحالة يقدم إلى المحكمة المختصة لإجراء اللازم وفقاً لقانون إدارة البلديات لاستيفاء الربع القانوني دون التقييد بتحسين العقار، ووفقاً لقانون الاستملاك لما زاد على الربع، كما يلاحظ ذلك في قرار محكمة استئناف بغداد/الرصافة رقم (760/761) في 2010/8/26، والقرار رقم (783) في 2010/8/29، والقرار رقم (791/792) في 2010/8/31، والقرار رقم (815/816) في 2010/9/16. ومن ذلك ما جاء في قرار لمحكمة استئناف منطقة دهوك رقم (144/ت/م/2013) في 2013/12/15، من أن استقطاع الربع القانوني من قبل محكمة بداءة دهوك في قرارها المرقم (44/استملاك قضائي/2013) في 2013/11/24، قد ((جاء متفقاً مع أحكام قانون إدارة البلديات المعمول به في إقليم كردستان)).

إذن، نستنتج مما سبق، بأن نزع ملكية العقار دون بدل وفقاً لقانون إدارة البلديات يتفق مع حكمه في قانون الاستملاك من حيث عدم تجاوزه ربع مساحة العقار وضرورة أن يكون لمقتضيات المنفعة العامة، إلا أن الفارق الجوهرى بين الحالتين هو عدم اشتراط تحسين العقار في ضوء قانون إدارة البلديات، كما ويختلفان في أن قرار نزع ملكية ربع مساحة العقار دون بدل يكون قضائياً بموجب قانون الاستملاك، في حين يكون قراراً إدارياً بموجب قانون إدارة البلديات.

وفي هذا المقام، ومع الأخذ بنظر الاعتبار صدور قانون الاستملاك سنة 1981، أي بتاريخ لاحق لصدور قانون إدارة البلديات العراقي الصادر سنة 1964؛ فإنه يثار التساؤل حول مدى اعتبار حكم المادة (37) من قانون الاستملاك معدلاً لحكم المادة (53) من قانون إدارة البلديات العراقي؟

بما أن المادتين المذكورتين تعالجان موضوع نزع ملكية ما لا يتجاوز ربع مساحة العقار دون بدل ولأغراض المنفعة العامة، فإننا نرى بأن المادة (37) من قانون الاستملاك قد عدلت بصورة ضمنية حكم المادة (53) من قانون إدارة البلديات العراقي، وذلك من ناحية تقييدها بشرط تحسين العقار، وذلك للمبررات الآتية:

1- وحدة الموضوع بين نص المادة (37) من قانون الاستملاك والمادة (53) من قانون إدارة البلديات العراقي، واعتبار النص الأول لاحقاً على النص الثاني.

2- إن قانون الاستملاك هو قانون خاص بنزع الملكية العقارية بينما يعد قانون إدارة البلديات العراقي قانوناً خاصاً بإدارة البلديات وليس نزع الملكية العقارية.

3- نصت المادة (1) من قانون الاستملاك (1981) اللاحق لقانون إدارة البلديات العراقي (1964)، بأنه ((يهدف هذا القانون إلى: أولاً- تنظيم استملاك العقار... من قبل دوائر الدولة... تحقيقاً لأغراضها وتنفيذاً لخططها ومشاريعها))، حيث ورد هذا النص ليعالج موضوع تنظيم استملاك العقار من قبل جميع دوائر الدولة دون أن تستثني أي دائرة من حكم المادة المذكورة، لأنها جاءت بصورة مطلقة، والمطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة (المادة 160 من القانون المدني العراقي)، وبذلك يشمل حكم المادة المذكورة دوائر البلديات أيضاً.

4- كذلك نص المادة (1/ثانياً) من قانون الاستملاك، والتي اعتبرت أن من أهداف هذا القانون وضع قواعد وأسس موحدة للتعويض العادل عن العقارات المستملكة بحيث تضمن حقوق أصحابها دون الإخلال بالمصلحة العامة.

5- قضت المادة (2/أولاً) من قانون الاستملاك بسريان أحكامها على العقارات كافة باستثناء العقارات التي تنظم التشريعات الخاصة بإجراءات نزع ملكيتها، ذلك أن الاستثناء هنا هو لجنس العقارات التي تنزع ملكيتها وليس للجهة التي تنزع الملكية، وبعبارة أخرى فإن نص المادة المذكورة صريح في سريان أحكام قانون الاستملاك على العقارات التي تنزع ملكيتها كافة وبضمنها دوائر البلدية. وجاء في قرار لمحكمة استئناف صلاح الدين ذي الرقم (183/حقوقية/2010) في 2010/12/12 بأن الاستملاك يجب أن يتم بموجب القانون، والمقصود بالقانون هو قانون الاستملاك رقم (12) لسنة 1981 فقط.

ويجدر بالذكر، أنه لا مجال للقول بأن المادة (37) من قانون الاستملاك العراقي (1981) عدلت، ولو بصورة ضمنية، حكم المادة (48/أولاً) من قانون إدارة البلديات في إقليم كردستان - العراق (1993)، ذلك أن القانون الأخير صدر سنة 1993، وبذلك فإنه يكون لاحقاً لصدور قانون الاستملاك سنة 1981. كما أن قانون الاستملاك العراقي هو قانون اتحادي، بينما قانون إدارة البلديات في إقليم كردستان - العراق هو قانون إقليمي، وعند التعارض بين القانونين تكون الأولوية لقانون الإقليم بموجب المادة (115) من الدستور العراقي (2005).



2- مدى توافق نزع ملكية العقار دون بدل مع الدستور والقانون المدني العراقي

قضت الفقرة (أولاً) من المادة (23) من الدستور العراقي (لسنة 2005) بأن ((الملكية الخاصة مصنونة ويحق للمالك الانتفاع بها واستغلالها والتصرف بها في حدود القانون))، وأكدت الفقرة (ثانياً) من المادة ذاتها على أنه ((لا يجوز نزع الملكية إلا لأغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل، وينظم ذلك بقانون))، وذلك حرصاً على مبدأ صون الملكية الخاصة وعدم المساس بها إلا على سبيل الاستثناء، فضلاً عن كونها من الحقوق الأساسية للإنسان (عبدالسلام، 2004، ص11؛ بايز، 2012، ص61-73). كذلك أكدت المادة (1050) من القانون المدني العراقي على هذا المبدأ، حيث نصت على أنه ((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)). ومن ثم، فإنه بموجب أحكام الدستور العراقي والقانون المدني العراقي، لا يجوز نزع ملكية العقار إلا بنص في القانون تحقيقاً لمنفعة عامة ومقابل تعويض عادل.

وهنا يثار التساؤل حول مدى حصول توافق نزع ملكية العقار دون بدل وفقاً لقانون الاستملاك وقانون إدارة البلديات مع أحكام الدستور العراقي وكذلك القانون المدني العراقي، الأمر الذي يقتضي تخصيص فقرة مستقلة للإجابة عن كل حالة على حدة.

1-2 حالة استملاك ربع مساحة العقار دون بدل بشرط تحسن العقار (بمقتضى قانون الاستملاك)

يعد التعويض العادل من أهم ضمانات مالك العقار الذي تنتزع ملكيته الخاصة للمنفعة العامة (المختار، 2012، ص455)، كما أن مفهوم التعويض العادل يقتضي أن يكون التعويض كاملاً ويدفع بصورة فورية دون تأخير أو تقسيط (هياجنه و العدوان، 2012، ص476؛ اللهيبي و أبراهيم، 2019، ص287). وهو ما يلاحظ أيضاً على عبارة (يدفع إليه مقدماً) الواردة في نهاية نص المادة (1050) من القانون المدني العراقي.

وفي هذا الشأن، طلبت محكمة بداءة الكراة (في بغداد) بكتابها المرقم (29882) في 2007/11/28، من المحكمة الاتحادية العليا العراقية (باعتبارها الجهة المختصة بتفسير نصوص الدستور والرقابة على دستورية القوانين وفقاً للمادة 93 من الدستور العراقي)، البت بشرعية حكم المادتين (37) و(38) من قانون الاستملاك، حيث ترى أنه يتعارض مع حكم المادة (23/ثانياً) من الدستور العراقي والتي نصت بصورة مطلقة على عدم جواز نزع الملكية إلا لأغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل. وأجابت المحكمة الاتحادية العليا على ذلك، في قرارها رقم (25/اتحادية/2007) في 2008/1/8، بأن ((حكم المادتين (37) و(38) من قانون الاستملاك لا يتعارض مع حكم المادة (23/ثانياً) من دستور جمهورية العراق وتشكلان تطبيقاً سليماً له، ذلك أن التعويض العادل الذي قصده النص الدستوري قد تحقق في تحسن موقع أو منفعة القسم المتبقي من العقار وزيادة لقيمه بسبب الاستملاك، 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 هي التعويض العادل للمستملك منه الذي قصده النص الدستوري المشار إليه، وإلا نكون أمام حالة إثراء غير مشروع بجانب المستملك **ههنا** على حساب الجهة المستملكة)).

مع ملاحظة وجود خطأ مطبعي في القرار المذكور، حيث استخدم كلمة (المستملك) في السطر الأخير من القرار، فكان المفروض أن يكتب (المستملك منه) وليس (المستملك).

ونحن نتفق مع ما ورد في القرار المذكور، ذلك أن نزع ملكية ربع مساحة العقار دون بدل في ضوء قانون الاستملاك مشروط بتحسن العقار، وقد لا يتحقق تحسن العقار، عندها لا يجوز استملاك الربع القانوني دون بدل، بل قد يتضرر مالك العقار من استملاك جزء من عقاره، بحيث يتعذر الانتفاع بالجزء المتبقي منه، عندها يحق للمستملك منه، بموجب المادة (49) من قانون الاستملاك، أن يطلب استملاك عموم العقار، وفي كل الأحوال إذا أدى الاستملاك الجزئي إلى أضرار مادية بما تبقى من العقار، فإن المستملك منه يستحق التعويض عن ذلك بموجب المادة (50) من قانون الاستملاك. وفي ذلك قضت محكمة استئناف بغداد، في قرارها المرقم (67 و68/ت/ب/2010) في 2010/3/11، بأنه ((إذا تعذر الانتفاع بالجزء المتبقي من العقار المستملك فعلى المحكمة أن تقرر استملاك عموم العقار)).

وبذلك فإن تعويض المستملك منه ربع مساحة عقاره دون بدل، في هذه الحالة، يتمثل في زيادة قيمة الجزء المتبقي من عقاره نتيجة تحسن موقعه أو منفعته. وبعبارة أخرى، فإن أخذ الربع القانوني دون بدل منوط بزيادة قيمة القسم المتبقي من



العقار، ويعني ذلك إجراء انتقاص بين بدل استملاك ذلك القسم الذي يجب أن لا يتجاوز ربع المساحة العمومية للعقار، وبين رسم التحسن المترتب بذمة صاحبه فتحط من البديل بنسبة مالها من رسم التحسن وبذلك يعتبر الاستملاك بعوض، ولكن العوض هو رسم التحسن (مجيد، 1981، ص152).

فعلى سبيل المثال، قد تساوي قيمة عقار مساحته (800)م²، مبلغ مائة مليون دينار عراقي، وعند إقامة مشروع معين أو توسعة معينة في منطقة العقار المذكور، فإن استملاك ربع مساحة هذا العقار دون بدل يعني استملاك مساحة (200)م² منه بقيمة (25) مليون دينار دون بدل. ومن ثم أدى هذا الاستملاك إلى زيادة منفعة الجزء المتبقي والمتمثلة بمساحة (600)م²، من قيمته البالغة (75) مليون دينار قبل الاستملاك إلى (110) مليون دينار بعد الاستملاك، فإن الزيادة الحاصلة في قيمة العقار في هذه الحالة تساوي (35) مليون دينار. فهذه الزيادة هي التعويض العادل للمستملك منه الذي نزع منه ملكية ما قيمته (25) مليون دينار (مساحة الربع القانوني)، أي أن المستملك منه في هذه الحالة قد كسب مبلغ عشرة ملايين دينار نتيجة الاستملاك.

2-2 حالة أخذ ربع مساحة العقار مجاناً بغض النظر عن تحسن العقار من عدمه (بمقتضى قانون إدارة البلديات)

رأينا، فيما سبق، أن المشرع العراقي والكوردستاني، لغرض نزع ملكية ربع مساحة العقار دون بدل وفقاً لقانون إدارة البلديات لم يشترطاً تحسن القسم المتبقي من العقار، وبذلك فإن أخذ ملكية العقار في هذه الحالة غير محصور بنطاق الاستملاك الجزئي، فقد يكون الاستملاك كلياً، أي أنه حتى في حالة استملاك العقار كله فإنه يتم أخذ ربع مساحة هذا العقار دون بدل ومن ثم يقتصر التعويض في هذه الحالة على ثلاثة أرباع مساحة العقار المتبقية.

وهنا يثار التساؤل حول حصول التعارض من عدمه بين المادة (53) من قانون إدارة البلديات العراقي، وكذلك المادة (48/أولاً) من قانون إدارة البلديات لإقليم كوردستان - العراق مع حكم المادة (23/ثانياً) من الدستور العراقي والمادة (1050) من القانون المدني العراقي والتي قضت بصورة مطلقة بعدم جواز نزع الملكية إلا لأغراض المنفعة العامة ومقابل تعويض عادل.

يمكن القول بأن أخذ ما لا يزيد على ربع مساحة العقار دون بدل بمقتضى قانون إدارة البلديات يستند إلى قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس تقتضي أن ثمة تحسناً في القسم الباقي من العقار المستملك، دون الأخذ بنظر الاعتبار عدم تحسن العقار أو حتى تضرر الجزء الباقي منه، كما لو أصبح أدنى من مستوى الشارع، بل أن قانون إدارة البلديات حينما لم يشترط تحسن العقار، فإن أخذ ربع مساحة العقار قد يكون نتيجة الاستملاك الكلي للعقار، وعندها لا مجال للقول بتحسن العقار أصلاً.

وتأسيساً على ذلك، مع الأخذ بنظر الاعتبار تأكيد التشريعات والفقه القانوني على وجوب أن يكون نزع الملكية ببدل (شبحا، 1982، ص510؛ الموافي، 1992، ص58؛ عبداللطيف، 1988، ص8؛ مهملات، 2005، ص25؛ الروابدة والكوردي، 2017، ص355)، وقياساً على التبرير الوارد في قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (25/اتحادية/2007) في 2008/1/8، نرى بأن المادة (53) من قانون إدارة البلديات العراقي، والمادة (48/أولاً) من قانون إدارة البلديات لإقليم كوردستان - العراق منافيتان للعدالة والمنطق القانوني وتعارضان مع حكم المادة (23/ثانياً) من الدستور العراقي، والمادة (1050) من القانون المدني العراقي، نظراً لعدم اشتراط قانون إدارة البلديات تحسن العقار بعد أن أوجبت على مجلس البلدية أخذ ما لا يزيد على ربع مساحة العقار مجاناً وما زاد عليها استملاكاً، ومن ثم فلا تكون أمام أي تعويض عادل للربع القانوني، بل لا يوجد أي تعويض ولو لم يكن عادلاً، الأمر الذي يؤدي إلى أن تكون أمام حالة إثراء غير مشروع بجانب الجهة التي نزعت الملكية على حساب الجهة المالكة للعقار.

وبذلك نستنتج وجود تعارض واضح بين حكم المادة (53) من قانون إدارة البلديات العراقي، والمادة (48/أولاً) من قانون إدارة البلديات لإقليم كوردستان - العراق مع حكم المادة (23/ثانياً) من الدستور العراقي، وكذلك مخالفتها لحكم المادة (1050) من القانون المدني العراقي.

كما أن عبارة (وينظم ذلك بقانون) الواردة في نص المادة (23/ثانياً) من الدستور العراقي، تقتضي تنظيم نزع الملكية بجميع أنواعه بقانون خاص، وهو قانون الاستملاك، بمعنى أنه لا يجوز نزع الملكية إلا في الأحوال التي ينظمها قانون الاستملاك. واستناداً للمادة (130) من الدستور العراقي، والتي قضت بأنه ((تبقى التشريعات النافذة معمولاً بها، ما لم تلغ أو تعدل، وفقاً لأحكام هذا الدستور))، فإنه يمكن القول بأن قانون إدارة البلديات معدل وفقاً لأحكام الدستور العراقي.

وفي هذا الخصوص طلبت محكمة استئناف الأنبار بموجب كتابها المرقم (24) في 2019/5/14، من المحكمة الاتحادية العليا العراقية البت في دستورية الفقرة (1) من المادة (97) من قانون إدارة البلديات العراقي، والتي تنص على أنه ((1- تسجيل باسم البلدية بدون عوض كافة الشوارع الواقعة داخل حدودها والمتروك استعمالها للنفع العام الموجودة عند نفاذ هذا القانون



أو التي تحدث بعد ذلك وفق القوانين المرعية أو التي يدخل ضمن حدودها عند تغييرها...))، حيث ذهبت محكمة استئناف الأنبار الاتحادية إلى أن المادة المذكورة تتعارض مع الدستور العراقي، للأسباب الآتية:

(1- إن أي نص يعد باطلاً إذا تعارض مع الدستور النافذ استناداً لنص المادة (13/ثانياً) من الدستور.

2- إن حق الملكية مصون لا يجوز الاعتداء عليه وحرمان المالك منه إلا في الأحوال التي يجيزها القانون فقد أسبغ المشرع العراقي حماية كاملة على هذا الحق في مختلف التشريعات وكالاتي: أ- نص القانون المدني في المادة (1050) على أنه ((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)). ب- ورد في قانون الاستملاك رقم (12) لسنة 1981 في المادة (1/ثانياً) بأن من أهداف هذا القانون وضع قواعد وأسس موحدة للتعويض العادل. ج- توج المشرع العراقي هذا النشاط التشريعي في المادة (23) من الدستور النافذ والتي تنص: ((أولاً- الملكية الخاصة مصونة ويحق للمالك الانتفاع بها واستغلالها والتصرف بها في حدود القانون. ثانياً- لا يجوز نزع الملكية إلا لأغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل وينظم ذلك بقانون)).

ولخطورة هذا القيد فقد اشترط الدستور أن يكون نزع الملكية تحقيقاً لمصلحة عامة وأن يكون مقابل تعويض عادل. وفي هذه الحالة أن نص الفقرة (1) من المادة (97) من قانون إدارة البلديات أصبح مخالفاً لنص المادة (23) من الدستور النافذ كونه يضم عقارات المواطنين الداخلة في حدود البلدية إلى البلدية بدون عوض مما يلحق الضرر الفادح بهم في أملاكهم العقارية عالية القيمة لمجرد كونها تقع في حدود البلدية ويتم ضمها للشوارع العامة.

3- إن المحاكم العراقية في مختلف درجاتها بما في ذلك محكمة التمييز كانت تدرك هذا التعارض مع النص الدستوري ولم تأخذ بنص المادة (1/97) من قانون إدارة البلديات في الأحكام التي تصدرها قبل ظهور التوجه الجديد لمحكمة التمييز الاتحادية، ومنها قرار محكمة التمييز الاتحادية، رقم (560/الهيئة الاستئنافية عقار/2018) في 2018/2/5 في دعوى أخرى بالمضمون نفسه لم تطبق فيه قانون إدارة البلديات.

4- إن النصوص الدستورية تمثل قمة الهرم القانوني في التشريعات التي تصدرها الدولة وهي تعلو على غيرها من النصوص القانونية الأقل درجة وأن مبدأ سمو الدستور يقتضي أن يكون النظام القانوني للدولة بأكمله محكوماً بالقواعد الدستورية)).

ونتيجة لهذا الطلب رأت المحكمة الاتحادية العليا بموجب قرارها المرقم (59/اتحادية/2019) في 2019/6/13، أن ((المادة (1/97) المطعون في دستورتها لها انعكاسات على العديد من القوانين منها قانون توحيد أصناف أراضي الدولة رقم (53) لسنة 1976، وقانون الاستملاك رقم (12) لسنة 1981، وقانون إدارة البلديات رقم (165) لسنة 1964، وهناك جهات متعددة تطبق هذه القوانين مما يقتضي الوقوف على تأثير البت بالمادة موضوع الطعن في تطبيق قوانينها ومشروعاتها واستماع آرائهم في ذلك، لذلك فإن الأمر يقتضي إقامة دعوى من قبل المتضرر من تطبيق أحكام المادة موضوع الطعن. وبناءً عليه قررت المحكمة الاتحادية العليا عدم إبداء الرأي إلا من خلال دعوى تقام بهذا الخصوص)).

ونحن نؤيد المبررات التي سبقت من قبل محكمة استئناف الأنبار الاتحادية للطعن في دستورية المادة (1/97) من قانون إدارة البلديات، وهي المبررات ذاتها التي يمكن الاستناد إليها بخصوص عدم دستورية المادة (53) من قانون إدارة البلديات العراقي، إلا أن المحكمة الاتحادية العليا ارتأت عدم إبداء الرأي في دستورية المادة (1/97) وانتظار رفع دعوى بهذا الخصوص من قبل المتضرر من تطبيق أحكام المادة المذكورة.

لذلك وبغية قطع الشك باليقين، ودون التعرض إلى مسألة تعديل حكم المادة (53) من قانون إدارة البلديات العراقي (1964) بموجب المادة (37) من قانون الاستملاك (1981) من عدمه، فإننا نوصي المشرع العراقي بإلغاء نص المادة (53) من قانون إدارة البلديات العراقي، والاكفاء بالأحكام الواردة في قانون الاستملاك، أو تعديل المادة المذكورة من خلال إضافة شرط تحسن العقار شأنه في ذلك شأن قانون الاستملاك. وكذلك الحال نوصي المشرع الكوردستاني بإلغاء نص المادة (48/أولاً) من قانون إدارة البلديات لإقليم كوردستان - العراق، والاكفاء بأحكام قانون الاستملاك العراقي.



الاستنتاجات:

توصلنا في هذا البحث إلى جملة من الاستنتاجات، أهمها:

- 1- إذا بلغت المساحة المستملكة من العقار الربع أو تجاوزها، فإن هذا الربع يستملك دون بدل تطبيقاً للمادة (37) من قانون الاستملاك عند تحسن العقار، أما إذا قلت المساحة المستملكة عن الربع فإن المستملك منه - في حالة تحسن القسم المتبقي من عقاره - ملزم بدفع قيمة ما يكمل هذا الربع تطبيقاً للمادة (38) من القانون المذكور.
- 2- في حالة تحسن العقار عند استملاكه جزئياً لا يأخذ المستملك منه بدلاً للاستملاك إلا إذا تجاوزت المساحة المستملكة ربع المساحة العمومية للعقار، وبخلافه أي إذا قلت المساحة المستملكة من العقار عن الربع فإن المستملك منه يكون ملزماً بدفع قيمة ما يكمل الربع القانوني.
- 3- إن أخذ ملكية ربع مساحة العقار دون بدل وفقاً لقانون إدارة البلديات هو نزع جبري لملكية العقار بموجب قرار إداري صادر عن المجلس البلدي استناداً إلى نص المادة (53) من قانون إدارة البلديات العراقي والمادة (48/أولاً) من قانون إدارة البلديات لإقليم كردستان - العراق.
- 4- يتفق نزع ملكية العقار دون بدل بموجب المادة (37) من قانون الاستملاك مع حكمه بموجب المادة (53) من قانون إدارة البلديات العراقي، والمادة (48/أولاً) من قانون إدارة البلديات لإقليم كردستان - العراق، من حيث أن نزع الملكية في كلتا الحالتين يكون لما لا يزيد على ربع مساحة العقار دون بدل، ولكن يختلفان من حيث أن نزع الملكية في قانون الاستملاك مشروط بتحسين الجزء المتبقي من العقار المستملك، أما في قانون إدارة البلديات فلم يشترط ذلك.
- 5- إن المادة (37) من قانون الاستملاك قد عدلت بصورة ضمنية حكم المادة (53) من قانون إدارة البلديات العراقي، ومن ثم قيدها بشرط تحسن العقار، استناداً إلى وحدة الموضوع بين النصين المذكورين واعتبار النص الأول (الصادر سنة 1981) لاحقاً على النص الثاني (الصادر سنة 1964)، وأن قانون الاستملاك هو قانون خاص بنزع الملكية العقارية بينما يعد قانون إدارة البلديات قانوناً خاصاً بإدارة البلديات وليس نزع الملكية العقارية، فضلاً عن أهداف ونطاق سريان قانون الاستملاك.
- 6- لا يمكن القول بأن المادة (37) من قانون الاستملاك العراقي (1981) قد عدلت، ولو بصورة ضمنية، حكم المادة (48/أولاً) من قانون إدارة البلديات لإقليم كردستان - العراق (1993)، لأن القانون الأخير لاحق في صدوره لقانون الاستملاك العراقي.
- 7- عدم دستورية حكم المادة (53) من قانون إدارة البلديات العراقي، والمادة (48/أولاً) من قانون إدارة البلديات لإقليم كردستان - العراق ومخالفتها لأحكام القانون المدني العراقي.

التوصيات:

في ضوء الاستنتاجات أعلاه نوصي بما يأتي:

- 1- نوصي المشرع العراقي بإلغاء المادة (53) من قانون إدارة البلديات العراقي رقم (165) لسنة 1964 بالنظر لتعارضها مع حكم المادة (23/ثانياً) من الدستور العراقي، وكذلك مخالفتها لحكم المادة (1050) من القانون المدني العراقي.
- 2- نوصي المشرع الكوردستاني بإلغاء المادة (48/أولاً) من قانون إدارة البلديات لإقليم كردستان - العراق رقم (6) لسنة 1993 المعدل، لتعارضها مع المادة (23/ثانياً) من الدستور العراقي، ومخالفتها للمادة (1050) من القانون المدني العراقي.
- 3- بالنظر إلى أن المحكمة الاتحادية العليا في العراق هي الجهة القضائية المختصة بالفصل في دستورية القوانين من عددها لذا نرى ضرورة قيامها بالبت في مدى مشروعية ودستورية حكم المادة (53) من قانون إدارة البلديات العراقي، والمادة (48/أولاً) من قانون إدارة البلديات في إقليم كردستان - العراق، لأن بقاء هذا الموضوع يؤدي إلى حدوث اختلاف كبير بين مواقف المحاكم ومن ثم تضرر المواطنين في العراق وإقليم كردستان.

مصادر

أ- الكتب:

1. الحلو، د. ماجد راغب (2004)، القانون الإداري، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة.
2. شيحا، د. إبراهيم عبدالعزيز (1982)، القانون الإداري اللبناني، بيروت: دار الجامعة للطباعة والنشر.
3. الطماوي، د. سليمان (1979)، مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، الكتاب الثالث، أموال الإدارة وامتيازاتها، القاهرة: دار الفكر العربي.
4. طمهور، مصطفى كامل محمد (2019)، الاستملاك للمنفعة العامة في القوانين المقارنة، ط1، بيروت، منشورات زين الحقوقية.



5. عبدالسلام، د.سعید سعد (2004)، نزع الملكية الفكرية للمنفعة العامة، طبقاً للقانون 82 لسنة 2002 في شأن الملكية الفكرية، ط1، القاهرة: دار النهضة العربية.
6. عبداللطيف، محمد (1988)، نزع الملكية للمنفعة العامة، دراسة مقارنة، القاهرة: دار النهضة العربية.
7. عبدالوهاب، د.محمد رفعت (1981)، القانون الإداري، القاهرة: الدار المصرية الحديثة.
8. مجيد، مصطفى (1981)، شرح قانون الاستملاك رقم 12 لسنة 1981، بغداد: دار الحرية للطباعة.
9. ياسين، شهاب أحمد (2011)، الوجيز في شرح قانون الاستملاك، ط1، بغداد: المكتبة القانونية.

ب- البحوث والرسائل العلمية:

1. الأتيرة، جود عصام خليل (2010)، نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة في التشريع الفلسطيني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين.
2. الأحمد، د.نجم (2013)، المفهوم القانوني للمنفعة العامة في نطاق الاستملاك، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، 2 (29)، ص9-35.
3. بايز، هيمان قاسم (2012)، حماية الملكية الخاصة في ضوء الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان وإنعكاسها في التشريعات العراقية، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الآداب والعلوم الإنسانية، جامعة الجنان، طرابلس، لبنان.
4. الروابدة، د.وليد محمود و الكردي، صالح محمد (2017)، الربيع القانوني والملكية الفكرية في السياسة الشرعية، قانون الاستملاك في أمانة عمان الكبرى، دراسة تطبيقية، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، 13 (2)، ص345-363.
5. شبل، د.جابر مهنا (2015)، مشروع نزع الملكية الخاصة والضمانات التي تكفل حمايتها، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهدين، 17 (2)، ص91-114.
6. عبدالرحمن، د.نكتل إبراهيم (2018)، الموازنة بين المنافع والأضرار في قانون الاستملاك العراقي النافذ رقم (12) لسنة 1981، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، 7 (24)، ص174-215.
7. عليوي، زياد خلف (2016)، معيار المصلحة العامة في الاستملاك، دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، 5 (19)، ص1-34.
8. اللهيبي، د.صالح أحمد و إبراهيم، إبراهيم أحمد (2019)، فكرة نزع الملكية للمنفعة العامة، دراسة تحليلية في القانون الإماراتي، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، 8 (28)، ص269-307.
9. المختار، د.غادة فؤاد (2012)، ضمانات حق الملكية الخاصة المستملكة من الأفراد في قانون الاستملاك رقم (12) لسنة 1981 وتعديلاته، مجلة القانون والسياسة، كلية القانون، جامعة صلاح الدين - أربيل، 10 (12)، ص421-478.
10. مهملات، محمد عبدالغني (2005)، الاستملاك ورقابة القضاء الإداري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة دمشق، سوريا.
11. الموافي، أحمد أحمد (1992)، فكرة المنفعة العامة في نزع الملكية الخاصة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر.
12. هياجنه، عبدالناصر زياد و العدوان، أشرف إسماعيل (2012)، التعويض العادل كشرط لمشروعية الاستملاك في ضوء أحكام قانون الاستملاك الأردني، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، 2 (39)، ص472-490.

ج- الدساتير والتشريعات:

1. الدستور العراقي لسنة 2005.
2. الدستور العراقي المؤقت لسنة 1970 الملغي.
3. القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951.
4. قانون الاستملاك العراقي رقم (12) لسنة 1981 المعدل.
5. قانون إدارة البلديات العراقي رقم (165) لسنة 1964.
6. قانون إدارة البلديات لإقليم كردستان - العراق رقم (6) لسنة 1993 المعدل.
7. قانون الطرق العامة العراقي رقم (35) لسنة 2002 المعدل.
8. قانون رقم (5) لسنة 2013 قانون التعديل الأول لقانون الطرق العامة العراقي.
9. قانون الطرق العامة لإقليم كردستان - العراق رقم (3) لسنة 2012.
10. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 المعدل.
11. قانون مجلس شوري الدولة رقم (65) لسنة 1979 المعدل.
12. قانون مجلس الدولة العراقي رقم (71) لسنة 2017.
13. قانون مجلس الشوري لإقليم كردستان - العراق رقم (14) لسنة 2008.
14. قانون نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة المصري رقم (10) لسنة 1991.
15. قانون نزع الملكية والاستيلاء المؤقت للمنفعة العامة الكويتي رقم (33) لسنة 1964.
16. قانون نزع ملكية العقارات والاستيلاء عليها مؤقتاً للمنفعة العامة القطري رقم (13) لسنة 1988.
17. تعليمات رقم (1) لسنة 1981 - تعليمات تسهيل تنفيذ قانون الاستملاك رقم (12) لسنة 1981.



د- القارات القضائية:


1. قرار المحكمة الاتحادية العليا العراقية رقم (59/اتحادية/2019) في 2019/6/13.
2. قرار المحكمة الاتحادية العليا العراقية رقم (25/اتحادية/2007) في 2008/1/8.
3. قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم (560/الهيئة الاستئنافية عقار/2018) في 2018/2/5.
4. قرار محكمة تمييز إقليم كردستان - العراق رقم (402/الهيئة المدنية/2018) في 2018/10/2.
5. قرار محكمة تمييز إقليم كردستان - العراق رقم (65/تمييز/هيئة مدنية) في 2008/6/15.
6. قرار محكمة استئناف بغداد/الرصافة رقم (1377/س/2014) في 2014/11/25.
7. قرار محكمة استئناف بغداد/الرصافة رقم (765/772) في 2010/8/30.
8. قرار محكمة استئناف بغداد/الرصافة رقم (760/761) في 2010/8/26.
9. قرار محكمة استئناف بغداد/الرصافة رقم (783) في 2010/8/29.
10. قرار محكمة استئناف بغداد/الرصافة رقم (791/792) في 2010/8/31.
11. قرار محكمة استئناف بغداد/الرصافة رقم (815/816) في 2010/9/16.
12. قرار محكمة استئناف صلاح الدين رقم (183/حقوقية/2010) في 2010/12/12.
13. قرار محكمة استئناف كربلاء رقم (14-13/ت/حقوقية/استملاك/2009) في 2009/1/25.
14. قرار محكمة استئناف منطقة أربيل رقم (84/ت/2006) في 2006/2/16.
15. قرار محكمة استئناف منطقة السليمانية رقم (438/ب/2017) في 2017/12/27.
16. قرار محكمة استئناف منطقة دهوك رقم (144/ت/م/2013) في 2013/12/15.
17. قرار محكمة بداءة حي الشعب/ بغداد رقم (345/ب/2014) في 2014/9/30.
18. قرار محكمة بداءة أربيل/3 رقم (1037/ك/2015) في 2015/10/28.
19. قرار محكمة بداءة خانقين رقم (1/ب/2006) في 2007/2/15.
20. قرار محكمة بداءة دهوك رقم (12/استملاك قضائي/2013) في 2013/7/23.
21. قرار محكمة بداءة دهوك رقم (44/استملاك قضائي/2013) في 2013/11/24.

ملحق

قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم (35/اتحادية/2007) في 2008/1/8

بسم الله الرحمن الرحيم

كۆماري عيراق
داد كاي بالاي ئيتتيجادي



جمهورية العراق
المحكمة الاتحادية العليا
٢٥ / اتحادية / ٢٠٠٧

تشكلت المحكمة الاتحادية العليا بتاريخ ٣٠ / ذي الحجة / ١٤٢٨ هـ الموافق ٢٠٠٨ / ١ / ٨ برناسة القاضي السيد مدحت محمود وعضوية كل من السادة القضاة فاروق محمد السامي و جعفر ناصر حسين و أكرم طه محمد و أكرم أحمد بابان و محمد صائب النقشبندی و عبود صالح التميمي و ميخائيل شمشون قس كوركيس و حسين أبو السمن المأذونين بالقضاء باسم الشعب وأصدرت قرارها الآتي:

القرار:

طلبت محكمة بداءة الكراة بكتابها المرقم (٢٩٨٨٢) في ٢٨ / ١١ / ٢٠٠٧ البت بشرعية حكم المادتين (٣٧) و (٣٨) من قانون الاستملاك رقم (١٢) لسنة ١٩٨١، حيث ألزمت المادة (٣٧) منه استملاك ما لا يتجاوز ربع مساحة أرض العقار بدون بدل إذا ثبت لهيأة التقدير تحسن موقع أو منفعة القسم المتبقي منه وزيادة قيمته بسبب الاستملاك، وان المادة (٣٨) منه ألزمت مالك العقار المستملاك جزء منه بدفع قيمة ما يكمل ربع المساحة العمومية للأرض قبل الاستملاك إذا كانت المساحة المستملاك بدون بدل تقل عن ربع المساحة العمومية للعقار وثبت لهيأة التقدير أن الاستملاك يؤدي إلى تحسن موقع أو منفعة القسم المتبقي منه وزيادة قيمته.

وترى محكمة بداءة الكراة أن ذلك يتعارض مع حكم المادة (٢٣/ثانياً) من الدستور، حسب وجهة نظرها، والتي نصت على عدم جواز نزع الملكية إلا لإغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل وجاء نص المادة المذكور مطلقاً.

وضع الطلب موضع التدقيق والمداولة من المحكمة الاتحادية العليا وتوصلت إلى أن حكم المادتين (٣٧) و (٣٨) من قانون الاستملاك رقم (١٢) لسنة ١٩٨١ لا يتعارض مع حكم المادة (٢٣/ثانياً) من دستور جمهورية العراق وتشكلان تطبيقاً سليماً له ذلك

١

The federal Supreme Court - Iraq- Baghdad- Hayfa Street
Tel - 5384406- 537245
e-mail: federalcourt iraq@vhoo.com

المحكمة الاتحادية العليا - العراق - بغداد - شارع حيفا- الصالحية . .
تلفون وفاكس ٥٣٧٢٤٥٧
البريد الإلكتروني

بسم الله الرحمن الرحيم

كوٲ ماري عيراق
داد كاي بالآي ئينتيهادي

جمهورية العراق
المحكمة الاتحادية العليا
٢٥ / اتحادية / ٢٠٠٧

أن التعويض العادل الذي قصده النص الدستوري قد تحقق في تحسن موقع أو منفعة القسم المتبقي من العقار وزيادة لقيمته بسبب الاستملاك ، 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 هي التعويض العادل للمستملك منه الذي قصده النص الدستوري المشار إليه ، وإلا نكون أمام حالة إثراء غير مشروع بجانب المستملك على حساب الجهة المستملكة .

انتهى .

الرئيس
مدحت المحمود

العضو
فاروق محمد السامي

العضو
جعفر ناصر حسن

العضو
اكرم طه احمد

العضو
اكرم احمد بابان

العضو
محمد صائب النقشبندى

العضو
عبود صالح التميمي

العضو
ميخائيل شمشون قس كوركيس

العضو
حسين أبو التمن

م . قضائي
مسار قحطان

٢

The federal Supreme Court - Iraq- Baghdad- Hayfa Street
Tel - 5384406- 537245
e-mail: federalcourt_iraq@yahoo.com

المحكمة الاتحادية العليا - العراق - بغداد - شارع حيفا - صالحيية . .
تلفون وفتلس ٥٣٧٢٤٠٦
البريد الإلكتروني



لیسه ننده وهی خاوه ندراریتی خانووبه ره به بی به رامبه ر

پ.ی.د. ظاهر مجید قادر

پ.ی.د. هیوا ابراهیم قادر

کۆلیژی یاسا/ زانکۆی سه لاهه ددین - هه ولیر

پوخته

ده ستوری عیراقی سالی 2005، خاوه ندراریتی تایه تی پارێزراو کردوو، و رێگه ی به لیه سه ننده وهی خاوه ندراریتی نه داوه مه گه ر بۆ سوودی گشتی بێت ئه ویش به رامبه ر به قه ره بوو کردنه وه یه کی دادپه روه رانه، که چی هه ندیک ده ق هه ن له یاسای به خاوه نبوونی عیراقی و یاسای به رپۆه بردنی شاره وانیه کان عیراقی و کوردستانی، رێگه یان به لایه نی په یوه ندر داوه خاوه ندراریتی خانووبه ره به بی به رامبه ر له خاوه نه که ی بسینیت، ئه مه ش پرسیار دینته ئاراوه سه باره ت به ئاسی گونجانی له گه ل حوکمه کان ده ستور و یاسای مه ده نی. له ده رته نجامه کان ئه م توێژینه وه یه ئه وه بوو لیه سه ننده وهی خاوه ندراریتی به بی به رامبه ر به پیی یاسای به خاوه نبوون پیچه وانیه ده ستور و یاسای مه ده نی نییه چونکه قه ره بووی دادپه روه رانه ی لیدینه دی، به لام لیه سه ننده وهی خاوه ندراریتی به بی به رامبه ر به پیی یاسای به رپۆه بردنی شاره وانیه کان پیچه وانیه له گه ل حوکمه کان ماده ده ی (23/دووهم) ی ده ستوری عیراقی (2005) و ماده ده ی (1050) ی یاسای مه ده نی عیراقی. له به ر رۆشنایی ئه مه ش پشنیارمان کرد بۆ یاسادانه ری عیراقی ماده ده ی (53) ی یاسای به رپۆه بردنی شاره وانیه کان عیراقی ژماره (165) ی سالی 1964 هه لبه وشینته وه، هه روه ها پشنیارمان کرد بۆ یاسادانه ری کوردستانی ماده ده ی (48/یه که م) ی یاسای به رپۆه بردنی شاره وانیه کان هه ریمی کوردستان - عیراق ژماره (6) ی سالی 1993 ی هه موارکراو هه لبه وشینته وه.

Real Estate Expropriation without Compensation

Hewa Ibrahim Qadir

Dhzhir Majid Qadir

College of Law/ Salahaddin Univeristy-Erbil

Abstract

The Iraqi constitution (2005) considers private property protected, and expropriation is permissible only for the public benefit and in return for fair compensation, but there are provisions in the Iraqi Acquisition Law and the Iraqi and Kurdistan Region Municipal Administration Law, authorize certain parties to expropriation without compensation, this raises the question of whether this is in line with the provisions of the Constitution and the Civil Code. Among the research conclusions is that the expropriation without compensation under the Expropriation Law does not violate the provisions of the Constitution and the Civil Law due to the achievement of equitable compensation in it. But the expropriation without compensation under the Municipal Administration Law is contrary to the provisions of Article 23/second of the Iraqi Constitution (2005) and Article (1050) of the Iraqi Civil Code. In light of this, we proposed to the Iraqi legislator to abolish the article (53) of Iraqi Municipal Administration Law no.165 of 1964, as well as we proposed to the Kurdistan legislator to abolish the article (48/first) of Kurdistan Region Municipal Administration Law no.6 of 1993.

Keyword: Expropriation, Real Estate Expropriation, Acquisition Law, Municipal Administration Law, Legal Quarter.