گۆڤارا ئەکادیمی یا زانکۆیا نەوروز (المجلة الأكاديمية لجامعة نوروز)، پ.١٣ ژ.١، ٢٠٢٤
https://doi.org/10.25007/ajnu.v13n1a1472
حقوق الطبع والنشر ©2017. هذه مقالة الوصول اليها مفتوح موزعة تحت رخصة المشاع الايداعي النسبي – CC BY-NC-ND 4. 0، e-ISSN: 2520-789X

نظرية الموازنة كوسيلة فعالة في تحقيق التوازن بين المنافع والاضرار في القرارات الإدارية (دراسة تحليلة ومقارنة)

م.م. ابراهيم محمد حاجي، قسم القانون، كلية العلوم الانسانية، جامعة رابرين، (رانية) السليمانية، اقليم كوردستان، العراق

المستخلص

تتناول هذه الدراسة الى موضوع رقابة الموازنة بين المنافع والاضرار التي تعد رقابة قصوى ضمن درجات الرقابة التي يقوم بها القضاء كي يوازن فيها بين آثار محل قرار الإدارة المتمثلة بالفوائد ومدى الأذى الناتج عنه،وفي حالة رجحان كفة المنافع يعتبر هذا القرار مشروعا،وأما في حالة وجود تفاوت جسيم للأضرار على حساب المنافع يعتبر هذا القرارغيرمشروع وقابل للإلغاء.وتختلف هذه الرقابة عن رقابة التناسب رغم وجود نقاط التقاط بينها،بأنها تقع على ركن واحد وهو المحل،أما رقابة التناسب فانها تقع على ركني السبب والمحل ومدى توافقها معا،وكذلك تختلف عن رقابة الغلط الظاهر في أن رقابة الخطأ الظاهر تقع على ركن السبب فقط أما رقابة الموازنة تقع على ركن المحل كما قلنا.وجدير بالاشارة،كانت تحقيق الموازنة في القرارات الإدارية من اختصاص الإدارة وكانت تقع ضمن سلطتها التقديرية ولم توجد هناك رقابة القضاء عليها إلا في نطاق المشروعية من خلال رقابة على عيب مخالفة القانون بصوره.وأما في خطوة متقدمة وجريئة قام القضاء بتدخل في عملية الموازنة بين المنافع والاضرار التي تجرى من قبل الادارة،كي يخلق التوازن بين المنافع والأضرار الناتجة عن قرار الإدارة،وبإجراء هذه الرقابة يكون القضاء قد وضع حدا كبيرا للسلطة التقديرية للإدارة في ركن المحل تحديدا.ومن ثم لم تعد هذه الرقابة ضمن حدود المشروعية بل امتدت إلى مشاريف نظاق الملاءمة،ويتجسد ذلك بتدخل القضاء فيما يعد من سلطة الإدارة التقديرية وهو تقدير المنافع والأضرار لأي قرار إداري.وقد اعتمد القضاء في إجراء الموازنة بين المنافع والاضرار على بعض المعايير وهي معيار التكلفة المالية والاقتصادية،ومعيار حق الملكية الخاصة،ومعيار الآثار الاجتماعية ومعيار سمو المنفعة العامة.

الكلمات المفتاحية: النظرية الموازنة بين المنافع والاضرار،نزع الملكية للمنفعة العامة،رقابة الملاءمة،رقابة الخطأ البين،الاستملاك

1. المقدمة

على الرغم من أن وظيفة الادارة تتطلب قدر كبير من السلطة التقديرية وتحتاج الى نوعا ما من الحرية في التقدير،الا ان هذه الحرية يجب ان تتدخل فيها من قبل جهة اخرى،بحيث اصبح من الضروري تنظيم هذا التدخل على وفق وقاعد قانونية وقضائية،لاسيما بعد ظهور تعسف واساءة استعمال للسلطة من قبل الادارة،كل هذا دفع الفقه والقضاء والمشرع الى التوجه نحو الحد من هذه السلطة خشية انحرافها من قبل الادارة وتمسى برقابة القضائية التقليدية اي (الرقابة المشروعية)،الا ان هذه الرقابة لم تعد تنسجم مع التطورات التي حصلت في مجالات النشاط الإداري الحديثة،لذا حاول الفقه والقضاء الإداري على رأسم (الفرنسي) بمد هذه الرقابة الى مشاريف الملاءمة في التقدير الادارة حتى يتمكن ايجاد نقطة التوازن بين فاعلية عمل الادارة من جانب،وضمان وحقوق وحريات الافراد من جانب اخر دون ان يضحى باحدهما على حساب الاخر،وهذه الرقابة تتحقق من خلال استعمال وسيلة فعالة تطلق عليها نظرية(الموازنة بين المنافع والاضرار)،حيث تعتبر الرقابة الموازنة خطوة جرئية ومتطورة ضمن صراع القضاء الإداري ضد الادارة،وحسب هذه الرقابة لم يعد القضاء يكتفي بمطابقة قرارات الادارة مع نصوص القانونية،بل يلجأ القاضي الى مطابقة القرارات الادارة مع قواعد العقلانية والترشيد والمنطق الى جانب قواعد القانون،وتعد هذه الرقابة باقصى درجات الرقابة التي عليا جدل عميق ومستمر في اوساط القانون الإداري والفقه والقضاء.

1.1 اشكالية الدراسة:تبدأ المشكلة هنا من ان السلطات التي تتمتع بها الادارة ازاء مواضع التي تتعلق بالمنافع والاضرار هي في الغالب سلطات تقديرية وللإدارة حرية في تقديرها،وتدخل القضاء في هذه المواضيع يعتبر تجاوزا على السلطة التقديرية للإدارة،لذا سعى جانب من الفقه تبرير هذا التدخل ويعتبر هذا التدخل تدخلا في نطاق المشروعية.من البديهي ان نظرية الموازنة بين المنافع والاضرار في القانون الإداري اثارت تساؤلت معقدة وجدل ومعمقا في اوساط القانون الإداري،باعتبارها نظرية حديثة فيها الغموض والتعقيد على المستوى القضاء والفقه الإداري.ومن هذه الاسئلة:ماهية النظرية الموازنة ومفهومها،وماهو نطاق وتأصيل الرقابة الموازنة فهل تدخل ضمن المشروعية ام الملاءمة؟ وما هو موقف مجلس الدولة الفرنسي والقضاء المصري والقضاء العراقي تجاه هذه النظرية،وماهو موقف الفقه تجاها ايضا؟وماهي المجالات التي تطبق فيها هذه الرقابة؟وماهي المنفعة التي يرجحها القاضي عند بسط رقابته الموازنة؟.

2.1 منهجية الدراسة:اتبعنا في هذه الدراسة المنهج المقارن والتحليلي،ومن خلال هذه الدراسة استعرضنا اراء الفقه وإجتهادات القضائية في كل من (فرنسا مصر والعراق)قارناها فيما يتعلق برقابة الموازنة للوصول الصورة الواضحة لهذه الرقابة وابرزنا موافقهم،هذا هو المنهج المقارن،اما فيما يتعلق بالمنهج التحليلي،لقد عرضنا مجموعة من القرارات القضائية في مجال نزع الملكية والتنيظيمات العمرانية والترخيص للإجانب وقمنا بتحليليها ومناقشتها،وقمنا بابراز تنوع مواقف القضاء وفي بعض الاحيان ترددها في الاخذ بهذه الرقابة او انها قد تأخذ بها ولكن بشكل غير مباشر وليست صراحة.

3.1اهمية الدراسة:ترتبط اهمية هذه الدراسة بتوسع مفهوم السلطة التقديرة للإدارة لتحقيق مصالح إدارية على حساب مصالح عامة،وهذا يصبح حتما على القضاء بان يتدخل كي يضع حدا لهذه السلطة وتقويمها وهذا الحد او التقويم يتحقق نتيجة رقابة الموازنة بين المنافع والاضرار.واهمية اخرى تتمثل في انها تحتل هذه الدراسة موقعا هاما في يومنا هذا،خاصة بعد التقدم الكبير الذي طرأ على الحياة الاجتماعية والسياسية والاقتصادية التكنولوجية،وحاجة البلدان العالمية الى نزع

الملكية للمنفعة العامة التي ترتبط هذه القرارات النزع الملكية بحقوق والامتيازات الممنوحة للمواطن،واهمية هذه الدراسة تمثل ايضا في تحديد الجهة القضائية صاحبة الاختصاص في حسم هذه النزاعات التي تتعلق بقرارات نزع الملكية ورقابة الموازنة على هذه القرارات.

4.1 أهداف الدراسة: تهدف هذه الدراسة الى دراسة رقابة الموازنة بين المنافع والاضرار في الفقه والقضاء والقانون الإداري الفرنسي والمصري والعراقي،وتهدف هذه الدراسة ايضا الى دراسة المنافع التي يتحقق من خلال تنفيذ المشاريع والاضرار التي تصيب مصالح المواطنين والموازنة بينهما،بحيث اذا رجحت كفة المنافع فلا يجوز الغاء القرار،واما اذا رجحت كفة الاضرار فان القرار يكون غير مشروع ولابد على الادارة مراجعتها واصدارها مرة اخرى طبقا للقواعد المعقولية والعقلانية.

5.1 نطاق الدراسة: يقتصر نطاق المكاني على الدول الثلاثة (فرنسا ومصر والعراق)،اما يقتصر نطاق الموضوعي على رقابة الموازنة بين المنافع والاضرار على المستوى الفقه والقضاء المقارن في كل من فرنسا ومصر والعراق.

6.1 خطة الدراسة: نقسم هذه الدراسة الى مطلبين رئسيين،فنخصص المطلب الاول للتطرق عن ماهية ومفهوم نظرية الموازنة بين المنافع والاضرار،ونخصص المطلب الثاني للتطرق عن المجالات التي تطبق فيها رقابة الموازنة بين المنافع والاضرار.

2 المطلب الأول

ماهية نظرية الموازنة بين المنافع والاضار

نتناول في هذا المطلب عن مفهوم نظرية الموازنة ومعايرها ومنهجيتها،ونتحدث ايضا عن تقدير هذه النظرية وبيان مؤيديها ومعارضيها،ونتطرق ايضا الى موضوع تحديد طبيعة قانونية لهذه النظرية،ونتناول ايضا عن تميز هذا النظريةعما يشتبه بها،وذلك على أربع فروع مستقلة كما يلي:

1.2 الفرع الأول

مفهوم نظرية الموازنة ومعيارها

نتحدث في هذا الفرع عن مفهوم نظرية الموازنة وتعريفها وبيان معايرها التي بنيت عليها هذه النظرية،والمنهجية التي يستند اليها القاضي عند رقابته الموازنة بين المنافع والاضرار،وذلك على النحو الاتي:

أولا/ تعريف نظرية الموازنة بين المنافع والاضرار

لم نجد تعريفا محددا لا على المستوى التشريعي ولا على المستوى القضائي لنظرية الموازنة بين المنافع والاضرار،بل ترك هذا الموضوع الى التأويلات والتفسيرات الفقهية التي اثارت جدل معمق بخصوص هذه النظرية.

حيث يعرفها بعض من الفقه بأنها" المضاهات الصريحة بين المنافع والاضرارالمترتبة على القرار الإداري،بحيث ينتهي القضاء الى ترجيح المزايا،فإذا رجحت المزايا اعلن القاضي مشروعية القرار،واذا رجحت الاضرار تعين عليه الغاء القرار لعدم مشروعيته"[i].

ويعرفها بعض الاخر،ومنه الدكتور فوزت فرحان بإنها "مقارنة أو موازنة النتائج الايجابية لتدبير إداري معين مع السلبيات التي يخلفها،ومن ثم لايكون هذا التدبير شرعيا الا اذا رجحت ايجابياته على سلبياته،اي اذا كان رصيده ايجابيا"[ii].

ويعرفها بعض الاخر بأنها"هي الاخذ بجموعة القواعد والاسس والمعايير التي تضبط عملية الجمع والترجيح بين المصالح المتعارضة والمفاسد المتناقضة،وكذلك المصالح والمفاسد المتقابلة ليتبين أيها أرجح فيقدم على غيره.وعرفت ايضا بانها"الموازنة وتقيم شرط المنفعة العامة في ضوء المصالح المتعارضة التي يمسها القرار وتقدير مزايا القرار ومضاره".[iii]

ومن خلال هذه التعاريف،نستطع القول بأن الرقابة الموازنة هي(رقابة قصوى يمارسها القضاء و يوازن فيها بين اثار محل قرار الادارة المتمثلة بالفوائد ومدى الاذى الناتج عنه،فاذا رجحت كفة المنافع عد هذا القرار صحيحا،واذا وجد تفاوت جسيم للإضرارعلى حساب المنافع عد هذا القرار غير صحيح).

ثانيا:معيار النظرية الموازنة بين المنافع والاضرار

هناك عدة من المعايير التي يعتمد عليها القضاء الإداري عند قيامه باجراء الموازنة بين المنافع والاضرار وهي:

أ- معيار التكاليف المالية:

طبقا لهذا المعيار ينبغي على القاضي عند تقييم عملية ما،أن يأخذ التكاليف التي ستتحملها الجهة التي تنفذ المشروع بنظر الاعتبار،وما اذا كانت هذه الجهة قادرة فعلا على التنفيذ من عدمه،فان مشروعا ما قد يكون صالحا للتنفيذ على مستوى اقليم أو مدينة كبرى،حيث بمقدور الجهة المتنفذة أن تتحمل تكاليف انشائه دون أن يصيبها ارهاق مالي أو اعباء اقتصادية،وقد يكون هذا المشروع غير صالح للتنفيذ في قرية صغيرة ذات موارد محدودة،حيث يسبب هذا التنفيذ اعباء اقتصادية تفوق قدرتها[iv].

واستند مجلس الدولة الى هذه المعيار في العديد من قراراته،حيث قرر المجلس بالغاء قرارا بانشاء طريق سريع(A-400) ويربط على بعد (35)كم الطريق السريع الجنوبي(A-40) جنوب مدينة انتماس الى(تون- لي- بان) وكلفته المالية(269)مليار فرانك،وتم اعتبار ذلك يفوق فائدته العملية بخصوص حركة المرور،وكذلك ربطه مع حدود دولة مجاورة وهي سويسرا[v].

من خلال استقرائنا لأحكام مجلس الدولة الفرنسي،نلاحظ أن المجلس يضع اهمية بالغة لهذا المعيار،بحيث لايمكن الاستغناء عنه عند إجراء عملية الموازنة.و نرى ان مجلس الدولة إعتبر المزايا المالية للمشروع احد الجوانب الايجابية المهمة التي تبرر الاعتراف له بصفة المنفعة المالية،بعد ماكان يعتبره في الجانب السلبي من الميزان.

ب- معيار حق الملكية الخاصة:

إن المنفعة الخاصة هي"منفعة احد الافراد،كمنفعة المالك المستمدة من استعمال ملكه أو استغلاله أو التصرف فيه،أو منفعة عدد معين من الافراد،او فئة أو جماعة بعينها كنقابة أو جمعية،وهي تقابل المنفعة العامة التي تشكل منفعة الجميع أو الاغلبية"[vi].

وطبقا لهذا المعيار،يقوم القاضي الإداري بمقارنة بين الاضرار التي تلحق بالافراد أي(المنفعة الخاصة)وبين المنافع التي قد تترتب على المشروع المراد تنفيذه،ويصدر القاضي حكمه في الدعوى التي ينظر فيها على اساس ما يرجحه فيها،ومتى ما اصاب هذا الحق اضرارا تفوق المنافع التي تعود على صاحب الحق،فإن القاضي باجرائه هذه الموازنة سيصل الى قراره إما بابقاء القرار الادارة او الغائه.[vii]وهذا يتضح لنا جليا في بعض من الاحكام من مجلس الدولة الفرنسي– ومنها قضية (المدينة الشرقيةالجديدة) حيث قرر المجلس على ان"المشروع يتضمن اعتداءا على حقوق الملكية الخاصة التي تفوق الفوائد التي قد تترتب على إقامة المشروع "[viii].وقام المجلس بالغاء قرار الادارة على أساس ترجيح أو موازنة بين حق الملكية الخاصة وبين المنفعة العامة.

وهذا المعيار يعترف بحصول المنفعة الخاصة الى جانب المصلحة العامة عند إجراء الرقابة الموازنة من قبل القاضي،فهذا الاعتراف ليس أمرا جديدا،ولكن الامر الجديد في هذا الاعتراف هو قبول المنفعة الخاصة كأحد العناصر الايجابية في المنفعة العامة،وهذا القبول نشأ نتيجة عن لجوء مجلس الدولة الفرنسي– الى ايجاد صيغة قانونية جديدة وهي تسمى بمبدأ(الموازنة)،يدخل فيها كل المنافع محل الاعتبار،ويمكن فيها وضع المنفعة الخاصة في الجانب الايجابي أو الجانب السلبي منها،بحسب علاقتها بالمنفعة العامة،مما يجعل المنفعة الخاصة والمنفعة العامة متداخلتان ومتوازنتان.

ج- معيار الاثار الاجتماعية للقرار:

يقصد بهذا المعيار،الاثارالاجتماعية التي يتركها قرار الادارة،بحيث اذا كان قرار الادارة الحق ضررا بالافراد أوالبيئة أو باطار الحياة الاجتماعة بصفة عامة ،أو أدى هذه القرا الى احداث اثارا اجتماعية رديئة على مستوى بعيد مما يعني خسارة او اضرارا اكبر اجتماعيا وبيئيا تؤثر في صحة الافراد،فإن هذا القرار يكون عرضة لرقابة الموازنة من قبل قاضي الإداري.بحيث الموزانة بين المنافع والاضرار هنا تجري على اساس هذه الاثار الاجتماعية التي تترتب على القرار الإداري[ix].

وقد طبق مجلس الدولة في العديد من احكامه ومنها قضية(سان مارس دي لانسون)،حيث تتلخص وقائعها هي" قررت جمعة الادارة ربط مدينة(نيس) والمناطق المحيطة بها بدولة ايطاليا بواسطة طريق سريع شمال مدينة(تنس)الفرنسية،وكان من شأن هذا الطريق المقترح ازالة جزء من مستشفى خاص بالامراض النفسية او العصبية،تعرف باسم(سةينت ماري) وكان المستشفى الوحيد بهذا التخصص في المنطقة،الذي يلبي احتياجات هذه المنطقة(الب ميريم) حيث كان الجزء المراد ازالته منه(80)سريرا،وكذلك المساحات الخضراء المحيطة به،وكذلك اماكن انتضار السيارات،و قرر المجلس الدولة في هذه القضية انه توجد هناك مصلحتان لهما اهميتها،الاول مصلحة الادارة في اقامة الطريق السريع الذي انشائه يؤدي الى منافع كبيرة وهو سهولة حركة المرور،والثاني مصلحة المرضى التي تتمثل في المحافضة على الصحة العامة.وبموجب هذا القرار وازن مجلس الدولة بين المنافع والاضرار للمصلحتين ورجح مصلحة المحافضة على الصحة العامة كونها تفوق الفوائد المحتملة لانشاء الطريق السريع،وهي الاولى بالرعاية،وبالتالي اعتبر قرار نزع الملكية باطل،لأنه يمس بمنفعة اخرى لاتقل اهمية وهي المنفعة العامة الصحية،اذ انه رغم فائدة الطريق المرور،لكنه يخلق حول المستشفى منطقة مرورية كثيفة،ومن ثم غوغاء وضوضاء يحرم المؤسسة الصحية من المساحات الخضراء وكل امكانية التوسيع في المستقبل"[x].

وقد سلك القضاء الإداري المصري على هذه النهج،حيث قررت محكمة القضاء الإداري على أن" اعلان رئيس الوزاء،مشروع الصرف الصحي بالقاهرة الكبرى الواقع في نطاق محافظة (القليوبية)من اعمال المنفعة العامة لما له من مزايا اجتماعية عديدة ورفضت الغاء القرار رغم اضراره البالغة المتضمنة الاستلاء على(51) فدان من اجود الاراضي الزراعية"[xi].

ثالثا:منهجية نظرية الموازنة بين المنافع والاضرار:

تتم رقابة الموازنة بين المنافع والاضرار من خلال ثلاث اسئلة يطرحها القاضي الإداري،وهذه هي المنهجية التي يتبعها القاضي عند اجراء رقابته الموازنة وهي:

1- هل المشروع المقترح من قبل الادارة يحقق المنفعة العامة؟

ويتجسد دور القاضي في هذا السؤال في التأكد من ان عملية نزع الملكية التي تطالب بها الادارة،ليس لها من هدف سوى تحقيق المنفعة العامة،فاذا كانت الاجابة سلبية يتم رفض نزع الملكية،والا كانت العملية غير مشروعة،واذا ثبت المنفعة العامة،ينتقل القاضي لطرح السؤال الثاني.

2- هل عملية نزع الملكية المرتقبة لازمة؟

بمعنى ان القاضي يراقب ما اذا كان المشروع المزمع اقامته لن يحقق منفعة،الا اذا كان قد اقيم في ذات موقع العقار الذي ستنزع ملكيته،مثلا بناء مدرجات لطلاب الجامعة،في احدى الكليات يصبح نزع ملكيتها واجبا،اذا كانت ملاصقة أو مجاورة لمبنى الكلية،اذ يترتب على ذلك،حتما،تحقيق منفعة عامة،في حين يصبح نزع ملكيتها واجبا،اذا كانت بعيدة تماما عن هذا المبنى،اذ لن يتحقق من وراء ذلك اية منفعة عامة[xii].

3- وفي حالة عدم وجود الاجابة على السؤال الثاني،فينتقل القاضي الى رقابة اخرى التي تعد قمة تطور رقابة القضائية على قرارات الادارة المتضمنة منفعة عامة،حيث لايكتفي القاضي هنا برقابته بأن المشروع يحقق نفعا،وانه لازم لتحقيق المنفعة العامة التي تدعيها الادارة،وانما يراقب بالاضافة الى ذلك ما اذا كان المشروع الذي تطلب الادارة نزع الملكية من اجل اقامته يحقق مزايا وفوائد تفوق ما قد يترتب عليه من عيوب ومضار،وعندها تحقق الموازنة بين المنافع والاضرار[xiii].

2.2 الفرع الثاني

تقدير نظرية الموازنة بين المنافع والاضرار

لتوضيح موضوع تقدير نظرية الموازنة لابد ان نقوم ببيان موضوع التأيد او معارضة هذه النظرية،بحيث هناك رأي يعارض هذه الفكرة ،بينما هناك رأي اخر يؤيدها،وذلك على النحو الاتي:

أ- الرأي المعارض للنظرية الموازنة:يعارض انصار هذا الرأي فكرة الموازنة استنادا للحجج والبراهين الاتية :

1- أن معيار الموازنة بين المنافع والاضرارمعيارا شخصيا للقاضي وليس معيارا موضوعيا،فإن المتقاضين لايستطعون الوقوف مقدما على ما سيكون عليه الحل في النزاع المطروح،وهذا يؤدي الى اختلاف الحلول القضائية في النزاعات المتشابهة،لاشيء لمجرد اختلاف وجهات نظر القضاة المختصين بالفصل في تلك النزاعات،وهو ما يتنافى مع قواعد العدالة التي هي من اساسيات القضاء الإداري[xiv].

2- الرقابة الموازنة تؤدى الى التدخل في تقديرات الادارة من قبل القاضي الإداري،ويحل تقديرات الشخصية للقاضي محل تقديرات الادارة،وفي هذه الحالة يخرج القاضي عند دوره كقاضي مشروعية،كونه رئيسا إداريا اعلى،بالاضافة الى خوفهم من ان يباشر من خلال تلك النظرية دورا رقابيا لا على اساس تحقيقات مسبقة او دراسات متأنية،وانما على اساس ما يقع تحت بصره من اوارق وملفات[xv].

3- قلة الاحكام القضائية في هذا الشأن أو ندرة العمل بهذه النظرية ادى الى القول لدى مؤيدي هذا الاتجاه بأن النظرية الموازنة ليست لها اهمية كبيرة،ويرجعوا انصار هذا الرأي سبب قلة و ندرة هذه الاحكام الى أن القاضي اصبح لايلقي بالا للإعتراضات التقليدية التي تصاحب كل مشروع،وسبب اخر هو خشية القاضي من أن يتجاوز الحدود الفاصلة بين عمله وعمل رجل الادارة،وسبب اخر هو ان القاضي اراد في البداية ان يعطي فرصة للإدارة أن تكيف نفسها مع القضاء الجديد،ولقد اسفر ذلك عن عدم لجوء الادارة لنزع الملكية الا بعد فحص وتمحيص شديدين[xvi].

4- صعوبة المقارنة بين الاشياء غير المتماثلة،فكيف مثلا ان نقارن انشاء جزء من طريق سريع مع هدم جزء مستشفى،كما حدث في قضية(سانت-ماري)المشار اليها سابقا،الا ان ما جرى هنا في الواقع هو تقدير المنفعة العامة بشكل عام.ويضيفون الى ذلك ان العلاقة بين المنفعة العامة والخاصة وكيفية التداخل بينهما بجعل فكرة المنفعة العامة متغيرة وغير واضحة الحدود،وبالتالي فإن الهدف الاساسي الذي دفع القضاء الى تطبيق هذه النظرية لم يتحقق[xvii].

5- ان من شأن هذه النظرية توسيع سلطات رقابة القاضي الإداري تمتد الى جانب الملاءمة،وذلك فيه المساس بمبدأ الفصل بين السلطات،وكذلك من شأنها أن تؤدي بالقاضي الى التدخل في تقديرات الادارة،ومن ثم في امكانية احلال تقديراته الشخصية محل تلك التقديرات[xviii].

6- عدم استقرار المراكز القانونية للأفراد في ضوء اختلاف التقديرات،مما يمثل اخلال بضمانات الافراد،ويعتبر هذا النقد الاكثر خطورة،حيث يؤدى الى حرمان النظرية من تحقيق هدفها الاسمى،وهو كفالة ضمانات اكثر فاعلية للأفراد المتعاملين مع الادارة،ويعزوا الفقه هذا النقد بناء على الاسباب الاتية:

*ان المتقاضين لايعرفون وفقا لهذا القضاء الحل الذي سوف يطبق،وذلك لإختلاف تقديرات المحكمة تبعا لكل قضية،ربما حسب تشكيل المحكمة[xix].

*ان القضاء الموازنة هو حكم الادارة،فالصياغة الجديدة لعلاقات الافراد مع الادارة انما دفع اليها ضرورة ايجاد مبررات قانونية،لذلك الاستعمال المتزايد لنزع الملكية،بل ان البيئة القضائية اصبحت مع تطبيق هذا القضاء أكثر صلاحية لنزع الملكية[xx].

*أدى اقتراب قضاء الموازنة كثيرا من الواقع الى البعد عن القانون مما اعطى فرصة كبيرة للتقديرات الشخصية للقاضي،وهو ما يتنافى مع القواعد العدالة التي هي من اساسيات القضاء الإداري،لذا فقد اطلق البعض صيحته التحذيرية،ودق البعض الاخر اجراس الانذار من هذا المسلك الجديد لمجس الدولة الفرنسي[xxi].

ب- الرأي المؤيد للنظرية الموازنة:انصار هذا الرأي يدافعون عن هذه النظرية،وينتقدون الرأي السابق كما يلي:

1- القول بأن نظرية الموازنة تؤدي بالقاضي الى رقابة الملاءمة الاعمال الإدارية،الامر الذي ينقص من استقلال رجل الادارة أو يتضمن اعتداء على اختصاصاته يتنافى مع الواقع والمنطق،لأن القاضي يحل تقديره الشخصي لملاءمة التصرف محل التقدير رجل الادارة لتلك الملاءمة،اي ان القاضي في رقابته للملاءمة لايحل نفسه محل جهة الادارة سواء في اتخاذ القرار الذي يرى انه أكثر ملاءمة،او في تعديل مضمون القرار المطعون فيه مع الابقاء عليه[xxii].

2-القول بأن النظرية الموازنة تركز على معيار شخصي وليس على معيار موضوعي غير صحيح،ذلك ان المتنازعين لايستطيعون الوقوف على الحلول المتوقعة لنزاعاتهم،سواء لجا القاضي الإداري في خصوصها الى قضاء الموازنة ام الى قضاء اخر،والا ماكان يلجا اي منهم الى القضاء،بل لماكان هناك في الاصل نزاع يعرض على القضاء[xxiii].

3-القول بندرة وقلة الاحكام في هذا المجال ليس في محله،لأن القضاء لايقاس بكم القضايا الصادرة عنه،وانما يقاس بكم المبادىء والقواعد التي كان من شأنها حماية حقوق وحريات الافراد.

3.2.2 الفرع الثالث

تمييز نظرية الموازانة عما يشتبه بها

تميز نظرية الموازنة عن نظريات أو رقابات اخرى،ربما تختلط في بعض الأحيان مع بعضها البعض،ومن النظريات التي تشتبه بها هي الخطأ البين،ورقابة التناسب،ونوضحها كلا على حدة وذلك على النحو الأتي:

أولا/تمييز نظرية الموازنة عن الخطأ البين:

لتوضيح كيفية التميز بينها وبين نظرية الخطأ البين،لابد ان نقوم بتحديد اوجه الشبه والخلاف بينهما وذلك على النحو الاتي

1-أوجه الشبه بينهما:

تشترك نظريتا الخطأ البين والموازنة في ان كلتيهما تقعان على السلطة التقديرية للإدارة بغرض محاسبة القرارات غير الرشيدة،فهما تسعيان ليس لتقليص نطاق هذه السلطة فحسب من خلال ابتكار شروط جديدة على نشاط الادارة مثلا،بل الى موازنة نشاطها وعقلنته.وكما تتفقان على ضرورة ان يكون هناك مبالغة في التقدير او افراط في التفاوت بين الاعباء والمزايا[xxiv].

ويرى البعض بان الرقابة الموازنة نشأت في الاصل من رقابة الخطأ البين باعتبار ان هذه النظرية لها علاقة متينة وقوية مع الخطأ البين،ويعتبروا انصار هذا الرأي بأن رقابة الموازنة نموذجا لرقابة الخطأ البين،ذلك ان مفوض الحكومة في فرنسا(بريانت)في تقريره المقدم عن المدينة الجديدة شرق كان قد وضع نفسه أولا في مجال رقابة الخطأ البين.

ويرى جانب من الفقه المصري بأن نظرية الموازنة ليست سوى أن تكون اشد من درجات تطبيق نظرية الخطأ البين،ويركن اليها مجلس الدولة فقط في الحالات التي يصعب فيها تطبيق نظرية الخطأ البين،وهذا يعني اختلاف بينهما هو اختلاف في درجة الرقابة وليس في طبيعتها،والغاء القرار على اساس موازنة بين النافع والاضرار حسب قولهم هو جوهر رقابة الخطأ البين[xxv].

ويستند انصار هذا الرأي الى عدة حجج وهي:

أ- وحدة مجال تطبيق كتلا النظريتين،حيث تطبق كل منهما في مجال السلطة التقديرية،ويضيف انصار هذا الرأي ان التكتيك الذي تمارس بها النظريتين لا اختلاف فيه[xxvi].

ب- تشترك النظريتان في انهما تسمحان للإدارة بقدر من الخطأ،ولكن في حدود معينة،هذه الحدود تكمن فيما يسمى الجلاء او البداهة،وفقا لذلك فإن النظريتين لاتقضيان بالغاء القرار،الا اذا كان الاختلال في تقدير الادارة قد بلغ حدا من الجسامة او درجة كبيرة.و يرى انصار هذا الرأي ان رقابة القاضي الإداري في كلتا النظريتين تتجسد في البحث عن السلوك المعقول او الرشيد في تصرفات الادارة،بحيث يلجأ القضاء الإداري في العديد من الدول احيانا الى تطبيق نظرية الخطا البين،ويلجا الى تطبيق نظرية الموازنة احيانا اخرى في منازعات مماثلة[xxvii].كما هو الشأن في مجلس الدولة الفرنسي بالنسبة للمنازعات المتعلقة بقرارات تسريح العمال،حيث كان يطبق بشأنها نظرية الخطأ البين،ومن ثم طبق عليها اخيرا نظرية الموازنة[xxviii].

1- أوجه الخلاف بين النظريتين:

ذهب جانب من الفقهاء ومنهم(بؤكيل) الى القول بأن هناك اختلاف بين النظريتي الموازنة والخطأ البين،استنادا الى الحجج الاتية:

أ- تختلف النظريتين من حيث طبيعة الرقابة القاضي الإداري،حيث يرى انصار هذا القول بأن النظرية الموازنة بين المنافع والاضرار تتعلق برقابة المشروعية،بينما نظرية الخطا البين تتعلق برقابة الملاءمة.ويعززون قولهم بأن رقابة القاضي في الموازنة هي رقابة مشروعية على ان هذه الرقابة تجسد رغبة القاضي الإداري في التحقق من مطابقة او ملاءمة مدى سلطة الادارة في التقدير او التقييم،مع رغبة وارادة المشرع،و عندما يحسم القاضي نزاع ما المعروض عليه يحاول في اطار تلك النظرية أن يستخلص أولا الروح السائد للقاعدة القانونية التي تبين او تعين هذا المدى،ولهذا يلجا القاضي الى عمل جاهد قبل ان يتعرض للنزاع المطروح للوقوف على الادارة المعلنة او الضمنية للمشرع في هذا الشأن،ويستخدم في ذلك معيارا قانونيا هو ما يسمى(النظرية الموازنة)[xxix].

ب- تختلف النظريتان من حيث عنصر القرار،بحيث تنصب النظرية الخطأ البين على التكيف القانوني للوقائع وتقديرها،أي عنصر السبب،وأما تنصب الرقابة الموازنة على مضمون القرار الإداري،ومدى مطابقته مع الصالح العام،أي على عنصر المحل[xxx].

ت- ان فكرة الخطأ البين في التقدير فكرة غير واضحة،ولاتصلح بالتالي كمعيار،على عكس فكرة الموازنة التي تتضمن عناصر تنفيذها[xxxi].

ث- من حيث نشوء،حيث نشأت النظرية الخطا الظاهر بداية في نطاق السلطة المقيدة للإدارة مثلا(تعادل الوضائف،عمليات التجميع الزراعي)،ثم امتدت الى نطاق السلطة التقديرية مثلا(رخص البناء)،بينما نشأت النظرية الموازنة بداية في نطاق السطة التقديرية مثلا(نزع الملكية للنفع العامة)،ومن ثم امتدت الى نطاق اخر يجمع بين السلطة التقديرية وضرورة توافر شروط معينة مثلا(الاستثناء من القواعد التخطيط العمراني)[xxxii].

ج- ان الرقابة الخطأ البين في التقدير،وان كان مجالها السلطة التقديرية ايضا،فإنها تمثل رقابة الحد الادنى،ولاتعسف القاضي عند الاعتداء على احد المنافع محل الاعتباراالتي تستلزم رقابة اكثر تقدما[xxxiii].

ثانيا/ تمييز رقابة الموازنة عن رقابة التناسب:

تتفق رقابة التناسب مع رقابة الموازنة في امور كثيرة،لكن لايصل ذلك الى حد الخلط بينهما بشكل كامل،حيث تتفقان في انهما تتعلقان بالسلطة التقديرية للإدارة،فالقاضي عندما يقوم برقابته التناسب فان يدخل في صلب السلطة التقديرية للإدارة عندما يحاول أن يتناسب بين السبب والمحل،حيث يقول هوريو أن" جوهر السلطة التقديرية يكمن في تقدير ملاءمة الإجراءات فالتناسب بين الإجراء والسبب في القرار هو مكمن السلطة التقديرية"[xxxiv].وكذلك تتفقان من ان كلتاهما تقع ضمن رقابة المشروعة-على رأي بعض الفقهاء-.وفي كلتا الرقابتين،يبحث القاضي عن العقلانية في عمل الادارة والوصول الى تصرفات بعيدة عن الغلو والشطط[xxxv].

وتتميز الرقابة التناسب بأنها يوافق القاضي بين المحل والسبب فيها،فيقيم الوقائع التي تسند اليها الادارة ومدى تناسبها مع المحل،ولكن رقابة الموازنة تتعلق بركن المحل،اي يقدر القاضي تقيمه في مضمون القرار الإداري من خلال الموازنة بين المنافع والاضرار،وهذا يعني ان رقابة التناسب تتعلق بركني(السبب-والمحل)مجتمعين،فلا يمكن النظر اليهما بصورة منفردة،أما رقابة الموازنة تتعلق بركن واحد وهو المحل اي الاثر القرار الإداري[xxxvi].اما قيل عن ان القاضي في رقابة الموازنة يراقب تقدير الادارة مع مراعاة كل التفصيلات ودقائق الامور ويدخل من ضمنها المنافع والاضرار،فإن من الصعوبة اثبات هذا الامر خاصة ان القاضي في رقابة التناسب مقيد باسباب المحددة في القرار ومدى تناسبها مع الإجراء المتخذ،فرقابته هذه تنحصر على الاثار التي تنتج من هذه الاسباب ولايتعدى الى ما سواها،اما في رقابة الموازنة إن القاضي يبحث عن جميع الاثار حتى مالم ينتج منها عن اسباب القرار ذاته،فهو يفحص ما يضر بالمكلية الخاصة وبالكلفة المالية للمشروع مثلا،ويرجح بين احدى مصلحتين عامتين وهذا كله يتعلق بمضون القرار اي محله[xxxvii].

4.2.2 الفرع الرابع

طبيعة القانونية للرقابة الموازنة بين المنافع والاضرار

نتناول في هذا الفرع عن تحديد طبيعة او تأصيل رقابة الموازنة،هل يدخل ضمن رقابة المشروعية ام الملاءمة،حيث يتجه البعض الى القول بان هذه هي رقابة مشروعية،بينما يتجه بعض اخر نحو القول بانها تدخل ضمن رقابة الملاءمة،ونبين هذا الموضوع الخلافي على النحو الاتي:

أولا/ الرقابة الموازنة تدخل ضمن رقابة المشروعية:

يتجه جانب كبير من الفقه الفرنسي الى القول بان الرقابة الموازنة تعد رقابة المشروعية وليس رقابة الملاءمة،ويعتبرون ان هذه الرقابة هي شرط لمشروعية القرار،وفي رأيهم لاتختلف هذه الرقابة عن الرقابة على التكييف القانوني للوقائع،ويرجعون السبب الى انه القاضي الإداري ينشيء قواعد قانونية،ويستطع أن يخرج

عن السلطة التقديرية عناصر معينة للقرار واخضاعها الى القاعدة القضائية،ويدعم انصار هذا الرأي بأن رقابة الموازنة اذا كانت قد اسهمت ببعض التجاوزعلى حدود رقابة الملاءمة،الا ان القاضي يظل في حدود المشروعية،كما يقول الفقه(م.جنتو) في تقريره عن قضية (ادوم ا ديتو)عام (1974)، ان مسألة رقابة القضاء لاختيار الادارة لتخطيط ما لم تعد مسألة ملاءمة بل اصبحت عنصرا لشرعية القرار[xxxviii].

ويتفق جانب كبير من الفقه المصر على ذلك ومنهم الدكتور(سامي جمال الدين)،بأن الرقابة الموازنة شرط لمشروعية القرار الإداري،فالقاضي لايلغي القرار لعدم الملاءمة في هذا الشأن،وانما يعيد الى الادارة كي تقوم بمراجعته مرة اخرى،فهو لن يفرض على الادارة ان تبني حاجتها من العقار في شمال المدينة او غربها،ولن يجبرها على يان يمر الطريق في هذا الاتجاه او ذاك عبر منطقة معينة بذاتها،وانما يبقى مؤكدا من خلال هذا المبدأ على ان يزود القضاء بسلاح فعال لحماية المشروعية ضد تعسف الادارة[xxxix].

ويتفق بعض من الفقه العراقي على هذا الرأي ومنهم الدكتور (ماهر صالح علاوي)حيث يقول"(اننا نرى في رقابة الموازنة عنصر من عناصر المشروعية،لذا ينبغي ان يبحث رجل الادارة عن افضل قرار لتحقيق افضل نفع عام باقل التكاليف والاضرار")[xl].

ثانيا/الرقابة الموازنة تدخل ضمن رقابة الملاءمة:

يذهب جانب كبير من الفقه الفرنسي ومنها(اوبي-داركو) الي القول،بان هذه الرقابة هي رقابة الملاءمة بشكل كامل،لأنه القاضي يتبنى اتجاها سيقوده الى احلال تقدير الذاتي بدلا من تقدير الادارة،ويذهب(م والين) الى القول بان" قضية المدينة الشرقية الجديدة هو توسيع ثغرة كانت قرارات سابقة قد احدثها في قضاء تقليدي على نحو اعترف به القاضي لنفسه بالحق في اعادة تقدير جميع عناصر المنفعة العامة والموازنة بينهما بحيث لاتعطي موافقة على القرار الا اذا كانت العملية ايجابية.ويقول (فالين)ايضا أن القاضي الإداري بقيامه المقارنة بين المنفعة وعدم المنفعة في نطاق الملكية ينطوي على كثير من عناصر التقدير الشخصي مما يجعله في الواقع يمارس رقابة الملاءمة"[xli].

ويتفق جانب من الفقه المصري مع هذا الرأي السابق ومنها الدكتورة(نبيلة عبدالحليم)وتقول " ان القاضي الإداري في رقابته على الموازنة ينتقل من نطاق المشروعية الى نطاق الملاءمة،فهو لم يقف في رقابته للقرار الإداري،عند حد التأكد من مطابقته للقوانين واللوائح،بل تعدى ذلك الى تقدير ملاءمة القرار من حيث المصلحة العامة[xlii].

اما فيما يتعلق بموقف الفقه العراقي،لم نجد اي رأي بخصوص هذه المسألة،لذلك ندعو من الفقه العراقي طرح هذه المسألة كي يستفاد القضاء العراقي منه مستقبلا على الغرار الفقه الفرنسي والمصري.

ويرى الباحث ان الاتجاه القائل بان الرقابة الموازنة تدخل ضمن الرقابة الملاءمة هو الاكثر صحيحا،لانه في الرقابة الموازنة لم يعد يكتفي القاضي برقابة المشروعية،وانما يتجاوز بذلك الى حد التدخل في تقدير الادارة او ملاءمتها اي يحل القاضي محل تقدير رجل الادارة،فمثلا في مجال نزع الملكية يلاحظ ان القاضي وان كان ملزما برقابة مدى مشروعية قرار المنفعة العامة الذي تتخذه الادارة لإجراء عملية نزع الملكية التي اختصاصها مقيدة في هذا الشأن،الا انه يراقب ايضا ما تتمتع الادارة في اختصاص تقديري كحريتها في اختيار الموقع الذي تراه انه يحقق هذه المنفعة العامة.لذلك ان القول الذي يدعي بان رقابة الموازنة هي شرط لمشروعية قرار الادارة مقبول عندما يكتفي القاضي بالتحقق من وجود المنفعة العامة من عدمه،ولكن القاضي لايكتفي بهذا الامر بل يتوسع ليراقب الاضرار والمنافع المتحققة من هذه المنفعة العامة التي ادعتها الادارة وهي موجودة حسب ادعاء الادارة،ولكن منافعها أكثر من المضار المترتبة عليها فعمد الى تصديق قرار الادارة،او انها ترتب اضرارا أكثر من المنافع المترتبة عليها فعمد الغاء قرار الادارة.وهكذا نستطع القول بان رقابة الموازنة بين المنافع والاضرار تطبق في مجالات تتمتع فيها الادارة بسلطة تقديرية وتحديدا في ملاءمات الادارة،اما في حالة السلطة المقيدة فلا مجال لرقابة الموازنة،لأنه حدد المشرع مسبقا للإدارة مايجب ان تقوم به،فلو خالفته لوقعت تحت طائلة الرقابة لمخالفتها للقانون.

المطلب الثاني

المجالات التي تطبق فيها رقابة الموازنة بين المنافع والاضرار

هناك عدة من المجالات التي تطبق فيها هذه الرقابة،ومنها نزع الملكية،والترخيص للإجانب والتظيمات العمرانية وحماية البيئة والاستلاء المؤقت على الاراضي،والتعويض أو حماية الاثار،ولكن نحن نتطرق في هذه المطلب الى ثلاث مجالات فقط،وهي(نزع الملكية،والترخيص للإجانب والتظيمات العمرانية)،لأن المجالات الاخرى لاتوجد لها تطبيقات العملية كثيرة،بل هي قليلة جدا ونادرة.لذك نتطرق الى هذه المجالات الثلاثة(نزع الملكية،والترخيص للإجانب والتظيمات العمرانية)على نحو الاتي،ونقسمها على ثلاث فروع مستقلة على النحو الاتي:

1.3 الفرع الأول

الرقابة القضاء على الموازنة في مجال نزع الملكية

نتطرق في هذا الفرع الى رقابة الموازنة في مجال قرارات نزع الملكية في كل من فرنسا ومصر والعراق،ونتطرق ايضا الى موضوع تعريف نزع الملكية في فرنسا ومصروالعراق،وذلك على النحو الاتي:

أولا/ رقابة الموازنة على قرارات نزع الملكية في فرنسا:

لم نجد تعريفا محددا من قبل المشرع في فرنسا من خلال بحثنا في المصادر الخاصة التي تخص نظرية الموزانة،وهذا الامر طبيعي الى حد ما،لأن المشرع في اغلب الاحيان يترك موضوع التعاريف للفقه والقضاء.ولكن تطرق المشرع الى موضوع نزع الملكية للدلالة عن هذا الموضوع،وذلك على النحو الاتي:

حيث تنص المادة (545) في القانون المدني الفرنسي على أن" لايمكن الزام احد بالتنازل عن ملكيته مالم يكن ذلك لسبب المنفعة العامة ومقابل الحصول على تعويض عادل ومقدم"[xliii]. ويتضح لنا من خلال هذا النص ان المشرع الفرنسي لم يورد تعريفا محددا لنظرية الموازنة،بل اكتفى بتطرق اليه من حيث أنه يجب أن يكون نزع الملكية للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل ودفعه مقدما.

اما على الصعيد الفقه الفرنسي،فقد عرفه الفقيه الفرنسي(ديباولر)نزع الملكية بأنه"عملية إدارية بموجبها تجبرالادارة شخصا على التنازل لها عن ملكية عقارية لغرض المنفعة العامة وبتعويض عادل مسبق[xliv]".

وجدير بالاشارة،ان المجال الارحب التي تم تكريس فيه نظرية الموازنة بين المنافع والاضرار في فرنسا هو مجال الحريات العامة،خاصة مجال النزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة،هذا يعنى يعد نزع الملكية المجال الرئيسي في تطبيق هذه النظرية[xlv].وقد يرجع السبب في ذلك إلى ما لاحظه مجلس الدولة الفرنسي من أن الإدارة تتمتع في هذا المجال بسلطة تقديرية واسعة،لاسيما فيما يتعلق بتقرير فكرة المنفعة العامة،حيث لم يكن يحدها في هذا الشأن سوى عيب الإنحراف بالسلطة وهو عيب يتسم بطبيعته بصعوبة الإثبات خاصة في مجال نزع الملكية للمنفعة العامة.وكما يرجع السبب ايضا في ذلك إلى كون فكرة المنفعة العامة ذاتها فكرة مرنة تتسم بعدم التحديد والوضوح،الأمر الذي أدى إلى إستخدامها لمصالح تخرج عن النفع العام.كما يرجع السبب في ذلك ايضا إلى كون المجالات الحديثة وخاصة المتصلة بالعقارات والأموال،غالبا ما تحكمها نصوص قانونية وتنظيمية ينقصها الوضوح والدقة،بل وتتسم في الغالب بالمرونة وعدم الثبات،مما يجعل القاضي الإداري مجردا من كل سلاح فعال لمراقبتها[xlvi].وكما يرجع السبب في ظهور نظرية الموازنة في مجال نزع الملكية إلى تغير مضمون المنفعة العامة ذاته تحت تأثير التدخلات الاقتصادية والإجتماعية للدولة وتغير فلسفة العلاقة بين الفرد والسلطة، فلم تعد فكرة المنفعة العامة فكرة مجردة ذات مضمون مطلق يقابل بينها وبين المنفعة الخاصة،بل أصبحت فكرة موضوعية تقدر وفقا لظروف المشروع وما يحققه من مزايا إقتصادية واجتماعية، تأخذ في الاعتبار الأضرار المترتبة عليه وما يكلفه من أعباء مالية، قصد إقامة توازن بين المزايا والتكاليف.[xlvii]

وجدير بالذكر،في بادىء الامر كانت في فرنسا رقابة القاضي الإداري لقرارات نزع الملكية تقتصرعلى التأكد من ان هناك مصلحة او منفعة عامة سوف تحقق نتيجة نزع الملكية،أي كان يراقب القاضي الوجود المادي للحالة الواقعية التي تشكل سبب قرار المنفعة العامة،فان هذه الرقابة كانت لا تتعدى هذا الاطار،اي انها كانت تجد حدها عند قول الادارة بإن هذه الحالة الواقعية تمثل منفعة عامة تبرر تدخلها باستخدام وسيلة نزع الملكية او لاتبرره[xlviii].وكان عملية نزع الملكية قطعة معينة تدخل في اطار النصوص القانونية وان نزع الملكية هي من مائل الملاءمة التي يترك امر تقديرها للإدارة،دون وجود اية رقابة القاضي عليه،ولكن هذا لم يعد يبقى طويلا، بل انتهى،نتيجة حكم قضية (lille nouvelle ville) من قبل مجلس الدولة الفرنس عام(1971/5/28).فمنذ هذه التأريخ بدأ المجلس بالاخذ بنظرية الموازنة بين المنافع والاضرار في مجال نزع الملكية،وقضت ب"(ان المنفعة العامة لمشروع ما لايمكن تقديرها لذاتها وانما تنتج من توازن يمكن ان يتم بين مزاياه والاضرار)"[xlix].

وقد طبق مجلس الدولة نظرية الموازنة في هذا المجال في العديد من احكامه ومنها قضية(سان مارس دي لانسون)،حيث تتلخص وقائعها هي"(قررت جمعة الادارة ربط مدينة(نيس) والمناطق المحيطة بها بدولة ايطاليا بواسطة طريق سريع شمال مدينة(تنس)الفرنسية،وكان من شأن هذا الطريق المقترح ازالة جزء من مستشفى خاص بالامراض النفسية او العصبية،تعرف باسم(سةينت ماري) وكان المستشفى الوحيد بهذا التخصص في المنطقة،الذي يلبي احتياجات هذه المنطقة(الب ميريم)،حيث كان الجزء المراد ازالته منه(80)سريرا،وكذلك المساحات الخضراء المحيطة به،وكذلك امكان انتضار السيارات،وقرر المجلس الدولة في هذه القضية ان توجد هناك مصلحتان كلاهما لهما اهميتها،الاول مصلحة الادارة في اقامة الطريق السريع الذي انشائه يؤدي الى منافع كبيرة وهو سهولة حركة المرور،والثاني مصلحة المرضى التي تتمثل في المحافضة على الصحة العامة.وحيث بموجب هذا القرار وازن مجلس الدولة بين المنافع والاضرار للمصلحتين ورجح مصلحة المحافضة على الصحة العامة كونها تفوق الفوائد المحتملة لانشاء الطريق السريع،وهي الاولى بالرعاية،وبالتالي اعتبر قرار نزع الملكية باطل لأنه يمس بمنفعة اخرى لاتقل اهمية،وهي المنفعة العامة الصحية،اذ انه رغم فائدة الطريق المرور،لكنه يخلق حول المستشفى منطقة مرورية كثيفة،ومن ثم غوغاء وضوضاء،يحرم المؤسسة الصحية من المساحات الخضراء وكل امكانية التوسيع في المستقبل"[l].

الواضح ان هذا القرار دخل فيما يعد من سطة الادارة التقديرية،عندما الغى القرار بدعوى ان منافعه اقل من الاضرار المترتبة عليها،في حين ان تقدير المنفعة المترتبة من انشاء طريق ما،هو من اختصاص الادارة فهي بما لديها من فنيين،لاشك تكون على اطلاع واسع باهمية هكذا قرار،ولكن في الحقة ومن الناحية المنطقية فان القضاء فعلا عمد الى رد الادارة الى نطاق العقلانية و المنطقية عندما قرر الغاء هذا القرار فاضراره واضحة وتفوق بشكل كبير على منافعة.

السؤال الذي يطرح نفسه هو،هل الرقابة القاضي في هذا القرار بقيت في نطاق المشروعية ام تجاوزت الى نطاق الملاءمة؟

في الحقيقة،لقد تجاوز القاضي في هذه القرار مجال المشروعية ليدخل مجال الملاءمة،وخير دليل على ذلك الغاء القرار استنادا الى ترجيح مصلحة عامة على مصلحة عامة اخرى في الوقت الذي يعد هذا الامر من سلطات التقديرية،فانشاء الطريق هو امر متروك تقديره للإدارة.

وقد انتقد جانب كبير من الفقه الفرنسي مجلس الدولة،ويقولون" ان المقارنة بين مصلحتين عامتين ليس من المنطقي،ولايمكن تفضيل احدها على الاخر،لأن جميع المصالح متساوية ولايمكن الألوية لإي منهما على غيرها،والمنطق الذي اتى به الحكم-وفقا لهذا الرأي-يؤدى الى ان تصبح المنفعة العامة التي هي روح القانون الإداري وباعثه الحيوية ليست فكرة واحدة كما ستصبح هناك مشروعات من الدرجة الاولى ومشروعات من درجة الثانية،والحقيقة يمكن تصور اختلاف القوى القانونية للمنافع العامة بحسب اهمية كل منها ثم بحسب الظروف المحيطة باقامتها،مما يترتب عليه وجود تتدرج للمنافع العامة يمكن اعماله عند تطبيق رقابة الموازنة لحل التعارض فيما بين هذه المنافع"[li].

من خلال استقرائنا للاحكام القضاء الفرنسي،نجد ان القاضي يعتبر قاضي مشروعية وليس قاضي ملاءمة باعتباره يرد الطلب في حالة عدم استفاءه لمبدأ الموازنة بين المنافع والاضرار،ودوره يقتصر فقط في تحقيق الموازنة،ولايستطع اجبار الادارة على اتخاذ إجراء معين مثلا نزع ملكية عقار اخر غير هذا

العقار،والقاضي يستطع توجيه الادارة بالغاء قرارها دون تدخل في تقدير الادارة،لأن الادارة لها سلطة الكاملة في تقدير الموازنة،ودور القاضي ينحصر في توجيه الادارة ان طلبها غير مستوفي للموازنة وعلى هذا الاساس على الادارة مراجعة تقديرها مرة اخرى.

ونستطع القول،نرى ان عملية الموازنة بين المنافع والاضرار في طلب نزع الملكية عقارما هي شرط لمشروعية القرار الإداري،حيث ان للقاضي الإداري تقدير هذا الشرط للتأكد من احترام الادارة له،فيتأكد من مشروعية هذه القرار ان المنفعة العامة في قرار نزع الملكية متحققة قانونا،وان وجود هذه المنفعة يستوجب هذا الإجراء.

ثانيا/ رقابة الموازنة على قرارات نزع الملكية في مصر:

تنص المادة(1)من قانون نزع الملكية على ان"يجري نزع ملكية العقارات اللازمة للمنفعة العامة والتعويض عنه وفقا لأحكام هذا القانون"[lii].من خلال هذا النص يتضح لنا أن المشرع المصري لم يورد تعرفا محددا له،بل تطرق الى وجوب ان تكون هناك المنفعة العامة والتعويض،ولكن لم يحسم ما اذاكان هذا التعويض يجب دفعه مقدما أم لا،كما هو في قانون الفرنسي؟

أما في على الصعيد القضائي في مصر،لقد عرفت محكمة النقض نزع الملكية بأنه"حرمان مالك العقار من ملكه جبرا عنه للمنفعة العامة مقابل تعويضه عما ناله من ضرر لسبب هذا الحرمان"[liii].

واما على الصعيد الفقهي،لقد عرف بعض من الفقه المصري نزع الملكية بأنه"(إجراء إداري من شأنه حرمان شخص من ملكه العقار جبراعنه لتخصيصه للمنفعة العامة مقابل تعويض عادل،وهو يمثل اعتداء خطيرا على الملكية الفردية لايبرره الا ايثار المصلحة العامة على المصالح الفردية الخاصة مع ضرورة مراعاة هذه المصالح الخاصة)"[liv].

ويعرفه الدكتور(سليمان الطماوي):"(حرمان مالك العقار من ملكه جبرا للمنفعة العامة مقابل تعويضه عما يناله من ضرر)".[lv]

اما فيما يتعلق موضوع الرقابة القاضي على الموازنة بين المنافع والاضرار في مصر في مجال نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة،يستنتج الدكتور(رمضان بطيخ) من خلال دراسته للأحكام المصرية في هذا المجال ويقول يبدو من احكام مجلس الدولة المصري،انه لم ياخذ أو لم يتبنى القضاء المصري بشكل حاسم تلك النظرية،خاصة في مجال نزع الملكية للمنفعة العامة،فمثلا في حكم للمحكمة الإدارية العليا في (1978/1/28)قضى بأن كل ما اشترطه القانون لاجازة نزع الملكية:"هو ان تكون ثمة منفعة عامة،يراد تحقيقها من وراء ذلك،وقد اطلق القانون مجال التقدير في هذا الشأن للسلطة التقديرية التي لها،طبقا للمادة (12)،ان تحدد العقارات التي ترى انها مكملة لاغراض المشروع"[lvi].

جدير بالاشارة،لقد تردد القضاء المصري في تطبيق نظرية الموازنة في مجال نزع الملكية للمنفعة العامة،ولكنه مارس رقابة الموازنة بشكل واضح في مجال اخر وهو ازالة التجاوزات او التعديات على املاك الدولة،الا ان هذا لايعني عدم ممارسة رقابة الموازنة بين المنافع والاضرار،وللقضاء المصري العديد من القرارات في هذا الميدان،ولكن من خلال استنباطنا للأحكام الإدارية في هذا المجال في مصري،نجد ان القضاء المصري يقوم بموازنة بين المنافع والاضرار يعدد مزيا المشروع وبالمقابل يسمع لأضراره،الا انه في اغلب الاحيان يرجح ما تقوله الادارة على اساس ان اختيار الموقع يدخل في الملاءمات المتروكة للادارة،ولكن مجرد قبول القضاء الدخول في عملية الموازنة وتعداد المزايا وسماع الاضرارتعتبر خطوة مهمة نحو قبول رقابة الموازنة بشكل كامل،وهو بهذا يعمل على تطبيق معيار سمو المنفعة العامة التي تتبعها الادارة.

وهناك العديد من القرارات في مجال رقابة موازنة بين المنافع والاضرار في الاونة الاخيرة،كما قضت المحكمة الادارة العليا في مصر بتاريخ (2003/2/22)"(.....وهذا الشرط يكتشف من ظروف ووقائع الاحوال،فما تقدره الجهة الإدارية في هذا الشأن يجب ان يكون مستمدا من حاجتها الملحة لهذه العقارات لاقامة مشروعاتها بما يقتضيه ذلك من تقرير صفة المنفعة العامة لها والاستلاء عليها المصلحة العامة،فان ولت الظروف ووقائع الحال على غير ذلك وقعت الإجراء المتخذ في هذه الحالة مشوبة بالبطلان لمساسها بالملكية الخاصة التي كفلها الدستور والقانون")[lvii].

من خلال استقرائنا للأحكام القضاء المصري،نجد انه اسس عدم مشروعية القرار الإداري ليس فقط بجهل الادارة لغايات الصالح العام التي يحددها القانون،واستند القرار الى غايات الصالح العام ظاهرا لكنها ادنى في اوالوية الرعاية من غايات ومصالح قومية اسمى واجدر بالرعاية،وان الحفاظ على امن وسلامة المواطنين وحماية السلام الاجتماعي وعدم السماح بأن يترتب على الملكية الخاصة التشرد والتحطم لحياة عدد كبير من الافراد دون ضرورة ملحة تبرر ذلك،فهذه الامور في هذه المرحلة تعد بلا شك اولى بالرعاية من مجرد ازالة الاعتداء على ارض مملوكة للدولة والذي هو امر مشروع،الا انه ادنى من ان يكون احق بالتغليب[lviii].

ثالثا- رقابة الموازنة على قرارات نزع الملكية في العراق:

لم يحسم المشرع العراقي في تشريعاته الخاصة بهذا الموضوع مسألة تعريف نزع الملكية أو الاستملاك،سواء في القانون رقم (12) لسنة (1981) النافذ التي تستخدم مصطلح الإستملاك،والقانون رقم(57)لسنة(1960) الملغي الذي كان يستخدم مصطلح نزع الملكية بدلا من الاستملاك[lix].

جدير بالاشارة يشتعمل المشرع العراقي كلمة الاستملاك بدلا نزع الملكية طبقا للقانون المذكور سابقا،ولكن في الحقيقة مصطلح نزع المكلية هوالاقرب الى الواقع من مصطلح الاستملاك،لأن الاستملاك يعنى طلب الملك.

أما على مستوى المشرع الدستوري،تنص المادة 23/ ثانيا من الدستور الدائم لسنة (2005)على ان"(لايجوز نزع الملكية الا لأغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل،وينظم ذلك بقانون)[lx]".فالمشرع الدستوري العراقي حدد انه نزع الملكية لا يسمح له الا بهدف المنفعة العامة ومقابل تعويض عادل طبقا للقانون.في حين لم يشر قانون الاستملاك العراقي المشار اليه سابقا الى ان الاستملاك اي (نزع الملكية) يجب ان يكون للمنفعة العامة،لكن نص الدستوري اسمى منه ونكتفي به.

اما على المستوى القضائي،لم نجد اي تعريف قضائي بسبب محدودية المهام القضاء في النظر بالطعون التي تقدم ضد قرارات نزع الملكية طبقا لقانون الاستملاك رقم(12)لسنة(1981) النافذ،لأن المشرع قد اقتصر دور القضاء فقط على إجراءات تقدير التعويض وكيفية تشكيل لجان تقدير التعويض وغيرها من المسائل شكلية،ودور المحكمة ينحصر في تحديد التعويض دون البحث عن مدى تحقق المنفعة العامة في قرار الادارة.الا ان محكمة التمييز تشير اليها من خلال حكم لها بأنه"(هو نزع ملكية عقار والحقوق العينية الاصلية المتعلقة به لنفع عام ولقاء تعويض عادل يعين بموجب القانون)".[lxi]

اما على المستوى الفقهي العراقي،يعرف الفقه (الاستملاك)بأنه"نزع الملكية لنفع عام ولقاء تعويض عادل يعين بموجب القانون".ويعرفه جانب اخر من الفقه بأن"نزع ملكية العقار أو الحقوق العينية المقررة عليه بإجراء إداري يصدر بالارادة المنفردة لإحدى الجهات الإدارية هادفا المنفعة العامة مقابل تعويض عادل يدفع مقدما"[lxii].

ويعرفه الفقيه العراقي ومنهم (الاستاذ مصطفى مجيد) نزع الملكية بأنه" نزع المكلية الخاصة جبرا من مالكها لتحل محلها ملكية عامة تحقيقا للنفع العام".[lxiii]

وفيما يتعلق بالرقابة القضاء على قرارات نزع الملكية في العراق،نجد ان موضوع نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة مناط بمحاكم البداءة طبقا للقانون الاستملاك المرقم(12) لسنة(1981) النافذ،وبموجب هذا القانون فإن تحقق منفعة العامة متحقق في طلب الادارة الاستملاك وليس من حق محكمة البداءة النظر في هذا الامر بتحققه من عدمه،وكذلك هذا القانون قد حدد مهام المحكمة بعد تقديم الطلب من قبل المستملك الى المحكمة بالتحقق من استكمال الطلب للمسائل التي حددها في نص المادة(10) منه وهي:"(على المستملك تقديم طلب الاستملاك الى محكمة بداءة الموقع العقار،يؤيد فيه عدم وجود مانع تخطيطي او قانوني من الاستملاك...")،وفي المادة (12) تنص على"(تتحقق المحكمة في اول جلسة،من تتوفرالشروط الواردة في القانون بطلب الاستملاك وتقرر تكليف المستملك بأكمال النقص ان وجد،او رد الطلب حسب مقتضى الحال")[lxiv].

من خلال دراسة هذه النصوص،لانرى ما يخص المحكمة على دراسة طلب الاستملاك المقدم لغرض بيان توفر المنفعة العامة من عدمها في الطلب وبالتالي دراسة الموازنة بين المنافع والاضرار الذي يصيب الطرق الاخرى وفي سبيل خلق التوازن بين المزايا والاضرار الناتجة عن طلب الاستملاك،ونجد ان هذا القانون قيد المحكمة بقيود عديدة منها انه جعل للإدارة الحق باستملاك اي عقار لتنفيذ مشاريعها وتحقيق اغراضها.وهكذا فان القاضي لاينظر الى مدى تحقيق المنافع العامة الحقيقية التي تترتب على القرار الاستملاك،ودوره ينحصر فقط بالتحقق من توافر الشروط الواردة في القانون،وحتى في موضوع إجراء الكشف على الموقع العقار من قبل اللجنة المشكلة فإن مهمة اللجنة تنحصر كما ذكر في القانون الاستملاك وهي:تقدير التعويض وكأنما ليس من مهامها ان تنظر في مدى تحقق المنفعة العامة المرجوة من هذا القرار،وهذا طبقا للقانون الاستملاك المادة(13).والقاضي في هذه الدعاوى الاستملاك لايملك سوى عملية تنفيذ القانون،والذي يلزمه بان الادارة دائما تكون هي من يقدر المنفعة العامة،واذا ما خالف تقدير الادارة للنفع العام،فان هذا يعتبر خروجا منه عن القانون،لأن الادارة هي من تختص بتقديرالنفع العام،ومن ثم تقديرما يترتب على القرار من منافع واضرار ولاعلاقة للقاضي فيها،وانما ينحصر دوره على تقدير قيمة العقار فحسب وليس له علاقة حتى فيما يصيب المستملك منه من ضرر فيقدر في ضوئها التعويض،وانما يتجه الى العقار فحسب،فيدرسه وما يحيط به من روابط ليقدرقيمته والذي غالبا ما يكون مغالي فيها[lxv].

هناك الكثير من الاحكام بخصوص ذلك،ومنها حكم لمحكمة البصرة بصفتها التمييزية التي تكتفي المحكمة بمراقبة مدى تطبيق المحكام في دعاوى الاستملاك نصوص القانون دون التطرق الى وقائع الدعوى ودى التوافق او عدمه مع قرار الادارة ورغبتها في الاستملاك للتأكد من تحقق المنافع والاضرار ومقدار الفرق بينهما،فقد تتأكد المحكمة"(نقض قرار المحكمة البداءة اذا كانت هيئة التقدير قيمة العقار المطلوب استملاكه لم تشكل وفق أحكام قانون الاستملاك،فضلا ان التقدير قد تم جزافا دون الاسترشاد بالاسس والقواعد الواردة في قانون الاستملاك بهدف التوصل للتعويض العادل بتاريخ الكشف والتقدير")[lxvi].

وهذا الحكم يدل بوضوح على مراقبة المحكمة لمدى تطبيق نص قانون الاستملاك من حيث تشكيل هيئة التقدير وإجراءات وجوب مراعاة الاسس التي حددها القانون في التعويض ورفض التقدير الجزافي.

اما فيما يتعلق بدور القضاء الإداري العراقي،كما بينا سابقا بأن مهمة رقابة على قرارات نزع الملكية مناط بمحاكم البداءة،والقضاء الإداري ليس مختصا بالنظر في مثل هذه الدعاوى على الرغم من ان الادارة طرفا فيها،ربما هذا يؤدي الى عدم تحقق المحكمة البداءة هدفها الحقيقي بقدر المحاكم الادارة التي تحققق هدفها الحقيقي،لذلك السبب نطالب باعطاء اختصاص النظر في الطعون الموجهة في قرارات نزع الملكية الى القضاء الإداري لأن القضاء الإداري هو الاكثر دقة وقدرة على فهم طبيعة نشاط الادارة العامة ومتطلبات هذا النشاط،وندعو الى القضاء العراقي ان يتأخذ موقف مجلس الدولة الفرنسي والقضاء الإداري الفرنسي في تفعيل رقابة الموازنة بين المنافع والاضرار على القرارات الاستملاك الصادرة من قبل جهة إدارية معينة،طبقا لنص المادة (7)/ رابعا من قانون التعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة رقم(65)لسنة(1979) المرقم(17)لسنة (2013) التي تنص"(تختص المحكمة القضاء الإداري بالفصل في صحة الاوامر والقرارات الإدارية الفردية والتنظيمية التي تصدر عن الموظفين والهيئات في الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة القطاع العام التي لم يعين مرجع للطعن فيها بناء على طلب ذوى مصلحة معلومة وحالة وممكنة،ومع ذلك فالمصلحة المحتملة تكفي ان كان هناك ما يدعو الى التخوف من الحاق الضرر بذوى الشأن").[lxvii] وندعو الى محكمة القضاء الإداري العراقي ان تنظر الى ثلاثة امور رئيسية عند رفع دعوى الاستملاك امامها على اساس هذه المادة التي ذكرناها،وهي:أ-هل طلب الاستملاك حقق المنفعة العامة؟ ب-هل الاستملاك لازم لتحقيق المنفعة العامة عند عدم لوزمه يجب رفضه،ج- بعد استفاء الشرطين السابقين على المحكمة ان تنظر في مدى تحقيق الموازنة بين المزايا والاضرار والمنافع،بحيث اذا ما رأت المحكمة ان المزايا المتحققة للنفع العام تتفوق الضرر الحاصل من جراء الاستملاك فلها ان تقر الطلب الاستملاك وعلى المحكمة في موقع العقار اكمال إجراءاتها بالتعويض من خلال تشكيل لجان أو هيئات تقدير التعويض ومدى صحة ارجراءات تشكيلها طبقا للقانون الاستملاك،واما اذا ما رأت المحكمة ان المضار الحاصل من الاستملاك اكثر من المنافع المتحققة من الاستملاك فلها ان ترفض طلب الاستملاك حتى في حالة وجود منفعة عامة،وهذا كله يدخل في قضاء الالغاء فلها ان تلغي القرار واعادة الحال الى ماكان عليه،والمحكمة لاتقوم مقام الادارة في

تحديد خيارات السلطة التقديرية للإدارة،وانما تراقب مدى تحقيق مشروعية قرار الاستملاك نفسه اي اعتبار رقابة الموازنة بين المنافع والاضرار هي الحدل الفاصل بين مشروعية القرار الاستملاك من عدمه،بمعنى رقابة الموازنة هي شرط لمشروعية قرار الاستملاك،اي اذا تحقق التوازن فان قرار الاستملاك يكون مشروعا والا يكون غير مشروعا،فعلى الادارة مراعاة المنافع التي تتحقق من قرار الاستملاك وتكون اكبر من المضار التي يخلفها القرار الاستملاك،وكذلك مدى تكلفة الاعباء المالية التي تثقل كاهل الدولة،وكذلك على المحكمة مراعاة المضار الاجتماعية التي قد تلحق بشريحة من المواطنين في حالة وجود قرار استملاك لايتناسب اطلاقا مع المنافع التي تحتمل ان تتحقق.

خلاصة القول،مقارنة مع القضاء الفرنسي– والمصر– في مجال نزع الملكية،نجد ان القضاء العراقي لايزال موقفه بدائيا تجاه الرقابة الموازنة في هذه المجال،ولعل السبب الرئيسي– هو ان الجهة التي تختص بهذه الرقابة هي القضاء العادي التي تنحصر– سلطته في القرارات الاستملاك في موضوع تقدير التعويض،أو تقتصر– سلطتها غالبا على تطبيق القانون الذي قيده الى حد كبير في تقدير المنفعة العامة.

2.3 الفرع الثاني

رقابة الموازنة على القرارات التنظيمات العمرانية

نتناول في هذا الفرع عن رقابة الموازنة على التنظيمات العمرانية في كل من فرنسا ومصر العراق،وذلك على النحو الاتي:

أولآ- رقابة الموازنة على التنظيمات القرارات العمرانية في فرنسا:

لقد اصدر مجلس الدولة الفرنسي– قرارات عدة بخصوص مسألة رقابة الموازنة على القرارات التي تخص بتنظيمات العمرانية،حيث قضى– المجلس في قضية مدينة(ليموج) ب"(لايمكن السماح قانونا بأي إجراء استثنائي على قواعد التنظيم العمراني،الا اذا كانت الاضرارالتي يلحقها هذا الإجراء بالمنفعة العامة والتي تحميها هذه القواعد ليست مفرطة او مبالغ فيها،وذلك بالنظر الى المنفعة التي يرتبها الإجراء").[lxviii]

ويتضح من هذا القرار ان القضاء الفرنسي– في مجال التنظيم العمراني يأخذ برقابة الموازنة،واوجب بان تكون الاضرار غير مفرطة او مبالغ فيها مقارنة مع المنفعة المترتبة على القرار،وهذا هو جوهر فكرة الموازنة،ولاشك ان هذا سيدخل القضاء في مجالات فنية معقدة قد يصعب معها ان يصدر قراره دون العودة الى خبراء،لكن هذا الامر سيجعل الادارة اكثر حرصا وموازنة لقراراتها،ولاضير في استعانة القضاء بالخبراء المختصين في مجالات التنظيمات العمرانية،وهذا لاشك يضيق من سلطة الادارة التقديرية في مجال كانت تتمتع به بسلطة تقديرية واسعة،ولكن نلاحظ في هذا القرار انه يوازن في قرارات التنظيم العمراني فقط عند اتخاذ الادارة إجراءات استثنائية وهذا الامر منطقي اذ لو تدخل القضاء عند تطبيق الادارة لقوانين التنظيمات العمرانية،فسوف تقتصر– رقابته على مخالفة القانون.وستكون عندئذ امام سلطة مقيدة للإدارة لا تقديرية،اما اذا خرجت الادارة عن ذلك واتخذت إجراء استثنائيا فهنا يبرز دور القاضي من سلطتها التقديرية في هذا الإجراء الاستثنائي والذي يكون خارج القانون ولكنه لايتناقض معه.

ثانيا- رقابة الموازنة على القرارات التنظيمات العمرانية في مصر:

ينظم في مصر– موضوع التنظيمات العمرانية طبقا للقانون رقم (3) لسنة(1982)،حيث ينظم هذا القانون نزع الملكية لأغراض التخطيط العمراني في المواد(42-53).ويتضح لنا جليا ان هذا القانون قد قيد الادارة بحالات ولكنه اوردها على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر–،لأنه اطلق للإدارة حرية نزع الملكية لأغراض التخطيط العمراني كافة،وفي كل الاحوال فإن الادارة مقيدة بحدود القانون،ولكنها في نفس الوقت تتمتع بسلطة تقديرية واسعة نظرا لتعلق التخطيط بمسائل فنية دقيقة،فعند مراقبة القضاء لموضوع التخطيط العمراني،فإنه يبحث في مدى مطابقة المشروع لقانون التنظيم العمراني من عدمه[lxix].

حيث قررت المحكمة القضاء الإداري ب"(وحيث انه تبين من مواد القانون الخاص بالتخطيط العمراني... بأن المشروع قد كشف عن قواعد اصدار تراخيص البناء وضوابه وشروطه...وهي تحدد وتحقق الموازنة بين حق الفرد في الانتفاع بملكه واستغلال الاراضي المملوكة له باقامة المباني عليها،وبين حقوق باقي المواطنين في عدم استعمال حقه في الملكية بما يتعارض مع حقوقهم في الصحة العامة،وتوفير سبيل واسس توافر الشروط الصحية وسائر المرافق ووسائل الاتصال والنقل لمساكنهم ومايمتلكون من اراضي والا يتعارض ذلك اساسا مع مقتضيات متطلباتهم في الامن والصحة السكينة العامة....")[lxx].

يتضح من هذا القرار ان القاضي يحاول ان يوازن بين المنافع والاضرار في قرار الادارة،ويوازن بين حق الشخص في الانتفاع بملكه وعدم التعرض لحقه في الملكية وبين الاضرار التي تلحق بالاخرين وخاصة امن وسلامة وسكينة الافراد،كما اشار اليها القرار،اذ اعتبرها من النظام العام ولايجز لأحد ان يعرقلها لا من قبل الادارة ولا الافراد.

جدير بالاشارة،يبقي القضاء المصري في هذا القرار ثابتا على موقفه حتى عندما يمارس عملية الموازنة بين المنافع والاضرار،فانه يعزي ذلك الى نص القانون اذ اعتبره(يحدد ويحقق الموازنة بين حق الفرد في الانتفاع وبين حقوق المواطين)،ولأن الموازنة التي نص عليها القانون ليست متحققة في قرار الادارة فان المحكمة قررت الغاء هذا القرار ليجعلها ضمن رقابة المشروعية وليس الملاءمة.

ان هذا القرار يشكل خطورة متقدمة نحو ممارسة رقابة الموازنة،الذي لم يجعل من عملية التنظيم العمراني عملية من اختصاص الادارة حصرا واعتبرها من ملاءمات الادارة،بل انه تدخل و وازن بين المنافع والاضرار في القرار،وخلص الى ترجيح كفة الاضرار على المنافع،فقرر الغاءه،ولكنه حاول تبرير تدخله هذا بتفسير نص القانون تفسيرا استخرج خلاله المنافع والاضرار من نص القانون،وقارنها مع الاثار المترتبة على القرار الإداري.و رقابة القاضي هنا تبقى ضمن رقابة المشروعية وليست الملاءمة في موازنة بين المنافع والاضرار.

ثالثا- رقابة الموازنة على القرارات التنظيمات العمرانية في العراق:

من المعلوم كانت رقابة القضاء العراقي في السابق مقتصرة عند حدود المشروعية والقضاء العادي كانت مختصة بذلك،ولم تكن تتدخل المحاكم العادية المختصة في سلطة الادارة في مجال التنظيمات العمرانية وخاصة ان الادارة كان تتمتع بسلطة واسعة في هذا المجال منحها اياها القانون،طبقا للقانون ادارة البلديات

رقم(165)لسنة(1964) المعدل.بحيث السلطة التي كانت تتمتع بها الادارة في هذا المجال مقيدة بحدود القانون اي ضمن مبدأ المشروعية كما اكد ذلك القضاء في قرار له وهو"(....توصية لجنة المهندسين وموافقة مجلس الامانة عليها لايبرران مخالفة القوانين والانظمة وعدم تطبيقها في الامور التي تتعلق بالصالح العام")[lxxi].

واما بالنسبة الى رقابة القضاء الإداري،بعد نشوء القضاء الإداري في العراق،فإن النظر في القرارات التنظيمات العمرانية يخضع الى رقابة القضاء الإداري.ولكن اختصاص تقدير منفعة العامة من عدمه معقود للإدارة،وهي التي تقرر ما يتطابق مع التصميم الاساسي من عدمه،ولكن القضاء الإداري العراقي حاول التوسع في رقابته في هذا المجال،وذلك يتضح في قضية تتلخص وقائعها ب"(قيام شركة تدعى شركة الايادي المتحدة للمقأولات بانشاء مشروع مجمع سكني يضم (126) دارا مع مركز صحي واسواق على ارض زراعية متروكة،واستخلصت موافقة هيئة الاسكان،ودوائر الماء والمجاري على تقديم الخدمات،الا ان امانة اعاصمة رفضت منح الاجازة بتغير جنس الارض من زراعية الى سكنية على اساس انها ارض زراعية وتقع خارج حدود العمران").

فطعن الشركة بهذا القرار،قررت المحكمة ب"(ان الارض محل النزاع هي ارض متروكة دون استعمال زراعي وخالية من الشواغل وتقع ضمن حدود العمران والخدمات العامة المتكاملة،وان المشروع يلبي حاجة ملحة في الوقت الحاضر بمعالجة ازمة السكن الخانقة في بغدادوان المشروع ذو اهمية استثمارية واقتصادية وتنفيذه يوفر مصدرا مهما للعمل وامتصاص البطالة وتوليد الدخل،.....لذلك امتناع المدعي عليه عن تغير جنس الارض الى سكنية فيه تعسف واضح في استعمال الحق لذا قررت المحكمة بالغاء كتاب المرقم... الذي يتضمن تغير جنس من زارعي الى سكني..)[lxxii].

ولا شك ان هذا القرار يعتبر خطوة مهمة ومتقدمة من قبل القضاء الإداري العراقي نحو الحد من سلطة الادارة وتعسفها،ويمكننا القول من خلال النظر الى الحيثيات هذا القرار ان القاضي حاول ان يمارس رقابة الموازنة في هذا القرار ولو بشكل غير مباشر عندما عدد منافع المشروع واسترسل في تعدادها حيث ذكر"(...ان المشروع ذو اهمية اقتصادية واستثمارية ويساهم في حل ازمة السكن وان الارض المتروكة.....").وهناك حالات عديدة ذكرها القرار في الوقت الذي كان القضاء يقر للإدارة سلطتها في تقدير المسائل دون النظر اليها الا بقدر تعلق الامر بمخالفتها او عدم مخالفتها للقانون،وبالمقابل هون من الاضرار المترتبة على المشروع عندما اشار الى ارض زراعية ولكنها متروكة وغير صالحة للزارعة،ونلاحظ في هذا القرار ان القاضي استند الى اكثر من معيار عند اجراء الموازنة فذكر معيار التكلفة المالية للمشروع عندما ينص على(لايكلف تشييد الدور وملحقاتها والخدمات المتعلقة بها الخزينة العامة اية مبالغ)،وكذلك استند الى معيار الاثار الاجتماعية للمشروع عندما اشار الى ان "(حيث ان المصلحة العامة تقضي في هذه الظروف توفير سكن للمواطن وتأمين وفتح ابواب جديدة للعمل والاستثمار)".وان هذا القرار يعد خطوة متقدمة نحو توسيع صلاحية القضاء الإداري واعطائه المكانة المناسبة وتفعيله،حتى لايبقى قضاء يردد ما تقوله الادارة،ان مقارنة بين القرارات التي كان يصدرها القضاء العادي(محكمة البداءة) التي ذكرناها سابقا،يؤكد لنا انه ممارسة القضاء الإداري رقابته على اي قرار يتعلق بمصلحة عامة تكون الادارة طرفا فيه هي اصوب،لانه بالفعل سوف يكون على مقربة ودراية بقرارات الادارة ومدى ما تمتع به الادارة من سلطة تقديرية،كيف يمكنه ان يحد من هذه السلطة لتحقيق المصلحة العامة.

جدير بالاشارة،لقد تعرض القرار المذكور للنقض من قبل المحكمة الاتحادية العليا التي سببت قرارها بان المادة(15)من قانون التصميم الاساسي لمدينة بغداد نصت على عدم جواز استعمال الارض او المشروع باي عمل من اعمال الاعمار والانشاء فيها....الا باجازة من امانة العاصمة ولاتمنح هذه الاجازة مالم يكن الاستعمال المطلوب مطابقا لما هو مقرر في التصاميم المصدقة.[lxxiii]

ولاشك ان هذا القرار سوف يعيدنا الى الوراء ويمكن الادارة من بسط سلطتها دون رقيب،وان كنا لانكر ضرورة تمتع الادارة بهذه السلطة،ولكننا نؤكد اهمية ان يكون القضاء الإداري له دور يتناسب مع حجمه وحجم المصالح العامة التي يحميها.

3.3الفرع الثالث

الرقابة الموازنة في مجال الترخيص للإجانب

نتحدث في هذا الفرع الى الرقابة الموازنة في مجال الترخيص للإجانب في كل من فرنسا ومصر والعراق،وذلك على النحو الاتي:

أولا- الرقابة القضائية على الموازنة في مجال الترخيص في فرنسا:

رفض مجلس الدولة الفرنسي في بادىء الامر ممارسة رقابته على القرارات التي تخص الترخيص الاجانب،وكانت هذه الرقابة تقتصر على الوجود المادي للوقائع فقط،ولكن موقف القضاء الفرنسي تغير في وقت لاحق خاصة بعد توسع سلطة القضاء الى الحد الذي جعله يوجه اوامر الى الادارة في مجالات عديدة منها اقامة الاجانب في فرنسا،بل يستخدم التهديد المالي لإجبار الادارة على تنفيذ هذه الاوامر.وهذا مكن القضاء الفرنسي من تجاوز حدود رقابة الوجود المادي للوقائع الى مرحلة رقابة الموازنة بين المنافع والاضرار[lxxiv].

وفي حكم لمجلس الدولة التي وقائعها هي"((السيد (بورزاق) وهو جزائري ومقيم في الجزائر،تقدم بطلب الى الوزرة الخارجية الفرنسية من اجل الحصول على تاشيرة دخول الى فرنسا بقصد الاقامة مع زوجته الحاصلة على اذن بالاقامة فيها،ولكن الوزارة رفضت منحه التأشيرة،واستندت في ذلك الى اعتبارات متعلقة بالنظام العام،فرفع السيد بورزاق وزوجته دعوى الغاء ضد هذا القرار امام مجلس الدولة".فقضى مجلس الدولة بالغاء القرار واسس قضاءه على عدم وجود توازن بين المنافع التي استهدفت حجة الادارة تحقيقها من وراء اصدار قرارها برفض منح تاشيرة دخول للسيد بورزاق،والاضرار التي لحقت بحياته العائلية هو زوجته،وقد قام مجلس الدولة في هذا الحكم بتغليب حق السيد (بورزاق) وزجته في الحياة العائلية،الذي تحميه الاتفاقية الاوروبية لحقوق الانسان،على الاعتبارات التي استندت اليها وزارة الخارجية في قرارها"))[lxxv].

لاشك ان هذا القرار يعد طفرة كبيرة أو انتقال كبير في موقف القضاء الفرنسي بعد أن كان يكتفي برقابة الوجود المادي للوقائع في مجال الترخيص الاجانب.

وجدير بالاشارة،يفترض في هذا القرار ان مجلس الدولة الفرنسي قد بحث عن الوقائع التي استندت اليها الادارةعندما قامت برفض طلب الاقامة فكانت موجودة وصحيحة ولكن الاثار المترتبة على هذا القرار المتمثلة بالمنافع،اذ اشار لها القرار بالقول(....واستند في ذلك الى اعتبارات متعلقة بالنظام العام)،وبمقابل ذلك

الاضرار المتمثلة بالاعتداء على حق المدعي وزوجته في الحياة العائلية الطبيعية ومعه بالتنقل والاقامة،وكان الراجح لدى مجلس الدولة هو منع الاعتداء على هذا الحق،وبمقابل الاعتبارات المتعلقة بالنظام العام الذي استندت اليه الادارة.

ولايفهم ان القضاء قد اهدر هذه الاعتبارات،ولكن من الاسباب التي ادت الى ظهور رقابة الموازنة البحث عن مفهوم محدد لهذه المصطلحات العامة والواسعة(النظام العام،المنفعة العامة)،التي غالبا ما تطلقها الادارة لتبرير اعمالها وان كانت هذه الاعمال لاتنطوي على هذه المعاني.

ثانيا- الرقابة القضائية على الموازنة في مجال الترخيص في مصر:

في بادىء الأمر،كان قد ترك القضاء الإداري في مصر موضوع القرارات التي تخص الترخيص للإجانب للإدارة ولم يكن يسمح لنفسه بالتدخل فيها باعتبارها من اعمال السيادة وخارجة عن رقابة القضاء الإداري،كما جاء في قرار له"(ان القرار الصادر بابعاد اجنبي عن الديار المصرية يعد من اعمال السيادة ويخرج عن رقابة القضاء الإداري طبقا لقانون انشاء مجلس الدولة وذلك في المادة (6) منه")[lxxvi].

ولكن بعد ذلك تواترت الاحكام على استبعاد فكرة اعمال السيادة في هذا المجال،واستقر القضاء على ان الادارة تتمتع سلطة تقديرية واسعة تجاه قرارات ترخيص الاجانب،ولاقيد عليها ما لم تقم الادارة باساءة استعمال السلطة وقراراتها تخضع الى رقابة محكمة القضاء الإداري باعتبارها اعمالا إدارية عادية تخضع لرقابة قضاء الإداري.ومن هذه القرارات هي"(...استقر القضاء الإداري على ان الدولة بحكم مالها من سيادة اقليمة تتمتع بسلطة عامة مطلقة في تقدير مناسبة اقامة او عدم اقامة الاجانب في ارضها،دفعا لخطرهم وتأمينا لسلامتها وصيانة لكيانها شعبا ومجتمعا من كل مايضره...كما ان من المقرر ان للدولة الحق في تقرير ما يعتبر ضارا في شؤونها الداخلية والخارجية وما لايعتبر،ولها سلطة تقديرية في الابعاد،ولايرد على هذا الحق الا قيد حسن استعماله بحيث يكون الابعاد قائما على اسباب جدية يقتضيها الصالح العام...")[lxxvii].

جدير بالاشارة،ان اعتبارات المصلحة العامة التي تدعيها الادارة في هكذا القرارات تبقى غير واضحة وغير محددة،وهذه السلطة التقديرية الواسعة للإدارة تجاه قرارات الترخيص للاجانب تضيق السلطة القاضي في رقابته على هذه القرارات التي تمثل هذه السلطة في عدم مخالفة قرار الاقامة او الابعاد للقانون او اساءة استعمال السلطة،وهذا يعني ان نطاق رقابة القضاء الإداري المصري ضيق جدا في هذا المجال،ولكن انتقال القضاء المصري من اعتبار القضايا التي تتعلق بالترخيص للاجانب من اعمال السيادة الى اعتبارها اوامر إدارية عادية يعد خطوة مهمة جدا بحد ذاتها كي يمارس القضاء الإداري دوره في الرقابة الموازنة وان كانت في نطاق ضيق،ولكن كثرت خروقات الادارة في هذه المجال،وتعسفها بكشل متكرر وقد يمكن القضاء المصري من التعمق من رقابته لحد يحاكي فيه قرينة القضاء الفرنسي،وخاصة انه في قرارات عديدة في غير هذه المجال،قد تخطى هذه القيود ومارس رقابة الموازنة بين المنافع والاضرار عليها.

ثالثا- الرقابة القضائية على الموازنة في مجال الترخيص في العراق:

يختلف الامر في العراق تماما في مجال قرارات الترخيص للأجانب،بحيث لاتنظر المحاكم الدعاوى المتعلقة بالأجانب،وهذا طبقا لقانون الاجانب المرقم(118)لسنة(1978) المعدل،فالادارة تعد الخصم والحكم في هذا المجال،ولها سلطة تقديرية واسعة جدا،حيث اعطى هذا القانون مثلا لمدير الاقامة الحق برفض منح الاجنبي الاقامة حيث تنص القانون على"(للمدير ان يرفض منح الاجنبي الاقامة وتمديدها عند وجود ما يستدعي ذلك،وللأجنبي الاعتراض على قرار الرفض خلال خمسة عشر يوما من تبليغه لدى الوزير ويكون قراره بذلك باتا")[lxxviii].

من خلال نص هذه المادة المارة يتضح لنا جليا،بان السلطة التقديرية للإدارة واسعة جدا في منح الاقامة او عدم منحها ولا رقابة القضاء عليها،وحتى الاعتراض قرار مدير الاقامة يكون عند وزير الداخلية دون السماح للقضاء ان يتدخل في ذلك.

وعلى الرغم من ان خطورة وحساسية موضوع اقامة الاجانب تتطلب فعلا الحيطة والحذر او حرص كبير،لكن هذا لايعني حرمان القضاء الإداري من التدخل كي تقوم عمل الادارة بما يحقق المنفعة العامة،لأن القضاء وخاصة القضاء الإداري يسعى الى الوصول تحقيق المنفعة العامة وليس الادارة فقط،لذلك يجب على المشرع العراقي ان يمنح القضاء الإداري دورا كبيرا للنظر في قضايا اقامة الاجانب،كي يتم توفير الحماية القانونية الكاملة للأجانب،وليكن دور القضاء مكملا لعمل الادارة كجهة تقبل الطعن بعد رفض الوزير الطعن،خصوصا في مجال الرقابة الموازنة بين المنافع والاضرار في مجال الترخيص للإجانب اي مجال الاقامة.

مما تقدم،لايمكن لنا ان نتحدث عن وجود رقابة الموازنة بين المنافع والاضرار في مجال الترخيص للإجانب او الاقامة في القضاء العراقي او التشريعات العراقية في هذا المجال.لذلك نقترح للمشرع العراقي ان يعطي دور للقضاء العراقي كي يمارس رقابة الموازنة بين المنافع والاضرار في مجال الاقامة باعتبار هي من اهم المجالات التي تتعلق بحقوق وحريات المواطنين.

4 الخاتمة

في ختام هذه الدراسة توصلنا الى جملة من النتائج او التوصيات وذلك على النحو الاتي:

1.4النتائج:

1- ان رقابة الموازنة بين المنافع والاضرار هي رقابة قصوى التي تقع على مضمون القرار،حيث لا يقوم القاضي فيها بمطابقة الوقائع للقانون فقط،بل يمحص فيها جميع الظروف والملابسات والاثار التي تحيط بالقرار،ويوازن القاضي فيها بين المنافع والاضرار ويقوم بترجيح مصلحة على الاخرى طبقا لقناعنه الشخصية.ورقابة الموازنه تعد شرط لمشروعة عمل او قرار الادارة،وهي ضمانة لحقوق المواطنين ضد تعسف الادارة،وهذه الرقابة تقع على المحل بدرجة الاولى،اي اثر القرار الإداري.

2- يعتبر مجلس الدولة الفرنسي اول من تبنى هذه النظرية و لا يتردد في هذه الرقابة وطبقها في مجالات عديدة،ولكن اوسع مجال هو مجال نزع الملكية للمنفعة العامة،وكذلك تطبق في مجال التنظيمات العمرانية والترخيص للأجانب.

3- ويطبق القضاء الإداري المصري هذه الرقابة الى حد ما،ولكن يتردد في قبول هذه الرقابة ولو انه يمارسها ولكن كرقابة المشروعية وليست الملاءمة،واما القضاء العراقي كان دور ضعيفا باستثناء قرار لمحكمة القضاء الإداري المتعلق بتنظيمات العمرانية حيث كان القضاء الإداري فيه جريئا جدا.

4- لقد ضيق المشرع العراقي على القضاء الإداري العادي في كثير من المواضيع واهمها ما يخص بالمنفعة العامة.

5- لاتعتبر رقابة الموازنة خرقا لمبدأ الفصل بين السلطات،لأن القضاء الإداري له ان ينشيء القواعد القضائية والتي تتبلور الى قواعد قانونية كما فعل في رقابة الموازنة بين المنافع والاضرار.

6- لقد وضع القضاء مجموعة من معاير التي يقوم القاضي من خلالها بموازنة بين المنافع والاضرار،ولكن نرى بانه القضاء المصري والعراقي يطبقا معيار سمو المنفعة العامة فقط،دون ان يطبقا المعاير الاخري،وهذا دليل على ان القضاء العراقي والمصري يميل الى انحياز الى جانب الادارة عند اصدار القرارات التي تتعلق بموازنة بين المنافع والاضرار.

7- ان الموازنة بين المنافع والاضرار تعتمد على ايجاد نسبة من التفاوت الجسيم وليس البسيط،وعلى هذا الاساس يقرر القضاء الغاء القرار او عدم الغاءه.

8- لا توجد رقابة الموازنة بين المنافع والاضرار في مجال الترخيص للإجانب او الاقامة في القضاء العراقي او التشريعات العراقية،فقد غاب أي دور للقضاء العراقي في هذا المجال الى يومنا هذا.

9- ان هذه الرقابة لا تجعل القاضي الإداري يحل محل الادارة في التقدير،وبالتالي لا يخرج عن اعتباره قاضي المشروعية الى قاضي الملاءمة،وعلى ذلك عندما يجد القاضي الإداري عدم وجود توازن بين المنافع والاضرار في قرار الادارة يرد القرار لعدم مشروعيته وليس عدم ملاءمته.

2.4 التوصيات:

1- نؤكد ضرورة اتاحة الفرصة للقضاء الإداري كي يمارس رقابته على القرارات التي تتعلق بتقدير الادارة في موازنة بين المنافع والاضرار،لأنه الاقرب والاوعى لمشاكل الادارة،لذلك ندعو المشرع العراقي نقل اختصاص النظر في الدعاوى التي تتعلق بنزع الملكية من القضاء العادي أي(محاكم البداءة) الى القضاء الإداري بإعتباره الاكثر مؤهلا في رقابته على اعمال الادارة ومن ضمنه رقابة الموازنة.

2- نقترح الزام محكمة القضاء الإداري العراقي باعتبارها صاحبة الاختصاص بالنظر في الطعون المقدمة من قبل المتضرر من قرار الادارة بتفيعل رقابة الموازنة بين المنافع والاضرارالمتحصلة من قرار نزع الملكية للمنفعة العامة.

3- يجب ان تراعي تشريعات القانون الإداري هذا المبدأ القضائي المهم من اجل ان يصدر قرار الادارة اكثر رصانة وبتوازن حقيقي،وعدم تقييد الادارة والقضاء بقيود تجعل منهما الة صماء لتنفيذ القانون.

4- نوصي المشرعي العراقي بتوسيع اسباب الطعن في القرارات التي تقدم امام محكمة القضاء الإداري وعدم حصرها في ما ذكر في القانون،لأن ذلك سيخرج مواضيع كثيرة من ولايته بذريعة عدم خرقها لقاعدة قانونية،وسيكون ذلك مدعاة لإطلاق سلطة الادارة في مواضع تعد على تماس مباشر بحقوق وحريات المواطنين كحقه بالملكية وحقه بالتنقل وحقه في بيئة سليمة والخ..

5- ان الادارة في مجال التنظيمات العمرانية تمتع بسلطة واسعة،وبعيدة عن الرقابة،فينبغي وجود رقابة عليها خاصة علمنا بأن القانون خولها في بعض الاوقات اتخاذ اجراء استثنائي قد يتعارض معه في هذا المجال،فيجب عند كل سلطة تقديرية ان ترافقها رقابة قضائية تقوم هذه السلطة ولاتمنعها من اداء علمها.

6- نقترح على المشرع العراقي بتعديل نص المادة(11)فقرة(2)من قانون الاجانب النافذ رقم(118)لسنة(1978بحيث يعطي مجال واسعا للقضاء الإداري العراقي للنظر في الدعاوى التي تتعلق بالترخيص للأجانب،كي يقوم القضاء برقابته الموازنة بين المنافع والاضرار على القرارات في هذا المجال لحساسيتها وحيويتها وتعلقها بمبادىء الدولية وقيم الانسانية.

7- ان اعتبار المنفعة العامة متحققة من قرار الادارة غير قابلة للطعن فيها امام القضاء،يدعونا الى ضرورة المطالبة بتعديل او اضافة نص قانوني بعدم اعتبار المنفعة متحققة بقرار الادارة الا بعد النظر بالطعن امام محكمة القضاء الإداري واتخاذ جميع الاجراءات التي تضمن حق الفرد مع الادارة،على اعتبار ان هذه الرقابة من قبل القضاء الإداري تحمي حقوق الافراد من تعسف الادارة وتحقيق التوزان بين المصالح العامة والخاصة.

8- نقترح اضافة نص لقانون الاستملاك العراقي رقم 12لسنة 1981 ويخول القضاء التوسع في النظر في مدى المنافع والاضرار اسوة لما معمول به في فرنسا ومصر لكي ان يكون للمالك العقار ان يطعن ضد قرار الاستملاك الصادر بحقه امام القضاء الإداري،وذلك التعديل يجب ان يكون على نحو الاتي"(تنظر محكمة القضاء الإداري في مدى جدية تحقيق المنفعة العامة في المشروع المطلوب نزع الملكية العقار من اجله وتوازنها مع الاضرار التي تترتب عليه").

9- نقترح على القضاء المصري والعراقي ان يركزا على جميع المعايير التي يعتمد عليها مجلس الدولة الفرنسي عند اجراء رقابة الموازنة،لكي لم يعد يميل القضاء المصري والعراقي الى انحياز الى جانب الادارة عند اصدار القرارات التي تتعلق بموازنة بين المنافع والاضرار.

نوصي ان تشمل رقابة الموازنة جميع القرارات الإدارية وليس حصرها على بعض من القرارات،كونها نظرية مهم جدا كبح السلطة الادارة والحد من تعسفها.

5المصادر

1.5 الكتب

1- مصطفى مجيد،شرح قانون الاستملاك1981.،رقم12لسنة1981،دار الحرية للطباعة،بغداد.
2- -طعيمة الحرف،1978القانون الإداري،القاهرة.
3- سامي جمال الدين،2001،قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة دار الجامعية الجديدة.
4- فوزي فرحات،القانون الإداري العام،2004،التنظيم الإداري والنشاط الإداري،دون جهة ومكان النشر.
5- محمد رمضان بطيخ،1994،الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الادارة التقديرية وموقف مجلس الدولة المصري،دار النهضة العربية،القاهرة.
6- عدى شاهين،2016،رقابة القضاء على الموازنة بين المنافع والاضرار،لبنا مكتب زين الحقوقية،ط1.
7- خاليد سعيد محمد حماد،2013،دود الرقابة القضائية على السلطة التقديرية،دراسة مقارنة دار ابو مجلد،ط1.
8- حسن عبدالزهرة الدلفي،2019،السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء الإداري عليها،مركز دراسات العربية،ط1.
9- نبيلة عبدالحليم كامل،1993،درو القاضي في الرقابة على الشروط امنفعة العامة، الاتجاه الحديث في فرنسا و مصر ،بغداد،العراق.
10- محمود سلامة الجبر،نظرية الغلو البين في قضاء الالغاء2007،،ط2،القاهرة7.
11- يسرى محمد العطار،مبدأ حظر توجيه اوامر من القاضي الإداري،دار النهضة العربية،200،القاهرة.
12- سيمان محمد الطاوي،القضاء الإداري ورقابة الاعمال الإدارية1981،،ط1،دار الفكر العربي،القاهرة.

2.5 الرسائل والاطاريح

1- عدي طلال محمود شاهين،رقابة القضاء على الموازنة بين المنافع والاضرار في القرار الإداري،رسالة ماجستر كلية الحقوق،جامعة الموصل،2006،ص93.
2- وناس عقيلة،النظام القانوني لنزع الملكية للمنفعة العامة في التشريع الجزائري،رسالة ماجستر،كلية الحقوق،جامعة الحاج لخضر باتنة،2006،ص4.
3- علي حسين احمد،الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة،دراسة مقارنة،اطروحة دكتورا،كلية القانون،جامعة بغداد،20005.
4- عبدالمقصود توفيق احمد، نظرية الموازنة بين المنافع والاضرار رسالة دكتورا،كلية الحقوق جامعة اسيوط،2010،ص94.
5- على حسين احمد،الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية،دراسة مقارنة،اطروحة دكتورا،جامعة بغداد،2000،.
6- قرار محكمة القضاء الإداري المصري رقم 553 في 1992/4/26.الموسوعة الإدارية الحديثة،ج37،مصدر سابق.

3.5 المجلات:

1- عبدالباقي نعمة عبدالله،نزع الملكية امتياز مقرر للإدارة،بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية،مجلد2،العدد1978،1،ص174.
2- مايا نزارابودان،الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري،دراسة مقارنة مصر لبنان فرنسا،المؤسسة الحديثة للكتاب،لبنان،ط2011،1،ص107.
3- رمضان محمد بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي،دار النهضة العربية،القاهرة،2010،ص 334-336
4- حكم محكمة التمييز المرقم/96،حقوق عقاري/1961 في 1961/11/23/،مشنور في مجلة القضاء،العدد1،السنة19،ص144.
5- مجلة ديوان التدوين القانوني،العدد الاول،1966

4.5 القرارات المحاكم

1- قرار مجلس الدولة الفرنسي في1997/3/28،منشور في الشبكة الاعلامية للانترنت على الموقع،WWW.RAIF.ORG.
2- حكمها في القضية 193السنة22ق،المجموعة السنة23،ص58
7- حكم محكمة التمييز المرقم/96،حقوق عقاري/1961 في 1961/11/23/،مشنور في مجلة القضاء،العدد1،السنة19،ص144.
8- حكم محكمة استئناف البصرة بصفتها التمييزية،المرقم 596/ت/ب/2012،في 2012/12/26،منشور في جريدة التشريع والقضاء،مصدر سابق،ص227،غير منشور.
9- قرار محكمة بداءة الكاضمية،رقم 2375 ح/965 في 1963/5/7 مشنور في مجلة ديوان التدوين القانوني،ع3،السنة1963،3،ص169
10- قرار محكمة القضاء الإداري المرقم 2004/92 في 2004/4/1 القرار غير منشور.
11- قرار المحكمة الاتحادية رقم 2005/5 في 2005/8/17 القرار غيرمنشور.
12- حكم محكمة القضاء الإداري المصري،رقم6277 في 1987/1/6،
13- قرار محكمة القضاء الإداري المصري،رقم 1/142 في 1948/1/27.

5.5 القوانين

1- القانون المدني الفرنسي اللسنة (1804).
2- قانون رقم(10) لسنة (1990) نزع الملكية العامة المصري

3- الدستور العراقي الدائم لسنة2005.
4- قانون الاستملاك العراقي الرقم 12 لسنة 1981 النافذ.
5- قانون قامة الاجانب رقم 118 لسنة 1987
6- قانون ادارة البلديات رقم 165 لسنة 1964

الهوامش

[i] - سامي جمال الدين،قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة دار الجامعية الجديدة،2010،ص233

[ii] - فوزي فرحات،القانون الاداري العام،التنظيم الاداري والنشاط الاداري،دون جهة ومكان النشر ،2004،ص174.

[iii] -نبيل عبدالحليم كامل،مصر سابق،ص20.

iv - محمد رمضان بطيخ،الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الادارة التقديريةوموقف مجلس الدولة المصري،دار النهضة العربية،القاهرة،1994، ص312.

[v] - قرار مجلس الدولة الفرنسي في1997/3/28،منشور في الشبكة الاعلامية للانترنت على الموقع،WWW.RAIF.ORG.

[vi]- محمد رمضان بطيخ،مصدر سابق،ص313

[vii] - مايا نزارابودان،الرقابة القضائية على التناسب في القرار الاداري،دراسة مقارنة مصر لبنان فرنسا،المؤسسة الحديثة للكتاب،لبنان،ط2011،1،ص107.

[viii] - عدى شاهين،رقابة القضاء على الموازنة بين المنافع والاضرار،لبنا مكتب زين الحقوقية،ط1، 2016، ص63.

[ix] - ماهر صالح علاوي،الرقابة على تحقق النفع العام في قرار الاستملاك، دراسة مقارنة،مجلة العلوم القانونية،مجلد10،ع1994،1ص61.

[x]- علي حسين احمد،الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة،دراسة مقارنة،اطروحة دكتورا،كلية القانون،جامعة بغداد،2000،ص195.

[xi] - احمد احمد الوافي،فكرة المنفعة العامة في نزع الملكية الخاصة(النظرية الموازنة) دراسة مقارنة ردون مكان و سنة النشر ،ص146.

[xii] - مايا نزار ابودان/مصدر سابق،ص102

[xiii] - رمضان محمد بطيخ،مصدر سابق،ص310

[xiv] - مايا نزا ر ابودان،مصدرسابق،ص164.

[xv] -مايا نزار ابودان،مصدر سابق،ص114.

[xvi] - احمد احمد الوافي،مصدرسابق،ص238.

[xvii] - خاليد سعيد محمد حماد،حدود الرقابة القضائية على السلطة التقديرية،دراسة مقارنة دار ابو مجلد، ط3013،4ص785

[xviii] - محمود سلامة جبر،رقابة مجلس الدولة الفرنسي على الغلط البين في تكيف الوقائع وتقديرها في دعوى الالغاء،دراسة مقارنة،رسالة دكتورا،كلية الحقوق،جامعة عين الشمس، 1992،ص177.

[xix] -احمد احمد الوافي،المصدر السابق،ص239.

[xx] - خاليد سيد محمد،مصدر سابق،ص784.

[xxi] -حسن عبدالزهرة الدلفي،السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء الاداري عليها،مركز دراسات العربية،ط1، 2019،ص244.

[xxii] - عدي شاهين،مصدر سابق،ص176.

[xxiii] - مايا نزار ابودان،مصدر سابق،ص116.

[xxiv] - حسن عبدالزهرة دلفي،مصدر سابق،ص248

[xxv] -ثروت عبدالعال احمد ،حدود رقابة المحكمة الادارية العليا على احكام المحاكم التأديبية،دار النهضة العربية،القاهرة،2003، ص 363

[xxvi] - عبدالمقصود توفيق احمد، نظرية الموازنة بين المنافع والاضرار رسالة دكتورا،كلية الحقوق جامعة اسيوط،2010،ص94.

[xxvii] - عبدالمقصود توفيق احمد،المصدر السابق،ص249.

[xxviii] -رمضان محمد بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي،دار النهضة العربية،القاهرة،2010،ص 334-336.

[xxix] -عبدالمقصود توفيق احمد،نظرية الموازنة،مصدر سابق،ص98.

[xxx] -خليفة سالم الجهيمي،مصدر سابق،ص164.

[xxxi] -مايا نزار ابودان،مصدر سابق،ص130.

[xxxii] - خليفة سالم الجهمي،المصدر السابق،ص163

[xxxiii] -مايا نزار بودان،مصدر سابق، ص129.

[xxxiv] -على حسين احمد،الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية،دراسة مقارنة،اطروحة دكتورا،جامعة بغداد،2000،ص127.

[xxxv]

[xxxvi] - رمضان محمد بطيخ،مصدر ساب،ص280.

[xxxvii] -عدى شاهين،مصدر سابق،ص71

[xxxviii]

[xxxix] -سامي جمال الدين،مصدر سابق،ص237.

[xl] -ماهر صالح علاوي،مصدر سابق،ص81.

[xli] -عدى شاهين،مصدر سابق،ص104.

[xlii] -على حسين احمد،مصدر سابق،ص207.

[xliii] - ص المادة (545)من القانون المدني الفرنسي لسنة(1804).

[xliv] - وناس عقيلة،النظام القانوني لنزع الملكية للمنفعة العامة في التشريع الجزائري،رسالة ماجستر،كلية الحقوق،جامعة الحاج لخضر باتنة،2006،ص4

[xlv] - مايا نزار ابودان،مصدر سابق،ص158

[xlvi] رمضان محمد بطيخ،مصدر ساب،ص319.

[xlvii] -زروق العربي،نظرية الموازنة بين المنافع والاضرار،مقال سابق،ص134.

[xlviii] -مايا نزار ابودان،مصدر سابق،ص159

[xlix] محمود سلامة جبر،نظرية الغلو البين في قضاء الالغاء،ط2،القاهرة،2007،ص161

[l]- علي حسين احمد،الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة،دراسة مقارنة،اطروحة دكتورا،كلية القانون،جامعة بغداد،2000،ص195.

[li] - احمد احمد الوافي،مصدر سابق،ص225 ومابعدها

[lii] - نص المادة(1)من قانون نزع الملكية العامة المصر رقم(10)لسنة(1990)

[liii] - عدي طلال محمود شاهين،رقابة القضاء على الموازنة بين المنافع والاضرار في القرار الاداري،رسالة ماجستر كلية الحقوق،جامعة الموصل،2006،ص93.

[liv] - طعيمة الحرف،القانون الاداري،القاهرة،1978،ص721.

[lv] -سليمان محمد الطماوى،مصدر سابق،ص955.

[lvi] - حكمها في القضية 193السنة22ق،المجموعة السنة23،ص58

[lvii] - سعيد محمود الديب،موسوعة الاحكام المحكمة الادارية العليا المصر،الطعن رقم 8761 لسنة 46 ق.ع،جلسة،2003/2/22،مصدر سابق.

[lviii] - سليمان محمد الطماوى،مصدر سابق،ص95.

[lix] - مصطفى مجيد،شرح قانون الاستملاك،رقم12لسنة1981،دارالحرية للطباعة،بغداد،1981،ص10

[lx] - نص المادة 23/ثانيا من الدستور العراقي الدائم لسنة2005.

[lxi] -حكم محكمة التمييز المرقم/96،حقوق عقاري/1961 في 1961/11/23/،مشنور في مجلة القضاء،العدد1،السنة19،ص144.

[lxii] - عبدالباقي نعمة عبدالله،نزع الملكية امتياز مقرر للإدارة،بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية،مجلد2،العدد1978،1،ص174.

[lxiii] -مصطفى مجيد،شرح قانون الاستملاك المرقم 12 لسنة 1981،دار الحرية للطباعة،بغداد،1981،ص9.

[lxiv] قانون الاستملاك العراقي رقم 12 لسنة 1981،منشور في جريدة الوقائع العراقية، رقم 3817،سنة1981.

[lxv] -عدي شاهين،مصدر سابق،ص126-127.

[lxvi] -حكم محكمة استئناف البصرة بصفتها التمييزية،المرقم 596/ت/ب/2012،في 2012/12/26،منشور في جريدة التشريع والقضاء،مصدر سابق،ص227،غير منشور.

[lxvii] -قانون التعدل الخامس لقانن مجلس شورى الدولة العراقي،رقم 65لسنة 1979،المرقم 17،لسنة 2013.

[lxviii] -قرار مجلس الدولة الفرنسي المرقم 531 في 1973/7/18،نقلا عن رمضان محمد بطيخ،مصدر سابق،ص327.

[lxix] - المادة 2 من قانون رقم 10 لسنة 1990 المنضم لنزع الملكية العقارات للمنفعة العامة.

[lxx] -قرار محكمة القضاء الاداري المصري رقم 553 في 1992/4/26.الموسوعة الادارية الحديثة،ج37،مصدر سابق،ص102.

[lxxi] -قرار محكمة بداءة الكاضمية،رقم 2375 ح/965 في 1963/5/7 مشنور في مجلة ديوان التدوين القانوني،ع3،السنة1963،3،ص169

[lxxii] قرار محكمة القضاء الاداري المرقم 2004/92 في 2004/4/1 القرار غير منشور.

[lxxiii] -قرار المحكمة الاتحادية رقم 2005/5 في 2005/8/17 القرار غيرمنشور.

[lxxiv] -يسرى محمد العطار،مبدأ حظر توجيه اوامر من القاضي الاداري،دار النهضة العربية،القاهرة،2000،ص278.

[lxxv] حكم مجلس الدولة الفرنسي في 1997/10/4،نقلا عن يسرى محمد عصار ،المصدر السابق،ص 287

[lxxvi] -قرار محكمة القضاء الاداري المصري، رقم 1/142 في 1948/1/27.نقلا عن مايا نزار ابودان،مصدر سابق،ص157.

[lxxvii] -حكم محكمة القضاء الاداري المصري،رقم6277 في 1987/1/6،نقلا عن فاروق عبدالبر،مصر سابق،ص563.

[lxxviii] الفقرة 2 من المادة 11 من قانون اقامة الاجانب رقم 118 لسنة 1978،المعدل.