الوسائل الوقائية للحد من الضرر الطارئ في الاستملاك

(دراسة مقارنة)

أ.د وسن قاسم غني الخفاجي الباحث/ عباس علي صاحب حسين

جامعة بابل/ كلية القانون

تاريخ استلام البحث ٢٠٢٣/٢/٦ تاريخ قبول البحث ٢٠٢٣/٣/١٨ تاريخ نشر البحث ٢٠٢٣/٣/٣٠

https://doi.org/10.61353/ma.0120273

إذا كانت غاية الاستملاك تحقيق المنفعة العامة ، ولكن قد يترتب على قيام الإدارة بالإستملاك أحداث أضرار جسيمة تارةً تفوق المنافع المراد تحقيقها ، فنكون بصدد تعارض بيّن مصلحتين عامتين أو تارةً أخرى يترتب أحداث أضرار في واقع المنفعة الخاصة ، فتتضرر عقارات معينة من هذا الاستملاك ، فنكون بصدد التعارض بيّن المصلحة العامة والمصلحة الخاصة ، وهذا الضرر ليس ناتج عن اتجاه اراده الادارة المستملكة في تحقيقه بصورة مقصودة ، وإنما نشأ بصورة طارئة وعرضية بسبب نوع المنفعة الناتجة من المشاريع المقامة على العقار المستملك ، مما دعا بعض التشريعات إلى التصدي بوسائل وقائية ، تمثلت بالرقابة القضائية الواسعة للموازنة بيّن الأضرار والمنافع التي يمكن ان تتحقق فيما لو تم الاستملاك، عندما يحدث تعارض بيّن مصلحتين عامتين، أما في الصورة الثانية من التعارض فالرقابة القضائية لا توفر الحماية للمصلحة الخاصة لأن عند تعارضها مع المصلحة العامة ترجح الأخيرة على الأولى، لذا اعتمد المشرع وسيلة وقائية أخرى تمثلت بالتشريعات العادية والفرعية المنظمة في قيام المنفعة العامة.

If the purpose of the acquisition is to achieve the public benefit, however, the management's acquisition of the property may result in severe damages that sometimes exceed the benefits intended to be achieved, there is a conflict between two public interests Or other times, damages are caused in the reality of the private benefit, certain properties are affected by this acquisition, we are in the process of conflicting between the public interest and the private interest. This damage is not the result of the intentional direction of the possessed administration's will to achieve it, rather, it arose in an emergency and accidental way because of the type of benefit resulting from the projects built on the expropriated property, this prompted some legislations to confront with preventive means represented by extensive judicial oversight to balance the harms and benefits that could be achieved if the expropriation took place. When there is a conflict between two public interests,as for the second form of conflict, judicial oversight does not provide protection for the private interest, because when it conflicts with the public interest, the latter prevails over the former, therefore, the legislator adopted another preventive means represented by the regular and subsidiary legislation regulating the establishment of the public interest.

الكلمات المفتاحية: الوسائل، الوقائية، الضرر، الاستملاك، المقارنة.

المقدمة

أولاً: التعريف بموضوع البحث :-

بماً الإدارة مكلفة بمهمة القيام بالتحسين من واقع المرافق العامة للمجتمع الصحية والمدنية والصناعية والزراعية ...الخ، ورغبة منها في مجاراة التطور العمراني في تنظيم المدن ، فقد تضطر الإدارة إلى المساس بالملكية الفردية ونزع الملكية من أجل قيام المشروع لتحسين من واقع المنفعة العامة ، ألاَ إنَّه قد يطرأ في بعض الأحيان ضرراً بسبب نوع المشروع المقام للمنفعة العامة ونشاطه ، وهذا الضرر يختلف من حيث مدى جسامته، فتارة يحقق المشروع المقام للمنفعة العامة منافع أكثر من الإضرار التي يخلفها . وفي هذا الصدد نكون أمام تعارض بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة .

وتارة أخرى، يحقق نوع المشروع المقام أضراراً جسيمة تفوق المزايا والمنافع المراد تحقيقها منه. وفي هذا الصدد نكون أمام تعارض بين مصلحتين عامتين ، وأزاء ذلك فالمشرع وضع وسائل وقائية لهذا التعارض بين المصالح .

ثانياً: أشكالية البحث :

تتجلى إشكالية البحث بعدة بتساؤلات نبيّنها بالآتي :-

١- ما الضرر الطارئ في الاستملاك وبما يختلف عن الضرر العادي في الاستملاك؟ وما هي صوره ؟

٢- ما الوسائل الوقائية التي انتهجها المشرع للحماية من ضرر الاستملاك ؟ وفي أي صورة من التعارض بين المصالح؟.

ثالثاً: نطاق البحث:

يتحدد نطاق دراسة موضوع الوسائل القانونية للحد من الضرر الطارئ في الاستملاك في التشريع العراقي، والتشريعات المقارنة المصري والفرنسي، مع الإشارة إلى موقف بعض التشريعات الأخرى كلما أقتضت الضرورة لذلك .

رابعاً: منهجية البحث

إنَّ المنهج المتبع الذي اقتضت منا دراسة الأشكالية، هو المزج بين بعض المناهج العلمية في أطار ما يسمى بالتكامل المنهجي ،إذ أستعملنا المنهج الوصفي في توضيح الوسائل الوقائية للحد من الضرر الطارئ في الاستملاك ، والمنهج التحليلي في تحليل النصوص القانونية والتنظيمية وآراء الفقهاء ، وكذلك الأحكام القضائية المتعلقة بها.

خامساً: خطة البحث:

لغرض الإلمام بمختلف جوانب الموضوع والإجابة على مختلف التساؤلات، أعتمدنا التقسيم الثنائي للخطة على شكل مبحثين ، نتناول في المبحث الأول مفهوم الضرر الطارئ في الإستملاك ، والذي سنقسمه على مطلبين، نتناول في الأول تعريف الضرر الطارئ في الإستملاك، وفي الثاني شروط الضرر الطارئ في الإستملاك

إما المبحث الثاني الوسائل الوقائية للحد من الضرر الطارئ في الاستملاك ، والذي نقسمه على مطلبين، نتناول في الأول الوسيلة الوقائية للحد من الضرر الطارئ الذي يمس المصلحة العامة، أما المطلب الثاني فسنتناول فيه الوسيلة الوقائية للحد من الضرر الطارئ الذي يمس المصلحة الخاصة.

المبحث الأول :مفهوم الضرر الطارئ في الإستملاك

من المهام الأساسية التي تقوم بها الإدارة هو تحسين واقع المنفعة العامة للمجتمع، فقد تقتضي المصلحة العامة، نزع الملكية الخاصة لتحقيق هذا الهدف [١]، وهو المبرر الذي أعطى المشرع له المشروعية لجواز انتزاع الملكية الخاصة من قبل الإدارة [٢] .

ولكن قد يترتب على قيام الإدارة بالإستملاك أنْ تحدث أضرار طارئة تمس المصلحة العامة للمجتمع ، أو أضرار تمس المصلحة الخاصة لبعض الأفراد، فتتضرر عقارات معينة من هذا الاستملاك ، وهذا التضرر بالمنفعة الخاصة للملاك ليس ناتج عن اتجاه اراده الادارة المستملكة في تحقيقه بصورة مقصودة ، وإنما نشأ بصورة طارئة وعرضية بسبب المنفعة الناتجة من المشاريع المقامة على العقار المستملك .

ولغرض بيان مفهوم هذا الضرر بصورة مفصلة، سنقسم البحث على مطلبين، نتناول في الأول تعريف الضرر الطارئ في الإستملاك، وفي الثاني شروط الضرر الطارئ في الإستملاك.

المطلب الأول: تعريف الضرر الطارئ في الإستملاك

إن الضرر[٣] هو الشرارة الأولى التي يبدأ معها التفكير في مساءلة من يتسبب فيه وفق قواعد المسؤولية المدنية [٤]، فوفقاً للقواعد العامة في القانون المدني ألزم المشرع المتسبب في الضرر بتعويض المضرور عن الضرر الذي إصابهُ ، إلا أن المتسبب في أحداث الضرر قد تكون جهة الإدارة وهي بصدد القيام بمهامها لخدمة الصالح العام ، فعلى وفق المبدأ السائد قديما عدم مسائلة الإدارة عن اعمالها وهي بصدد تحقيق المصلحة العامة ، لإنها صاحبة سيادة وسلطان ، ففي فرض وان حدث ضرراً فعلى المضرور تحمل ذلك والتضحية بجزء من مصلحته الخاصة في سبيل المصلحة العامة التي تنشدها الدولة[٥] .

فهذا المبرر وان كان مقبولا عندما كانت انشطة الدولة محدودة ومهامها محصورة في نطاق ضيق ، ولكن بعد التطورات السياسية والاقتصادية والاجتماعية وتدخلها في معظم مرافق المجتمع من خلال القيام

بالعديد من المشروعات التي تحقق النفع العام [٦] وما أسفر عن ذلك ازدياد احتمالات وقوع الضرر في عمل الإدارة فلم يعد مقبولا الاستمرار في إعفاء الدولة من المسؤولية بشكل مطلق ، ومن غير المبرر عدم جبر الضرر الذي تلحقه بالأشخاص نتيجة اعمالها[٧] .

فالاستملاك باعتباره عملاً من أعمال الإدارة سواء كان بالاتفاق أو بالإجبار يرتب أضراراً مادية ومعنوية لصاحب الحق العيني على الشيء المنزوع وهذه الاضرار في ذاتها موجبة للتعويض[٨].

وبناء على ذلك تركزت تعريفات الفقهاء على ضرر الإستملاك بأنه يقع نتيجة حرمان المالك من عقاره جبراً لتخصيصه للمنفعة العامة [٩] ، أو بعبارة أخرى انتزاع المال قهراً عن مالكه بواسطة الإدارة [١٠] .

فمن خلال ما تقدم يتبين لنا أن ضرر الاستملاك هو فقدان الشخص حقه العيني جراء انتزاعه من قبل الإدارة ، وهنا تكمن خطورة قيد الاستملاك الذي يرد على الملكية الخاصة، بسبب الضرر المتحقق، فهذا النوع من الضرر يتصف دائماً بأنه محقق الوقوع في كل عملية استملاك، ولهذا اتفق موقف المشرع في التشريعات المقارنة في استحقاق تعويض عادل لأصحاب الملكية الخاصة [١١] .

ولكن قد يحدث في بعض حالات الاستملاك ضرراً يصيب العقارات غير المستملكه، ينشأ بسبب المنفعة العامة المراد قيامها على العقار المستملك ، فهو قد يطرأ على الجزء المتبقي من العقار المستملك، أو قد يطرأ على العقارات المجاورة للعقار المستملك، أوقد يتخلف من المشروع المقام للمنفعة العامة اضراراً جسيمة تفوق منافعه، ويرجع ذلك إلى عدة عوامل ملابسة لعملية الاستملاك منها موقع العقار، المنفعة العامة أي نوع المشروع المراد قيامة على العقار المستملك ، جنس وصنف العقار ..الخ

والضرر الذي يطرأ قد يتمثل في صورة النقصان في المنفعة، أو في صورة انخفاض القيمة النقدية للعقارات المجاورة بسبب نوع المشروع المقام للمنفعة العامة أو نشاطه .

وبهذا المعنى فالضرر الطارئ هو ضرر مستقل عن ضرر نزع الملكية من حيث اسبابه و نتائجه ، فكل عملية أستملاك توقع ضرر أصيل وهو ضرر يحدث في كل عملية استملاك، بينما الضرر الطارئ لا يحدث في كل عملية استملاك، الإ إذا وجدت أسباب نشأته إذ لا يوجد الأخير إلا بوجود الأول، غير أن وجود الأول لا يعني دائما أن يستجد الثاني . ومؤدى ذلك فالضرر الطارئ في حالة حدوثه يتصف بصفة التبعية لضرر الاستملاك .

وضرر الاستملاك يتمثل فيما أوجبته التشريعات من تعويض المالك جراء نزع ملكيته جبراً وهذا ضرر ثابت الحدوث ومتوقع، إذ لا يتصور أن تتم عملية أستملاك دون وقوع ضرر على المستملك منه، بينما الضرر الطارئ غير ثابت الحدوث في كل عملية أستملاك، إذ قد لا يقع بل قد يقع تحسن في المنفعة أو القيمة النقدية، وذلك يرجع إلى حسب نوع المنفعة العامة المراد تنفيذها من الإستملاك .

وأزاء هذا التميّز للضرر الطارئ عن الضرر العادي في الاستملاك، فقد خصه المشرع العراقي بتنظيم قانوني في قانون الإستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ النافذ ، في الباب الخامس تحت عنوان التضرر بسبب الإستملاك، ونال أهتمام المشرع من حيث تقسيمه إلى نوعين ، فتناول النوع الأول في الفصل الأول تحت مسمى تضرر المستملك منه بسبب الاستملاك ، وتناول النوع الثاني في الفصل الثاني تحت عنوان تضرر الغير بسبب الاستملاك، كما أنه توسع في تنظيم احكامه بنصوص قانونية متعددة .

وهذا يدلل على أن فكرة الضرر الطارئ أخذت بالبروز في الواقع العملي باعتبارها ظاهرة اجتماعية ، لذلك رأى المشرع بأنه من الضروري وضع تنظيم قانوني لها .

ومؤدى ذلك أن الضرر الطارئ في الإستملاك لم يقع نتيجة لإخلال الجهة المستملكة بالتزام عقدي أو قانوني سابق، وإنما قد يحدث نتيجة لقيامها بتطبيق قانون الإستملاك هو تحقيق المنفعة العامة .

وكذلك الأمر في موقف التشريعات المقارنة ففي قانون نزع الملكية الفرنسي رقم ١٣٤٥ لسنة ٢٠١٤ النافذ، لم يوّرد تعريفاً للضرر الطارئ وإنما أقتصر على تنظيم أحكامه .

أما موقف المشرع المصري فهو الآخر لم يوّرد تعريفاً للضرر الطارئ في الإستملاك، وإنما نظم أحكامه القانونية في الباب الخامس تحت مسمى أحكام عامة ووقتية في مادتين (١٧ و ٢١) من قانون نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ المعدل .

وإزاء هذا النقص في تعريف الضرر الطارئ تبرز الضرورة النظرية إلى وضع تعريف للمصطلح ، فإذا نظرنا إليه من زاوية صوره وأنواعه يمكننا ان نضع التعريف الآتي : " فهو النقصان في القيمة النقدية أو المنفعة أو كلاهما، تصيب الجزء المتبقي من العقار المستملك أو العقارات المجاورة له أو كلاهما بسبب فعل الإدارة المستملكة ".

أما بالنسبة للموقف القضائي ، فمن خلال تتبعنا فيما تيسر لنا من القرارات القضائية فلم نجد تعريفاً أيضاً لهذا النوع من الضرر . وهذا يمثل وضعاً طبيعياً إذ ليس من مهمة القضاء إصدار التعريفات إلا بصدد مصطلح ينتابه الغموض في تفسيره أو في تحديد نطاقه في التطبيق العملي .

المطلب الثاني: شروط الضرر الطارئ في الاستملاك

يعد الضرر أحد أركان المسؤولية المدنية عموماً ، بل هو جوهرها [١٢] ، فلا مسؤولية حيث لا ضرر، والأخير ركن لازم في المطالبة بالتعويض ، فحيث لا ضرر فلا تعويض مهما وقع من خطأ أو فعل [١٣]، ولكن لا يكفي مجرد وجوده كي يستطيع المتضرر المطالبة بالتعويض عنه فلا بد من توفر بعض الشروط فيه .

وشروط الضرر الطارئ هي شروط الضرر عموماً ، فينبغي أن يكون الضرر مادياً ومباشراً ومؤكداً لا احتمالياً . ولتجنب تكرار القواعد العامة، وبقدر تعلق الأمر بالضرر الطارئ سنتناول هذه الشروط بالفقرات الآتية:

أولاً– أنْ يكون الضرر مادياً

يتمثل بالضرر الناتج عن عملية الإستملاك، والذي يؤدي إلى انتزاع ملكية العقار من صاحبه جبراً عنه[١٤]، أي بعبارة أخرى هو ضرر فقدان المالك حقه العيني وما عليه من مغروسات أو منشآت [١٥] ، وهذا يمثل أحد مصاديق الضرر المادي الذي يصيب الشخص من الناحية المالية[١٦].

وهذا هو الضرر القابل للتعويض لدى المشرع في التشريعات المقارنة حيث أشترطت في الضرر الموجب التعويض عنه في مجال نزع الملكية، أن يكون مادياً [١٧] ، بمعنى أن يكون التعويض عن الخسارة المالية التي لحقت بالمالك [١٨] .

إما بالنسبة للضرر الطارئ بسبب الاستملاك فمن خلال صوره التي سبق وان تبينت لنا أنها تتمثل بالنقصان في القيمة النقدية أو بالمنفعة وهذه الصور ذات طبيعة مادية، أي إنها اضراراً تصيب المضرور من الناحية المالية ، فقد يحدث الضرر بسبب الاستملاك الجزئي كما في حالة نزع عقار مكون من عدة طوابق في جزءٍ منه فهدم الجزء يترتب عليه انهيار الجزء الآخر[١٩].

فالمتأمل من هذا المثال إن الضرر وقع في كلآ الصورتين، فالتشريعات المقارنة اعتبرته من قبيل الأضرار القابلة للتعويض[٢٠]، فالضرر في هذا المثال وغيره من الأمثلة يصيب المضرور من الناحية المالية. أو قد يتمثل الضرر في صورة نقصان القيمة النقدية للجزء المتبقي من العقار وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية " ...أو نقصت قيمة الجزء الذي ينزع ملكيته بسبب أعمال المنفعة العامة فيجب مراعاة هذه ... والنقصان على إلا يزيد المبلغ الواجب إسقاطه أو إضافته في أي حال على نصف القيمة التي يستحقها المالك " [٢١] .

أو قد يحدث الضرر بسبب نوع المنفعة المقامة على العقار المستملك، فتصيب أصحاب العقارات المجاورة من الناحية المالية، في صورة نقصان القيمة النقدية للعقارات المجاورة، دون أن يصيبه تلف مادي ، كما في العقارات التي تعتمد قيمتها إلى حد كبير على موقعها ، ومثال ذلك قد يؤدي استغلال مصنع وتشغيله في بعض الظروف إلى إنقاص قيمة العقارات المجاورة كإنشاء معمل للجلود تنبعث منه الروائح الكريهة على مدى

الايام أو تشغيل معمل تصدر من المكائن المنصوبة فيه أصوات مزعجة وضوضاء شديد للمناطق السكنية المجاورة مما يؤدي إلى نقصان القيمة النقدية لهذه العقارات[٢٢].

إما الأضرار الأدبية في أطار مفهومه العام، فهو أذى يلحق بمصلحة غير مالية لصاحب الشأن فيمس كيانه المعنوي فيصيب الشخص في إحساسه وشعوره أوعاطفته أو شرفه أو كرامته أو سمعته [٢٣]

فهذا النوع من الضرر قد يحدث بسبب نزع الملكية والتي لا تقل شأناً عن الضرر المادي بل أحياناً قد تفوقه فيما إذا تم اعتماد معيار شخصي لتقدير الضرر [٢٤] .

ولم يقرّ المشرّع في التشريعات المقارنة، التعويض عن هذا النوع من الضرر[٢٥] ، ويسبب البعض ذلك أنَّ الضرر القابل للتعويض عنه ،هو الضرر المادي فقط، لأنه قابل للتقدير بالنقود، أما الضرر الأدبي فلا يمكن تقديره بالنقود؛ لأنه لا يمس مصلحة مالية للمضرور[٢٦]، كما يرى البعض أنَّه يصعب على الجهة المستملكة تحديده وتقديره ؛لأنَّ معاييره شخصية ، والأخيرة تعد من الأمور النفسية مما يجبر القضاء إلى البحث في الرضا أو القبول والذكريات والمشاعر التي تربط بين المالك وملكيته العقارية ، كما أن الأخذ بالمعيار الشخصي في التعويض سيختلف معه التقدير تبعاً لشخصية كل مالك وأفكاره ومشاعره ، مما يؤدي إلى أن المالك قد يبالغ في تقدير ضرره المعنوي [٢٧] .

ويرى البعض أنَّ المشرع لا يريد التوسع في نطاق الضرر، لأنَّ الأمر لا يتعلق في الحقيقة بالتعويض عن فعل ضار، وإنما يتعلق بالتعويض عن نزع ملكية وتحويل الملكية الخاصة إلى السلطة العامة في مقتضيات تحقيق المنفعة العامة [٢٨] .

فالتعويض عن الضرر الطارئ في الاستملاك لا يكون إلاَّ على الضرر المادي الوارد على حق عقاري[٢٩]، ومؤدى ذلك لا يستطيع المستملك منه أنْ يطالب عن التعويض المعنوي كحرمانه من المزايا المعنوية، كان يراها المالك في ملكيته كاختيار الجيران الذين سيحرم منهم، أو الارتباط بأصل الأرض للعائلة .

فلهذه الأسباب التي ادت إلى عدم أقرار المشرع التعويض عن الضرر المعنوي ، وأدت بالمشرع إلى الخروج عن القاعدة العامة في التعويض هو مبدأ الجبر الكامل للضرر وأستغنى عنه بمبدأ آخر هو مبدأ التعويض العادل

ثانياً– أنْ يكون الضرر مباشراً

يقصد به أنَّ الضرر كان نتيجة مباشرة للفعل في قيام العلاقة السببية[٣٠]. والضرر المباشر يشترط فيه ان يكون نتيجة متوقعة في المسئولية التعاقدية فقط أما في المسؤولية التقصيرية فلا يشترط فيه ذلك لأنها ترتب التعويض عن الضرر المباشر سواء توقعه الفاعل أم كان غير متوقع [٣١] . وبيّن أن يكون غير مباشر فهو الذي تنقطع فيه العلاقة السببية بعامل آخر مستقل عن أرادة الفاعل [٣٢] .

فالضرر المباشر في الاستملاك يقصد به أن يكون الضرر ناتج مباشرة عن فعل نزع الملكية، بحيث توجد علاقة سببية بين فعل نزع الملكية والنتيجة التي هي الضرر(٣٣) ، اما إذا انتفت هذه الرابطة السببية فإن دعوى التعويض ترفض حتماً (٣٤) .

إما في الضرر الطارئ، فالعلاقة السببية في الضرر المباشر كان محل أختلاف لدى التشريعات المقارنة ، وبحسب نوعي الضرر الطارئ ، ففي الضرر الذي يطرأ على المستملك منه في الإستملاك الجزئي ويؤدي إلى تعذر الانتفاع بالجزء المتبقي، فالمشرع العراقي وكذلك المصري أشترط بصورة صريحة أن يكون الضرر ناتج مباشرةً من فعل نزع جزء من العقار(٣٥).

إما في صورة الضرر الذي يؤدي إلى نقصان في القيمة النقدية، فالمشرع المصري كان لدية تصوير آخر فأشترط أن تكون للعلاقة السببية في هذا النوع من الضرر ناتج مباشرةً من المنفعة العامة المقامة على العقار المستملك (٣٦) ، فالمشرع أعد الضرر الناتج من المنفعة العامة من قبيل الأضرار المباشرة وأوجب على لجنة التثمين أنْ تراعي هذه الأضرار في تقدير التعويض، هو ضرر الاستملاك ،وكذلك مايطرأ من ضرر بسبب أعمال المنفعة في غير مشروعات التنظيم داخل المدن (٣٧) .

بينما المشرع العراقي، لم يقر التعويض لهذه الصورة من الضرر في قانون الإستملاك، إذ اعدها من قبيل الإضرار غير المباشرة، فالعلاقة السببية تكون منقطعة ، فلا موجب لإستحقاق التعويض.

في حين موقف المشرع الفرنسي فحتى يمكن التعويض عن ضرر الاستملاك يجب أن يكون ناتج مباشرة عن الإستملاك أي تقوم على وجود الرابطة السببية ومؤدى ذلك تستبعد الأضرار التي لا يكون مصدرها نزع الملكية (٣٨) .

وفي النوع الثاني وهو الضرر الطارئ الذي يصيب العقارات المجاورة ، فاستملاك العقار بحد ذاته لا يطرأ منه ضرراً للعقارات المجاورة ، وإنما قد ينشأ الضرر بسبب نوع المنفعة العامة المقامة على العقار المستملك، فلعلاقة السببية في هذا النوع من الضرر تنتج مباشرةً من المنفعة العامة المقامة على العقار المستملك وبصورة غير مباشرة من فعل الإدارة بالإستملاك ، والمشرع العراقي في قانون الإستملاك النافذ عدّه من قبيل الإضرار غير المباشرة التي لا تستحق عنها تعويض ، وهذا ما أشار إليه بصورة صريحة في نص المادة ٥٣ من قانون الإستملاك النافذ " أذا أدى تنفيذ المشروع إلى تغيير طريقة استغلال العقار الذي لم يمسه الإستملاك ..."

نلاحظ من النص أنه إذا حصل تغيير في طريقة استغلال العقارات المجاورة للعقار المستملك بسبب المشروع المقام للمنفعة العامة ، فبالرغم من وجود علاقة سببية بيّن تغيير طريقة استغلال المنطقة وبين المنفعة العامة المقامة من قبل الإدارة ،ألاَ إنَّ المشرع أعد في هذه الفرضية ضرر غير مباشر ولا يستحق التعويض أصحاب العقارات المجاورة إزاء المستملك .

باستثناء حالة واحدة إذا أدت أعمال المنفعة العامة إلى تبدل أو تغيّر في الوضعية السابقة للعقارات المجاورة المرتفقة أو المرتفق بها وأدى إلى ضرر مادي للعقارات المرتفقة أوالمرتفق بها ، كتبديل مجرى الماء ، أو تغيير مكان المرور ، أو تعذر صرف المياه الزائدة أو تحوير السواقي فلصاحب العقار المرتفق به أجاز له المشرع المطالبة بالتعويض وفقاً للمادة ٥١ من قانون الإستملاك.

فمن خلال ما تقدم إذا أدت المنفعة العامة الناتجة من الإستملاك إلى أضرار تمس العقارات المجاورة، فالمشرع في قانون الإستملاك لم يجز للمتضرر المطالبة بالتعويض إلا بإستثناء حالة واحدة ، إلا أن هذا لا يمنع المتضرر من المطالبة بالتعويض بالإستناد إلى مضار الجوار غير المألوفة الواردة في القانون المدني .

إما المشرع المصري فلم ينظم هذا النوع من الضرر في قانون نزع الملكية النافذ ومؤدى ذلك فهو أعتبره من قبيل الإضرار غير المباشرة لإنقطاع العلاقة السببية بين فعل الإدارة بالإستملاك والضرر الناتج عنه، ألاَ أنَّ هذا لا يمنع المتضرر من المطالبة بالتعويض بالإستناد الى القواعد العامة في القانون المدني فيطالب الجهة مالكة المنفعة العامة بالتعويض لقيام العلاقة السببية بين الضرر الناتج مباشرة من نشاط المنفعة العامة غير المألوف

وكذلك الأمر المشرع الفرنسي فلم يشير إلى الرابطة السببية في قانون نزع الملكية النافذ كما فعل، ولكن القضاء الفرنسي عدّ الأضرار الناشئة بسبب المنفعة العامة التي تتزامن أو عقب نزع الملكية، أضراراً غير مباشرة لأن الضرر هنا لا يشكل نتيجة مباشرة لنزع الملكية بل أنها ناتجه عن الأشغال العامة ذاتها والتي يختص القاضي الإداري بالتعويض عنها ولا يختص بها قاضي نزع الملكية [٣٩] .

فيلاحظ على موقف النظام القانوني الفرنسي، أنَّ المشرع الفرنسي في قانون نزع الملكية لم ينظم الضرر الطارئ الذي يصيب العقارات المجاورة ، كما أنَّ القضاء المدني لا يعوض عن هذا النوع من الضرر لعدم وجود رابطة سببية بين الفعل الإدارة المستملكة وضرر الاستملاك إذ عدهُ من قبيل الأضرار غير المباشرة لنزع الملكية، ولكن القضاء الإداري أجاز تقديم طلبات التعويض بدعوى مستقلة واعتبره من قبيل الضرر المباشر لوجود العلاقة السببية بين فعل الإدارة والضرر الناشئ بسبب المنفعة العامة ويطبق عليه أحكام القانون الإداري [٤٠].

ثالثاً– يجب أنْ يكون الضرر مؤكداً أو محققا

يقصد بهذا الشرط أنْ يكون الضرر الذي طرأ ثابتاً على وجه اليقين، وهذا شرط منطقي وعملي لأنَّه يمكن القاضي من تقديره ويستطيع أنْ يحدد التعويض عنه، وأستناداً إلى هذه النتيجة المنطقية، فقد اشترط المشرع هذا الشرط في القواعد العامة للضرر[٤١]، فهو يسري على كافة أنواعه سوآء كان ضرر الاستملاك، وهو فقدان المالك عقاره جراء الإستملاك أو الضرر الطارئ بسبب الإستملاك .

والقول بخلاف ذلك لا يستحق تعويضاً لأنه ضرر محتملاً أي غير مؤكد حدوثه فهو أمر احتمالي الوقوع [٤٢] فهو ضرر لم يقع ولا يوجد ما يؤكد انه سيقع ، لأنه مبني على الافتراض، والقاضي لايستطيع أن يبني الأحكام على الافتراض ، كما لا يمكن تقديره على وجه الدقه [٤٣] ، كما ان صفة الاحتمال فيه تتفاوت درجته قوة وضعفاً وقد يبلغ من الضعف حداً يعد وهمياً ، ومثال ذلك الأضرار الناشئة عن فقد الدخل الذي كان سيحصل عليه المالك لو أنه أجر العقار[٤٤].

أو في حالة حرمان المالك من إبرام صفقة طوعية رابحة لبيع عقاره بثمن أعلى في حال كون المنطقة التي يوجد فيها العقار تشهد نمواً اقتصادياً أو تجارياً واضحاً . مما يعني احتمالية ارتفاع اسعار قيمة العقار بشكل كبير في المستقبل القريب أو المتوسط أو حتى البعيد ، ففي مثل هذه الخسارة لا يتم التعويض عنها من قبل السلطات الحكومية لأنها تعتمد القيمة السوقية يوم انتزاع الملكية حصراً [٤٥] ، أما الضرر الاحتمالي الذي قد يقع أو لا يقع فهو لا يكفي لقيام المسئولية المدنية واستحقاق التعويض ، لأن الأخير لا يتقرر إلا عما ثبت من ضرر فعلاً [٤٦] .

لأهمية التي يتمتع بها هذا الشرط تكمن في أنَّه كلما كان الضرر طارئاً، ينبغي أن يتحقق فعلاً وليس مجرد أحتمال، فالأخير لا يعتد به ، ولا يسمح للمتضرر الإدعاء بأنَّ هناك أحتمالا حدوث الضرر في المستقبل فهذه الحقيقة يجب أنْ تراعى من قبل القضاء، عندما يرفع المتضرر دعوى المطالبة بالتعويض عن الضرر الطارئ الذي أستجد بعد صدور الحكم عن ضرر الإستملاك ، كالإدعاء بان الاستملاك كان سبباً في عدم الانتفاع بعقار كان المستملك ينوي تشييد فندق أو سوق عليه ، فهو قبل المباشرة بالبناء كسب احتمالي ولا يعد نتيجة طبيعية لعمل المستملك ولايترتب عليه تعويض .

على أنَّ ذلك لايعني بالضرورة أن يكون الضرر المؤكد حالاً ، بل يكفي أن يكون الضرر المؤكد مستقبلاً ، كما لو بدء المالك بالبناء فعلاً ثم جرت عملية الإستملاك ومنع من الاستمرار فيصبح وقوع الضرر مؤكداً ولو تراخى إلى المستقبل، وترتب عليه التعويض [٤٧] .

المبحث الثاني : الوسائل الوقائية للحد من الضرر الطارئ في الاستملاك

تعد الوسائل الوقائية من أهم ألأدوات التشريعية التي يستخدمها في القوانين، إذ بها يستطيع المحافظة على هدف أو غاية القاعدة القانونية ، وهذه الوسائل مختلفة ومتعددة وتستخدم بحسب المبدأ القانوني المراد حمايته [٤٨] ، ولا يسعنا المجال لذكرها هنا لأن الكلام ينبسط في نظرية واسعة عن الوسائل الوقائية القانونية [٤٩] ، على أن نقتصر الأمر على قدر تعلق الأمر بموضوع بحثنا ، فالوسائل الوقائية التي أقرها المشرع تختلف بحسب نطاق الضرر الطارئ في الإستملاك، فتارةً يترتب على الاستملاك أضرار أكثر جسامة من المنفعة العامة المتوخاه منه، ففي هذه الصوره من الضرر يمس المصلحة العامة، وتارة أخرى يترتب على الاستملاك

ضرر أقل جسامة من المنفعة العامة المتوخاه منه، ففي هذه الصورة الآخرى من الضرر يمس المصلحة الخاصة ، فالتساؤل الذي يثار ماهي الوسائل التي أستخدمها المشرع في كلآ صورتي الضرر؟.

فالغرض بيان هذه الوسائل بصورة مفصلة، سنقسم هذا المبحث على مطلبين، نتناول في الأول الوسيلة الوقائية للحد من الضرر الطارئ الذي يمس المصلحة العامة، وفي الثاني الوسيلة الوقائية للحد من الضرر الطارئ الذي يمس المصلحة الخاصة.

المطلب الأول : الوسيلة الوقائية للحد من الضرر الطارئ الذي يمس المصلحة العامة

إذا كانت المنفعة العامة هي مبرر أباحة الاستملاك [٥٠] ، ولكن يؤخذ عليها عدم وضوحها، لأنها فكرة مرنة تتسم بعدم التحديد وعدم الخضوع، واختلاف تحديدها من حيث الزمان والمكان ، وبالرغم من محاولة المشرع إزالة غموضها للفكرة من خلال استخدام اسلوب التعداد على سبيل الحصرفي التشريع [٥١] ، إلا أنه لم يستطيع استيعاب كامل لفكرة المنفعة العامة، وذلك يرجع لعدة اسباب [٥٢]، وإزاءها تغير نهج المشرع، فقد أورد فكرة المنفعة العامة على سبيل المثال لا الحصر[٥٣] ، وهذا مما فتح النطاق الواسع للسلطة التقديرية للإدارة في اقرار تحقق المنفعة العامة من عدمها، وهكذا أصبحت فكرة المنفعة العامة تشكل تهديداً لأصحاب الملكية الخاصة مالم توجد وسيلة وقائية تؤدي دور في إيجاد التوازن بين اعتبارات حسن سير الإدارة وحماية حقوق الأفراد [٥٤] ، وذلك لكي تحد من حالات انحراف الإدارة أو التعسف في أستعمال السلطة التقديرية عند تقديرها للمنفعة العامة .

كما يؤدي تقدير للمنفعة العامة إلى منافع من جانب معين، ويؤدي من جانب آخر إلى تحقق اضرار تمس المصلحة العامة للمجتمع، ومن هنا تظهر الحاجة إلى وسيلة وقائية تعمل على توازن بين المنفعة العامة التي يراد تحقيقها قبل البدء بالإستملاك وإقامة المشروع فيها، وما بين ما يتخلف عنها من أضرار تمس منافع اخرى للمجتمع .

وهذه الوسيلة الوقائية المعتمدة لدى التشريعات للحد من الضرر الطارئ في الإستملاك هي الرقابة على جهة الإدارة في قرارها بالإستملاك في مدى تحققه المنفعة العامة، وفي هذا الصدد يثار تساؤل من هي السلطة المختصة بالرقابة على المنفعة العامة فهل هي جهة أدارية ؟ أم جهة قضائية ؟ وإذا كانت قضائية ، فهل تخضع الرقابة من قبل القضاء المدني ؟ أم تخضع من قبل للقضاء الإداري.

لغرض الوصول إلى إجابة عن هذه التساؤلات بصورة مفصلة سنقسم هذا المطلب على فرعين، نتناول في الأول تحديد السلطة المختصة بالرقابة على المنفعة العامة ، وفي الثاني موقف التشريعات من الرقابة على المنفعة العامة .

الفرع الأول: تحديد السلطة المختصة بالرقابة على المنفعة العامة

إنَّ قرار المنفعة العامة يصدر من جهة أدارية ، فإن الرقابة سوف تكون مفرغة من محتواها اذا كانت ايضاً جهة أدارية ، وذلك يرجع إلى عدة أسباب قد تتحقق أحداها مما يؤدي إلى عدم فاعلية الرقابة ، فقد يعزوا الأمر إلى أسباب شخصية لا تخلوا من شبهة عدم الاستقلالية ، فقد تنحاز جهة الإدارة إلى نفسها ولا ترغب في نقض قراراتها الصادر منها .

كما يعزا الأمر إلى أسباب فنية، فمادام أنهما من جهة واحدة ، فقد يكون نظرتهما واحدة إزاء المنفعة العامة من مصلحة الإدارة فقط، ولا ينظرون بمنظار مختلف، بما يترتب عليها من أضرار تمس الملكية الخاصة .

وهذا خلاف الحال إذا ما كانت الجهة المختصة بالرقابة جهة قضائية فأنها سوف تكون رقابة فاعلة ، لأنها جهة مستقلة فلا يتحقق سبب الانحياز إلى الإدارة ، وبما أنها جهة مختلفة عن الإدارة فتنظر إلى المنفعة العامة من جانب المصلحة العامة وليس من مصلحة الإدارة، وإزاء هذه الأسباب تعد الرقابة القضائية وسيلة وقائية فاعلة تحد من حالات انحراف الإدارة .

والرقابة القضائية على جهة الإدارة تتمثل بنوعين الأولى تسمى بالرقابة القضائية الضيقة، ويقصد بها هو قيام القاضي بمراقبة مدى توفر شروط المنفعة العامة ، فتتمثل هذه الرقابة بان القاضي يكتفي بمراقبة حالة نزع الملكية المطروحة في ثلاثة جوانب ، الأول بالرجوع إلى نصوص القانون للبحث عن الحالات التي سمح بها المشرع للإدارة بنزع ملكية العقار للمنفعة العامة [٥٥]، فدور القاضي يقتصر على التحقق من مراقبة ما إذا كانت عملية نزع الملكية تمت وفق الإطار التشريعي أم لا، والجانب الثاني يبحث القاضي في حالة المنفعة العامة في حد ذاتها بالنظر إلى نوع المشروع، كإقامة المساكن أو المستشفيات أو الطرق ...الخ بصرف النظر عن نتائج المشروع أو الآثار التي تترتب عليه، أما الجانب الثالث يتمثل بالنظر إلى الشخص منفذ المشروع، وتتمثل هذه الحالة بقيام الإدارة بعملية نزع الملكية من أجل منافسة القطاع الخاص في مشروع معين.

فمن التطبيقات القضائية لهذه الصورة حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Dame veuve musy) تتلخص وقائع الدعوى طالبت المدعية الطاعنه بإلغاء قرار المحافظ بتقرير المنفعة العامة للإستملاك على قطعة الأرض لإقامة عدة مساكن واستندت في ذلك بسبق طلبها بالترخيص بإقامة نفس المشروع ، إلا إن مجلس الدولة رد الطعن وسبب ذلك بأن المشروع المقترح إقامته من تلك المشروعات التي يمكن إعلانها للمنفعة العامة [٥٦] .

لذلك كانت مثل هذه الرقابة توصف بأنها ضيقة وضعيفة، وأن سلطة القاضي فيها محدودة تتمثل في بحث ما إذا كانت الحالة محل نزع الملكية للمنفعة العامة ترد ضمن الحالات التي حددها القانون ، وما إذا

كان من شأن العملية تحقيق المنفعة العامة أم لا . فسلطة القاضي في الرقابة على المنفعة العامة تكون بصفة مجردة أي ينظر إلى مدى تحقق المنفعة العامة بغض النظر عن الظروف المحيطة بها والأضرار التي تلحقها بالملكية الخاصة أو بمصالح عامة أخرى ، فهذه الظروف متعلقة بالملائمة المحضة للإدارة التي لا يراقبها القضاء .

بينما النوع الثاني من الرقابة والذي يتمثل بالرقابة الواسعة للقاضي فهو يضع الآثار الناجمة عن قرار المنفعة العامة في ميزان العدالة مزاياه في كفه وأضراره في كفه أخرى، وذلك قبل أن يقرر أيهما أولى بالرعاية(٥٧).

وتعد رقابة القاضي في هذا النوع، هي رقابة ملائمة تنصب على محل قرار الإستملاك والأثر الذي تتجه الإدارة إلى إحداثه، فهو يراقب السلطة التقديرية للإدارة في إصدارها لهذا القرار، فهو يلجأ إلى مجموعة من المعايير التي تظهر سلبيات وايجابيات القرار ، فهذه المعايير تمكنه من عملية الموازنة بين الأضرار والمنافع وترجيح أحداهما على الآخرى ، فإذا كانت كفه الأضرار هي الراجحة فيتعين على القضاء إلغاء القرار أما إذا كانت المزايا هي الراجحة حكم بصحة القرار ومشروعيته (٥٨) .

فالموازنة التي يجريها القاضي بين المنافع والإضرار تتصل بعنصر المحل وحده في القرار الإداري ولا علاقة له بعنصر السبب، وهذا ما تتميز به نظرية الموازنة في القرار الإداري عن مبدأ التناسب في القرار الإداري فالأخير وإن كان من المبادئ القانونية الهامة ألاَ إنَّ مقتضاه وجوب مراعاة التناسب بين محل القرار وسببه(٥٩).

الفرع الثاني: موقف التشريعات من الرقابة على المنفعة العامة

اختلف موقف التشريعات إلى ثلاثة اتجاهات من الرقابة على المنفعة العامة :

الأتجاه الأول :- يمثل موقف المشرع العراقي في قانون الإستملاك النافذ فقد اعطى الاختصاص لجهة أدارية فهو قد أعتبر إن المنفعة العامة متحققة بقرار الإدارة الخاص بالإستملاك (٦٠) ، وبذلك فالمشرع قد أعطى للإدارة السلطة المطلقة في تقدير تحقق المنفعة العامة عند رغبتها في استملاك عقار ما من الأفراد ، بمعنى أن المنفعة العامة مفترضة أفتراضاً غير قابل لإثبات العكس ومحققه في قرار الإدارة في طلب الإستملاك، وليس من حق القضاء المدني النظر من تحقق المنفعة العامة من عدمها . فالمشرع ضيق في سلطة القضاء المدني وأقتصر مهامه على استكمال أجراءات طلب الإستملاك (٦١) .

إما موقف القضاء العراقي فيلاحظ أنه قد أقتصر على مهامه في المسائل التي حددها القانون والخاصة بتشكيل لجان التقدير وقيمة التقدير ومدى استيفاء الطلب للشروط التي حددها القانون والواجب توافرها في طلب المستملك (٦٢) .

الاتجاه الثاني: يمثل موقف المشرع العراقي في قانون الاستملاك رقم ٥٤ لسنة ١٩٧٠ الملغي، فقد أعطى للقضاء المدني النظر بمدى تحقق النفع العام من قرار الإدارة في رغبتها عند الاستملاك، فنص في المادة

٧ من القانون المذكور " ١- تقرر المحكمة في أول جلسة تحقق النفع العام في طلب الإستملاك أو عدم تحققه ، إذا قررت المحكمة عدم تحقق النفع العام في طلب الإستملاك قررت رده ، ورفع الإشارة الموضوعة على العقار ، ويكون قرارها قابلاً للتمييز خلال ٣٠ يوماً من تاريخ صدوره" .

كما يلاحظ البعض إن المشرع اعطى للمحكمة أن تنظر في مدى تحقق النفع العام من طلب الإدارة بالإستملاك ولها رده إذا كانت الأضرار التي تلحق الأفراد اكبر من المنافع التي تبغى الإدارة تحقيقها من الإستملاك [٦٣] .

بالاضافة الى ذلك فإنَّ وفق هذا التفسير للنص إن المشرع العراقي قد اعطى صلاحية للقضاء المدني بالرقابة الواسعة على المنفعة العامة ، فله حرية الموازنة بين الإضرار التي قد تنتج من طلب الإستملاك وبين المنافع المتوخاه من طلب الإستملاك .

ويتبين لنا من عبارات النص لايراد منها بالرقابة الواسعة، وإنما أراد المشرع إن يمارس القضاء المدني دور بالرقابة الضيقة، أي ينظر القاضي مدى تحقق المنفعة العامة في طلب الإستملاك ، بغض النظر عن الظروف المحيطة بها والأضرار التي تلحقها بالملكية الخاصة أو بمصالح عامة أخرى ، لان عبارات النص لا توحي بتلك الظروف حتى يمكن القول إن المشرع اجاز للقضاء المدني بالرقابة الملائمة بين المنافع والإضرار .

الاتجاه الثالث : يمثل موقف المشرع الفرنسي والمصري إذ أعطوا الاختصاص للقضاء الإداري للنظر في مدى تحقق النفع العام من قرار المنفعة العامة الصادر من الإدارة .

فالقضاء الإداري الفرنسي المتمثل بمجلس الدولة قد اخذ بالرقابة الواسعة على قرار المنفعة العامة وطبقها لأول مرة في حكمها الصادر بتاريخ ٢٨/ مايو/ ١٩٧١ في قضية مدينة شرق ليل الجديدة(ville nouvelle lille est) [٦٤] والذي أعتبر تطوراً جديداً في رقابة مجلس الدولة حيث قرر مبدأ الرقابة الواسعة (إن المنفعة العامة لمشروع ما لا يمكن تقديرها لذاتها وإنما تنتج من توازن يمكن إن يتم بين مزاياه وأضراره) [٦٥] ، بينما كان الوضع التقليدي للمجلس قبل هذا الحكم الصادر في هذه القضية يأخذ بالرقابة الضيقة مكتفياً بمراقبة مدى انطباق أجراءات نزع الملكية للنصوص القانونية وإن المنفعة العامة هي من مسائل الملائمة التي يترك أمر تقديرها للإدارة.

أما القضاء الإداري المصري فقد كان يأخذ بالرقابة الضيقة على قرارات نزع الملكية ، حيث كان يقف عند حد التأكد من صحة الوقائع التي تستند إليها قرار نزع الملكية دون أن يتجاوز ذلك إلى الخوض في دائرة الموازنة بين الأضرار والمنافع .

ولكن اتجاه القضاء الإداري المصري تغير واخذ بالرقابة الواسعة وطبقها لأول مرة في حكمها الصادر بتاريخ ١٥/ ٣/ ١٩٨٤ في قضية (عزبة خير الله)[٦٦] ، وأن لم يتعلق ذلك الحكم بنزع الملكية للمنفعة

العامة ، ولكن هذه القضية قد أرست مبدأ الموازنة بين الأضرار والمنافع الذي مهد الطريق إلى تطبيقه في مجالات متعددة ومن ضمنها نزع الملكية للمنفعة العامة [٦٧] .

يتبين ما تقدم لنا أنَّ المشرع والقضاء العراقي لم يأخذ بفكرة الرقابة الواسعة بين المنافع والأضرار ، لذا فيرى البعض بإن على القضاء العراقي أن يأخذ بالفكرة على غرار القضائين الفرنسي والمصري [٦٨] .

ويلاحظ على هذا الرأي، أنه جاء متأثراً بموقف المشرع المصري والفرنسي في أعطاء الرقابة للقضاء الإداري، وأقترح على القضاء الإداري العراقي أن يفعل ذلك، ولكن هذا الأمر لا يمكن العمل به في النظام القانوني العراقي لاختلافه عن كلآ النظامين المصري والفرنسي، ففي النظام المصري أن قرار المنفعة العامة يصدر من رئيس الجمهورية أو من يخوله عندئذ يمكن الطعن به أمام القضاء الإداري بينما في النظام القانوني العراقي فإن دور الإدارة ينحصر بتقديم طلب الإستملاك إلى القضاء المدني ، فطلب الإستملاك لا يعد من قبيل القرارات الإدارية حتى يمكن الطعن به أمام القضاء الإداري .

لذا نؤيد ما ذهب إليه هذا الرأي من ضرورة تفعيل الرقابة الواسعة بين الإضرار والمنافع في الإستملاك لا سيما في الأمور الأساسية الثلاثة السالفة الذكر ، ولكن من خلال معالجة تشريعية في قانون الإستملاك يجيز للقضاء المدني عندما يقدم إليه طلب الإستملاك أجراء الموازنة بين الأمور الأساسية الثلاثة السالفة الذكر.

المطلب الثاني: الوسيلة الوقائية للحد من الضرر الطارئ الذي يمس المصلحة الخاصة

يؤدي المشروع المقام للمنفعة العامة إلى أضرار تمس العقارات المجاورة له بسبب نوع المشروع أو نشاطه، فتصيب العقارات المجاورة إلى اضرار كأن تؤدي إلى انخفاض الأعمال أو المبيعات في المنطقة ، أو قد يكون المشروع المقام هو فتح طريق جديد حولت السير من امام سوق تجاري إلى مسافة بعيدة [٦٩] ، فالضرر في هذه الصورة ادى إلى نقصان من منفعة العقارات أو قد يؤدي الضرر إلى انخفاض في قيمة العقارات النقدية ، ومثال ذلك انخفاض سعر الفيلا المجاورة لمفاعل نووي بحيث شكل ضرراً خاصاً وغير عادي،بالإضافة إلى الأضرار الناتجة عن تشغيل المفاعل [٧٠] .

أو قد تؤدي هذه الأضرار إلى اضطرابات في المعيشة : فقد يسبب المشروع المقام للمنفعة العامة إلى ضوضاء ومثال ذلك الضوضاء الناشئ من الطائرات بسبب انشاء المطار او انبعاث روائح كريهة أو غازات ضارة منبعثة من المعامل او المصانع فهذه الضرار تلقي بضلالها على المناطق لمجاورة للمشروع المقام للمنفعة العامة.

ففي هذه الصورة من الإستملاك نكون أمام فرضية تعارض المنفعة العامة مع المنفعة الخاصة للعقارات المجاورة ، فالتساؤل الذي يثار ماهي الوسيلة الوقائية لحماية الملكية الخاصة المتمثلة بالعقارات المجاورة للعقار المستملك من الضرر الذي يطرأ من المشروع المقام للمنفعة العامة ؟.

على بالرغم من أنَّ رقابة القضاء الواسعة تعد وسيلة وقائية فاعلة عندما تتعارض منفعة عامة مع منفعة عامة أخرى، فإن دور القضاء سوف يرجح المنفعة العامة الأكثر اهمية عن الأخرى ، ولكن في هذه الصورة نكون أمام تعارض منفعة عامة مع منفعة خاصة فإعمال رقابة القضاء لايغير من الأمر شيء على اعتبار أن المنفعة العامة دائماً مرجحة على المنفعة الخاصة، ومؤدى ذلك فقرار السلطة القضائية سوف ينتصر للمنفعة العامة في جميع الأحوال، ولا يعطي فاعلية لوقاية المنفعة الخاصة من الضرر الطارئ.

كما المشرع استعمال وسيلة وقائية أخرى، وهي التشريعات ،سواء كانت عادية أو فرعية منظمة؛ لإنشاء المشاريع المقامة للمنفعة العامة، أو حتى الخاصة ، غرضها أو هدفها هو حماية الملكية الخاصة من الأضرار الناتجة عن هذه المشاريع فبعض التشريعات العادية أو الفرعية تنص على وجوب ترك مسافات بين البنايات المتجاورة [٧١] ، فهذه التشريعات تمنع حدوث فرضية أنشاء مشروع لمنفعة عامة يسبب ضرراً بالعقارات اللصيقة به أو المجاورة ، أو تشريع التخطيط العمراني[٧٢] إذ بموجبه تمَّ عزل المناطق الصناعية عن السكنية إذ ان الأولى محددة بمحددات موقعية [٧٣] ومتطلبات بيئية [٧٤] كما أنَّ المشاريع الصناعية مصنفه إلى ثلاثة تصنيفات بحسب الضرر البيئي الناتج عنها [٧٥] ، فالمشاريع الصناعية الأكثر ضرراً يشترط لقيامها أنْ تكون خارج حدود دائرة البلدية تبعد بمسافات عن التجمعات السكنية ، وتختلف مساحة البعد بحسب طبيعة المشروع المراد أنشاؤه [٧٦] .

فهذه التشريعات تمثل قيداً على جهة الإدارة في أنها لا تستطيع ان تستملك عقار معين لغرض أنشاء عليه مشروع للمنفعة العامة إلا إذا كان موافقاً لنص التشريع .

والملاحظ أنَّ هذه الوسيلة الوقائية قد حققت حماية الملكية الخاصة ليس من الأضرار الطارئة المقامة من قبل الإدارة التي تصيب الجوار فقط ، وإنما أيضاً انبسطت حمايتها للملكية الخاصة من مضار الجوار غير المألوفة فيما بينهم ، إذ استطاعت أن تحد بصورة كبيرة من فكرة مضار الجوار الفاحشة أو غير المألوفة ، فكثير من تطبيقات فكرة مضار الجوار الفاحشة بفضل الوسيلة الوقائية إذ أصبح ليس لها وجود على أرض الواقع [٧٧] ، وأنْ وجدت فإنَّها تعد مخالفة لنص التشريع، فإنَّ تسببت بضرر لجوار مما تثير مسؤولية مرتكب الفعل ، فالوسيلة الوقائية قد أزاحت غطاء الشريعة على هذه التطبيقات من مضار الجوار الفاحشة ، فإنها وإن كانت قبل أقرار المشرع للوسيلة الوقائية مشروعة وتخضع لقاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان أما بعد أقرار المشرع للوسيلة الوقائية فأصبحت وجود هذه التطبيقات غير جائزة في علاقات الجوار.

فسلطة استغلال المالك في ملكه قبل أقرار المشرع الوسيلة الوقائية، كانت ذات نطاق واسع في اختيار نوع الاستغلال ، فكان لأسبقية الاستغلال تأثير كبير في علاقات الجوار ويحد من أوجه الاستغلال بالنسبة للجار الطارئ لا سيما في تطبيقها الشهير هو قيام الشخص ببناء منزله بجوار مصنع ينفث أبخرة وغازات أو غبار أو ضوضاء فيتعذر عليه الانتفاع بداره ،مما أثار جدلاً واسعاً لدى الفقه بين اتجاهين :

الاتجاه الأول : يذهب جانب من الفقه إلى أن الأسبقية في أنشاء وتشغيل المصنع تعصم المالك من المسؤولية (٧٨) .

الاتجاه الثاني : ينتقد جانب من الفقه على ما ذهب إليه أنصار الاتجاه الأول فهم يرون بان هذا الحكم على أطلاقة غير مقبول ، لأنه يؤدي إلى اضطرار المالك اللأحق إلى اختيار نوع الاستغلال الذي اختاره من سبقه وإلا كان عليه أن يتحمل الأضرار الفاحشة دون أن يكون له حق طلب إزالة هذه الأضرار أو التعويض عنها ، لذا فهم يرون بان الأسبقية في التملك لا تؤثر في مسؤولية المالك إلا إذا كانت جماعية بحيث يكون من شأنها أن تحدد طبيعة المنطقة فالعبرة هنا بظروف المكان لا مجرد الأسبقية (٧٩).

فمشروعية أستغلال المالك السابق تتمثل في أحدى الصور الأولى إذا كان هناك تخصيص للمنطقة لاستغلال معين بموجب قوانين أو أنظمة أو قرارات أدارية صادرة من سلطة مختصة ، فإن الاستغلال بالمخالفة لهذا التخصيص يثير مسؤولية المالك عن مضار الجوار الفاحشة سواء كانت المخالفة صادرة من المالك القديم أو اللاحق (٨٠).

المتأمل في هذا الرأي فيه إشارة واضحة إلى دور التشريعات العادية، أو الفرعية في منع حدوث مضار الجوار غير المألوفة من خلال تحديد طبيعة استغلال المنطقة، ومؤدى ذلك، فإنَّ التطبيق الشهير الذي درج عليه الفقه هو بناء دار بجوار مصنع أو معمل إذا كان ممكن قبوله في زمن نفاذ مجلة الأحكام العدلية، وفي الوقت الحالي ليس له تطبيق في الواقع العملي وذلك بسبب التشريعات الحديثة التنظيمية حيث كان لها الدور الفاعل كوسيلة وقائية لمنع حدوث هذا التطبيق من ضرر الجوار ، فالدائرة المختصة لا تعطي أجازة بناء منزل بجوار المصنع وكذلك بالنسبة للأخير فدائرة البلدية لا تعطي اجازة بناءه إلا في المناطق المخصصة لبناء المصانع والتي تكون دائما بعيدة عن المناطق السكنية وذلك بمقتضى ما هو منصوص في التشريعات الفرعية.

إما الصورة الثانية: تتمثل في حالة إذا لم يتحدد نوع الاستغلال بصورة رسمية فالواقع افرز أستغلالا فعلياً ذي طبيعة معينة ، فإنه ليس للجار الجديد أن يشتكي من الأضرار التي تسببها العقارات المجاورة ، فالتحديد العرفي لنوع الاستغلال هو الذي يحدد مشروعية الاستغلال من عدمه .

فمضار الجوار في هذه الصورة تتسع تطبيقاتها في هذه الصورة ، وذلك لأن تحديد استغلال المنطقة بمقتضى العرف لا يرتقي من حيث التنظيم ،والإلتزام بالشروط كما في تحديد الأستغلال بمقتضى التشريعات .

وإما الصورة الثالثة: تتمثل بالمناطق العشوائية ، فهذا النوع من المناطق يقع عادة عند تخوم المدن ولا يخضع لتنظيم معين وتمارس فيه أنشطة لم تستوف إجراءات الترخيص أو الإجازة وتغيب عنها سلطات البلدية ، وهذه المناطق هي المجال الحيوي الذي تنشط فيه مضار الجوار وذلك بسبب ما تتميز به هذه المناطق بعدم تجانس النشاطات التي تمارس فيها، إذ تمارس فيه النشاط التجاري مع السكني مع الصناعي وهذا الخليط يجعل من بعض الأضرار مألوفة وجرى العرف بها على التسامح بها [٨١] بينما

الخاتمة

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

أولاً– النتائج

١– لم ينل مفهوم الضرر الطارئ في الإستملاك أهتمام الفقهاء والباحثين ، ومن خلال البحث في صوره وأنواعه توصلنا إلى وضع تعريفاً له " هو النقصان في القيمة النقدية أو المنفعة أو كلاهما، تصيب الجزء المتبقي من العقار المستملك أو العقارات المجاورة له أو كلاهما بسبب فعل الإدارة المستملكة "

٢– يلاحظ على موقف المشرع في قانون الاستملاك النافذ قد أخذ فكرة الضرر الطارئ في الاستملاك واعطى لها أهمية من حيث التنظيم القانوني . وهذا يدلل على أن فكرة مضار الجوار الطارئة بسبب الاستملاك أخذت بالبروز في الواقع العملي باعتبارها ظاهرة اجتماعية ، لذلك رأى المشرع بأنه من الضروري وضع تنظيم قانوني لها، كما نالت أهتمام المشرع من حيث تنظيم المشرع لها بوسائل وقائية.

٣– لا تمثل الرقابة القضائية الضيقة وسيلة وقائية للحماية من الضرر الطارئ في الاستملاك ، وذلك لأن سلطة القاضي فيها محدودة تتمثل في بحث ما إذا كانت الحالة محل نزع الملكية للمنفعة العامة ترد ضمن الحالات التي حددها القانون ، وما إذا كان من شأن العملية تحقيق المنفعة العامة أم لا . فسلطة القاضي في الرقابة على المنفعة العامة تكون بصفة مجردة أي ينظر إلى مدى تحقق المنفعة العامة بغض النظر عن الظروف المحيطة بها والأضرار التي تلحقها بالملكية الخاصة أو بمصالح عامة أخرى ، فهذه الظروف متعلقة بالملائمة المحضة للإدارة التي لا يراقبها القضاء .

٤– تمثل الرقابة القضائية الواسعة تمثل وسيلة، وقائية تحد من الضرر الطارئ في الاستملاك الذي يمس المصلحة العامة ، فرقابة القاضي في هذا النوع هي رقابة ملائمة فهو يراقب السلطة التقديرية للإدارة في إصدارها لهذا القرار، فيوازن بيّن عدة معايير التي تظهر سلبيات وايجابيات القرار.

٥– إنَّ عدم مشروعية طلب الاستملاك للمنفعة العامة، إذا كانت الأخيرة تسبب أضرار جسيمة تفوق المزايا المراد تحقيقها من المنفعة العامة المراد قيامها ، فللقاضي أن يرفض طلب الاستملاك وإعادته إلى الإدارة لإعادة التقدير، فهذه الرقابة لا تجعل القضاء يحل محل الإدارة في التقدير ، ولا يخرجه من نطاق مهامه الأساسية من قضاء المشروعية إلى قضاء الملائمة ، فالقاضي عندما يرى عدم وجود موازنة بين المنافع والأضرار في طلب أستملاك الإدارة فيرد الطلب لعدم مشروعيته وليس لعدم ملاءمته .

٦– تعد المصلحة العامة دائماً مرجحة على المصلحة الخاصة ، فالرقابة القضائية لا تعد وسيلة وقائية تحمي الضرر الطارئ الذي يصيب المصلحة الخاصة ، فلا يستطيع القاضي أن يرفض طلب

الاستملاك إذا كانت المنفعة العامة متحققة بحجة وجود ضرر يصيب المصلحة الخاصة للأفراد ، لكن المشرع لم يهمل حماية المصلحة الخاصة للأفراد من الضرر، فأستخدم وسيلة وقائية أخرى وهي التشريعات سواء كانت عادية أو فرعية منظمة لإنشاء المشاريع المقامة للمنفعة العامة أو حتى الخاصة ، غرضها أو هدفها هو حماية الملكية الخاصة من الأضرار الناتجة عن هذه المشاريع، فهذه التشريعات تمثل قيداً على جهة الإدارة في أنها لا تستطيع ان تستملك عقار معين لغرض أنشاء عليه مشروع للمنفعة العامة إلا إذا كان موافقاً لنص التشريع.

ثانياً– المقترحات

١– إنَّ المشرع العراقي في نص المادة (١٢) من قانون الاستملاك النافذ تبنى الرقابة الضيقة في الاستملاك، ونظراً لكونها لا تمثل وسيلة وقائية تحد من الضرر الطارئ لذا نقترح بإن يأخذ المشرع بالرقابة الواسعة في الاستملاك ليكون نص المادة (١٢) بالصيغة الآتية "

أولاً– تتحقق المحكمة في أول جلسة من وجود النفع العام أو الضرر العام في طلب الاستملاك .

ثانيا– إذا قررت المحكمة عدم تحقق النفع العام ،أو رجحان الضرر على المنفعة في طلب الاستملاك قررت رده، ورفع الاشارة الموضوعة على العقار، ويكون قرارها قابلاً للتمييز خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره " .

٢– نقترح على المشرع العراقي بضرورة تحديد مدة زمنية مناسبة للخيار الممنوح للمستملك منه إذا أراد الاستملاك الكلي وإلا يسقط حقه، وذلك لتحقيق مبدأ أستقرار المعاملات .

فتعدل نص المادة (٤٩) من قانون الاستملاك النافذ بالصيغة الآتية " للمستملك منه ، في حالة الاستملاك الجزئي، ان يطلب استملاك عموم العقار خلال مدة (٦) أشهر وإلا سقط حقهم في ذلك ، اذا تعذر الانتفاع بالجزء المتبقي منه، وتقرر المحكمة استملاك عموم العقار، اذا تحقق لهيئة التقدير ذلك" .

الهوامش

[١] ادريس الفاخوري، الحقوق العينية ، ط٢، دار النشر المعرفة، ٢٠١٣، ص٩٢.

[٢] ينظر: حسن البغال ، نزع الملكية للمنفعة العامة، فقهاً وقضاءً، ط٢، دار الثقافة العربية للطباعة، ١٩٦٦، ص١٨.

[٣] الضرر لغة : عدم النفع والشدة والضيق والنقص في الأموال والأنفس . ينظر : الفيروس آبادي – القاموس المحيط ،ج٢، مطبعة مصطفى البابي ، مصر ، ١٩٥٢، ص٣٥٠ .
الضرر شرعاً : فهو إلحاق مفسدة بالآخرين ، أو كل إيذاء يلحق الشخص سواء كان في ماله أو جسمه او عرضه أو عاطفته . ينظر: وهبة الزحيلي ، نظرية الضمان ، أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة ط١، دار الفكر ، ١٩٧٠،ص٢٥.

الضرر قانوناً : أذى يصيب الشخص في حق من حقوقه أو مصلحة مشروعة له سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة ذات قيمة مالية أم لم تكن ينظر د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج٢، ط٥، بدون ذكر مكان الطبع ، ١٩٨٨، ص١٣٣.

[٤] ينظر د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، القسم الأول، معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٧١، ص١٣٠.

[٥] جورجي شفيق ساري، مسؤولية الدولة عن أعمال سلطاتها ،قضاء التعويض، ج٦، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص٦٧ وما بعدها.

[٦] ينظر عصام أحمد محمد ، حق الأفراد في التملك في النظام القانون المصري، مجلة نادي القضاة ، العدد الأول، ١٩٩٢، ص١١١ وما بعدها .

[٧] د. الهيثم عمر سليم، عدالة التعويض عن نزع الملكية الخاصة والإستملاك للمنفعة العامة في القانونين المصري والبحريني دراسة مقارنة، بدون ذكر مكان الطبع، ٢٠١٤، ص٤٤.

[٨] د. سعد محمد خليل، نزع الملكية للمنفعة العامة بين الشريعة والقانون، ط١، دار السلام، القاهرة ١٩٩٣، ص٢٠٩.

[٩] د. محمد عبد اللطيف، نزع الملكية للمنفعة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٨٨، ص٥.

[١٠] د. فؤاد العطار ، القانون الإداري، ط٣، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٧٦، ص٥٩٩.

[١١] أشار المشرع العراقي إلى التعويض العادل في نص المادة ف٢/ ٢٣ من دستور٢٠٠٥ النافذ، والمشرع المصري في نص المادة ٣٥ من دستور ٢٠١٤ النافذ والمشرع الفرنسي في نص المادة ١٧ من الإعلان حقوق الانسان والمواطن الفرنسي الصادر عام ١٧٨٩.

[١٢] د. أحمد حشمت أبو ستيت ، نظرية الإلتزام في القانون المدني، ج١، ط٢، مطبعة مصر، ١٩٥٤ ، ص٤٣٥.

[١٣] د. عبد السلام ذهني بك، الالتزامات النظرية العامة، مطبعة مصر، بدون ذكر سنة الطبع، ص٧٢٧ .

[14] - Godfrin philipe , degoffe Michel , droit administratif des biens, p407.

[١٥] ينظر د. سعد محمد خليل، نزع الملكية للمنفعة العامة ين الشريعة والقانون ، مصدر سابق، ص٢٠٩.

[١٦] د. أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني، مصدر سابق، ص٤٣٦.

[١٧] د. مصطفى محمد محمود ، التعويض عن نزع الملكية للمنفعة العامة، ط١، مكتبة الوفاء القانونية، ٢٠١٨، ص٩٦.

[١٨] عبد الحكم فؤدة ، نزع الملكية للمنفعة العامة، دار الألفي القانونية، القاهرة – مصر، ٢٠٠٧، ص١٦١.

[١٩] د. مصطفى محمد محمود ، التعويض عن نزع الملكية للمنفعة العامة، مصدر سابق، ص٩٨.

[٢٠] ينظر : المشرع العراقي نص المادة ٥٠ من قانون الإستملاك النافذ ، المشرع المصري نص المادة ٦ من قانون نزع الملكية النافذ ، المشرع الفرنسي نص المادة L13-13 من قانون نزع الملكية النافذ .

[٢١] محكمة النقض المصرية قرار رقم ٣٧٠ بتاريخ ١٩٦٣/١/٧ أشار إليه د. عيد سعد دسوقي ، حماية الملكية الخاصة في القضاءين الإداري والدستوري، بدون ذكر رقم الطبعة، دار النهضة العربية، ٢٠١٢، ص١٧١.

[٢٢] د. عصمت عبد المجيد ، النظرية العامة للألتزام، ج١، مكتبة دار السلام القانونية، بدون ذكر سنة الطبع، ص٥٨٥.

[٢٣] د. حسن علي ذنون ، النظرية العامة للألتزام، المكتبة القانونية ، بغداد ، ص١٨٢.

[٢٤] د. عبد الحكم فؤدة، نزع الملكية للمنفعة العامة، مصدر سابق، ص١٦٢.

[٢٥] أما موقف المشرع الفرنسي فقد حدد شروط الواجب توافرها في ضرر الناشئ عن الإستملاك وذلك في المادة L13- 13 والتي نصت على ان التعويض يجب أن يغطي كامل الضرر المباشر ، المادي والمحقق الناتج عن نزع الملكية :
« Les indemnités allouées doivent couvrir l'intégralité du préjudice direct , matériel et certain, causé par l'expropriation.

[٢٦] ينظر د. سعد محمد خليل ، نزع الملكية للمنفعة العامة، مصدر سابق ، ص٢١٠

[٢٧] د. حيدر فليح حسن، التعويض العادل عن نزع الملكية للمنفعة العامة، بحث منشور في مجلة الحقوق والعلوم الأنسانية، المجلد ١٣، العدد الأول، ٢٠٢٠، ص٨٣.

[٢٨] سعد محمد خليل، نزع الملكية للمنفعة العامة بين الشريعة والقانون ، مصدر سابق، ص٢٠٩.

[٢٩] محمد زغداوي ، الملكية من أجل المنفعة العامة في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه مقدمه إلى كلية القانون جامعة قسنطينة، ١٩٩٨، ص١٨٠.

[٣٠] ينظر د. علي عبيد عودة الجيلاوي، العلاقة السببية بين الخطأ والضرر ، رسالة ماجستير، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٧٧، ص٣٥ .

[٣١] د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في النظرية العامة للألتزامات، مطبعة العاني ، ١٩٥٠، ص٢٢٤.

[٣٢] ينظر د. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١ ، المجلد الثاني ، ط٣، نهضة مصر، ٢٠١١، ص٧٤٩ ، د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الإلتزامات، ج٢ ، مصدر سابق، ص٢٣، د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني – مصادر الإلتزام، ج١، ط٤، المكتبة القانونية ، ١٩٧٤، ص ٤١١، د. حسن علي ذنون، النظرية العامة للالتزامات، مصدر سابق، ص٢٢٨، د. عبد الحكم فودة، نزع الملكية للمنفعة العامة مصدر سابق، ص١٦١.

[٣٣] عبد الحكم فؤده، نزع الملكية للمنفعة العامة ، مصدر سابق، ص١٦١.

[٣٤] ينظر عبد العزيز عبد المنعم خليفة دعوى التعويض ، الإسكندرية ، منشأة المعارف ،٢٠٠٩،ص١٥١.

[٣٥] ينظر نص المادة ٤٩ من قانون الإستملاك العراقي النافذ وكذلك نص المادة ٢١ من قانون نزع الملكية المصري النافذ

[٣٦] ينظر نص المادة ١٧.

[٣٧] ينظر : سعد محمد خليل، نزع الملكية للمنفعة العامة، مصدر سابق، ص٢١١.

[٣٨] عزت صديق طنيوس، نزع الملكية للمنفعة العامة ، رسالة دكتوراة كلية الحقوق جامعة عين الشمس، ١٩٨٨، ص٧١ .

[٣٩] نقلاً عن : بوزاد إدريس ، الحق في التعويض عن نزع الملكية في القانون الجزائري بين التقدير الإداري والضمانات المقررة قانوناً وقضاءً، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، ٢٠١٧، ص٢٩.

[٤٠] Jean marieauby et ducosader droit administrtif 3eme edition ;précis dalloz paris 1973, p434.

[٤١] د. عيد سعد دسوقي، حماية الملكية الخاصة في القضاءين الإداري والدستوري، مصدر سابق، ص١٧٩.

[٤٢] ينظر عزت صديق طنيوس، نزع الملكية للمنفعة العامة ، مصدر سابق، ص٧٨.

[٤٣] محمد الكشبور ، نزع الملكية للمنفعة العامة،المجلة المغربية لقانون والأقتصاد التنمية، العدد١٢، ١٩٨٦ ، ص١٠٥.

[٤٤] ينظر د. مصطفى محمد محمود عبد الكريم ، التعويض عن نزع الملكية للمنفعة العامة ، مصدر سابق، ص١٠٢.

[٤٥] ينظر د. حيدر فليح حسن، التعويض العادل عن نزع الملكية للمنفعة العامة، مصدر سابق، ص٨٢.

[٤٦] ينظر د. عبد المنعم فرج الصده، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، ١٩٩٢، ص٥٣١.

[٤٧] محكمة التمييز قرار رقم ٣٠٧ /حقوقية ثانية/ بتاريخ ١٩٧١/٣/٢٩ النشرة القضائية العدد الأول السنة الثانية ١٩٧٢.

[٤٨] ينظرد. محمود أبو عافية، التصرف القانوني المجرد، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة- مصر، بدون ذكر السنة، ص٥.

[٤٩] علي حميد كاظم الشكري، أستقرار المعاملات المالية ، أطروحة دكتوراه ، جامعة كربلاء، كلية القانون، ٢٠١٤، ص١٨٣ وما بعدها.

[٥٠] ينظر : د. براهيمي سهام، فكرة المنفعة العامة في نزع الملكية ، مجلة الشريعة والقانون، العدد ٥٥، ٢٠١٣، ص٣١٥.

[٥١] أستخدم المشرع العراقي هذا الأسلوب في قانون الاستملاك رقم ٥٧ لسنة ١٩٦٠ الملغي في نص المادة الثانية، وكذلك المشرع المصري في قانون نزع الملكية رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ المعدل في المادة الثانية.

[٥٢] ولكن هذا الأسلوب تعرض للانتقاد من قبل الفقه لما فيه من إسهاب وتفصيل لا يمكن ان يكون جامعاً لما قد تقضي ضرورات المصلحة العامة باعتباره من المنفعة العامة أو المسائل المستجدة والمستحدثة ينظر : د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ، شركة الطبع والنشر الأهلية ، ١٩٦٠، ص٢٠.

ولاحظ البعض على موقف المشرع المصري كما أنه لم يترتب عليه التضييق من نطاق فكرة المنفعة العامة حيث جاءت نصوص القانون متسعة وفضاضة لحد كبير ، كما أنها تركت المجال مفتوح لإضافة إعمال أخرى يمكن إعلانها للمنفعة العامة سواء تلك التي ينص عليها في قوانين أخرى أو تلك التي يضيفها مجلس الوزراء ينظر : د. عيد سعد دسوقي، حماية الملكية الخاصة في القضاءين الإداري والدستوري، مصدر سابق، ص١٨٧ .

[٥٣] ينظر نص المادة الأولى من قانون الاستملاك رقم ٥٤ لسنة ١٩٧٠ الملغي إذ أورد تعريف للمنفعة العامة وترك سلطة تقديرية للإدارة في تقديرها ، وكذلك الحكم في قانون الإستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١النافذ إذ لم يوّرد تعريف للمنفعة العامة ولم يحددها على سبيل الحصر وإنما ترك الأمر للسلطة التقديرية للإدارة .

[٥٤] ينظر: د. عيد سعد دسوقي، حماية الملكية الخاصة في القضاءين الإداري والدستوري، مصدر سابق، ص١٨٧.

[٥٥] ينظر: غيتاوي عبد القادر، الضمانات التشريعية والقضائية لنزع الملكية الخاصة من أجل المنفعة العامة، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه إلى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد – تلمسان، ٢٠١٤، ص٢٤٦.

[56] Ce, 23 oct 1963 dame veuve musy, a.j.d.a, 1964,,p.173.not laporte,r,1963,p.461.note liet-veaux.

أشار إليه غيتاوي عبد القادر، الضمانات التشريعية والقضائية لنزع الملكية الخاصة من أجل المنفعة العامة، مصدر سابق، ص٢٤٩.

[٥٧] محمد عبد النبي حسنين، نظرية الموازنة بين المنافع والمضار دراسة مقارنة في النظام الإسلامي والنظم الوضعية ، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراة في الحقوق ، جامعة عين الشمس ، مصر، ٢٠٠٥، ص٩٥.

[٥٨] ينظر: غيتاوي عبد القادر، الضمانات التشريعية والقضائية لنزع الملكية الخاصة من أجل المنفعة العامة، مصدر سابق، ص٢٥٨.

[٥٩] ينظر لمزيد من التفاصيل : سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة ، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، ٢٠١٠، ص٢٧٦.

[٦٠] ينظر: تعليمات رقم (١) لسنة ١٩٨١ لتسهيل تنفيذ قانون الاستملاك .

[٦١] ينظر نص المادة ١٠ ، ١٢ من قانون الإستملاك النافذ .

[٦٢] ينظر : قرار محكمة أستئناف نينوى بصفتها التميزية، قرار رقم ٥١٥/ت ب/ بتاريخ ٢٠٠٥/١/٢٣ أشار إليه د. نكتل إبراهيم عبد الرحمن، الموازنة بين المنافع والأضرار في قانون الاستملاك العراقي النافذ ، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ، كلية القانون – جامعة الموصل، ٢٠١٨، ص١٩٣.

[٦٣] د. نكتل إبؤاهيم عبد الرحمن، الموازنة بين المنافع والأضرار في قانون الإستملاك العراقي النافذ ، مصدر سابق، ص١٩٢.

[٦٤] تتلخص وقائع القضية في إن الإدارة أرادت إقامة مدينة سكنية جديدة شرق مدينة ليل بشمال فرنسا، لغرض حل أزمة السكن ، وتوافق ذلك مع رغبة إدارة التعليم الجامعي في الإقليم في إنشاء مجمع لعدة كليات خارج مدينة ليل وعليه تقرر دمج المشروعين في مشروع واحد يقام على مساحة ٥٠٠ هكتار بتكلفة مليار فرنك ، ويتحقق به اندماج الطلبة مع المواطنين كهدف أساسي للمشروع ، وما أن بدءت أجراءات نزع الملكية اعترضت الجمعيات المشكلة للدفاع عن مصالح ذوي الشأن حيث كان سيؤدي المشروع بالشكل الذي عرض به إلى هدم ٢٥٠ منزلاً ، وبناء على أقتراح المحقق في التحقيق المسبق عدلت الإدارة مشروعها وصدر قرار تقرير المنفعة العامة شاملاً لهدم ٨٨ منزلاً فقط ، وتقدمت إحدى الجمعيات المعترضة باقتراح يتضمن نقل محور الطريق ٣٠ متراً فقط بما يحقق تفادي هدم ٨٠ منزلاً آخرين ، ولكن الجهة المستملكة تمسكت برأيها حيث كان سيؤدي هذا الاقتراح إلى فصل الطلبة عن السكان بينما كان اندماجهم أحد أهداف المشروع الرئيسية ، كما تقدم وزير الإسكان والتعمير بالطعن بالحكم أمام مجلس الدولة ، ولخص مفوض الدولة (بريبيان) ادعاءات الجمعية في جهتين الأولى : رد مفوض الدولة على ادعاء الجمعية بأن قرار تقرير المنفعة العامة مشوب بعيب الانحراف بالسلطة وأن النظام القانوني يسمح بأن تعهد الإدارة بمشروعاتها لشركات خاصة لتنفيذها ويمكن أن تتحقق المنفعة الخاصة إلى جانب المنفعة العامة.

الثانية : التي تتعلق بهدم ٨٨ منزلاً بعضها تم بناؤها حديثاً لغرض قيام المشروع عليها ، وهنا أنتقد مفوض الدولة ما درج علية مجلس الدولة مطالباً إياه بضرورة وضع تعريف جديد للمنفعة العامة ، لأن الأمر لا يقتصر على السلطة العامة والمنفعة العامة في جانب والملكية الخاصة في جانب آخر ، ولا يمكن الاكتفاء بكون المشروع يقدم في ذاته منفعة عامة وإنما يجب فوق ذلك أن يوضع في الميزان أعباء المشروع وأضراره على الملكية الخاصة العبء الاجتماعي من حيث الكلفة المالية والإضرار الاجتماعية مع المزايا والمنافع المتحققه منه ينظر لمزيد من التفاصيل حول القضية د. أحمد أحمد الموافي، فكرة المنفعة العامة في نزع الملكية الخاصة ، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراة ، كلية الحقوق – جامعة الإسكندرية، ١٩٩٢، ص٢١٨ وما بعدها.

[٦٥] محمود سلامة جبر، نظرية الغلو البين في قضاء الإلغاء ، ط٢، القاهرة ، ٢٠٠٧،ص١٦١.

[٦٦] تتلخص وقائع هذه القضية في أن محافظ القاهرة أصدر قراراً لصالح شركة المعادي للتنمية والتعمير يقضي بتسليم الأرض المملوكة للدولة المعروفة بأسم (عزبة خير الله) بمنطقة دار السلام وازالة التعديات على هذه الأرض وهدم ما عليها من منشآت ومبان وقد بلغ عددها ما يقارب ٢٠٠٠٠الف مسكن ويقطن بها ما يقارب ٥٠٠٠٠الف نسمة ، وقد تقدم مجموعة من سكان هذه المنطقة بالطعن في قرار محافظ القاهرة وطلبوا من القضاء الإداري بصفة مستعجلة وقف تنفيذ القرار المطعون فيه وفي الموضوع بإلغاء هذا القرار واعتباره عديم الأثر وقد استندوا على عدة أسباب أ- أن القرار يمس آلاف الأشخاص الذين أقاموا مساكنهم من أموالهم الخاصة منذ عشرات السنين .

ب- أن المحافظة التي تقوم بالهدم والتشريد سبق لها أن أصدرت قرار رقم (٨٩٢) بتاريخ ١٩٧٠/٥/٢٣ يحمي حيازة هذه المجموعة لمبانيهم التي شيدوها على أرض الدولة ج- أن قرار الإزالة والتشريد المطعون فيه ينتفي من شرط المصلحة العامة اللأزمة لإصدار مثل هذا القرار ، إذ يتم هدم عشرات الآلاف من المنازل مما يتناقض مع سياسة الدولة في التعمير وذلك من أجل مصلحة خاصة لمشروع استثماري .

وأستناداً لهذه الأسباب قضت محكمة القضاء الإداري استجابة لطلب الطاعنين وقررت وقف تنفيذ القرار المطعون فيه ، وقد قدم محافظ القاهرة وشركة المعادي للتنمية والتعمير طعنهما في حكم محكمة القضاء الإداري أمام المحكمة الإدارية العليا والأخيرة ردت الطعن المقدم إليها وسببت ذلك بأنه يتعين على الإدارة أن تصدر في تصرفاتها بما يراعي الموازنة العامة ... على النحو الذي ألزمها به الدستور والقانون قرار المحكمة الإدارية العليا، رقم القرار (١٦٨١) بتاريخ ١٩٨٤/٣/١٥ أشار إليه حسين محمد صالح العذري، أحكام نزع الملكية للمنفعة العامة ، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكنوراة، كلية الحقوق – جامعة عين الشمس، ٢٠١١، ص٤٣١ .

[٦٧] ففي قضية تتلخص وقائعها أصدرت الإدارة قرار بتقرير المنفعة العامة لإقامة محطة لتخفيض ضغط الغاز وإقامة المنشآت اللأزمة لمد الغاز الطبيعي لمنطقة غرب النيل بزمام جزيرة محمد مركز إمبابة ، وقدم ملاك الأراضي طعنهم في القرار إلى المحكمة القضاء الإداري بالمطالبة بإلغاء قرار المنفعة العامة وذلك بسبب الأضرار التي تتخلف عن هذا المشروع بالإضافة على مساوئ تخطيط المشروع من قبل الإدارة ، وبالفعل فقد استطاع الطاعنون أقناع المحكمة بإن المشروع يتخلف عنه أضرار يصيب املاكهم إلا أن المحكمة أقامت الموازنة بين المنافع المتحققة من المشروع والأضرار المتخلفة عنه فتوصلت المحكمة إلى أن كفة المنافع هي الراجحة لما توفر من دهم الدولة من الغاز السائل وتوفير العملة الصعبة لها فقررت بمشروعية قرار المنفعة العامة ، كما يعوض المجلس الشعبي الأهلي الملاك عن ممتلكاتهم وحقوقهم تعويضاً مناسباً. قرار المحكمة الإدارية العليا، رقم القرار ١٨٧٥ ن بتاريخ، ٩/مارس/ ١٩٩١ أشار إليه حسين محمد صالح العذري، أحكام نزع الملكية للمنفعة العامة ، مصدر سابق، ص٤٣١.

[٦٨] د. نكتل إبراهيم عبد الرحمن، الموازنة بين المنافع والأضرار في قانون الإستملاك، مصدر سابق، ص١٩٧.

[٦٩] ينظر : مصطفى مجيد، شرح قانون الاستملاك، بدون ذكر المطبعة، مكان الكتاب كلية القانون جامعة بابل، بدون ذكر سنة الطبع. ، ص١٧٧.

[٧٠] ينظر : د. هيام مروة ود. طارق المجذوب، الوجيز في القانون الإداري الخاص،ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت – لبنان،٢٠١٥، ص٢٢٠.

[٧١] تعليمات المحددات البيئية لإنشاء المشاريع ومراقبة سلامة تنفيذها رقم ٣ لسنة ٢٠١١ العراقي.

[٧٢] ينظر تعليمات المديرية العامة للتخطيط العمراني العراقي رقم ٣ لسنة ١٩٩٥ .

[٧٣] ينظر : قانون حماية وتحسين البيئة رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٩ المادة ٣٨ /٢ وكذلك ينظر: نص المادة الأولى تعليمات المحددات البيئية لإنشاء المشاريع ومراقبة سلامة تنفيذها رقم ٣ لسنة ٢٠١١ العراقي

[٧٤] يقصد بالمتطلبات البيئية الاساليب والوسائل الواجب توافرها في المشروع كجزء من مكوناته وفي العملية الانتاجية مما يؤمن الحد من التلوث الناجم عن المشروع وفقاً للمعايير التي تعتمدها الوزارة.نص الفقرة ٣ من المادة الأولى من قانون المحددات البيئية العراقي . وكذلك موقف المشرع الفرنسي أشترط توافر هذه المتطلبات البيئية في المنفعة العامة المراد قيامها فلا يتم الإعلان عنها إذا كانت من المحتمل إن تؤثر على البيئة إلا بإجراء التحقيق فيها من عدم تعارضها مع قانون البيئة ينظر: المادة L110-1 ، من قانون نزع الملكية النافذ، كما نظم العديد من الإحكام في قانون نزع الملكية في القسم الأول تحت مسمى العمليات التي لها تأثير على البيئة أو التراث (L122-1إلى L122-2) من الفصل الثاني من قانون نزع الملكية.

[٧٥] ينظر المادة ٢ تعليمات المحددات البيئية لإنشاء المشاريع ومراقبة سلامة تنفيذها رقم ٣ لسنة ٢٠١١

[٧٦] ينظر تعليمات المحددات البيئية لإنشاء المشاريع ومراقبة سلامة تنفيذها رقم ٣ لسنة ٢٠١١ التي حددت بعد المصانع عن التجمعات السكنية فالمادة ٣ فقرة أولى حددت بعد المسافة بالنسبة لمصانع البروتين الحيواني بمسافة لا تقل عن ٣ كيلو مترات خارج حدود البلدية وعن التجمعات السكانية وبمسافة لا تقل عن ١ كيلو متر عن محرمات الطرق العامة والمادة ٤ فقرة ١ حددت بعد مصانع

الخيوط الصناعية كذلك بمسافة لا تقل عن ٣ كيلو متر خارج حدود البلدية أما المادة ٥ حددت المسافة بالنسبة لمشاريع التنموية للصناعات الكيمياوية والبتروكيمياوية والنفطية بمسافة لا تقل عن ١٠ كيلومترات خارج حدود البلدية وعن التجمعات السكانية وينظركذلك من المادة ٧- إلى المادة ٧٨ إذ حددت كل مادة نوع معين من الصناعة وكذلك مسافة البعد عن التجمعات السكنية المطلوبة لإنشاء المشروع وفي التشريع اللبناني ينظر المرسوم رقم ١٠٦ بتاريخ ١٩٨٣/٩/١٦ الخاص بإنشاء مصانع الادوية

[٧٧] التطبيقات التي أشارت إليها مجلة الإحكام العدلية نص المادة ١٢٠٠ " ... مثلاً لو اتخذ في اتصال دار دكان حداد أو طاحون وكان من طرق الحديد ودوران الطاحون يحصل وهن للبناء أو أحداث في جانبها فرن أو معصرة فتأذى صاحب الدار من دخان الفرن ورائحة المعصرة حتى تعذرت عليه السكنى ..... وكذلك لو أحدث رجل دكان طباخ في سوق البزازين وكان الدخان يصيب أمتعة الجار ويضرها فانه يكلف رفع ضرره...ينظر لمزيد من التفاصيل : سليم رستم باز، شرح المجلة، ط٣، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بدون ذكر سنة الطبع، ص٦٦٠ .

[٧٨] رأي الفقيه (ديمولومب) أشار إليه د. طارق كاظم عجيل ، الحقوق العينية الأصلية ، ج١، مكتبة السنهوري، بيروت – لبنان، ٢٠١٩ ، ص ١٣١.

[٧٩] د.السنهوري الوسيط، ج٨، ط٣، نهضة مصر، ٢٠١١، ص٧٠٢، د. عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الأصلية، بدون ذكر مكان الطبع، ١٩٨٢، ص٦٨. د. غني حسون طه، حق الملكية، ج١، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٧، ص٨٣ . د. منصور مصطفى منصور ، حق الملكية في القانون المدني المصري، القاهرة،١٩٦٥، ص٥٩ د. عبد المنعم الصدة ، حق الملكية، القاهرة ، ١٩٦٦ ، ف٦٠ ود. حسن كيرة،الحقوق العينية الأصلية، ج١، القاهرة،١٩٦٥، ف٩٩.

[٨٠] د. درع حماد الدليمي، الحقوق العينية الأصلية، ج١، مكتبة السنهوري، بيروت- لبنان، ٢٠١٨، ص٧٧.

[٨١] ينظر د. همام محمد محمود زهران ،الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، ٢٠١٠، ص٣٤١.