معيار المصلحة العامة في الاستملاك
دراسة مقارنة

م.زياد خلف عليوي
مدرس القانون المدني
جامعة كركوك / كلية القانون والعلوم السياسية

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على نبينا محمد(صلى الله عليه وسلم)وعلى آله وصحبه أجمعين،وبعد.

أولاً: مدخل تعريفي بموضوع البحث.

المصلحة العامة هي الطريق الوحيد الذي رسمه المشرع واجتز من خلاله القيام بإجراءات الاستملاك او نزع الملكية والمساس بحق دستوري كفله الدستور كحق الملكية الخاصة، ومفهوم المصلحة العامة يعد من المفاهيم المرنة والمرتبطة بفلسفة الدولة ونظامها وتختلف هذه المصلحة العامة في مفهومها ونطاقها بحسب الفلسفة السائدة في الدولة فيما اذا كانت الفلسفة الليبرالية والتي تحدد المصلحة العامة على اساس تعارضها مع المصلحة الخاصة وتحدد بموجب عدة نظريات كنظرية السبب الدافع ونظرية المنفعة العمومية ونظرية الاجراءات الموازية، كما ان نطاق المصلحة العامة في اطار

الفلسفة التدخلية والتي تعطي نطاقاً واسعاً للمصلحة العامة وخصوصاً مع دخول الدولة في الميدان الاقتصادي.

ولم يتفق الفقه على تعريف محدد للمصلحة العامة وانما طرح عدة معايير لتحديد هذه المصلحة وقد تأثرت هذه المعايير بالتطور الزمني للمجتمع كما ان التشريعات لم تعرف هذه المصلحة العامة ولم تحدد معاير موضوعي لها وانما فقط ذكرت المصلحة العامة كمبرر للاستملاك او نزع الملكية الخاصة.

ثانياً: أهمية الموضوع وسبب اختياره.

يعد حق الملكية الخاصة من الحقوق الدستورية التي كفلها الدستور واحاطها بحماية دستورية ولا يمكن المساس بها الا في الاحوال التي يقررها القانون، والطريق الوحيد الذي يمكن من خلاله المساس بحق الملكية الخاصة هو نزعها للمصلحة العامة، فالمصلحة العامة هي المبرر الوحيد الذي جعله الدستور اساسا للمساس بالملكية الخاصة ومن هنا تأتي اهمية المصلحة العامة ودورها المهم في اطار الملكية الخاصة كأساس يبرر المساس بحق دستوري كحق الملكية الخاصة، لذا يجب ان يكون هذا الاساس واضح المفهوم وله معيار محدد حتى لا يستغل كمبرر للمساس بحق الملكية الخاصة او يتم استغلاله لاغراض لا تحقق المصلحة العامة، ومن هنا تأتي اهمية بحث معيار المصلحة العامة كمبرر للاستملاك لان وضع معيار لهذه المصلحة يضمن صيانة الملكية الخاصة التي كفلها الدستور ويمنع التحكم والاستغلال في تحديد هذه المصلحة التي تبرر الاستملاك، ثم ان عدم وضع المشرع لمعيار موضوعي يحدد المصلحة العامة يجعل البحث عن معيار لهذه المصلحة من الامور المهمة كما اننا نجد انه على الرغم من نص الدستور العراقي على المصلحة العامة كمبرر وحيد للاستملاك الا اننا نجد ان قانون

الاستملاك العراقي لم يذكر في مادته الاولى المصلحة بصريح العبارة كمبرر للاستملاك مما يجعل بحث هذا الموضوع ذو اهمية خاصة.

ثالثاً: منهجية البحث ونطاقه.

اعتمدت الدراسة على المنهج المقارن من خلال مقارنة مفهوم المصلحة العامة والية نزع الملكية للمصلحة العامة بين القانون الفرنسي والمصري وكذلك القانون العراقي وبيان موقف هذه القوانين من مفهوم المصلحة العامة ومعيارها المبرر للاستملاك ونزع الملكية، كما اعتمدت الدراسة على المنهج التحليلي بتحليل النصوص التي تعالج موضوع المصلحة العامة ومبررات الاستملاك للوصول الى المعيار الموضوعي الانسب للمصلحة العامة كمبرر لنزع الملكية او الاستملاك

رابعاً: خطة البحث.

تطلب بحث معيار المصلحة العامة في الاستملاك تقسيمه الى مبحثين، الاول يتناول التعريف بالمصلحة والاستملاك وينقسم الى مطلبين، الاول لتعريف المصلحة العامة والثاني تناولنا فيه تعريف الاستملاك، اما المبحث الثاني فخصصناه لمعيار المصلحة العامة الذي يبرر الاستملاك حيث قسم الى مطلبين، الاول يتطرق الى موضوع عناصر المصلحة العامة، والثاني يبحث المعيار الذي يحدد المصلحة العامة المبررة للاستملاك، لذا تكون خطة البحث على النحو الآتي.

المبحث الأول: التعريف بالمصلحة العامة والاستملاك.

المطلب الأول: تعريف المصلحة العامة.

المطلب الثاني: تعريف الاستملاك.

المبحث الثاني: معيار المصلحة العامة الذي يبرر الاستملاك.

المطلب الأول: عناصر المصلحة العامة.

المطلب الثاني: المعيار الذي يحدد المصلحة العامة المبررة للاستملاك.

والله ولي التوفيق

المبحث الأول

التعريف بالمصلحة العامة والاستملاك

لغرض الوصول الى تحديد مفهوم المصلحة العامة والاستملاك فإننا نقسم هذا المبحث الى مطلبين نتناول في الاول تعريف المصلحة العامة، اما المطلب الثاني فنخصصه لتعريف الاستملاك وكما يأتي.

المطلب الأول

تعريف المصلحة العامة

تعد المصلحة العامة الشرط الاساسي والمبرر الجوهري الذي يستند اليه المشرع في القيام بنزع الملكية الخاصة كما ان الهدف الاول والاساسي من القيام بالاستملاك او نزع الملكية هو تحقيق المصلحة العامة، الا ان مفهوم المصلحة العامة هذا والذي يعد المرتكز الوحيد للمساس بحق الملكية غير واضح وان الفقه لم يتفق على مفهوم محدد له[1]فذهب جانب من الفقه الى تأييد فكرة ترك تحديد مفهوم معين للمصلحة العامة وعدم تعريفها بتعريف معين وذلك بسبب نسبية هذه المصلحة وتغيرها بأستمرار والمرونة التي تحيط بمفهومها، في حين يرى جانب من الفقه ان مفهوم المصلحة العامة يجب ان يعرف ويحدد بدقة وذلك لأن هذه المصلحة العامة تعد المبرر الاساسي والوحيد للمساس بحق دستوري كفله الدستورية ووفر له الحماية كحق الملكية الخاصة، وما دام ان هذا القيد هو استثناء يبرر المساس بحق دستوري هو حق الملكية الخاصة فإنه يجب عدم ترك هذا القيد من دون تحديد لذا يجب

(1) د. جابر مهنا شبل، مشروعية نزع الملكية الخاصة والضمانات التي تكفل حمايتها، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، تصدر عن كلية الحقوق، جامعة النهرين، مجلد(17)، العدد(2)، لسنة 2015، ص97.

وضع مفهوم محدد وواضح للمصلحة العامة كي لا تستغل فكرة المصلحة العامة كمبرر للمساس بحق الملكية[1].

وفي هذا السياق يرى جانب من الفقه الفرنسي ان المصلحة العامة هي اشباع لحاجات الناس سواء في ذلك المصلحة العامة في نزع الملكية او في حرية التجارة او الصناعة، كما ان البعض من الفقه الفرنسي يذهب الى ان احتياجات المرفق العام هي اساس النظريات التي تطرح لتحديد فكرة المصلحة العامة وهي التي تحدد مبررات نشاط الادارة العامة في القيام بنزع الملكية وفي ضوء هذه الاحتياجات يعرف الفقه الفرنسي المرفق العام بأنه مرفق فني يقدم للجمهور نشاطاً عاماً بصورة منتظمة ويتضمن اشباع حاجات عامة بشرط الا يكون اشباع هذه الحاجات مخالفاً لحسن السلوك[2].

وعلى الرغم من تأييد جانب من الفقه لوضع تعريف محدد للمصلحة العامة وقيام جانب من الفقه الفرنسي بتعريف هذه المصلحة الا ان الفقه وخصوصاً المؤيد لوضع تعريف لهذه المصلحة لم يصل الى تحديد تعريف جامع مانع لهذه المصلحة وذلك لان مفهوم هذه المصلحة يعد من اكثر المفاهيم التي ثار الجدل حولها سواء بين الفقهاء او المشرعين والسبب في ذلك هو مرونة مفهوم هذه المصلحة وتبدله من حالة الى اخرى ومن مكان الى اخر ويكون مرتبطاً بالفلسفة السائدة في المجتمع و الدولة ففي الفلسفة الليبرالية المصلحة العامة تقوم على التعارض مع المصلحة الخاصة اي ان المصلحة

(1) براهيمي سهام، فكرة المنفعة العمومية في نزع الملكية، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، تصدر عن كلية القانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، العدد(55)، لسنة 2013، ص351.

(2) د. نجم الاحمد، المفهوم القانوني للمنفعة العامة في نطاق الاستملاك، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد(29)، العدد(2)، لسنة 2013، ص13.

العامة تتجاوز في اهميتها المصلحة الخاصة وبالتالي يكون نزع الملكية او الاستملاك على اساس رجحان المصلحة العامة بالمقارنة مع المصلحة الخاصة اي المصلحة الخاصة لصاحب العقار المراد استملاكه، ويجب ان يوضع لهذه المصلحة العامة نطاق محدد وقد ظهرت عدة نظريات لتحديد نطاق المصلحة العامة ومن اول هذه النظريات نظرية السبب الدافع ويقصد بالسبب الدافع السبب الذي يدفع الى القيام بأجراءات الاستملاك ونزع ملكية احد الاشخاص بهدف تحقيق المصلحة العامة فبالرغم من وجود عدة اسباب ودوافع الا انه يجب ان يكون السبب الذي يدعوا الى القول بوجود مصلحة عامة تبرر الاستملاك محدداً ومتميزاً عن غيره من الاسباب ففي حالة وجود عدة اسباب فيجب ان يحدد الدافع والرئيسي الذي من اجله تم الاستملاك بهدف تحقيق المصلحة العامة[1]، وبذلك يتم مراقبة عمل الادارة والتأكد من مشروعية الاستملاك او نزع الملكية للمصلحة العامة فإذا كانت الاسباب والدوافع التي تقف وراء عملية الاستملاك او نزع الملكية للمصلحة العامة لا تحقق المصلحة العامة كان الاستملاك غير صحيح، وفي المقابل فإنه حتى لو وجدت اسباب اخرى مع السبب الدافع للاستملاك فإنه يبقى صحيحاً ومحققاً للمصلحة العامة[2].

ومن النظريات التي ظهرت في تحديد نطاق المصلحة العامة في ظل الفلسفة الليبرالية نظرية المنفعة العمومية غير المباشرة ويقصد بها ان المنفعة العمومية هي عملية محددة لا تقتصر على عملية ادارية واحدة وانما تمتد

(1) وناس عقيلة، النظام القانوني لنزع الملكية للمنفعة العامة في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، 2006، ص11.

(2) د. ابراهيم عبدالعزيز شيحا، الوسيط في مبادئ واحكام القانون الاداري، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1999، ص449.

وتتواجد بالنسبة لكل عملية اضافية اخرى تكون مكملة او ضرورية لتحقيق المصلحة العامة الاساسية او المباشرة او التي من اجلها تم نزع الملكية او الاستملاك[1]، اي انه بموجب هذه النظرية فإن المصلحة العامة لا تقتصر فقط في الهدف او الغاية الاساسية من نزع الملكية وانما يمتد ليشمل اية مصلحة اخرى يتحقق فيها وصف المصلحة العامة وتكون مرتبطة وضرورية للمصلحة الاساسية التي من اجلها وبسببها تم نزع الملكية او الاستملاك مما يعني ان نطاق المصلحة العامة لا يقتصر على المصلحة العامة المباشرة وانما يمتد الى المصلحة العامة غير المباشرة والتي تكون مرتبطة بالمصلحة العامة المباشرة التي من اجلها تم الاستملاك.

كما طرح الفقه نظرية الاجراءات الموازية لتحديد نطاق المصلحة العامة وتفترض هذه النظرية ان المشروع الذي من اجله يتم نزع الملكية او الاستملاك اضافة الى تحقيقه المصلحة العامة لابد ان يتضمن اجراءات اخرى متوازية مع اجراءات الاستملاك او نزع الملكية للمصلحة العامة، اي ان العمليات التي بموجبها تنزع ملكية الافراد تتطلب اجراء اخر على الاقل الى جانب اجراء نزع الملكية فمثلاً القواعد المتعلقة ببناء المستشفيات وتجهيزها اذا كان الاستملاك بهدف بناء مستشفى فإن اجراءات اخرى اضافة الى اجراء الاستملاك تتدخل وهذه الاجراءات الاخرى تتعلق بالبناء وكيفية التجهيز وعند عدم احترام هذه القواعد او الاجراءات الموازية فإن المصلحة العامة تعد غير متوافرة[2].

فهذه النظرية تقوم على وجهين متعاكسين فأما ان يبقيان متوازيين فلا يلتقيان، واما ان يلتقيان فيكونان وحدة واحدة فالوجه الاول وهو بقاء الاجراءين

(1) براهيمي سهام، مصدر سابق، ص373.

(2) وناس عقيلة، مصدر سابق، ص12.

متوازيين فيعني ان اجراء نزع الملكية او الاستملاك يبقى متوازياً مع الاجراء الاخر وهو المستلزمات الضرورية التي يتطلبها المشروع الذي من أجله تم نزع الملكية وبالتالي على الجهة المستملكة ان تراعي الاجراءين معاً مما يعني ان الجهة المستملكة عليها مع القيام بإجراء نزع الملكية او الاستملاك ان تقوم بالأعمال الضرورية التي يتطلبها اقامة المشروع الذي من اجله تم نزع الملكية، وان لم تراعي الجهة المستملكة هذه الاجراءات الموازية فإن هذا سوف يؤدي الى عدم تحقق شرط المصلحة العامة وبالتالي عدم صحة اجراءات الاستملاك وغياب السبب الذي تم من اجله[1].

والوجه الثاني هو التقاء الاجراءين في عملية واحدة وهذا الامر يقوم على عكس الاجراء الاول وبموجبه يتم توحيد الاجراءين اجراء نزع الملكية او الاستملاك مع الاجراء الموازي في عملية واحدة على اساس ان هذين الاجراءين يلتقيان في نقطة واحدة وهي المساهمة في تحقيق المشروع الذي من اجله تم الاستملاك او نزع الملكية للمنفعة العامة ومن ثم لا يتم البحث عن الاجراءات الموازية المطلوبة لإتمام المشروع الذي من اجله تمت عملية الاستملاك إذ ان هذا الاجراء يتم بحثه مع اجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة وبالتالي تأتي الاجراءات منسجمة ومتوافقة مع بعضها بهدف قيام المشروع الذي تم الاستملاك او نزعت الملكية من اجله[2].

وهذا يعني ان اجراءات الاستملاك يتم معها دمج الاجراءات الاساسية اللازمة للقيام بالمشروع الذي من اجله تم الاستملاك وبالتالي فإن نطاق المصلحة العامة وتوافرها يبحث مع اجراءات الاستملاك بالنسبة للمشروع

(1) محمد حسن بكر، الوسيط في القانون الاداري، دار الفكر الجامعي الاسكندرية، 2006، ص451.

(2) وناس عقيلة، مصدر سابق، ص31.

المراد القيام به وان عدم القيام بإجراءات المشروع الذي تم الاستملاك من اجله يفقد المصلحة العامة صفة الوجود إذ انها اتسع نطاقها ليشمل الاجراءات الموازية والتي تكون ضرورية لتنفيذ المشروع الذي استدعى القيام بإجراءات الاستملاك ونزع الملكية.

اما من جانب الفلسفة التدخلية فإنه بدخول الدولة في الميدان الاقتصادي والذي كان اغلبه مقصوراً على الافراد في ظل الفلسفة الليبرالية فإن المصلحة العامة بدأت تجد مشروعيتها على اساس المنفعة الاقتصادية، فالفلسفة التدخلية اجازت ان تمتد المصلحة العامة الى قطاع الاقتصاد وان يكون نزع الملكية او الاستملاك لأغراض اقتصادية بعد تغير النظر الى دور الدولة من دور سلبي كحارس او راعي للأمن الى دور ايجابي و مؤثر في الاقتصاد والاموال، واذا كان العنصر الاقتصادي لم يكن واضحاً او مؤثراً كمبرر للاستملاك فإنه في ظل الفلسفة التدخلية أصبح من الممكن ان يكون المبرر للاستملاك هو الهدف الاقتصادي للمشروع وبدا اكثر وضوحاً من ذي قبل ومن ثم اتسع نطاق المصلحة العامة ليشمل المصلحة الاقتصادية مما يعني ان المصلحة الاقتصادية العامة ظهرت كمبرر ودافع يمكن من خلاله اللجوء الى الاستملاك ونزع الملكية من اجل القيام بمشروع اقتصادي[1].

(1) براهيمي سهام، مصدر سابق، ص379.

المطلب الثاني

تعريف الاستملاك

الاستملاك هو نزع ملكية العقار او الحق العيني المتعلق به للمصلحة العامة، وهو اجراء من شأنه ان يحرم شخص من ملكه وتخصيصه للمصلحة العامة مقابل تعويض عادل[1]، وهو ايضاً حرمان مالك العقار من ملكه جبراً للمنفعة العامة نظير تعويضه عما يناله من ضرر[2].

والاستملاك يكون على ثلاثة انواع، اولها الاستملاك الرضائي وهو الذي يكون عن طريق الاتفاق بين المستملك والمستملك منه سواء كان المستملك منه شخص واحد او عدة اشخاص اذا كان العقار مملوك على الشيوع وعندئذ يتطلب الاستملاك موافقة جميع الشركاء لأن كل شريك يعد اجنبياً بالنسبة لحصة الشريك الاخر وليس له ان يتصرف فيها، والاستملاك الرضائي اما يكون عينياً بمبادلة عقار بعقار اي ان يقوم المستملك بإعطاء المستملك منه عقار اخر مكان العقار الذي قام باستملاكه او يكون نقداً بأن يتم اعطاء المستملك منه بدلاً نقدياً نظير استملاك عقاره ويكون هذا البدل مقدراً من قبل هيئة التقدير[3].

(1) القاضي شهاب احمد ياسين، الوجيز في شرح قانون الاستملاك، الطبعة الاولى، المكتبة القانونية، بغداد، 2011، ص7.

(2) د. نزيه كبارة، الملك العام والملك الخاص، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2010، ص164.

(3) مصطفى مجيد، شرح قانون الاستملاك رقم 12 لسنة 1981، مطبعة الحرية، بغداد، من دون سنة طبع، ص39.

والاستملاك الرضائي يتم بعدة اجراءات فبعد الاتفاق بين المستملك والمستملك منه على الاستملاك يطلب المستملك من هيئة التقدير تحديد التعويض او البدل المقابل للعقار المستملك وبعد صدور القرار من قبل هيئة التقدير يقوم رئيس الهيئة بتبليغ القرار لكل من المستملك والمستملك منه ودائرة التسجيل العقاري التي يقع العقار ضمن منطقتها وعلى دائرة التسجيل العقاري وضع اشارة عدم تصرف على العقار المتفق على استملاكه وقرار هيئة التقدير يكون باتاً اذا تمت الموافقة عليه تحريرياً من قبل الاطراف او مضت المدة المحددة للاعتراض ولم يقم اي من الطرفين بالاعتراض، اما اذا تم الاعتراض على قرار هيئة التقدير خلال المدة القانونية فإن اجراءات الاستملاك تعد ملغاة وعلى رئيس هيئة التقدير اشعار دائرة التسجيل العقاري برفع اشارة عدم التصرف من سجل العقار[1].

وعلى المستملك ايداع بدل الاستملاك لدى دائرة التسجيل العقاري لموقع العقار اذا كان البدل نقداً اما اذا كان التعويض عينياً فيتم تسجيل العقار المستبدل به بأسم المستملك منه وفي كلتا الحالتين يجب ان يتم ايداع البدل او تسجيل العقار خلال مدة تحدد من قبل القانون وتبدأ هذه المدة من تاريخ التبليغ بقرار هيئة التقدير ما لم يتم تحديد مدة اخرى باتفاق الطرفين، واذا لم يودع المستملك بدل الاستملاك او لم يسجل العقار المستبدل به بأسم المستملك منه خلال المدة التي تم تحديدها من قبل القانون فإنه يحق للمستملك منه الغاء موافقته وفي هذه الحالة تعد جميع اجراءات الاستملاك ملغاة[2].

(1) الاستاذ محمد طه البشير و د. غني حسون طه، الحقوق العينية، الجزء الاول، الحقوق العينية الاصلية، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 1982، ص64.

(2) مصطفى مجيد، مصدر سابق، ص47.

والنوع الثاني من انواع الاستملاك هو الاستملاك القضائي وهو الاستملاك الذي يكون عن طريق القضاء حيث يقوم المستملك بتقديم طلب الى المحكمة التي يقع العقار المطلوب استملاكه ضمن دائرة اختصاصها ويؤيد في هذا الطلب عدم وجود مانع تخطيطي او قانوني للاستملاك من خلال مفاتحة الجهات المختصة بأستثناء الاستملاك للاغراض العسكرية ويرفق مع التأييد نسخة من اخر سجل للعقار او نسخة من عدم تسجيله او خضوعه لمراسم التأييد وخارطة مصدقة من دائرة التسجيل العقاري مؤشر عليها المساحة المطلوب استملاكها[1]، وبعد تقديم الطلب تعين المحكمة موعد للنظر بطلب الاستملاك خلال مدة تحدد من قبل القانون وتبدأ هذه المدة من تاريخ تسجيل الطلب وتطلب من دائرة التسجيل العقاري عدم اجراء اي تصرف على العقار وفي اول جلسة تتحقق المحكمة من توافر الشروط القانونية للاستملاك وتقوم المحكمة بالكشف على العقار لغرض تقدير التعويض وذلك عن طريق هيئة التقدير التي تشكل برئاسة قاضي محكمة البداءة وعضوية رئيس دائرة التسجيل العقاري او من ينوب عنه ورئيس دائرة ضريبة العقار او من ينوب عنه وممثل عن كل من المستملك والمستملك منه ومن ثم تفصل المحكمة في طلب الاستملاك وعلى وجه السرعة وبعد اكتساب قرار الاستملاك الدرجة القطعية او درجة البتات ودفع كامل البدل والمصاريف يكون على المحكمة اشعار دائرة التسجيل العقاري بتسجيل العقار بأسم المستملك[2].

أما النوع الثالث من انواع الاستملاك فهو الاستملاك الاداري وهو الاستملاك الذي يكون بين دوائر الدولة فإذا كان العقار او الحق العيني

(1) الاستاذ محمد طه البشير و د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص65.
(2) القاضي شهاب احمد ياسين، مصدر سابق، ص28 وما بعدها.

المطلوب استملاكه يعود الى دوائر الدولة فيجري استملاكه ادارياً واذا اختلف الطرفان بشأن الاستملاك فإن الوزير المختص هو الذي يفصل في الخلاف الناشئ بينهما في حالة كون الدائرتين تابعتين لوزارة واحدة اما اذا كانت الدائرتين لا تتبعان نفس الوزارة فإن مجلس الوزراء هو الذي يفصل في الخلاف ويكون القرار الصادر بفصل الخلاف باتاً وملزماً[1].

اما فيما يتعلق بالموقف التشريعي من الاستملاك فإن اغلب التشريعات المقارنة قد عالجت موضوع الاستملاك وبقوانين خاصة وتسميات مختلفة اغلبها اطلق عليها مصطلح نزع الملكية للمنفعة العامة، فالمشرع الفرنسي اصدر المرسوم رقم (997-58) في 1958/10/23الذي نظم كيفية نزع الملكية للمنفعة العامة[2].

أما المشرع المصري فقد نظم اجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة بالقانون رقم (10) لسنة 1990والذي نص بأن يكون حصر العقارات والمنشآت التي يتقرر لزومها للمنفعة العامة بواسطة لجنة مؤلفة من مندوب عن المصلحة القائمة باجراءات نزع الملكية ومن احد رجال الادارة المحليين ومن الصراف[3]، وبموجب نص المادة (9) من هذا القانون يحق لاطراف الاستملاك الطعن بقرار تقدير التعويض امام المحكمة التي يكون العقار المستملك ضمن دائرتها وخلال اربعة اشهر نت التقدير.

اما المشرع العراقي فقد عالج موضوع الاستملاك بقانون خاص هو قانون الاستملاك رقم (12) لسنة 1981 المعدل وقد نص هذا القانون على

(1) الاستاذ محمد طه البشير ود. غني حسون طه، مصدر سابق، ص66.

(2) ينظر نص المادة(56)من المرسوم رقم(997-58)لسنة 1958الخاص بنزع الملكية للمنفعة العامة الفرنسي.

(3) ينظر نص المادة (5) من القانون المصري رقم (10) لسنة 1990 الخاص بنزع الملكية للمنفعة العامة.

انواع الاستملاك واجراءات كل نوع فنص على الاستملاك الرضائي[1] وهو الذي يكون بالاتفاق بين لمستملك والمستملك منه ويتم تقدير التعويض عن طريق الطلب من هيئة التقدير تقدير التعويض بعد تقديم كافة المستمسكات التي نص عليها القانون وبنفس الكيفية التي سبق ذكرها عند الكلام عن انواع الاستملاك، كما نص المشرع على الاستملاك القضائي في المواد (9-21) والذي يتم من خلال تقديم طلب الى المحكمة اتي يقع العقار ضمن دائرتها وبعد تحقق الشروط التي تطلبها المشرع تصدر قرار الاستملاك.

كما اشار المشرع الى الاستملاك الاداري[2]وهو الذي يكون عند طلب استملاك عقار مملوك لأحدى دوائر الدولة واذا حدث نزاع حول الاستملاك فيتم الفصل في طلب الاستملاك من الوزير اذا كانت الدائرتين تتبعان نفس الوزارة اما اذا كانت الدائرتان تتبعان لوزارات مختلفة فيتم الفصل في طلب الاستملاك من قبل مجلس الوزراء.

(1) ينظر نص المواد (4-8) من قانون الاستملاك العراقي رقم (12) لسنة 1981 المعدل.

(2) ينظر المواد (22-25) من قانون الاستملاك العراقي المعدل.

المبحث الثاني
معيار المصلحة العامة الذي يبرر الاستملاك

اذا توافرت عناصر المصلحة العامة فأنه يجب ان يكون هناك معيار يمكن من خلاله التعرف على معالم هذه المصلحة وهل انها تعد مبرراً كافياً للقول بنزع حق دستوري كفله الدستور واضفى عليه حماية كحق الملكية الخاصة ولغرض الاحاطة بهذا الموضوع فأننا نقسم هذا المبحث الى مطلبين، نتناول في الاول عناصر المصلحة العامة، اما الثاني فنبحث فيه عن المعيار الذي يمكن من خلاله تبرير الاستملاك والقول بتوافر المصلحة العامة وكما يلي.

المطلب الأول
عناصر المصلحة العامة

لكي توجد المصلحة العامة وتعد مبرراً للاستملاك ونزع الملكية الخاصة يجب ان تتوافر فيها عناصر معينة، واول هذه العناصر هو عنصر حماية المجتمع وحفظ كيانه فمما لا شك فيه ان حماية المجتمع وحفظ كيانه من اهم عناصر فكرة المصلحة العامة وسواء كانت هذه الحماية ضد خطر خارجي أو داخلي وسواء كانت المحافظة على كيان المجتمع تستهدف صيانة الجانب المادي ام المعنوي وعلى هذا فإن كل عمل من شأنه حماية المجتمع ضد الاخطار الخارجية المتمثلة في دفع أو عدوان خارجي او كل عمل من شأنه حماية المجتمع ضد مصادرها سواء طبيعية كتوقي الزلازل والفيضانات او بفعل الانسان كتوقي الغش ومحاربة الجريمة والتصدي لأعمال التخريب والتدمير في الداخل وكل عمل من شأنه مجابهة كل هذه الاخطار ودفعها عن المجتمع وحفظ كيانه يتطلب نزع الملكية الخاصة او الاستملاك من اجل

المصلحة العامة، فمثلاً لو انه تم استملاك عقار معين او نزع ملكية خاصة لمواجهة خطر فيضان او زلزال او تم الاستملاك لأغراض عسكرية فهنا بلا شك ان المصلحة العامة متوافرة وان الاستملاك يكون صحيحاً[1].

وهنا يكون كل امر الغرض منه المحافظة على المجتمع ومنع حدوث اضرار له محقق للمصلحة العامة فلا شك بأن دفع الضرر عن المجتمع يعد محققاً للمصلحة العامة وبالتالي اذا كان الهدف دفع الضرر عن المجتمع وحمايته عنصر من عناصر المصلحة العامة ومحققاً لها فأنه نزع الملكية او الاستملاك يكون صحيحاً لوجود ما يبرره.

أما العنصر الثاني من عناصر المصلحة العامة فهو استهداف تقدم المجتمع ورقيه إذ ان تقدم المجتمع ورقيه يعد محققاً للمصلحة العامة وان اي عمل تقوم به السلطة العامة وخاصة الادارة ويؤدي الى الاسهام في تقدم المجتمع يعد محققاً للمصلحة العامة والتقدم هنا يؤخذ بأوسع معانيه فقد يكون تقدماً اقتصادياً او اجتماعياً او ثقافياً او في اي شأن من شؤون الحياة وعليه اذا اتخذت الادارة وسيلة لنزع الملكية تحقيق هذا التقدم فإن عملها يحقق المصلحة العامة وبالتالي يبرر عملية الاستملاك او نزع الملكية الخاصة[2]، فلو تم استملاك عقار احد الاشخاص لأنشاء مشروع صناعي او زراعي او لبناء ملكية عامة او غير ذلك بهدف تطور المجتمع ورقيه واستهدف هذا المشروع المنفعة لجميع افراد المجتمع فإنه بلا شك سوف يكون هناك توافر للمصلحة العامة التي تبرر القيام بالاستملاك[3].

(1) براهيمي سهام، مصدر سابق، ص350.

(2) د. نزيه كبارة، مصدر سابق، ص169.

(3) د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، حق الملكية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،2000، ص631.

ومن عناصر المصلحة العامة ضمان اداء المرافق العامة لوظائفها فأنشاء المرافق العامة وضمان اداءها لوظائفها واتخاذ ما يلزم من امور لتسيير هذا الاداء انما يحقق المصلحة العامة، فإذا قامت الادارة باستملاك عقار من اجل انشاء مرفق عام او من اجل تسيير وضمان استمرار العمل في مرفق عام موجود من قبل فأنها تكون قد حققت المصلحة العامة وكانت هذه المصلحة هي الدافع والسبب وراء القيام بإجراءات الاستملاك، فمثلاً لو تم الاستملاك من قبل الادارة اعقار احد الاشخاص لتحسين مرفق السكك الحديدية بأنشاء خط جديد او بتجديد الخط القائم او كان الاستملاك يستهدف توسيع مستشفى قائم بالفعل لغرض زيادة الطاقة الاستيعابية بالنسبة للمرضى فكل هذه الاعمال تعد محققة للمصلحة العامة وتبرر القيام باجراءات الاستملاك[1].

المطلب الثاني

المعيار الذي يحدد المصلحة العامة المبررة للاستملاك

مثلما لم يتفق الفقه على وضع تعريف للمصلحة العامة ولم تقم القوانين بتعريفها فإن مسألة وضع معيار يمكن من خلاله تحديد المصلحة العامة التي يمكن من خلالها تبرير اجراءات الاستملاك ونزع الملكية الخاصة لم يكم موضع اتفاق وانما تم طرح عدة معايير كل منها يحاول الوصول الى تحديد المصلحة العامة التي ترقى الى حد القول بوجودها كمبرر لنزع الملكية الخاصة والقيام بإجراءات الاستملاك.

ومن اقدم المعايير التي طرحت لتحديد المصلحة العامة المبررة للاستملاك هو ان المصلحة العامة هي مجموع المصالح الخاصة، فوفقاً لهذا المعيار فإن المصلحة العامة هي مجموع المصالح الخاصة للأفراد فبجمع

(1) براهيمي سهام، مصدر سابق، ص351.

المصالح الخاصة للأفراد تتكون المصلحة العامة وذلك لان العبرة في تحقيق المصلحة العامة هي بعدد الافراد الذين يتعلق الامر بمصلحتهم وبجمع مصالحهم الخاصة هذه تتكون المصلحة العامة، إذ لا يوجد تميز للمصلحة العامة عن مصالح الافراد الخاصة على اعتبار ان هذه المصالح الخاصة بمجموعها تكونت المصلحة العامة، واذا كان هذا الرأي يعد قريباً من العدالة لأنه يحترم مصالح الاغلبية ويغلبها على مصالح الاقلية الا انه يهمل بعض الاعتبارات العامة التي قد تكون على درجة من الاهمية لكيان المجتمع ككل وليس فقط لفئة معينة او مصلحة كل فرد عل حدى[1].

كما ان هذا المعيار قد يؤدي الى نتائج لا تتفق مع المنطق فإذا كان مجموع مصالح الافراد الخاصة يشكل المصلحة العامة فهل يكون مجموع مصالح فئة من افراد المجتمع والتي تكون غير متفقة مع النظام العام والآداب او مع اتجاه التشريعات في المجتمع مصلحة عامة، فمثلاً هل يمكن لجمع المصالح الخاصة بالمثليين او السراق تشكيل مصلحة عامة تبرر قيامهم بأفعالهم او جعلها قانونية، لاشك ان هذا القول لا يتفق مع المنطق ولا مع الاتجاه التشريعي السليم في تنظيم المجتمع، لذا لا يمكن حسب وجهة نظرنا الاعتماد على هذا المعيار في تحديد المصلحة العامة التي تبرر الاستملاك.

ومن المعايير التي طرحت لتحديد فكرة المصلحة العامة المبررة لنزع الملكية الخاصة او الاستملاك معيار سمو المصلحة العامة ووفق هذا المعيار فإن المصلحة العامة هي مصلحة المجتمع ككل بعيداً عن مصالح الافراد الخاصة ولا تكون المصلحة العامة هي مجموع مصالح الافراد الخاصة وانما

(1) احمد احمد الموافي، فكرة المنفعة العامة في نزع الملكية الخاصة، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة طنطا، من دون ذكر سنة، ص12، مشار اليها لدى براهيمي سهام، مصدر سابق، ص346.

المصلحة العامة تكون مستقلة عن المصالح الخاصة للأفراد ووفقاً لهذا المعيار فإن الجمع لا يكون الا على الاشياء المتماثلة التي لها نفس الطبيعة بينما المصالح الخاصة فهي متعارضة ومتضاربة ولا يمكن اضافة بعضها الى بعض لتكوين المصلحة العامة والقول بأن المصحة العامة هي حاصل جمع هذه المصالح الخاصة وذلك لان المجتمع يشكل وحدة مستقلة عن الافراد المكونين له وبالتالي فإن هناك غاية واحدة ومصلحة عامة تجمع افراد المجتمع وهي مستقلة عن المصلحة الخاصة بكل فرد من افراده[1].

ويرى الفقه انه اذا كان هذا الرأي قد ركز على جانب واحد هو بيان ما يحقق مصلحة عامة عليا للمجتمع ككل الا انه اهمل اي دور للمصلحة الخاصة في تكوين المصلحة العامة[2] كما ان فصل مفهوم المصلحة العامة عن المصلحة الخاصة يجعل هذه المصلحة متناقضة وغير متجانسة مع مصالح الافراد وبالتالي فإن تحقيق المصلحة العامة لا يعود بالنفع على المجتمع لان المجتمع اصلاً متكون من مجموعة من الافراد وان اهملت مصالحهم الخاصة تماماً ولم يعطيها اي اهمية جاء مفهوم المصلحة العامة الذي نرمي الوصول اليه غريباً عن افراد المجتمع ولا يتطابق مع اوضاعهم ولا يحقق مصالحهم.

ومن المعايير التي طرحت لتحديد المصلحة العامة التي تبرر الاستملاك معيار نوع النشاط وهذا المعيار يميز بين النشاط الاداري والنشاط الاداري على اساس الهدف او الغاية على اعتبار ان حاجات المجتمع الاساسية رغم انها تمس مصالح مجموع الافراد الا ان النشاط الفردي ل يكون الرغبة والحماسة لتحقيقها فتقوم الادارة بنشاطها لتلبية هذه الحاجات لان اشباع

(1) براهيمي سهام، مصدر سابق، ص346.

(2) د. نجم الاحمد، مصدر سابق، ص14.

هذه الحاجات يحقق المصلحة العامة وبهذا يكون النشاط الاداري الذي تقوم به الادارة في سبيل اشباع حاجات معينة مجالاً للبحث عن المصلحة العامة مما يعني ان المصالح المتوخاة او التي قصدت الادارة الوصول اليها وتحقيقها من جراء القيام بنشاطها هي المصلحة العامة[1] وتعد حاجات اساسية للمجتمع، بينما الحاجات غير الاساسية التي هدفها تحقيق مصالح فردية للاشخاص وبدوافع فردية تعد مجالاً للنشاط الفردي والمصلحة التي تتحقق من هذا النشاط تعد مصلحة خاصة وليست عامة.

ووفقاً لهذا المعيار فإن المصلحة العامة والمصلحة الخاصة تتفقان من حيث المضمون والمحتوى وهو تحقيق اشباع الحاجات الا ان الاختلاف يكون في مجال كل منهما بمعنى ان النشاط ان قامت به الادارة فإن المصلحة المتوخاة منه تكون مصلحة عامة وان قام به الافراد فإنه يحقق مصلحة خاصة[2].

الا ان هذا المعيار لا يمكن حسب وجهة نظرنا ان يكون معياراً لتحديد المصلحة العامة ذلك ان النظر الى نطاق النشاط ومن يقوم به لا يعد معياراً موضوعياً يمكن من خلاله تحديد المصلحة العامة التي تبرر الاستملاك وكيف يمكن القول ان النشاط ان قامت به الدارة فهو محقق للمصلحة العامة وان قام به الافراد يكون محققاً لمصلحة خاصة على اساس قصد الربح، بمعنى ان الادارة لا تهدف من نشاطها الحصول على الربح بينما الافراد هدفهم الحصول على الربح في حين اننا نرى في الواقع العملي انه في بعض الاحيان تقوم الادارة بنشاطات يكون الدافع من ورائها هو تحقيق الربح ومع

(1) د. ماجد راغب الحلو، القضاء الاداري، الدار الجامعية، الاسكندرية، 1988، ص171.

(2) براهيمي سهام، مصدر سابق، ص347.

ذلك فإنه تحقق المصلحة العامة سواء مباشرة من النشاط او بطريقة غير مباشرة على المدى الطويل في حين نرى ان هناك نشاطات يقوم بها الافراد وتكون محققة للمصلحة العامة ايضاً وخصوصاً عندما تتفق الادارة مع الافراد على القيام بنشاط معين وتحقق من وراء هذا النشاط المصلحة العامة والربح بالنسبة للأفراد.

ومن المعايير التي طرحت لتحديد المصلحة العامة المعيار المزدوج وهذا المعيار يعتمد على جانبين، الاول هو الجانب الايجابي وذلك بتحديد ما يعد محققاً للمصلحة العامة من اعمال عن طريق حصر هذه الاعمال المؤدية الى تحقيق المصلحة العامة ويطبق هذا المعيار أياً كانت وسيلة تحديد الاعمال المحققة للمصلحة العامة سواء كان تحديدها من قبل المشرع ام ترك تحديدها للإدارة تحت رقابة القضاء[1]، اما الجانب الثاني فهو الجانب السلبي وهذا المعيار يقوم على استبعاد الاعمال التي لا تحقق المصلحة العامة وتحديد المصلحة العامة بموجب هذا المعيار في كل امر لا يعد محققاً للمصلحة الخاصة وبالتالي يتم حصر الاعمال المحققة للمصلحة الخاصة وما سواها يعد محققاً للمصلحة العامة ويتركز فيها مفهوم هذه المصلحة[2].

وهذا المعيار لا يمكن الاستناد اليه لتحديد المصلحة الامة التي تبرر الاستملاك وذلك لأنه لا يمكن للجانبين الايجابي والسلبي ان يوضحان المصلحة العامة وخصوصاَ عند وجود اعمال متداخلة بين الجانبين بمعنى انها تحقق المصلحة العامة والخاصة معاً.

(1) د. أحمد محمود جمعة، النظام القانوني للأموال العامة والخاصة المملوكة للدولة وللأشخاص الاعتبارية العامة وهيئة الموانئ المصرية، منشأة المعارف، الاسكندرية، من دون سنة نشر، ص8، ص9.

(2) د. نجم الاحمد، مصدر سابق، ص16.

وطرح الفقه كذلك معيار او مفهوم ان المصلحة العامة هي المصلحة الارجح وهذا المفهوم ينطلق من فكرة ان المصالح لا تكون كلها عامة محضة ولا تكون كلها خاصة محضة وانما ينظر الى الجانب الراجح من هذه الامور او المصالح وهنا تكون المصلحة العامة هي المصلحة الاغلب لأهميتها من حيث عدد من يستفاد منها او اهميتها القصوى في مجال استخدامها، والمصالح سواء العامة او الخاصة متعددة وقد تتضارب فيما بينها وبالتالي يكون اساس الترجيح فيما بينها هو اهمية كل منها فترجح المصلحة الاهم وبالتالي تكون هي المصلحة العامة[1].

والحقيقة ان هذا المعيار لا يمكن الاخذ به كمعيار لتحديد المصلحة العامة لن المصلحة العامة لا تكون متواجدة وتظهر اهميتها من حيث العدد او الكم وانما من ناحية نوع المصلحة فقد تكون مصلحة انقاذ حياة شخص او مجموعة قليلة من الاشخاص محققة للمصلحة العامة اكثر من مصلحة ملايين الاشخاص في قضاء اوقات الفراغ فالمصلحة العامة تتحدد من ناحية النوعية وليس من ناحية الكمية.

اما بالنسبة للموقف التشريعي فإن التشريعات لم تضع معيار للمصلحة العامة ولم تقم بتعريفها وتركت المجال واسعاً في هذا الباب سواء للإدارة التي تقوم بالاستملاك ونزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة تحقيقاً لنشاطها او للقضاء عند مراقبته او نظره لإجراءات الاستملاك او النظر في المنازعات الناشئة بسببه[2].

(1) براهيمي سهام، مصدر سابق، ص349.

(2) المحامي بدوي حنا، الاستملاك، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص285.

فالمشرع الفرنسي لم يضع تعريفاً للمصلحة العامة ولم يحدد معيار يمكن من خلاله التعرف عليها وانما اشترط توافر هذه المصلحة العامة لإمكانية نزع الملكية في القانون المدني[1] وبالتالي ترك المجال للإدارة في تقدير مدى توافر المصلحة العامة في حالة نزع الملكية الخاصة، كما ان للقضاء دور في الرقابة على مشروعية نزع الملكية من خلال البحث عن المصلحة العامة ووضع الضوابط التي تحدد توافرها.

كما ان نزع الملكية للمنفعة العامة يتم وفق المرسوم المرقم(997-58) في 1958/10/23 والذي نص على ان تحل نصوصه محل كل تنظيم متعلق بنزع الملكية للمصلحة العامة[2] ومن هذا التاريخ اصبح للحكومة وممثليها ان يقرروا مدى توافر المصلحة العامة بالنسبة لمشروع معين لكي يتم نزع الملكية الخاصة وتحويلها الى ملكية عامة وكل ذلك يتم تحت رقابة القضاء الذي هو الاخر لعب دوراً في تحديد واقرار مدى توافر المصلحة العامة في عمل الادارة الخاص بنزع الملكية الخاصة.

اما المشرع المصري فهو الاخر لم يحدد معيار محدد للمصلحة العامة ولم يقم بتعريفها وانما ذكر المصلحة العامة كمبرر للمساس بحق الملكية الخاصة فقد نص الدستور المصري الصادر عام 2014على ان الملكية الخاصة مصونة ولا يتم نزعها الا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل[3]، كم ان القانون المدني المصري قد ذكر لفظ المنفعة العامة بمناسبة الكلام عن

(1) ينظر نص المادة (545) من القانون المدني الفرنسي.

(2) ينظر نص المادة (56) من المرسوم الفرنسي.

(3) ينظر نص المادة (35) من الدستور المصري لعام 2014.

الاموال العامة[1]، وبعد ذلك اصدر المشرع المصري القانون رقم (10) لسنة 1990 الخاص بنزع الملكية للمنفعة العامة والذي نص في مادته الاولى على انه بموجبه يتم نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة ووفق الاحكام التي نص عليها، ولم يقم المشرع المصري بوضع معيار موضوعي يتم من خلاله التعرف على المصلحة العامة وتحديدها وانما قام بنهج اسلوب التعداد وذلك بتعداد بعض الاعمال التي تحقق المصلحة العامة[2].

اما المشرع العراقي فلم ينص على معيار محدد للمصلحة العامة وانما ذكر المصلحة العامة في الدستور كمبرر للقيام بإجراءات الاستملاك فقد نص الدستور العراقي لسنة 2005 على ان الملكية الخاصة مصونة ولا يجوز نزعها الا لأغراض المنفعة العامة[3]، كما ان القانون المدني قد نص على المنفعة العامة عن الكلام عن الاموال العامة وكذلك عدم جواز حرمان احد من ملكه الا في الاحوال التي يقررها القانون[4]، اما قوانين الاستملاك فقد تباينت مواقفها من تحديد المصلحة العامة فقانون الاستملاك الملغي رقم (54) لسنة 1970 تطرق الى مفهوم المنفعة العامة حيث عرفها بانها كل ما يتعلق بأعمال السلطة العامة لغرض اداء الخدمات العامة والامور التي تعهدت بها الدولة بموجب معاهدة او اتفاقية مصدقة باستملاك عقارات تطبيقا لبنودها[5]، اما قانون الاستملاك الحالي رقم (12) لسنة 1981 المعدل فلم

(1) ينظر نص المادة (87) من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948، وللمزيد من التفاصيل ينظر د. ابراهيم عبدالعزيز شيحا، الاموال العامة، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2006، ص110.

(2) ينظر نص المادة (2) من القانون المصري الخاص بنزع الملكية للمنفعة العامة.

(3) ينظر نص الفقرة (ثانياً) من المادة (23) من دستور العراق لسنة 2005.

(4) ينظر المواد (71- 1050) من القانون المدني العراقي رقم(40) لسنة 1951 المعدل.

(5) ينظر نص المادة (1) من قانون الاستملاك العراقي رقم(54) لسنة 1970 الملغي.

يرد فيه لفظ المصلحة العامة وانما نص على ان من اهدافه تنظيم استملاك العقار والحقوق العينية الاصلية المتعلقة به من قبل دوائر الدولة والقطاع الاشتراكي تحقيقاً لأغراضها وتنفيذاً لخططها ومشاريعها ووضع قواعد واسس موحدة للتعويض العادل عن العقارات المستملكة[1].

ويلاحظ على نص المادة الاولى من قانون الاستملاك العراقي انها جاءت خالية من الاشارة الى ان سبب الاستملاك هو لأغراض المصلحة العامة وتعد هذه المادة بصيغتها الحالية معيبة من وجهة نظرنا إذ كان اولى بالمشرع العراقي ان ينص على ان سبب الاستملاك هو تحقيق المصلحة العامة وانها هي الهدف والطريق الوحيد للاستملاك هذا من جانب، من جانب اخر ان فإن عبارة تحقيقاً لأغراضها وتنفيذاً لخططها ومشاريعها لا يوجد فيها تلازم مع المصلحة العامة لذا ندعوا المشرع الى تعديل نص المادة (1) الفقرة (اولاً) من قانون الاستملاك وذلك بحذف عبارة تحقيقاً لأغراضها وتنفيذاً لخططها ومشاريعها ووضع عبارة تحقيقاً للمصلحة العامة ليصبح النص على الشكل الاتي (تنظيم استملاك العقار والحقوق العينية الاصلية المتعلقة به من قبل دوائر الدولة والقطاع العام تحقيقا للمصلحة العامة).

من كل ما تقدم يتبين ان المشرع العراقي لم يضع تعريف للمصلحة العامة ولم يضع معيار موضوعي يمكن من خلاله التعرف عليها على الرغم من انها الطريق الوحيد للمساس بحق دستوري كفله الدستور كحق الملكية الخاصة، ونحن من جانبنا نرى ضرورة وضع معيار موضوعي يمكن من خلاله التعرف على المصلحة العامة وتحديدها لا ان تترك هكذا من دون تحديد وتبقى خاضعة للاجتهاد إذ يجب ان يكون الطريق الوحيد للمساس بحق دستوري كحق الملكية الخاصة واضحاً وله معيار موضوعي يمكن التعرف

(1) المادة (1) من قانون الاستملاك العراقي.

عليه من خلاله كي يكون المساس بحق الملكية الخاصة عن طريق الاستملاك محققاً للغرض منه وهو تحقيق المصلحة العامة، ثم ان ترك المصلحة العامة من دون معيار يؤدي الى التفاوت وربما التناقض في تقديرها كما ان وضع معيار موضوعي يعين القضاء على الوصول الى التقدير الامثل للمصلحة العامة ويسهل عليه الوصول اليها، لذا ندعوا المشرع العراقي الى تعديل قانون الاستملاك وذلك بوضع معيار موضوعي يمكن من خلاله تقدير المصلحة العامة وقياسها بموجبه وهل انها تبرر القيام بالاستملاك ذلك ان وضع هذا المعيار الموضوعي يجعل عملية تقدير وجود المصلحة العامة اكثر انضباطاً وفي اطار يمكن التعرف عليها من خلاله وتضمن عدم استغلال عملية الاستملاك والمساس بحق الملكية الخاصة.

واذا كان هناك من يحتج بأن وضع المشرع لمعيار معين للمصلحة العامة يؤدي الى جمود مفهوم هذه المصلحة فإننا نقول بأن وضع معيار موضوعي مرن يصلح للتطبيق فترة طويلة مع استخدام خاصية تعديل النص كلما دعت الحاجة الى ذلك كفيل بالقضاء على معيار الجمود ان وجد، ثم اننا اذا ما قارنا بين جمود المعيار الذي يضعه المشرع لتحديد المصلحة العامة مع ضرورة وضع معيار موضوعي يحدد المصلحة العامة المبررة للاستملاك والمساس بحق دستوري كفله الدستور كحق الملكية الخاصة نجد ان وضع معيار موضوعي لهذه المصلحة العامة يبدوا اكثر اهمية واولى بالتنظيم.

الخاتمة

بعد دراسة موضوع معيار المصلحة العامة في الاستملاك نبين أهم النتائج والتوصيات وكما يأتي:

أولاً: النتائج:

1. لم يتفق الفقه على مفهوم موحد للمصلحة العامة وانما انقسموا الى اتجاهين اتجاه مؤيد لوضع تعريف محدد للمصلحة العامة واتجاه معارض لوضع تعريف للمصلحة العامة.
2. ان المصلحة العامة تعد المبرر الاساسي والشرط الوحيد الذي يبرر القيام بعملية الاستملاك ونزع الملكية الخاصة.
3. ان نطاق المصلحة العامة يتأثر بالفلسفة السائدة في المجتمع ومن ابرزها الفلسفة الليبرالية والفلسفة التدخلية.
4. لم يحدد المشرع العراقي مفهوم المصلحة العامة ولم يحدد معيار يمكن من خلاله التعرف عليها وارتقائها كمبرر لنزع الملكية الخاصة او الاستملاك.
5. هناك عدة معايير طرحها الفقه لتحديد المصلحة العامة المبررة للاستملاك وكل معيار من هذه المعايير ينطلق من فكرة معينة يتم في ضوئها تحديد المصلحة العامة.
6. ان قانون الاستملاك العراقي لم يذكر بشكل صريح المصلحة العامة كمبرر للاستملاك وانما ذكر وانما نص على ان من اهدافه تنظيم استملاك العقار والحقوق العينية الاصلية المتعلقة به من قبل دوائر الدولة والقطاع الاشتراكي تحقيقاً لأغراضها وتنفيذاً لخططها ومشاريعها ووضع قواعد واسس موحدة للتعويض العادل عن العقارات المستملكة.

ثانياً: التوصيات:

1. تعديل نص المادة (1) الفقرة (اولاً) من قانون الاستملاك رقم (12) لسنة 1981 وذلك بحذف عبارة تحقيقاً لأغراضها وتنفيذاً لخططها ومشاريعها ووضع عبارة تحقيقاً للمصلحة العامة ليصبح النص على الشكل الاتي (تنظيم استملاك العقار والحقوق العينية الاصلية المتعلقة به من قبل دوائر الدولة والقطاع العام تحقيقا للمصلحة العامة).تعديل نص المادة (508) من القانون المدني لتصبح على النحو الاتي(بيع العقار لا ينعقد الا بمراجعة الدائرة المختصة، واستوفى الشكل الذي تطلبه القانون).
2. تعديل قانون الاستملاك وذلك بوضع معيار موضوعي يمكن من خلاله تقدير المصلحة العامة وقياسها بموجبه وهل انها تبرر القيام بالاستملاك ذلك ان وضع هذا المعيار الموضوعي يجعل عملية تقدير وجود المصلحة العامة اكثر انضباطاً وفي اطار يمكن التعرف عليها من خلاله وتضمن عدم استغلال عملية الاستملاك والمساس بحق الملكية الخاصة.

المصادر

أولاً: الكتب القانونية:

1. د. ابراهيم عبدالعزيز شيحا، الوسيط في مبادئ واحكام القانون الاداري، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1999.
2. د. ابراهيم عبدالعزيز شيحا، الاموال العامة، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2006.
3. د. أحمد محمود جمعة، النظام القانوني للأموال العامة والخاصة المملوكة للدولة وللأشخاص الاعتبارية العامة وهيئة الموانئ المصرية، منشأة المعارف، الاسكندرية، من دون سنة نشر.
4. المحامي بدوي حنا، الاستملاك، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
5. القاضي شهاب احمد ياسين، الوجيز في شرح قانون الاستملاك، الطبعة الاولى، المكتبة القانونية، بغداد، 2011.
6. د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، حق الملكية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،2000.
7. د. ماجد راغب الحلو، القضاء الاداري، الدار الجامعية، الاسكندرية، 1988.
8. محمد حسن بكر، الوسيط في القانون الاداري، دار الفكر الجامعي الاسكندرية، 2006.
9. الاستاذ محمد طه البشير و د. غني حسون طه، الحقوق العينية، الجزء الاول، الحقوق العينية الاصلية، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 1982.

10. مصطفى مجيد، شرح قانون الاستملاك رقم 12 لسنة 1981، مطبعة الحرية، بغداد، من دون سنة طبع.
11. د. نزيه كبارة، الملك العام والملك الخاص، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2010.

ثانياً: الرسائل الجامعية:

1. وناس عقيلة، النظام القانوني لنزع الملكية للمنفعة العامة في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، 2006.

ثالثاً: البحوث والمقالات:

1. براهيمي سهام، فكرة المنفعة العمومية في نزع الملكية، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، تصدر عن كلية القانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، العدد(55)، لسنة 2013.
2. د. جابر مهنا شبل، مشروعية نزع الملكية الخاصة والضمانات التي تكفل حمايتها، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، تصدر عن كلية الحقوق، جامعة النهرين، مجلد(17)، العدد(2)، لسنة 2015.
3. د. نجم الاحمد، المفهوم القانوني للمنفعة العامة في نطاق الاستملاك، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد(29)، العدد(2)، لسنة 2013.

رابعاً: الدساتير والقوانين:

1. دستور العراق لعام 2005
2. القانون المدني العراقي رقم(40) لسنة1951 المعدل.
3. قانون الاستملاك العراقي رقم (12) لسنة 1981 المعدل.
4. دستور مصر لعام 2014.
5. القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.
6. القانون المصري رقم (10) لسنة 1990 الخاص بنزع الملكية للمنفعة العامة.
7. القانون المدني الفرنسي.
8. المرسوم رقم(997-58)لسنة 1958الخاص بنزع الملكية للمنفعة العامة الفرنسي.

الملخص

المصلحة العامة هي الطريق الوحيد الذي رسمه المشرع واجتز من خلاله القيام بإجراءات الاستملاك او نزع الملكية والمساس بحق دستوري كفله الدستور كحق الملكية الخاصة، ومفهوم المصلحة العامة يعد من المفاهيم المرنة والمرتبطة بفلسفة الدولة ونظامها وتختلف هذه المصلحة العامة في مفهومها ونطاقها بحسب الفلسفة السائدة في الدولة فيما اذا كانت الفلسفة الليبرالية والتي تحدد المصلحة العامة على اساس تعارضها مع المصلحة الخاصة، او في اطار الفلسفة التدخلية والتي تعطي نطاقاً واسعاً للمصلحة العامة وخصوصاً مع دخول الدولة في الميدان الاقتصادي، ولم يتفق الفقه على تعريف محدد للمصلحة العامة وانما طرح عدة معايير لتحديد هذه المصلحة وقد تأثرت هذه المعايير بالتطور الزمني للمجتمع كما ان التشريعات لم تعرف هذه المصلحة العامة ولم تحدد معاير موضوعي لها وانما فقط ذكرت المصلحة العامة كمبرر للاستملاك او نزع الملكية الخاصة.

Abstract

Public interest is the only path charted by the legislator and whack from which to do expropriation proceedings or expropriation and compromising the constitutional right guaranteed by the Constitution as a right of private property, and the concept of the public interest is one of the flexible concepts associated with the philosophy of the state and its system and vary the public interest in the concept and scope depending on prevailing in the State of Philosophy in if the philosophy of liberalism that determine public interest on the basis of conflict with private interest, or in the framework of the interventionist philosophy which gives a wide range of public interest, especially with the entry of the state in the economic field, and the jurisprudence did not agree on a precise definition of the public interest, but put several criteria to determine this interest has these standards have been affected temporal evolution of society as the legislation this public interest did not know did not identify objective criteria, but have only mentioned public interest justification for the acquisition or the removal of private property.