الموازنة بين المنافع و الأضرار في قانون الاستملاك العراقي النافذ رقم (١٢) لسنة ١٩٨١

م.د. نكتل إبراهيم عبد الرحمن

جامعة الموصل / كلية الحقوق

المقـــدمـــة

إن تمتع الإدارة بسلطة تقديرية واسعة وخاصة في المجالات التي لها صلة بالأموال والعقارات وعلاقتها بالمنفعة العامة ، ولما كانت فكرة المنفعة العامة هي فكرة مرنة تتسم بعدم التحديد وعدم الخضوع واختلاف تحديدها من حيث الزمان والمكان ، هذه الأمور ادت في الإدارة إلى استخدام فكرة المنفعة العامة في بعض الاحيان لا لمصلحة السلطات العامة فحسب ، بل من اجل مصالح خاصة تؤدي إلى تحقيق منفعة عامة .

ولأجل تحديد مفهوم المنفعة العامة قدر الإمكان وبغية حماية الأفراد قدر المستطاع في مواجهة سلطات الإدارة المتزايدة ، كل هذا دفع مجلس الدولة الفرنسي إلى إقرار الرقابة القضائية على مدى تحقق الموازنة بين المنافع والأضرار، واعتبار هذه الرقابة شرط لمشروعية قرار الإدارة وبالتالي قبوله أو إلغاؤه، وان ممارسة هذه الرقابة لا يعد تدخلا في اعمال الإدارة أو الحلول محلها في التقدير والملائمة، وأصبح هناك اجماع على أن للقضاء أن ينظر في مدى تحقق الموازنة من تلقاء نفسه وإن لم ينص

القانون عليها ؛ لأن واجب المحكمة هو حماية مصالح الأفراد المتعاملين مع الإدارة وتحقيق الموازنة بين المصالح المتعارضة العامة والخاصة.

بعد الذي مر ذكره كان لابد لنا من تسليط الضوء على مدى تفعيل هذه الرقابة في القضاء العراقي عند تطبيق قانون الاستملاك العراقي رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ النافذ الذي اعتبر المنفعة العامة متحققة بقرار الإدارة الخاص بالاستملاك، حيث ان محكمة البداءة ليس لها ان تدرس مدى تحقق الموازنة بين المنافع والأضرار، وان عدم تفعيل هذه الرقابة لا يتلاءم مع استقلال القضاء الإداري العراقي الذي اكده قانون التعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المرقم ١٧ لسنة ٢٠١٣ وبالتالي يجب على المحكمة المختصة ان تأخذ دورها الحقيقي في دراسة مدى تحقق هذه الموازنة من عدمها في قرار الإدارة.

أهمية موضوع البحث: تكمن أهمية موضوع البحث في ارتباطه الوثيق بحقوق الافراد والامتيازات الممنوحة لهم على ممتلكاتهم العقارية والذي يعتبر من الحقوق الثابتة لهم يمارسونها بموجب الدساتير والقوانين السارية في الدولة، وضرورة تحديد الجهة القضائية صاحبة الاختصاص في فض النزاعات الناشئة عن مثل هكذا قرارات.

إشكالية البحث: تتجلى إشكالية البحث في تحديد من هي المحكمة صاحبة الاختصاص في ممارسة هذه الرقابة وآلية عمل هذه المحكمة عند النظر بالطعون المقدمة من الأفراد ووجوب التفرقة بين الطعون المقدمة بخصوص تشكيل لجان التعويض وأعضاؤها وآلية عملها من جهة ، والطعون المقدمة بخصوص الضرر الذي لحق بالإفراد من قرار الإدارة الخاص بالاستملاك.

هدف البحث: بيان أهم الوسائل التي تساعد في تطوير عمل المحاكم والجهات المختصة بنظر الطعون المقدمة من الافراد على قرارات الإدارة الخاصة بالاستملاك اسوة بما جرى عليه العمل في البلدان الأخرى في سبيل حماية الطرف المتعامل مع الإدارة وضمان حقوقه والحيلولة دون تعسف الإدارة أو إساءة استعمال سلطتها في

القرارات المتخذة في هذا الجانب بالاستناد إلى النصوص الدستورية التي تحمي حقوق الافراد وحرياتهم.

منهجية البحث: اعتمدنا في بحثنا على المنهج التحليلي القائم على ايراد القرارات القضائية وتحليلها وبيان اوجه الصواب في الية الطعن بالقرارات الصادرة من الإدارة بعد التظلم منها أمام نفس الجهة، والمقارنة قدر الامكان بما عليه العمل في البلدان الاخرى.

المبحث الأول

تعريف رقابة الموازنة بين المنافع والأضرار وانواعها

سنقوم في هذا المبحث في تعريف رقابة الموازنة بين المنافع والأضرار وبيان أهم انواعها من خلال مطلبين ، نتناول في الأول تعريف رقابة التوازن وفي المطلب الثاني انواع الاستملاك.

المطلب الاول

تعريف رقابة الموازنة بين المنافع والأضرار

في هذا المطلب سنحاول بيان أهم واورد من تعاريف لرقابة الموازنة بين المنافع والأضرار في ثلاثة فروع الاول نتطرق فيه للتعريف التشريعي وفي الثاني للتعريف القضائي والفرع الاخير نتناول فيه التعريف الفقهي .

الفرع الأول: التعريف التشريعي لرقابة الموازنة بين المنافع والأضرار

لم تورد التشريعات المختلفة تعريفاً محدداً لرقابة الموازنة في التشريعات في فرنسا ومصر والعراق من خلال بحثنا في المصادر الخاصة بالموضوع .

فنلاحظ مثلاً ان المشرع الفرنسي في القانون المدني لسنة ١٨٠٤ المعدل نص في المادة (٥٤٥) منه على أن (لا يمكن الزام احد بالتنازل عن ملكيتهِ مالم يكن ذلك

لسبب المنفعة العامة ومقابل الحصول على تعويض عادل ومقدم) ، من خلال هذا النص يلاحظ ان المشرع الفرنسي لم يورد تعريفاً للموازنة بين المنافع والأضرار وانما اوضح ضرورة ان يكون نزع الملكية لغرض المنفعة العامة ومقابل تعويض عادل ويدفع مقدماً[١] .

ونفس الكلام حول المشرع المصري حيث يلاحظ ان قانون نزع الملكية للمنفعة العامة المصري قد تكلم عن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة في نص المادة الأولى بقولهِ (يجري نزع ملكية العقارات اللازمة للمنفعة العامة والتعويض عنه وفقاً لأحكام هذا القانون) ، من هذا النص يتبين لنا ان المشرع المصري على غرار المشرع الفرنسي قد حدد شروط نزع الملكية وهي ان يكون نزع الملكية للمنفعة العامة وان يكون هناك تعويض عادل تصدره احكام القانون النافذ دون ان يذكر هل دفع التعويض مقدماً أم لا ، كما فعل المشرع الفرنسي[٢].

أما بالنسبة للمشرع العراقي بخصوص هذا الموضوع نلاحظ أنه لم يتخذ موقف واضح بخصوص تعريف نزع الملكية أو الاستملاك في التشريعات التي تطرقت إلى هذا الموضوع ، فيلاحظ ان المشرع العراقي في القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ النافذ قد استخدم مصطلح الاستملاك بدلاً من نزع الملكية ، على خلاف القانون العراقي السابق رقم ٥٧ لسنة ١٩٦٠ الملغي ، الذي مال فيه المشرع إلى استخدام مصطلح نزع الملكية بدلاً من الاستملاك وهذا اقرب إلى الواقع والفهم حيث ان الاستملاك يعني طلب الملك[٣].

وفي نظرة بسيطة إلى دستور العراق النافذ لسنة ٢٠٠٥ يلاحظ ان المشرع العراقي

---

(١) القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ المعدل ، طبعة دالوز الثامنة بعد المئة ، ٢٠٠٩ ، ص٦٥٢ .

(٢) قانون نزع الملكية للمنفعة العامة المصري رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ .

(٣) مصطفى مجيد ، شرح قانون الاستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، ١٩٨١ ، ص١٠ .

كان موفقاً في صياغتهِ من قانون الاستملاك عندما ذكر في نص المادة ٢٣/ ثانيا على (لا يجوز نزع الملكية إلى لأغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل ، وينظم ذلك بقانون) ، فالمشرع الدستوري العراقي حدد ان نزع الملكية لا يكون الا للمنفعة العامة ، وان يكون هناك تعويض عادل وفقاً لأحكام القانون ، في حين ان قانون الاستملاك النافذ في نص المادة ١ منه لم يشر صراحة إلى ان نزع الملكية يجب ان يكون للمنفعة العامة كما فعل المشرع العراقي في دستور عام ٢٠٠٥[١]،ويلاحظ ان غالبية التشريعات قد اتفقت على ضرورة ان يكون نزع الملكية للمنفعة العامة حتى ولو لم ينص صراحة عليها ، لأن الملكية الخاصة مصونة ولها حمايتها في القانون ولا يجوز الاعتداء عليها ، فمثلاً نلاحظ ان المشرع الفلسطيني في دستور عام ٢٠٠٥/ القانون الاساسي المعدل نص في المادة ٣/٢١ منه على (أ- عدم جواز نزع الملكية الا في الحالات المقررة قانوناً . ب- عدم جواز نزع الملكية الا باتباع الاجراءات المحددة في القانون . ج- التزام الإدارة بتعويض المالك تعويضاً عادلاً) . يفهم من هذا النص ان نزع الملكية لا يكون الا لأغراض المنفعة العامة ، وان نزع هذه الملكية لا يكون الا وفقاً للإجراءات التي نص عليها القانون والا عُد هذا العمل اعتداءً مادياً وعملاً غير مشروع ، فضلاً عن وجوب تعويض المالك تعويضاً عادلاً[٢] .

وبالنسبة للقانون الجزائري نلاحظ أنه لم يخرج عن منهج التشريعات العربية الأخرى في نصهِ على ان (الملكية الخاصة مضمونة) ولكنهُ لم يحصنها تماماً من النزع لأغراض المنفعة العامة ووفقاً لأحكام القانون وطبقاً للإجراءات التي تحددها القوانين النافذة[٣].

(١) دستور العراق النافذ لعام ٢٠٠٥ .

(٢) جود عصام خليل الأثيرة ، نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة في التشريع الفلسطيني ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الدراسات العليا جامعة النجاح الوطنية ، نابلس ، ٢٠١٠ ، ص٤ .

(٣) وناس عقيلة ، النظام القانوني لنزع الملكية للمنفعة العامة في التشريع الجزائري ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق ، جامعة الحاج لخضر باتنة ، ٢٠٠٦ ، ص ٧ .

الفرع الثاني : التعريف القضائي لرقابة الموازنة بين المنافع والأضرار

إن ميدان الموازنة بين المنافع والأضرار الرحب هو في نزع الملكية للمنفعة العامة ، وان مجلس الدولة الفرنسي طبق هذه النظرية وفعل واكدها في احكامهِ وضرورة التناسب فيها ، وقد ذكر(guy braidpand) أن مجلس الدولة يتجه نحو أن يكون عمل الإدارة غالباً متناسباً مع الاجراءات وهذا هو التناسب ويعمل على تأكيده خصوصاً في مواد نزع الملكية[١].

ومع ذلك لم نجد تعريفاً محدداً للموازنة بين المنافع والأضرار في القضاء الفرنسي رغم كونه اعتمده أساساً في جميع احكامه المتعلقة في الموازنة بين المنافع والأضرار ، فمثلاً نلاحظ ان الاتجاه الحديث لمجلس الدولة الفرنسي في احكامه يتجسد في تطبيق مبدأ التناسب بين المزايا التي يرجى تحقيقها من القرار الصادر بنزع الملكية وما قد ينتج عنه من مضار مادية واجتماعية و ومن احكامه قضية (so ciete civile sainteliavie de lass emption) والتي تتلخص وقائعها بصدور قرار بإنشاء طريق سريع شمال مدينة (نيس) ومن مقتضاه ازالة مستشفى خاص بالأمراض العصبية ، وقد رجح مجلس الدولة بقاء المستشفى لعدم وجود مستشفى اخر وحرمانها من المنطقة الخضراء التي تحيط بها مع حرمانها من مواقع انتظار السيارات ولذلك قضى بإلغاء القرار الصادر بنزع الملكية للمنفعة العامة[٢] ، أما في مصر فإن القضاء المصري عرف نزع الملكية من خلال تعريف محكمة النقض له بأنه (حرمان مالك العقار من ملكه جبراً عنه للمنفعة العامة مقابل تعويضه عما ناله من ضرر لسبب هذا

(١) محمد فريد سيد سليمان الزهيري ، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق ، القسم العام ، جامعة المنصورة ، ١٩٨٩ ، ص ٢٣٢ .

(٢) د. نكتل ابراهيم عبدالرحمن ، التناسب في القرار الإداري ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠١٦ ، ص٤٠١ .

الحرمان)[١].

وعلى الرغم من أن القضاء الإداري المصري كان متردداً في الأخذ برقابة التناسب من خلال نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار في البداية ، الا أنه استقر بشكل نهائي أو شبه تام عن الأخذ بها ، والاكثر من ذلك تدخل القاضي في المسائل الدقيقة والتفصيلية في إجراءات الرقابة على تحقيق هذه النظرية واكد على ضرورة رقابة السلطة التقديرية للإدارة ما دام انها جانب المصلحة العامة[٢] ، والقضاء الإداري المصري اكد رقابته للموازنة بين المنافع والأضرار الناتجة عن قرارات الإدارة في الكثير من الأحكام منها حكمه في قضية انشاء مقر للأمن في المينا[٣].

وكذلك حكمه في قضية الغاز الطبيعي[٤]حيث أن القضاء الإداري المصر اسس عدم مشروعية القرار الإداري لجهل الإدارة لغايات الصالح العام ، وان القرار غير مشروع وان كان في ظاهره يستند إلى الصالح العام ولكن هذه الغاية ليست لها الأولوية في قرار نزع الملكية وضرورة الحفاظ على أمن وسلامة المواطنين وعدم تحطيم وتشريد حياة المواطنين وهي كلها اولى بالرعاية والتغليب على مجرد ازالة اعتداء على ارض

(١) عدي طلال محمود شاهين ، رقابة القضاء على الموازنة بين المنافع والأضرار في القرار الإداري ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون جامعة الموصل ، ٢٠٠٦ ، ص٩٣ .

(٢) إن القضاء الإداري المصري يتمثل في اكتفاءه بأعمال رقابة الوجود المادي للوقائع بمجرد تحقق المنفعة العامة دون رقابة عليها ، في مسائل تحديد المساحات اللازمة لتحقيق الغاية التي من اجلها نزعت الملكية ومسائل اختيار العقارات التي ترى نزع ملكيتها ، وقرار الإدارة بتحديد الزمان المناسب لنزع الملكية ، سلطة الإدارة التقديرية واسعة بتوافر المنفعة العامة . للمزيد ينظر: د. رمضان محمد بطيخ ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٤ ، ص٣٦١ –٣٦٢

(٣)حكم محكمة القضاء الإداري في ١٩٨٧/٦/٢٥ (غير منشور) نقلاً عن: احمد الموافي ، فكرة المنفعة العامة في نزع الملكية الخاصة، بلا مكان طبع ، بدون سنة نشر ، ص٣٤٧ .

(٤)حكم محكمة القضاء الإداري في ١٩٨٧/١٠/٢٢ (غير منشور) نقلاً عن احمد احمد الموافي ، نفس المصدر ، ص٣٤٨ .

مملوكة للدولة[١] ، ومارس القضاء الإداري المصري دوره في الرقابة على مدى تحقق الموازنة بين المنافع والأضرار في البحث عن مدى لزوم العقارات المملوكة ملكية خاصة للمنفعة العامة من خلال وجود حاجة ملحة للدولة لهذ العقارات وان عُد قرار الإدارة معرضاً للبطلان ، وهذا اما اكده حكم المحكمة الادارية العليا في مصر بحكمها في ٢٠٠٣/٢/٢٢ بتأكيد المبدأ ذاته عندما ذكرت (... هذا الشرط يتكشف من ظروف ووقائع الأحوال ، فما تقدره الجهة الادارية في هذا الشأن يجب ان يكون مستمداً من حاجتها الملحة لهذ العقارات لإقامة مشروعاتها بما يقتضيه ذلك من تقرير صفة المنفعة العامة لها والاستيلاء عليها للمصلحة العامة ، فإن دلت الظروف ووقائع الحال على غير ذلك وقعت الاجراءات المتخذة في هذه الحالة مشوبة بالبطلان لمساسها بالملكية الخاصة التي كفلها الدستور والقانون)[٢].

وكذلك اكدت المحكمة على أن (استيلاء الحكومة على عقار مملوك لأحد الأفراد جبراً عنه دون اتخاذ اجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة المنصوص عليها في القانون ، يعتبر بمثابة غصب للملكية ويظل صاحبه محتفظاً بحق ملكيتهِ ، على الرغم من هذا الاستيلاء ، ويصبح له الحق في استرداد هذه الملكية مالم يصبح رد هذا العقار مستحيلاً)[٣].

يرى الباحث أن هذه الاحكام تؤكد انتهاج القضاء المصري وتفعيله لرقابة الموازنة بين المنافع والأضرار ، اذ ليس بالضرورة ان تكون المنفعة العامة متحققة بل

(١) د. سليمان محمد الطماوي ومحمود عاطف البنا ، النظرية العامة للقرارات الادارية (دراسة مقارنة) ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ٢٠٠٦، ص٩٥ .

(٢) سعيد محمود الديب المحامي ، موسوعة احكام المحكمة الادارية المصرية العليا للسنوات من ١٩٦٥-٢٠٠٩ ، حكمها في الطعن رقم ٨٧٦١ لسنة ٤٦ق ، ع ، جلسة ٢٠٠٣/٢/٢٢ .

(٣) حكم المحكمة الادارية المصرية العليا ، الطعن رقم ٢٣١١ لسنة ٤٩ ق.ع ، جلسة ٢٠٠٦/١٢/١٦ ، المكتب الفني لمجلس الدولة ، الدائرة الاولى ، الجزء الأول من اكتوبر ٢٠٠٦ إلى ابريل ٢٠٠٧ ، القاعدة رقم ٢٣ ، ص٢٠ ، سعيد محمود الديب المحامي ، المصدر نفسه .

لابد من عمل موازنة بين حجم هذه المصلحة وما يتحقق منها من منافع مقارنة بالمضار التي تصيب الأفراد من هذا الاقرار للمنفعة العامة ، اي لابد ان تكون المصلحة العامة والمنفعة المتحققة متفرقات بكل المعاير الضار التي تصيب الافراد ، وان الإدارة إذا ما نفذت قرار ليس فيه مثل هذه الموازنة فإن عمل الإدارة يكون اعتداءً مادياً يوجب ازالته مع احتفاظ صاحب الحق في مقاضاة الإدارة عن هذا العمل .

أما في القضاء العراقي نلاحظ ان المشرع العراقي قد حجم وجود مهام القضاء النظر في دعاوي نزع الملكية ، فلم يعطي للقضاء ممارسة اي دور في رقابته للموازنة بين المنافع والأضرار حيث اقتصرت رقابة المحكمة على الاجراءات والجوانب الشكلية فقط في قرار نزع الملكية ، فالرقابة على قرارات نزع الملكية كانت تمارسه جهات ادارية وفقاً لقانون الاستملاك العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٣٤ الملغي حيث يمارسها وزير الداخلية ويطعن بقراره أمام جهة ادارية عليا هي مجلس الوزراء ، اما قانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٦٠ الملغي فالرقابة تمارسها جهات ادارية صدرها القانون فقرار تحقق المنفعة العامة الصادر من إدارة اللواء يطعن به أمام وزير العدل ، والطعن بقراره يكون أمام مجلس الوزراء ويقتصر الطعن والرقابة على بعض الاركان الخارجية كركن الشكل والإجراءات[١].

ويلاحظ أن المشرع في قانون الاستملاك العراقي النافذ رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ لم يخرج عن مسألة تحديد مهام محدودة للقضاء عند النظر بالطعن المقدم ضد قرار نزع الملكية ، على اعتبارات المشرع نزع الملكية للمنفعة العامة معترضة في قرارات الإدارة دون معقب أو رقابة من القضاء ويهكر دور القضاء على فقط اجراءات تقدير التعويض وكيفية تشكيل لجان تقدير التعويض وغيرها من المسائل شكلية وان دور المحكمة ينحصر في تحديد التعويض دون النظر إلى مدى تحقق المنفعة العامة في قرار الإدارة .

(١) محمد سليم محمد أمين ،رقابة القضاء على قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة (دراسة مقارنة) اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون جامعة السليمانية ، ٢٠١١ ، ص ١٣٥ .

ويلاحظ أن المشرع العراقي في قانون الاستملاك رقم ٥٤ لسنة ١٩٧٠الملغي اراد الخروج عن المألوف في التشريعات العراقية بخصوص نزع الملكية ومسايرة القوانين في البلدان الأخرى عندما فسح المجال أمام القضاء العادي المتمثل في محكمة البداءة بمراقبة مدى تحقق الفوائد والمنافع في قرار الإدارة من عدمه اي ممارسة رقابة الموازنة بين المنافع والأضرار ، ولكن هذا التوجه لم يلقى الدعم المطلوب من محكمة التمييز عند الطعن بحكم محكمة البداءة ، ففي هذا القانون – ٥٤ لسنة ١٩٧٠– على الإدارة ان تقدم طلب الاستملاك إلى محكمة البداءة والمحكمة هي التي تأخذ على عاتقها تحديد وجود المنفعة العامة من عدمها حسب نص المادة السابعة من القانون (١– تقرر المحكمة في اول جلسة تحقق النفع العام في طلب الاستملاك أو عدم تحققه ورفع الاشارة الموضوعة على القضاء) (٢– إذا قررت المحكمة عدم تحقق النفع العام في طلب الاستملاك قررت رده ، ويكون قرارها قابلاً للتمييز خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدورهِ)[١].

الفرع الثالث : التعريف الفقهي لرقابة الموازنة بين المنافع والأضرار

حاول الكثير من الفقهاء في مجال القانون الإداري وضع تعريف محدد لرقابة التناسب في مجال الموازنة بين المنافع والأضرار من خلال تناول موضوعه وهو نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة ، ففي فرنسا ذكر الفقيه GUY BRAIBAND أن مجلس الدولة يتجه في الغالب إلى أن يكون متناسباً في النهاية مع الاجراءات وهذا هو التناسب ، وهو يعمل على تأكيده خصوصاً في مواد نزع الملكية[٢].

كما وذهب (دي لوبادير) إلى أن رقابة التناسب ظهرت في هذه الدعاوي في السنوات الاخيرة حيث امتدت إلى مجال الاختصاص التقديري ، فالقضاء يعطي اسماً

(١) قانون الاستملاك العراقي رقم ٥٤ لسنة ١٩٧٠ الملغي.

(٢) محمد فريد سيد سليمان الزهيري ، مصدر سابق ، ص ٢٣٢.

عاماً لهذه الرقابة برقابة النفقات والمزايا[١] وفي نفس الوقت نرى أن (دي لوبادير) عرض نزع الملكية للمنفعة العامة على (انها عملية ادارية بموجبها تجبر الإدارة شخصاً على التنازل لها عن ملكية عقارية لغرض المنفعة العامة وبتعويض عادل ومسبق[٢].

وفي مصر هناك من عرف نزع الملكية للمنفعة العامة (اجراء إداري من شأنه حرمان شخص من ملكه العقاري جبراً عنه لتخصيصه للمنفعة العامة مقابل تعويض عادل ، وهو يمثل اعتداءً خطيراً على الملكية الفردية لا يبرره الا ايثار المصلحة العامة على المصالح الفردية الخاصة مع ضرورة مراعاة هذه المصالح الخاصة)[٣].

ويلاحظ على هذا التعريف انه حاول اعطاء المعنى الحقيقي للتناسب من خلال تأكيده على وجوب ان يكون هناك توازن بين المصالح العامة والمصالح الخاصة وانه لا يمكن المساس بالمصلحة الخاصة الا للمنفعة العامة وبالصورة التي تحدد ان المنافع المتحققة من نزع الملكية اكبر بكثير من الضرر الذي يصيب المصلحة الخاصة من هذا الأجراء .

وهناك من ذكر ان نزع الملكية يمثل اعتداءً مادياً للإدارة على المصلحة الخاصة الا إذا كان هناك ما يبرره وهو المنفعة العامة عندما ذكر (هو قيام السلطة الادارية بحرمان المالك من عقاره جبراً لتخليصه للمنفعة العامة مقابل تعويض عادل ، وعمل الإدارة هذا يمثل اعتداءً مادياً على الملكية الفردية الا ان ما يبرر هذا الاعتداء هو تفضيل المصلحة العامة)[٤].

وبنفس المعنى ذكر بعضهم ان نزع الملكية للمنفعة العامة (انه اجراء إداري من

(١) محمد فريد سيد سليمان الزهيري ، المصدر نفسه ، ص ٢٣٣ .

(٢) وناس عقيلة ، مصدر سابق ، ص٤ .

(٣) د..طعيمة الحرف ، القانون الإداري ، القاهرة ، ١٩٧٨ ، ص٧٢١ .

(٤) د. ماجد راغب الحلو ، القانون الإداري ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٩٤ ، ص٦٢٧.

شأنه حرمان الشخص من ملكه جبراً لتخصيصه للمنفعة العامة مقابل تعويض عادل)، وان هذا الاجراء يتميز بالإجبار ، ويترتب عليه نقل ملكية المال إلى الدولة ، ويتم مقابل تعويض عادل ، يشترط لمشروعيته وجود منفعة عامة[١] ، وعرف ايضاً على انه (إجراء إداري يقصد به حرمان المالك من ملكه جبراً عنه بسبب المنفعة العامة بشرط تعويضه عنه)[٢].

وفي العراق نلاحظ ان الاستملاك عرف بأنه (نزع الملكية لنفع عام ولقاء تعويض عادل يعين بموجب القانون)[٣] ، وعرف أيضاً (انه نزع الملكية الخاصة جبراً من مالكه لتحل محلها ملكية عامة)[٤]، وعرف أيضاً (نزع ملكية العقار أو الحقوق العينية المقررة عليه بإجراء إداري يصدر بالإدارة المنفردة لأحدى الجهات الادارية هادفاً المنفعة العامة مقابل تعويض عادل يدفع مقدماً) [٥].

ما سبق ذكرهُ هو تعريف لما درج عليه الفقهاء في تعريفهم لنزع الملكية للمنفعة العامة أو الاستملاك واما بخصوص تعريف رقابة الموازنة بين المنافع والأضرار فقد تم تعريفها بأنها (مقارنة أو موازنة النتائج الإيجابية لتدبير إداري معين مع السلبيات التي يخلفها ، وبالتالي لا يكون هذا التدبير شرعياً الا إذا رجحت إيجابياته على سلبياته اي إذا كان رصيده ايجابياً) [٦].

---

(١) أحمد أحمد الموافي ، فكرة المنفعة العامة في نزع الملكية الخاصة ، بلا مكان طبع ، بدون سنة نشر ، ص٥٩.

(٢) د. محمد فؤاد مهنا ، مبادئ القانون الإداري ، الاسكندرية ، بدون سنة طبع ، ص ٨٣٧ .

(٣) د. مصطفى كامل ، شرح القانون الإداري ، ط١ ، بغداد ، ١٩٤٩ ، ص١٨٦.

(٤) مصطفى مجيد ، شرح قانون الاستملاك الجديد رقم١٢ لسنة ١٩٨١ ، مطابع الحرية ، بغداد، ١٩٨١، ص٩-١٠.

(٥) عبدالباقي نعمة عبدالله ،نزع الملكية امتياز مقرر للإدارة ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية ، مجلة٢ ، العدد١ ، ١٩٧٨ ، ص١٧٤ .

(٦) مايا محمد نزار أبو دان ، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري ، ط١ ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، ٢٠١١ ، ص١٠٠ .

وعرف الدكتور أحمد الموافي نظرية الموازنة بأنها (نظرية تقوم على بحث جميع الجوانب الايجابية والسلبية لمشروع المعلن للمنفعة العامة ، ووزن المزايا التي يحققها والاعباء التي يفرضها ، وتقدير المنافع المترتبة عليه والأضرار الناجمة عنه ، سواء بالنسبة للأفراد أم للمنافع العامة الأخرى ، بحيث لا يحكم بتحقيقه للمنفعة العامة الا إذا كانت الأضرار أو الاعباء التي يفرضها ليست مفرطه بالنسبة إلى المزايا التي يحققها)[١].

ويرى الدكتور رمضان بطيخ أن رقابة الموازنة هي (عندما تكون الفوائد والمزايا المترتبة على العملية التي قامت بها الإدارة تفوق العيوب والأضرار الناجمة عنها ، اذ لا يكفي تحقق المنفعة العامة من وراء هذه العملية فقط) [٢].

من خلال ما سبق ذكره من تعاريف لنزع الملكية للمنفعة العامة والتي تعتبر هي المجال الرحب للتحقق من الموازنة ما بين المنافع والأضرار في قرار الإدارة من اجل المنفعة العامة ، يمكن ان نحدد الميزات التي يتميز بها نزع الملكية للمنفعة العامة وهي:

١-اجراء جبري .

٢-ان يكون مقابل تعويض عادل يدفع للمستملك منه وقد يكون مقدماً حسب ما نصت عليه بعض التشريعات كالفرنسي والمصري.

٣-ان يكون نزع الملكية للأغراض المنفعة العامة ، وهنا يجب ان يتم التحقق من توافر هدف المنفعة العامة في قرار الإدارة والا عد القرار باطلاً أو طلب الاستملاك أو نزع الملكية باطلاً ، وهذا الدور تقوم به المحاكم المعينة عند تقديم الطلب اليها الجهة الادارية طالبة الاستملاك .

(١) د. احمد احمد الموافي ، المصدر نفسه، بلا مكان طبع ، ص٤٠٨ .

(٢) رمضان محمد بطيخ ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٦ ، ص٣١٠ .

المطلب الثاني

انواع الاستملاك (نزع الملكية للمنفعة العامة)

سنبين في هذا المطلب ما هي انواع الاستملاك بعد استقرار قانون الاستملاك العراقي رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ وما هي احكامه واجراءاته مع مقارنته بما هو عليه العمل في مصر وذلك في فروع ثلاثة هي الاستملاك الرضائي ،القضائي الذي هو موضوع دراستنا والاستملاك الاداري.

الفرع الأول: الاستملاك الرضائي

الاستملاك الرضائي هو الذي يتم بين الإدارة ومالك العقار ، وهذا النوع نصت عليه المواد (٤ ، ٥، ٦، ٧) من قانون الاستملاك العراقي رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ ، فقد حددت المادة ٤ هذا الاستملاك وهي :

١-انه يتم بالاتفاق بين الإدارة ومالك العقار .
٢-الاستملاك قد يكون بالتراضي اما عيناً أو نقداً ببدل .
٣-البدل يتم تقديره بموجب هيئة التقدير تشكل بموجب القانون .
٤-إذا كان العقار شائعاً فيستلزم موافقة جميع الشركاء .

المواد من ٥ إلى ٧ تتضمن اجراءات التقدير من قبل هيئة التقدير مع تحديد المدة التي يصبح منها قرار الهيئة باتاً وملزماً إذا لم يعترض احد عليه ، وآلية ايداع مبلغ الاستملاك وكيفية تسجيله في دائرة التسجيل العقاري والحالة التي يجب ان يسلم فيها العقار من المستملك منه إلى المستملك[١].

الفرع الثاني: الاستملاك القضائي

وهو الذي مدار بحثنا عليه فإنه يتمثل بقيام دوائر الدولة والقطاع الاشتراكي التي

(١) ينظر: المواد من ٤ إلى ٧ من قانون الاستملاك العراقي النافذ رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ .

يحق لها الاستملاك بموجب القانون بتقديم طلب إلى الجهة المختصة ووفقاً للإجراءات التي يحددها القانون من اجل تنفيذ مشاريعها وتحقيق اهدافها، وهذا يمكن استنباطه من نص المادة ٩ من القانون العراقي .

وقد تكلم قانون الاستملاك العراقي عن هذا النوع من الاستملاك في المواد من (٩ إلى ١٥) منه على الاستملاك القضائي .

فشروط تحقق الاستملاك القضائي تتمثل وحسب نص المادة ٩ في الآتي :

١-طلب يقدم إلى الجهة المختصة قانوناً .

٢-الطلب يقدم من قبل دوائر الدولة والقطاع الاشتراكي حصراً .

٣-أن يكون لهذه الجهة طالبة الاستملاك حق الاستملاك قانوناً .

٤-أن يكون الغرض من الاستملاك هو تنفيذ مشاريعها وتحقيق اغراضها ، وهي في الغالب يجب ان تكون للمنفعة العامة[١].

ويلاحظ أن المشرع العراقي في نص م ١٠ من القانون اوجب تقديم الطلب – طلب الاستملاك – إلى محكمة البداءة التي يقع فيها العقار متضمناً فيه عدم وجود مانع قانوني أو تخطيطي من الاستملاك ، وعلى المحكمة ان تثبت في الطلب المستوفي لجميع الشروط التي نصت عليها م ١٠ من القانون خلال مدة ١٠ أيام[٢] .

الفرع الثالث: الاستملاك الاداري

هو الاستملاك الذي نصت عليه المواد من (٢٢ إلى ٢٥) من القانون ويجب ان يكون كل من المستملك والمستملك منه من دوائر الدولة أو القطاعيين الاشتراكي والمختلط ، (عداد الأوقاف).

(١) ينظر: بخصوص الاستملاك القضائي المواد من (٩-١٥) من قانون رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ .

(٢) لقد اوردنا بعض المصطلحات كما وردت في قانون الاستملاك النافذ على الرغم من تغير النهج والفكر السياسي و الاقتصادي للدولة بعد عام ٢٠٠٣ حيث استخدمت لفظة القطاع العام بدلا منها لذا اقتضى التنويه عليها و هذا يقتضي تدخل المشرع في اجراء تعديل بهذا الخصوص .

ويشترط لهذا الاستملاك وفقاً لنص المادة ٢٢ ما يأتي :

١- إن يكون العقار أو الحق العيني المطلوب استملاكه يعود لدوائر الدولة أو القطاعيين الاشتراكي والمختلط .

٢- يتم تحديد التعويض بالاتفاق بين الطرفين .

ويتم الفصل في الخلاف الناشئ بين الطرفين لدى الوزير المختص إذا كانا من نفس الوزارة ، و يفصل مجلس الوزراء في الخلاف إذا لم يكونا تابعين لوزارة واحدة حسب نص المادة ٢٣ من قانون الاستملاك النافذ ، ويتم تقدير وتحديد التعويض باتفاق الطرفين أما إذا لم يتم الاتفاق بين الطرفين فيتم الطلب من هيئة التقدير تقدير التعويض وفقاً لأحكام القانون(١).

ويلاحظ ان قانون الاستملاك العراقي رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ النافذ قد تطرق إلى طريقة اخرى لاكتساب المال العام وهو الاستيلاء المؤقت وقد تكلم عنه في المواد (٢٦-٢٨) منه ، فقد حدد المشرع الحالات الاستثنائية التي يحق للدولة في ان تستولي مؤقتاً على العقار وهي الفيضانات أو تفشي وباء ، ويكن لدوائر الدولة ان تقيس عليها بعض الحوادث التي تعتبر حالة استثنائية تستوجب الاستيلاء .

والشروط حسب نص المادة ٢٦ من القانون النافذ هي :

١-وجود حالة استثنائية .

٢-ان يكون الاستيلاء مؤقتاً لا يزيد عن السنتين .

٣-الاستملاك يكون من دوائر الدولة والقطاعين الاشتراكي والمختلط .

ويلاحظ ان المشرع المصري في قانون نزع الملكية للمنفعة العامة رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ قد ذكر في نص م ١٥ منه (للوزير المختص بناء على طلب الجهة المختصة في حالة حصول غرق أو قطع جسر أو تفشي وباء وسائر الاحوال الطارئة أو

(١) ينظر: المواد (٢٢ إلى ٢٥) من قانون الاستملاك العراقي النافذ رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ .

المستعجلة ان يأمر بالاستيلاء المؤقت على العقارات اللازمة ...) ، وقد حدد المشرع المصري مدة الاستيلاء المؤقت بثلاث سنوات[١].

ويلاحظ في نص المادة (٢٧) من القانون العراقي انه الزم الجهة التي استولت مؤقتاً على العقار ، اعادته لصاحبه في نهاية المدة ، وبالحالة التي كان عليها عند الاستيلاء ، فاذا ما اصاب العقار ضرر نتيجة الاستيلاء المؤقت فلصاحبه مطالبة الجهة المستولية بالتعويض عن هذا الضرر ، ويلاحظ من نص م ٢٧ ان المشرع العراقي قد حصر التعويض فقط بالضرر الحاصل للعقار خلال مدة الاستيلاء المؤقت فقط وبعكسه لا يستحق اي تعويض ، في حين نلاحظ المشرع المصري كان قد وسع من مفهوم التعويض ليشمل فضلاً عن إلى الضرر الذي يصيب العقار خلال مدة الاستيلاء المؤقت ما فاته ايضاً من ضرر مقترض هو عدم الانتفاع من العقار خلال مدة الاستيلاء المؤقت[٢].

المبحث الثاني

رقابة الموازنة بين المنافع والأضرار في قانون الاستملاك العراقي رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ النافذ

في هذا المبحث سنحاول بيان مدى تحقيق التوازن بين المنافع والأضرار في قانون الاستملاك العراقي من قبل المشرع من خلال تناول بعض مواد هذا القانون بالتحليل في مطلب أول، ثم نختم المبحث بأجراء تقييم لهذه الرقابة ومدى تطورها في التطبيق في مطلب ثاني .

(١) ينظر: المواد من (٢٦ – ٢٨) من قانون الاستملاك العراقي رقم ١٢ لسنة ١٩٨١.

(٢) ينظر: المواد (١٥ – ١٦) من قانون نزع الملكية للمنفعة العام المصري رقم ١٠ لسنة ١٩٨٠.

المطلب الأول

مدى تحقق الموازنة بين المنافع والأضرار في قانون الاستملاك العراقي النافذ رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ النافذ

من خلال استعراض النصوص القانونية الخاصة بتنظيم مسائل نزع الملكية للمنفعة العامة في القانون العراقي للاستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ النافذ يتبين لنا ان المشرع اعطى للإدارة السلطة المطلقة في تقدير تحقق المنفعة العامة عند رغبتها في استملاك عقار ما من الافراد ، بمعنى ان المنفعة العامة مفترضة ومحققة في قرار الإدارة دون حاجة إلى التحقق أو التأكد من توافر صفة المنفعة العامة من عدمها ومدى الضرر الذي قد يصيب الافراد من جراء هذا الاستملاك حتى لو كانت المنافع المتحققة لا تتناسب مع الأضرار الناشئة عنه .

وقد درجت المحاكم جميعها على اقرار حق الإدارة بالاستملاك بموجب نصوص القانون ولم يعطي للمحكمة الحق في النظر بمدى تناسب أو تحقق التوازن بين طلب الاستملاك للمنفعة العامة من حيث المنافع والأضرار ومدى المزايا والأضرار التي قد تنشأ عن هذا الاستملاك .

ويلاحظ أن قانون الاستملاك العراقي رقم ٥٤ لسنة ١٩٧٠ الملغي فقط هو القانون الوحيد الذي اعطى لمحكمة البداءة النظر بمدى تحقق النفع العام من قرار الإدارة رغبتها في الاستملاك ، فمثلاً نَصُّ المادة ٧ من القانون المذكور تضمن : (تقرر المحكمة في اول جلسة تحقق النفع العام في طلب الاستملاك أو عدم تحققه ، إذا قررت المحكمة عدم تحقق النفع العام في طلب الاستملاك قررت رده ، ورفع الاشارة الموضوعة على العقار ، ويكون قرارها قابلاً للتمييز خلال ٣٠ يوماً من تاريخ صدوره)[١].

(١) قانون الاستملاك العراقي رقم ٥٤ لسنة ١٩٧٠ المنشور في مجلة الوقائع العراقية رقم ١٨٥٥ في ١٩٧٠/٣/٢٢ .

من نص هذه المادة يتبين لنا ان المشرع اعطى للمحكمة ان تنظر في مدى تحقق النفع العام من طلب الإدارة بالاستملاك ولها رده إذا كانت الأضرار التي تلحق الافراد اكبر من المنافع التي تبغى الإدارة تحقيقها من الاستملاك .

ولو عدنا إلى قانون الاستملاك رقم ٤٣ لسنة ١٩٣٤ الملغي فنلاحظ ان الرقابة في ظل هذا القانون هي رقابة ادارية حيث يطعن بقرار وزير الداخلية أمام مجلس الوزراء[١] ، والرقابة أيضاً هي ادارية في قانون الاستملاك رقم ٥٧ لسنة ١٩٦ الملغي حيث صدر هذا القانون في المادة ٥ منه ان طلب الاستملاك يقدم متصرف اللواء ، ثم يقوم المتصرف بعرض طلب الاستملاك على مجلس إدارة اللواء لاستحصال قرار بتحقيق المنفعة العامة في الغرض من الاستملاك ، ونص في المادة ٧ منه على ان لأصحاب العقار المشمول بالاستملاك الاعتراض على الاستملاك لعدم تحقق النفع العام تقدم إلى المتصرف نفسه ، ومن ثم الطعن بالقرار أمام وزير العدل ومن ثم الطعن بقرار وزير العدل أمام مجلس الوزراء ويقتصر الطعن على بعض الاركان الخارجية كالشكل والاجراءات[٢].

وعند العودة إلى قانون الاستملاك العراقي رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ وكما بينا سابقاً فإن تحقق المنفعة العامة متحقق في طلب الإدارة الاستملاك وليس من حق محكمة البداءة النظر في هذا الأمر بتحققه من عدمه ، كذلك القانون حدد مهام المحكمة بعد تقديم المستملك طلبه إلى المحكمة بالتحقق من استكمال الطلب للمسائل التي حددها في نص المادة ١٠ منه وهي (على المستملك تقديم طلب الاستملاك إلى محكمة بداءة الموقع العقار ، يؤيد فيه عدم وجود مانع تخطيطي أو قانوني من الاستملاك ...) ، وهذا واضح في نص المادة ١٢ اولاً (تتحقق المحكمة في اول جلسة ، من توفر

(١) د. محمد سليم محمد أمين ، رقابة القضاء على قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة (دراسة مقارنة) ، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون ، جامعة السليمانية ، ٢٠١١ ، ص١٣١ .

(٢) قانون الاستملاك العراقي رقم ٥٧ لسنة ١٩٦٠ الملغي .

الشروط الواردة في هذا القانون بطلب الاستملاك وتقرر تكليف المستملك بإكمال النقص ان وجد ، أو رد الطلب حسب مقتضى الحال)[١].

وبدراسة نصوص هذا القانون لم نجد ما يخص المحكمة على دراسة طلب الاستملاك المقدم لغرض بيان توفر المنفعة العامة من عدمها في الطلب وبالتالي دراسة الموازنة بين النفع العام والضرر الذي يصيب الطرق الاخرى وفي سبيل احداث التوازن بين المزايا والأضرار الناتجة عن طلب الاستملاك .

وفي استعراض لبعض احكام القضاء العراقي من هذا الجانب نرى حصر مهامه في المسائل التي حددها القانون والخاصة بتشكيل لجان التقدير وقيمة التقدير ومدى استيفاء الطلب للشروط التي حددها القانون و واجب توافرها في طلب المستملك فيها على سبيل المثال :

حكم محكمة استئناف نينوى بصفتها التميزية التي نقضت حكم محكمة البداءة لمخالفته نص المادة ١٣ من قانون الاستملاك العراقي رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ النافذ عندما ذكرت (لدى التدقيق والمداولة ... وجد ان الحكم غير صحيح ومخالف لأحكام المادة ١٣ من قانون الاستملاك التي اشترطت أن الكشف لغرض تقدير التعويض من قبل هيئة التقدير التي يترأسها القاضي وعضوية رئيس دائرة التسجيل العقاري أو من ينوب عنه من معاونيه ورئيس دائرة ضريبة العقار أو من ينوب عنه من معاونيه ... في حين أن رئيس دائرة التسجيل العقاري وكذلك رئيس دائرة ضريبة العقار لم يحضرا الكشف ولا أحد من معاونيها وانما الذي حضر عنهما هو ممثلهما وهذا خلاف النص... لذا تقرر نقض الحكم المميز واعادة الاضبارة إلى محكمتها لملاحظة ما تقدم واعادة الكشف والتقدير على ضوء احكام المادة المذكورة...) [٢].

(١) قانون الاستملاك العراقي رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ . منشور في مجلة الوقائع العراقية رقم ٣٨١٧ سنة ١٩٨١ .

(٢) حكم محكمة استئناف نينوى بصفتها التميزية في الطعن رقم ٥١٥/ت ب/ ٢٠٠٥ في ٢٣/ت١/٢٠٠٥ ، غير منشور.

ففي هذا الحكم نلحظ ان المحكمة نقضت الحكم لا لشيء الا لكون ان الهيئة المشكلة لغرض التقدير لم تُشكل وفقاً لما حدد القانون ولم تنقضه لعدم وجود موازنة بين المنافع العامة والأضرار أو كون الطلب ليس للمنفعة العامة .

كذلك حكم آخر صادر من محكمة استئناف بابل بصفتها التمييزية عندما قررت (يلغى قرار الاستملاك إذا لم يقم المستملك بإيداع بدل العقار المستملك لدى محكمة البداءة المختصة خلال ٣ أشهر من اكتساب الحكم الصادر بالاستملاك درجة البتات بعد انذار المستملك ومضي مدة عشرة ايام من تاريخ تبلغه بالإنذار ولا تأثير لعدم اقامة دعوى الالغاء من قبل جميع الشركاء...) [١]، فهنا المحكمة الغت الاستملاك لمخالفته نص المادة ٥٧ أولاً من القانون والتي تستلزم ايداع المبلغ لدى المحكمة خلال مدة محددة وكما مبين في نص المادة أعلاها وهي ٣ أشهر وبالتالي يمكن للمحكمة الغاء الاستملاك.

كذلك حكم آخر لمحكمة استئناف البصرة بصفتها التمييزية حيث اكتفت المحكمة بمراقبة مدى تطبيق المحاكم في دعاوى الاستملاك نصوص القانون دون التطرق إلى وقائع الدعوى ومدى التوافق أو عدمه مع قرار الإدارة ورغبتها في الاستملاك للتأكد من تحقق المنافع والأضرار ومقدار الفرق بينها ، فقد اكدت المحكمة (نقض قرار محكمة البداءة إذا كانت هيئة التقدير قيمة العقار المطلوب استملاكه لم تشكل وفق احكام قانون الاستملاك ، فضلاً ان التقدير قد تم جزافاً دون الاسترشاد بالأسس والقواعد الواردة في قانون الاستملاك بهدف التوصل للتعويض العادل بتاريخ الكشف والتقدير)[٢]، وهذا الحكم فيه دلالة واضحة على مراقبة المحكمة لمدى تطبيق نص

(١) حكم محكمة استئناف بابل الاتحادية بصفتها التمييزية المرقم ٣٥/ت/حقوقيه/٢٠١٢ في ٢٠١٣/٢/١٠ ، منشور في مجلة التشريع والقضاء ، السنة الخامسة ، العدد الثالث (تموز – آب – ايلول) ، ٢٠١٣ ص٢٠٢ .

(٢) حكم محكمة استئناف البصرة بصفتها التميزية المرقم ٥٩٦/ت/ب/٢٠١٢ في ٢٠١٢/١٢/٢٦ ، منشور في مجلة التشريع والقضاء ، مصدر سابق ، ص٢٢٧ ، غير منشور .

قانون الاستملاك من حيث تشكيل هيئة التقدير واجراءات وجوب مراعاة الاسس التي حددها القانون في التعويض ورفض التقدير الجزافي .

وكذلك القرار الصادر من محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية حيث نظرت بقرار محكمة بداءة الموصل حول امتلاك ما تبقى من العقار المستملك لسبب عدم استفادة صاحب العقار من الجزء المتبقي ، اي تطبيق نص المادة ٤٩ من قانون الاستملاك والتي تنص (للمستملك منه وفي حالة الاستملاك الجزئي ، أن يطلب استملاك عموم العقار ، إذا تعذر الانتفاع بالجزء المتبقي منه ، وتقرر المحكمة استملاك عموم العقار إذا تحقق لهيئة التقدير ذلك) ، وكذلك وجوب الاستعانة بأهل الخبرة من الاختصاص في تقدير مدى الاستفادة من الجزء المتبقي من العقار[١].

كذلك القرار الصادر من محكمة استئناف المثنى وبصفتها التمييزية بتاريخ ٢٠٠٩/١/٢٠ حيث ردت قرار محكمة البداءة السماوة لعدم تطبيق نصوص المواد (١١ ، ١٠ ، ١٣ ، ٣١ ، ٣٢ ، ٣٣) الموجود في الاضبارة المرقمة ٦٦٨/ب/٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/١٢/٢٢[٢].

وهناك الكثير من القرارات التي ايدت صحة قرارات محكمة البداءة حول تطبيق نص المادة ٢٨ من قانون الاستملاك بخصوص استمرار وضع اليد لمدة تزيد عن سنتين ، فالجهة المستولية لقاء تعويض تقدره هيئة التقدير[٣].

وهناك حكم لمحكمة القضاء الإداري يعتبر خروجاً عن الاتجاه السائد في المحاكم العراقية والذي جعل دور المحكمة النظر في مسائل لا علاقة لها بمدى تحقق

(١) حكم محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية رقم ٦٧ و٦٨/ت /ب/٢٠١٠ بتاريخ ٢٠١٠/٣/١١ ، غير منشور.

(٢) حكم محكمة استئناف المثنى بصفتها التمييزية المرقم ١٤/ت/ح/٢٠٠٨ بتاريخ ٢٠٠٩/١/٢٠ ، غير منشور .

(٣) محكمة بداءة مدينة الصدر بتاريخ ٢٠٠٨/٣/٢٣ للنظر بالطلب المحال اليها من محكمة بداءة الكرادة بموجب الاعلام رقم ٤٨١ في العدد ٤٩٠/م/٢٠٠٨ ، غير منشور .

الموازنة بين المنافع والأضرار في طلب الاستملاك المقدم من الجهة المعينة ، الا ان هذا الحكم قد تم الطعن به أمام المحكمة الاتحادية العليا بموجب نص م٤ فقرة ٣ من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ والتي جعلت اختصاص هذه المحكمة النظر تمييزاً في قرارات محكمة القضاء الإداري ، وهذا يجب ان يتم تعديل هذا الاختصاص وإلغاء دور المحكمة الاتحادية العليا بالنظر تميزاً بقرارات محكمة القضاء الإداري خاصة بعد تأكيد استقلال القضاء الإداري ولو شكلياً بموجب قانون التعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة والمرقم ١٧ لسنة ٢٠١٣ ، ففي قضية تتلخص وقائعها بقيام (شركة الايادي المتحدة للمقاولات بإنشاء مشروع سكني يضم (١٢٦) داراً مع مركز صحي واسواق على ارض زراعية متروكة ، واستحصلت موافقة هيئة الاسكان ودوائر الماء والمجاري على تقديم الخدمات ، الا ان امانة العاصمة رفضت منح الاجازة بتغيير جنس الارض من زراعية إلى سكنية...) ، فالقاضي ارد ممارسة الموازنة بين المنافع والأضرار عندما عدد مزايا ومنافع المشروع ومنها (...ان المشروع ذو أهمية اقتصادية واستثمارية ويساهم في حل ازمة السكن وان الارض متروكة...) وقلل من الأضرار على اعتبار ان الارض متروكة وغير صالحة للزراعة ، واعتماد معيار التكلفة المالية للمشروع واثار المشروع الاجتماعية[١].

يتبين لنا من بعد الذي تم ذكره بخصوص مبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار ومدى تفعيله في القضاء لا يتسنى الا نذكر ان المشرع والقضاء العراقي بشكل عام لم

(١) حكم محكمة القضاء الإداري المرقم ٢٠٠٤/٩٢ في ٢٠٠٥/٤/١ ، غير منشور . نقلاً عن عدي طلال محمود الشاهين ، رقابة القضاء على الموازنة بين المنافع والأضرار في القرار الإداري) رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون ، جامعة الموصل ، ٢٠٠٦ ، ص١١٨ . ويذكر الباحث ان المحكمة الاتحادية العليا نقضت هذا الحكم في قرارها المرقم ٢٠٠٥/٥ في ٢٠٠٥/٨/١٧ ، غير منشور . وسببت المحكمة قرارها بأن (المادة ١٥ من قانون التصحيح الاساس لمدينة بغداد نصت على عدم جواز استعمال الارض أو المشروع بأي عمل من اعمال الاعمار والانشاء فيها ... الا بإجازة من امانة العاصمة ولا تمنح هذه الاجازة مالم يكن الاستعمال المطلوب مطابقاً لما هو مقرر في التصاميم المصدقة...) .

يستطع أن يؤكد موقفه بوضوح من هذه الرقابة ، فحري بالقضاء العراقي ان ينحو منحى القضائيين الفرنسي والمصري في مسألة التدرج للأخذ بهذا المبدأ الذي اضحى مبدأ مهم واساسي في عديد الأحكام التي اصدرها القضاء الإداري الفرنسي والقضاء الإداري المصري بعد الحذر الذي كان عليه موقف القضائيين في عدم التدخل في السلطة التقديرية للإدارة عند تحديدها لوجود المنفعة العامة من عدمها ، فمثلاً في فرنسا نلاحظ ان مجلس الدولة الفرنسي قد استقر على الأخذ بهذا المبدأ وتطبيقه وتطويره في احكامه في عديد الاحكام منها واشهرها قرار الجمعية العمومية لمجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ ٢٨ مايو ١٩٧١ في قضية مدينة شرق ليل الجديدة (ville nouvelle lille est) والذي اعتبر تطوراً جديداً في رقابة مجلس الدولة حيث قرر المجلس مبدأ هاماً مقتضاه (ان المنفعة العامة لمشروع ما لا يمكن تقديرها لذاتها وانما تنتج من توازن يمكن ان يتم بين مزاياه وأضراره)[١].

وكان الوضع التقليدي للمجلس هو ان يقرر ان العملية تدخل في اطار النصوص القانونية وان نزع ملكية قطعة معينة هي من مائل الملاءمة التي يترك امر تقديرها للإدارة ، ولكن المجلس خرج عن هذا النهج وقام بالموازنة بين أضرار المشروع إذا كانت مزاياه وتأثير ذلك على المنفعة العامة ووضع مبدأ جديد يقوم على ترجيح اقامة المشروع إذا كانت مزاياه تتفوق أضراره ومقرراً ان المنفعة العامة لا يمكن تفسيرها بطريقة مجردة بل يتعين اقامة هذه الموازنة بين الأضرار والمصالح[٢].

والقضاء الإداري في فرنسا انتهى إلى نتيجة في حكم بالغ الأهمية اصدره مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٧١/٥/٢٨ ، وبمقتضاه فإن (المنفعة العامة) في مشروع نزع الملكية لن تقدر بصورة منعزلة عن الظروف المحيطة به ، حيث اصبح للقاضي الإداري أن يقدر مدى تحقق هذه المنفعة العامة في ضوء الأضرار التي تلحق الملكية

(١) محمود سلامة جبر ، نظرية الغلو البين في قضاء الالغاء ، الطبعة الثانية ، القاهرة ، ٢٠٠٧ ، ص١٦١ .

(٢) محمود سلامة جبر ، المصدر نفسه ، ص١٦٣ .

الخاصة ، علاوة على التكلفة المالية للمشروع ، أضافة إلى المضار ذات الطابع الاجتماعي المحتمل وقوعها[١].

هذا الكلام يعطي دلالة على ان القاضي عند النظر بطلب نزع الملكية ان يتحقق من وجود منفعة عامة تبرر نزع الملكية ، وان العقار المراد نزع ملكيته لا غنى عنه في تحقيق هذه المنفعة واخيراً لابد بعد ذلك ان يوازي بين مسألتين هل ان المضار أو التكاليف التي يتطلبها المشروع أكثر من منافعه ومزاياه وبالتالي يأمر برده أمر ان المنافع والمزايا المتحققة من نزع الملكية أكثر من المضار والمساوئ التي تترتب على نزعها وبالتالي يوافق على طلب نزع الملكية .

ومن هذا المنطلق فإننا نرى ان عملية الموازنة بين المنافع والأضرار في طلب نزع ملكية عقار ما للمنفعة العامة هي شرط المشروعية القرار الإداري ، حيث ان للقاضي تقدير هذا الشرط للتأكد من احترام الإدارة له ، فيتأكد من مشروعية هذا القرار ان المنفعة العامة في قرار نزع الملكية متحققة قانوناً ، وان وجود هذه المنفعة يستوجب هذا الاجراء[٢].

ومن المهم بيان إن القاضي عند النظر بطلب نزع الملكية لا يعتبر قاضي ملاءمة يحل محل الإدارة ، بل هو قاضي مشروعية يرد الطلب في حالة عدم استيفاءه لمبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار ، فهو لا يجبر الإدارة على اتخاذ اجراء معين مثلاً أن يحدد لها نزع ملكية عقار آخر غير هذا العقار ، أو ان تختار عقار في شمال المدينة بدلاً من غربها وغيرها ، أنما دوره ينحصر في توجيه الإدارة ان طلبها غير مستوفي لمبدأ الموازنة وان عليها ان تعيد التقدير مرة أخرى ، فهنا القاضي يلغي طلب

(1) C.e 28.5.1971 , ville nouvelle est , l , 409 ,concl . braibant , a.j.d.a 1971 , p.405 , d.1972 p.194 , n.lemasurire , r.d.p. 1972 . نقلا عن د. سامي جمال الدين ، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠١٤ ، ص٢٧٧ .

(٢) للمزيد حول نفس المعنى ينظر: د. سامي جمال الدين ، مصدر سابق ، ص٢٧٨ وما بعدها .

الإدارة في نزع الملكية ومع ذلك فإن الإدارة تحتفظ بسلطتها الكاملة في تقدير الموازنة في هذا الأمر .

ومسألة التدرج في تطبيق مبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار حصل ايضاً في مصر ، حيث يستنتج الدكتور رمضان بطيخ ان مجلس الدولة المصري لم يأخذ أو يتبنى بشكل حاسم هذه النظرية وخاصة في مجال نزع الملكية للمنفعة العامة ، فمثلاً في حكم للمحكمة الادارية العليا في ١٩٧٨/١/٢٨ قضى بأن كل ما أشترطه القانون ، لإجازة نزع الملكية : هو أن تكون قمة منفعة عامة يراد تحقيقها من وراء ذلك ، وقد أطلق القانون مجال التقدير ، في هذا الشأن ، للسلطة التنفيذية التي لها ، طبقاً للمادة ١٢ ، أن تحدد العقارات التي ترى انها محكمة لأغراض المشروع[١] ، ثم عاد القضاء الإداري المصري واعتمد مبدأ الرقابة على مدى تحقق الموازنة بين المنافع والأضرار ، من خلال وجود حاجة ملحة للدولة لهذه العقارات والا عُد قرار الإدارة معرضاً للبطلان ، وهذا المبدأ اكره حكم المحكمة الادارية العليا في ٢٠٠٣/٢/٢٢ (... وهذا الشرط يتكشف من ظروف ووقائع الأحوال ، فما تقدره الجهة الادارية في هذا الشأن يجب ان يكون مستمداً من حاجتها الملحة لهذه العقارات لإقامة مشروعاتها بما يقتضيه ذلك من تقرير صفة المنفعة العامة لها والاستيلاء عليها للمصلحة العامة ، فإن ولت الظروف ووقائع الحال على غير ذلك وقعت الاجراءات المتخذة في هذه الحالة مشوبة بالبطلان لمساسها بالملكية الخاصة التي كفلها الدستور والقانون...) [٢].

ويلاحظ ان القضاء الإداري المصري أسس عدم مشروعية القرار الإداري ليس فقط بجهل الإدارة لغايات الصالح العام التي يحددها القانون ، أو استند القرار إلى غايات الصالح العام ظاهراً لكنها ادنى في اولوية الرعاية من غايات ومصالح قومية اسمى واجدر بالرعاية ، وان الحفاظ على أمن وسلامة المواطنين وحماية السلام

(١) رمضان محمد بطيخ ، مصدر سابق ، ص٣٦١ .

(٢) سعيد محمود الديب ، موسوعة احكام المحكمة الادارية العليا ، حكم المحكمة الادارية العليا في الطعن رقم ٨٧٦١ لسنة ٤٦ ق.ع ، جلسة ٢٠٠٣/٢/٢٢ ، مصدر سابق .

الاجتماعي وعدم السماح بأن يترتب على الملكية الخاصة التشريد والتحطيم لحياة عدد كبير من الافراد دون ضرورة ملحة تبرر ذلك ، فهذه الأمور في هذه المرحلة تعد بلا شك اولى بالرعاية من مجرد ازالة الاعتداء على ارض مملوكة للدولة والذي هو امر مشروع ، الا انه ادنى من أن يكون احق بالتغليب[١].

بعد الذي تم ذكره واستعراضنا لواقع مبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار وكيف اضحى مبدأ مهماً من المبادئ التي اعتمدها كل من مجلس الدولة الفرنسي وكذلك القضاء الإداري المصري في الكثير من قراراتها واحكامها ، على الرغم من البدايات الحذرة لكل منهما على اعتبار ان رقابة القاضي على الموازنة هو تدخل في صميم عمل الإدارة وبالتالي اصبح القاضي يعمل عمل الإدارة وكيف ان هذا المبدأ اضحى بعد ذلك مبدأ مهم جداً على اعتبار ان المبدأ هو شرط لمشروعية طلب نزع الملكية والا فإن الطلب أو القرار الصادر في ذلك معرض للأبطال والالغاء وكيف ان القضاء عندما يلغي طلب نزع الملكية لعدم وجود الموازنة لا يحل محل الإدارة وانما يوجهها إلى ضرورة اعادة التقدير مرة اخرى وان تأخذ بنظر الاعتبار تحقق المنفعة العامة في الطلب وان العقار المطلوب نزع ملكيته لازم قانوناً لتحقيق هذه المنفعة وألا عد هذا الطلب ملغياً ، وان القضاء يعتمد على الكثير من المعايير التي تساهم في بناء قناعته.

حول وجود الموازنة من عدمها منها المعيار المادي من حيث المصروفات والكلف وكذلك المعيار الاجتماعي وكذلك امكانية المزج بين أو التوفيق بين المنفعة الخاصة للحالة وامكانية استخدامها لتحقيق المنفعة العامة وبالتالي يعتبر هذا القرار متضمناً لمفهوم الموازنة ، فالقضاء العراقي ان يحذو حذو مجلس الدولة الفرنسي والقضاء الإداري المصري بوجوب تفعيل رقابة الموازنة للتحقق من المزايا المتحققة

(١) د. سليمان محمد الطماوي ومحمود عاطف البنا ، النظرية العامة للقرارات الادارية (دراسة مقارنة) ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ٢٠٠٦ ، ص٩٥ . نقلاً عن محمد سليم محمد أمين ، رقابة القضاء على قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة (دراسة مقارنة) ، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون جامعة السليمانية ، ٢٠١١ ، ص١٣٢ .

والمضار الحاصلة من قرار الاستملاك الصادر من جهة ادارية معينة ، فوفقاً لنص المادة ٧/ رابعاً من قانون التعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ ذو الرقم ١٧ لسنة ٢٠١٣ ، والتي تنص (تختص محكمة القضاء الإداري بالفصل في صحة الأوامر والقرارات الادارية الفردية والتنظيمية التي تصدر عن الموظفين والهيئات في الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والقطاع العام التي لم يعين مرجح للطعن فيها بناءً على طلب من ذوي مصلحة معلومة وحالة ممكنة ، ومع ذلك فالمصلحة المحتملة تكفي ان كان هناك ما يدعو إلى التخوف من الحاق الضرر بذوي الشأن) [١] ، فلأصحاب العلاقة الطعن بطلب الاستملاك الذي ترفعهُ احدى المؤسسات الادارية إلى المحكمة المختصة ، أمام محكمة القضاء الإداري للنظر بالطعن وفحوى طلب الاستملاك ، وبالتالي عليها – اي المحكمة – بالنظر بمدى تحقق المزايا من طلب الاستملاك وهل هي اكبر من المضار التي تلحق بصاحب الملكية ، وهل ان استملاك العقار لازم فعلاً لتحقيق المنفعة العامة ، وهل ان طلب الاستملاك من الإدارة يحقق المنفعة العامة مثلاً ، بمعنى ان محكمة القضاء الإداري العراقية ان تنظر في ثلاثة امور أساسية في قرار الاستملاك وهي :

١- هل طلب الإدارة للاستملاك يحقق المنفعة العامة ؟

٢- هل نزع الملكية (الاستملاك) لازم لتحقيق المنفعة العامة ، فاذا لم تكن لازمة فيرد طلب الاستملاك .

٣- بعد التحقق من الأمرين السابقين على المحكمة ان تنظر بمدى الموازنة بين المزايا والأضرار والمنافع المتحققة فاذا كانت المزايا المتحققة للنفع العام تتفوق الضرر الحاصل من جراء الاستملاك فلها ان تقر طلب الاستملاك وعلى المحكمة في موقع العقار اكمال اجراءاتها بالتعويض من خلال تشكيل لجان أو هيئات تقدير التعويض ومدى صحة اجراءات تشكيلها وفقاً لقانون الاستملاك .

(١) قانون التعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ ، المرقم ١٧ لسنة ٢٠١٣ .

أما إذا رأت المحكمة ان المضار التي قد تحصل من الاستملاك اكبر من المنافع المتحققة من الاستملاك حتى لو وجدت المنفعة العامة فلها أن ترد طلب الاستملاك ، وهذا كله يدخل في قضاء الالغاء فلها ان تلغي القرار وتعيد الحال إلى ما كان عليه ، وهي ان المحكمة لا تقوم مقام الإدارة في تحديد خيارات السلطة التقديرية للإدارة ، وانما هي تراقب مدى مشروعية قرار الاستملاك نفسه اي اعتبار رقابة الموازنة بين المنافع والمضار هي الحد الفاصل بين مشروعية قرار الاستملاك من عدمه ، اي رقابة الموازنة هي شرط لمشروعية قرار الاستملاك ان تحقق التوازن فإن قرار الإدارة مشروع والعكس صحيح ، فعلى الإدارة ان تراعي المنافع المتحققة من قرار الاستملاك وتكون اكبر من المضار التي يخلفها قرار الاستملاك ، كذلك مدى تكلفة الاعباء المالية التي قد تثقل كاهل الدولة وبالتالي الاعباء المالية الكثيرة لا توازي المنفعة المتحققة من الاستملاك ، كذلك على المحكمة مراعاة المضار الاجتماعية التي قد تصيب شيحة من الناس فيما إذا تحقق الاستملاك لا تتناسب اطلاقاً مع المنافع التي من المحتمل ان تتحقق .

ومن هنا فإن محكمة القضاء الإداري العراقية يقتصر اختصاصها على النظر بطلبات الالغاء المتعلقة بالقرارات الادارية ، ولا تبحث في مشروعية اعمال السلطة الادارية وفقاً لمبدأ الفصل بين السطات ، واستناداً إلى المعيار الشكلي في التمييز بين اعمال السلطة القضائية والقرارات الادارية فإن مجلس شورى الدولة في فتوى له بين (ان قرار الحجز هو قرار إداري تصدره وفقاً للصلاحيات المخولة لها ، بينما العقوبات السالبة للحرية وهي السجن والحبس والايداع بالنسبة للأحداث هي قرارات تصدر عن المحاكم المختصة ، وعليه يرى المجلس أن قرار الحجز الصادر عن وزير الداخلية لا يعد بمنزلة الحكم القضائي[١].

(١) فتوى (م. ش . ١ . ع) رقم ٩/ (ق. أ) / ٢٠٠٠ في ٢٠٠٠/٢/٢٣ ، (م . ع . ع) ، وزارة العدل ، ع١ ، بغداد ، العراق ، ٢٠٠١، ص١٤ ، نقلاً عن عبد الأمير حسون سلماني ،=

المطلب الثاني

تقدير رقابة الموازنة بين المنافع والأضرار

بعد الذي مر ذكره بخصوص ما يتعلق برقابة الموازنة بين المنافع والأضرار وكيف أنها بدأت مبدأ أساسياً معتمداً عليه القاضي الإداري عند النظر بالطعن المقدم من قبل المتعامل مع الإدارة ، وأن القاضي الإداري عليه النظر بمدى هذه الموازنة بين الوسائل والغايات والمنافع والأضرار حتى لو لم ينص القانون على ذلك لأن من مهام القاضي الاساسية تحقيق العدالة بين الاطراف المتنازعة والتوفيق بين المصالح المتعارضة – العامة والخاصة – وهذا هو أساس رقابة التناسب

ولأجل أن تتضح صورة هذه الرقابة لابد لنا من التذكير أن هذه الرقابة هي مبدأ أساسي من مبادئ القضاء الإداري كما هو الحال في مبدأ التناسب والذي اعتبر مبدأ دستوري يكون مجالهُ هو ان يراقب القاضي الدستوري العلاقة بين المحل والغرض بالإضافة إلى المحل والسبب(١).

إن التناسب في تطوره يقوم على أساس ان القرار متناسباً إذا صدر بشكل معقول وبالتالي متناسب من جهة مارست حقها ضمن السلطة المحددة لها ، وان كل طرق في العلاقة بين الإدارة والمتعامل معها عليه ان يتحمل قدراً معقولاً من سلوكياتهِ(٢).

وفي نطاق القانون الإداري ، نرى ان القاضي الإداري يعمل رقابته على مدى تحقق الموازنة بين المنافع والأضرار ، بمعنى اخر ان التناسب هو جوهر رقابة الموازنة

=الاتجاهات الحديثة في القضاء الإداري (دراسة تحليلية مقارنة) ، منشورات زين الحقوقية ، ط١ ، لبنان ، ٢٠١٦ ، ص١٠٠ ز .

(١) د. عصام سعيد العبيدي، الرقابة الدستورية على دستورية القانون (دراسة مقارنة) ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون ، جامعة الموصل ، ٢٠٠٧ ، ص٤١٩– ٤٢١ .

(٢) د. نكتل ابراهيم عبدالرحمن ، التناسب في القرار الإداري ، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق ، جامعة الموصل ، ٢٠١٤ ، ص١٩٥ – ١٩٦ .

بين المنافع والأضرار ، فاذا رجحت كفة التكاليف والعيوب ، حتى المحتملة منها فإن مجلس الدولة يلغي القرار الصادر بنزع الملكية ، اما إذا رجحت كفة المزايا فليس هناك محل للإلغاء[١] ، فالرقابة القضائية على الموازنة بين المنافع والأضرار تعتبر صورة متطورة من رقابة التناسب القائمة على أساس النظر إلى مدى التوافق بين المحل والسبب وهذا يدعونا إلى تحديد مفهوم المنفعة العامة بصورة جديدة ، هذا المفهوم يقوم على ضرورة اقامة موازنة بين عناصر السبب وعناصر المحل في المفهوم الجديد للمنفعة العامة ، بمعنى اخر ان السبب الذي هو الدافع إلى إصدار قرار إداري معين استناداً إلى حالات ووقائع قانونية أو مادية تتمثل مثلاً في المنافع الاقتصادية والاجتماعية والمصلحة العامة المتحققة من قرار الإدارة ، وضرورة النظر كذلك إلى (الأثر) المتحقق من هذا القرار ، أي الأضرار والمصالح العامة المتحققة هل هي اقل من المنافع المتحققة ام لا ؟ وهذا يحتم النظر إلى مدى الصلة بين مشروعية السبب وعناصره ومشروعية المحل والآثار المترتبة عليه ، ففحص وتقدير وموازنة مشروعية السبب مع مشروعية المحل والآثار المتحققة هي التي تحدد مدى شرعية هذا القرار من عدمه ، فاذا كان تقييم السبب وتقدير شرعيته يؤدي إلى عدم تناسب مع الأثر المترتب عليه – وهي المضار المترتبة على العملية – اي محل القرار كان القرار غير شرعي[٢] ، فرقابة الموازنة بين المنافع والأضرار كما بينا تقوم على أساس مراعاة المصالح المتعارضة في قرار الإدارة ، وهي ترتكز على عنصر المحل أكثر من السبب ؛ لأن مدار نظر القاضي في الطعن يقوم على أساس هل أن أضرار القرار الإداري ترجح على منافع هذا القرار فإذا ما رجحت الأضرار المتحققة على المنافع من القرار ألغي لعدم المشروعية[٣].

(١) د. مصطفى فهمي ، القضاء الإداري ، ج١ ، قضاء الالغاء ، الاسكندرية ، دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٩٩ ، ص٧٨٩ ، وللمزيد ينظر: د. رمضان محمد بطيخ ، مصدر سابق ، ص٣٢٢ .

(٢) د. محمود سلامة جبر ، مصدر سابق ، ص١٧٢ .

(٣) حول نفس المعنى ينظر: د. سامي جمال الدين ، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠١٤ ، ص٢٧٦ . حيث بين ان مبدأ التناسب يختلف عن=

إن النظر إلى هذه الرقابة يعطي انطباعاً ان هذه الرقابة تقوم على أساس اصبح مستقل عن رقابة التناسب ، فرقابة التناسب تقوم على أساس التوافق بين السبب والمحل دون غلو اي دون افراط أو تفريط ، ورقابة الموازنة بين المنافع والأضرار تقوم على نفس الاساس مع ترجيح لعنصر المحل على عنصر السبب لأن مدار رقابة الموازنة تقوم على أساس الموازنة بين الاثار المتحققة من قرار الإدارة (اي عنصر المحل) – المصالح المتحققة والمضار التي يخلفها القرار الإداري .

إن النظر إلى مبدأ الموازنة مع ومقارنته بمبدأ التناسب يؤكد مسألة مهمة محتواها ان المبدأين يقومان على أساس النظر إلى مدى مشروعية محل الإدارة واستخدامها لسلطتها التقديرية الممنوحة لها بموجب القانون و وهذا لا يعتبر اعتداءً على عمل الإدارة اي انها لا تحل محل الإدارة في التقدير من حيث التوافق بين السبب ومحل القرار ، أو الموازنة بين المصالح والأضرار المتحققة من القرار ، وانما دور القاضي يكتفي بإلغاء القرار لعدم المشروعية مع اعادته إلى الإدارة لإجراء التقدير والموازنة من جديد .

وإن عدم التناسب أو عدم وجود الموازنة يمكن الطعن به أمام القضاء الإداري دون ان نشكل اي تعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات الذي هو مبدأ دستوري قائم بذاته ، بمعنى ان وجود القضاء الإداري إلى جانب القضاء العادي لا يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات ، حيث برر البعض وجود هذا القضاء على أساس تخصص القضاء وليس لتفسير مبدأ الفصل بين السلطات الخاطئ، حيث ان القضاء الإداري لا يقوم على أساس البحث عن الحكم السليم للقانون فقط ، ولكن على نقطة الموازنة بين المصالح الخاصة والمصلحة العامة ، وهذه مهمة تحتاج بجوار الالمام بالقانون إلى الاحاطة التامة بمستلزمات حسن الإدارة ، وبتفاصيل الوسائل الادارية التي تلجأ اليها

=مبدأ الموازنة بين الأضرار والمنافع و وان مقتضى الموازنة يؤكد وجوب مراعاة عدم رجحان أضرار القرار الإداري على منافعه ، وهذه الأضرار وتلك المنافع تتصل بعنصر المحل وحده في القرار الإداري .

الإدارة لمواجهة ما يصادفها من عقبات ، وهذا ما يحققه القضاء الإداري على أتم وجه ، نظراً لتشكيلته وصلاته الخاصة بالإدارة[١].

إن اتساع نطاق تطبيق مبدأ التناسب بصورهِ المتعددة من رقابة الموازنة بين المنافع والأضرار ونظرية الخطأ الظاهر في التطبيق ، وظهور قضاء الغلو باعتباره هو الرقيب على عدم تعسف الإدارة في تعاملها مع المواطن دون افراط أو تفريط ، كل هذا يدفعنا للقول بضرورة ان يفعل المشرع والقضاء الإداري دوره وبصورة واسعة – اسوة بغيره من البلدان التي سبقتنا في هذا المجال – من رقابة الموازنة بين المنافع والأضرار وكذلك بين الوسائل والغايات وفي مجالات متعددة من حيث العقوبات التأديبية والضبط الإداري الذي يجب ان تكون قرارات الإدارة فيه متناسبة بين ضرورة الأجراء لمواجهة الظرف سواء أكان عادياً ام استثنائياً ، فأجراء الموازنة بصورة صحيحة سوف يؤدي إلى اتخاذ قرار غير القرار الذي اتخذته الإدارة نتيجة عدم قيامها بهذه الموازنة بين المزايا والأضرار ، فالأمر برمته يقع في عملية اختيار القرار الصحيح بعد اجراء الموازنة بشكل دقيق و واضح ، وهذا لا يكون الا بوضع ضوابط على كيفية ممارسة الإدارة للسلطة التقديرية الممنوحة لها في مجال نزع الملكية ضماناً لحقوق الافراد بحيث تبدو كسلطة مقيدة تخضع لشروط معينة عند ممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية .

---

(١) د. سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، ط٥ ، دار الفكر العربي ، ١٩٨٤ ، ص٢٢ ، ويورد د. سليمان الطماوي ما جاء في المذكرة الايضاحية لقانون مجلس الدولة المصري رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٩ التي نصت على (...كذلك يتميز القضاء الإداري بأنه ليس مجرد قضاء تطبيقي كالقضاء المدني ، بل هو في الأغلب قضاء انشائي ، يبتدع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ بين الإدارة في تسييرها لمرافق العامة وبين الافراد ، وهي روابط تختلف بطبيعتها عن روابط القانون الخاص ، ومن ثم ابتدع القضاء الإداري نظرياته التي أستقل بها في هذا الاساس ، وذلك كله يقتضي من القائمين بأمر القضاء الإداري مجهوداً شاقاً معنياً في البحث والتخصص والتأصيل ، ونظراً ثاقباً بصيراً باحتياجات المرافق العامة للموازنة بين حسن سيرها وبين المصالح الفردية الخاصة). انتهى ، للمزيد حول مبدأ الفصل بين السلطات وتعارضه مع مبدأ التناسب ينظر: كتابنا التناسب في القرار الإداري ، دار الكتب القانونية ،القاهرة ، ٢٠١٦ ، ص٢٥٩ وما بعدها .

الخاتمة

نختم هذا البحث الذي تناولنا فيه الموازنة بين المنافع والأضرار في قانون الاستملاك العراقي رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ ببعض الاستنتاجات والمقترحات من اجل المساهمة في تفعيل دور القضاء الإداري لمواجهة الطعون المقدمة من قبل المتضرر من قرار الإدارة وخاصة في مجال نزع الملكية (الاستملاك) :

اولاً الاستنتاجات :

١-إن رقابة الموازنة بين المنافع والأضرار تتحقق غالباً في نزع الملكية للمنفعة العامة والذي عرف بأنه (نزع ملكية العقار أو الحقوق العينية المقررة عليه بإجراء إداري يصدر بالإدارة المنفردة لأحدى الجهات الادارية هادفاً المنفعة العامة مقابل تعويض عادل يدفع مقدماً) .

٢-رقابة الموازنة بين المنافع والأضرار : هي مقارنة الاثار الايجابية لأجراء إداري معين مع الاثار السلبية التي يتركها أو يخلفها ، بحيث لا يكون هذا الاجراء مشروعاً الا إذا رجحت الاثار الايجابية على الاثار السلبية .

٣-إن رقابة الموازنة بين المنافع والأضرار هي شرط لمشروعية عمل وقرار الإدارة ، وهي ضمانة لحقوق الأفراد ضد تعسف الإدارة وطعنها في التقدير .

٤-إن عدم مشروعية قرار الإدارة وطعنها في الموازنة يؤدي إلى الغاء القرار وضرورة اعادته إلى الإدارة لإعادة التقدير بقرارات المحكمة .

٥-إن رقابة الموازنة تقوم على أساس التوافق بين السبب ومحل القرار حالها كحال مبدأ التناسب نفسه ، ولكنها تركز أكثر من التناسب في جانب عنصر المحل (الأثر) أكثر من السبب ، على اعتبارات المضار المتحققة والمنافع المتحصلة من القرار مدارها كله في المحل .

٦-إن هذه الرقابة حتمت ايجاد معيار جديد للمنفعة العامة لا يعتمد على المعيار الاقتصادي أو المالي أو الاجتماعي وانما اعتمد هذه المعايير كلها كأساس في الموازنة يضاف اليها المنفعة الخاصة المتحققة من القرار .

٧-إن هذه الرقابة لا تجعل القاضي الإداري يحل محل الإدارة في التقدير ، وبالتالي يخرج من اعتباره قاضي مشروعية إلى قاضي ملاءمة ، فالقاضي الإداري عندما يرى عدم وجود موازنة بين المنافع والأضرار في قرار الإدارة يرد القرار لعدم مشروعيته وليس لعدم ملاءمته.

٧- إن نزع الملكية للمنفعة العامة يتميز بميزات أساسية أهمها أنه إجراء جبري وإن يكون بمقابل عادل يدفع للمستملك منه ، وان يكون نزع الملكية لأغراض المنفعة العامة وان يتم التحقق منه من قبل القضاء وإلا عد القرار غير مشروع .

ثانياً : المقترحات

١- وجوب الزام الإدارة بدراسة وتدقيق كل القرارات التي لها مساس بمصالح المواطنين قبل إصدارها واشعارها بأن قراراتها معرضة للإلغاء إذا كانت غير متوازنة لعدم مشروعيتها .

٢-استناداً إلى قانون التعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المرقم ١٧ لسنة ٢٠١٣ ، لابد من الزام محكمة القضاء الإداري باعتبارها صاحبة الاختصاص بالنظر في الطعون المقدمة من قبل المتضرر من قرار الإدارة بتفعيل رقابة الموازنة بين المنافع والأضرار المتحصلة من قرار نزع الملكية للمنفعة العامة ، فاذا كانت الأضرار المتحققة أكبر من المنافع فعليها رده والغائهِ ، أما إذا كان العكس فلها ان تقر القرار لمشروعيته .

٣- نرى ضرورة تعديل قانون الاستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ العراقي بإضافة مادة تعطي الحق لمالك العقار الصادر بحقه قرار الاستملاك بالطعن بالقرار أمام محكمة القضاء الإداري اسوة لما معمول به في فرنسا ومصر .

٤- إن اعتبار المنفعة العامة متحققة في قرار الإدارة اي مقترضة غير قابلة للطعن فيها أمام القضاء ، يدعونا إلى ضرورة المطالبة بتعديل أو اضافة نص قانوني بعدم اعتبار المنفعة متحققة بقرار الإدارة الا بعد النظر بالطعن أمام محكمة القضاء الإداري واتخاذها كافة الاجراءات التي تضمن حق المتعامل مع الإدارة ، على اعتبار ان هذه الرقابة من قبل القضاء هي لحماية الافراد من تعسف الإدارة وتحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة (الخاصة والعامة).

٥- نقترح على المشرع العراقي حذف كلمة القطاع الاشتراكي و المختلط اينما وردت في قانون الاستملاك النافذ و ابدالها بكلمة القطاع العام من خلال تعديل النصوص التي ترد فيها هذه المصطلحات .

المصادر والمراجع

اولا : الكتب :

١-أحمد أحمد الموافي ، فكرة المنفعة العامة في نزع الملكية الخاصة ، بلا مكان طبع ، بدون سنة نشر .

٢-رمضان محمد بطيخ ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٤ .

٣-سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٤.

٤-سليمان محمد الطماوي، محمود عاطف البنا، النظرية العامة للقرارات الإدارية (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٦.

٥-سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، ط٥، دار الفكر العربي، ١٩٨٤.

٦-طعيمة الجرف، القانون الإداري، القاهرة، ١٩٧٨.

٧- عبد الامير حسون السلماني، الاتجاهات الحديثة في القضاء الإداري (دراسة تحليلية مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، ط١، لبنان، ٢٠١٦.

٨- ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٤.

٩- مايا محمد نزار ابودان، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، ط١، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠١١.

١٠- محمد فؤاد مهنا، مبادئ القانون الإداري، الاسكندرية، بدون سنة الطبع.

١١- محمود سلامة جبر، نظرية الغلط البين في قضاء الالغاء، ط٢، القاهرة، ٢٠٠٧.

١٢- مصطفى فهمي، القضاء الإداري، ج١، قضاء الالغاء، الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٩ .

١٣- مصطفى كمال، شرح القانون الإداري، ط١، بغداد، ١٩٤٩ .

١٤- مصطفى مجيد، شرح قانون الاستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١، دار الحرية للطباعة، بغداد ،١٩٨١ .

١٥- نكتل ابراهيم عبدالرحمن ، التناسب في القرار الإداري ، دار الكتب القانونية ، ط١ ، مصر ، ٢٠١٦ .

ثانيا: الرسائل والأطاريح :

١-جود عصام خليل الأتيرة ، نزع الملكية للمنفعة العامة في التشريع الفلسطيني ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الدراسات العليا جامعة النجاح الوطنية ، نابلس ، ٢٠١٠ .

٢-عدي طلال محمود شاهين ، رقابة القضاء على الموازنة بين المنافع والأضرار في القرار الإداري ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون جامعة الموصل ، ٢٠٠٦.

٣-عصام سعيد العبيدي، الرقابة الدستورية على دستورية القانون(دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة الموصل، ٢٠٠٧.

٤- محمد سليم محمد أمين، رقابة القضاء على قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة(دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون جامعة السليمانية، ٢٠١١.

٥-محمد فريد سيد سليمان الزهيري ، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق ، القسم العام ، جامعة المنصورة ، ١٩٨٦ .

٦-نكتل ابراهيم عبد الرحمن، التناسب في القرار الإداري، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة الموصل، ٢٠١٤.

٧-وناس عقيلة ، النظام القانوني لنزع الملكية للمنفعة العامة في التشريع الجزائري ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق ، جامعة الحاج لخضر – باتنة ، ٢٠٠٦ .

ثالثا :- البحوث :

عبد الباقي نعمة عبد الله، نزع الملكية امتياز مقرر للإدارة، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، مجلة٢، العدد١، ١٩٧٨.

رابعاً :- القوانين و الأنظمة :

١-قانون الاستملاك العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٣٤ الملغي .

٢-قانون الاستملاك العراقي رقم ٥٧ لسنة ١٩٦٠ الملغي .

٣-قانون الاستملاك العراقي رقم ٥٤ لسنة ١٩٧٠ الملغي .

٤-قانون الاستملاك العراقي رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ .

٥-قانون نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة المصري رقم ١٠لسنة ١٩٩٠.

٦-القانون المدني الفرنسي ، مطبعة دالوز ، ٢٠٠٩ .

٧-دستور العراق النافذ لعام ٢٠٠٥ .

٨-قانون التعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ ، المرقم ١٧ لسنة ٢٠١٣ .

خامساً : القرارات القضائية :

١- حكم محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية رقم ٥١٥ / ت ب/ ٢٠٠٥ في ٢٣ / ت ١ / ٢٠٠٥ ، غير منشور .

٢- حكم محكمة بداءة مدينة الصدر بتاريخ ٢٣ / ٣ / ٢٠٠٨ . للنظر بالطلب المحال اليها من محكمة بداءة الكرادة بموجب الاعلام رقم ٤٨١ في العدد ٤٩٠ / م / ٢٠٠٨ ، غير منشور .

٣- حكم محكمة استئناف المثنى بصفتها التمييزية المرقم ١٤ / ت / ح / ٢٠٠٨ بتاريخ ٢٠ / ١ / ٢٠٠٩ ، غير منشور .

٤- حكم محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية رقم ٦٧ ، ٦٨ / ت ب / ٢٠١٠ بتاريخ ١١ / ٣ / ٢٠١٠ ، غير مشور .

٥- حكم محكمة استئناف بابل الاتحادية بصفتها التمييزية المرقم ٣٥ / ت / حقوقية / ٢٠١٢ في ١٠ / ٢ / ٢٠١٣ ، منشور في مجلة التشريع و القضاء ، السنة الخامسة ، العدد الثالث (تموز / اب / ايلول) ، ٢٠١٣ .

٦- سعيد محمود الذيب المحامي، موسوعة أحكام المحكمة الإدارية المصرية العليا للسنوات١٩٦٥-٢٠٠٩ .

المـلخـص:

إن تحقيق التوازن بين المصالح العامة والمصالح الخاصة يعتبر من أهم اهداف القضاء الإداري عند النظر بالطعون المقدمة من قبل الافراد ضد القرارات الادارية التي تمس مصالحهم ، من هذه الميادين ميدان نزع الملكية للمنفعة العامة ، حيث ان القضاء الإداري في العراق لم يأخذ بنظر الاعتبار الموازنة بين المنافع والأضرار في قرارات الاستملاك ضد الملكية الخاصة ، على اعتبار ان تحقق المنفعة العامة في قرارات الإدارة مسألة مفترضة وليس من حق صاحب الملك الطعن بقرار الإدارة حتى لو أثبت أن ضرر الحق به وإن هذا الضرر أكبر من المنافع العامة المتحققة.

إن هذا الامر يختلف عما هو معمول به في كل من فرنسا ومصر، حيث للقضاء الحق في رد طلب الاستملاك إذا كانت المضار المتحققة من قرار الاستملاك اكبر من منافعه، ولقد أردنا تسليط الضوء على هذه الآلية المتبعة وطرح الآراء التي تفيد في معالجة الخلل الحاصل في الآلية المتبعة في قانون الاستملاك العراقي رقم ١٢لسنة ١٩٨١، وبيان الطريق الواجب الاتباع في مسائل الاستملاك خاصة بعد صدور قانون التعديل الخامس رقم ١٧ لسنة ٢٠١٣ لقانون مجلس شورى الدولة العراقي.

ABSTRACT :

Achieving balance between public and private interests is considered as one of the most important aims of the administrative judiciary system when dealing with the contestations submitted by individuals against the administrative divisions that affect their interests. One of the subjects of close relation to this is the expropriation of the public interest. The reason behind this is that the Iraqi administrative judiciary system did not consider the balance between the benefits and the damages when dealing with the ownership decisions of private property. The administrative judiciary system depends here on the legal pretext that achieving the public interest in the decisions made by the administration is something hypothetical, and that the property owners have no right to appeal against the administration judgment even if they prove that there is a damage against them, or that this damage is bigger than the public interest achieved . However, this is totally different from what is adopted in France and Egypt where the judiciary system has the right to reject the ownership request if the damage is bigger than the benefit . By this we wanted to shed light on the mechanism followed in this issue and reveal the different views used in dealing with the defect found in the Iraqi ownership law No. 12/1981. It is an attempt to discover the best way follow in dealing with the problems of ownership, especially after issuing the fifth amendment of the State Consultive Council Law No. 17/2013.