

التناسب في اتخاذ القرارات الإدارية في ضوء نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار (دراسة مقارنة)

**Proportionality in Making Administrative Decisions in the Light of
the Theory of Balancing Between Benefits & Harms,
(A Comparative Study)**

م.م. زينة سمير هاشم

Zeina Samir Hashim

zeina.samer.h@gmail.com

٠٧٧٠٥٥٦٣١٦٣

كلية القانون / جامعة ميسان

University of Misan /College of Law

تاريخ قبول النشر ٢٠٢٣/١٠/١٧

تاريخ استلام البحث ٢٠٢٣/٨/٩

الملخص

عندما تصدر الإدارة قراراً إدارياً تكون مقيدة بمراعاة العلاقة بين مبدأ التناسب والأركان التي يتكون منها القرار الإداري ، ومن الضوابط الأساسية التي يمكن من خلالها التأكد من تحقق مبدأ التناسب في القرارات الإدارية الموازنة بين إيجابيات القرار الإداري وما قد يخلفه من آثار سلبية ، وذلك في إطار النظرية المعروفة بـ(نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار) ، فلا يكفي لصحة القرار الإداري أن يحقق القرار مصلحة خاصة فحسب بل يجب أن تأخذ الإدارة بنظر الاعتبار المصلحة العامة التي ستتأثر بقرارها، وبخلافه ستكون قراراتها معرضة للإلغاء إذ يمكن للقاضي الإداري أن يتصدى للبحث عن تحقق التناسب في القرار الإداري.

الكلمات المفتاحية (التناسب ، الموازنة ، المنافع والأضرار ، القرارات الإدارية) .

Abstract :

When the administration issues an administrative decision, it is restricted to taking into account the relationship between the principle of proportionality and the pillars that make up the administrative decision. Known as (the theory of balancing benefits and harms), It is not enough for the validity of the administrative decision that the decision achieves a private interest only, but the administration must take into account the public interest that will be affected by its decision, otherwise its decisions will be subject to cancellation, as the administrative judge can address the search for proportionality in the administrative decision.

Keywords: (proportionality, balancing, benefits and harms, administrative decisions) .

المقدمة

أولاً - موضوع البحث

تعد فكرة التناسب من الأفكار الأساسية التي رسخت في مجال الدراسات القانونية ذات الصلة بالقانون الإداري، ومما يلاحظ أن المعايير أو الأسس التي يعتمد عليها مبدأ التناسب متعددة وتعد نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار واحدة منها ، وهي نظرية في غاية الأهمية ؛ لكونها تركز على مراعاة التوفيق بين المصالح المتعارضة .

ثانياً - أهمية البحث

إن التناسب في نطاق القرارات الإدارية يعد من المتطلبات الأساسية لاضفاء صفة المشروعية عليها ولكن هذا لايمكن أن يتحقق من دون وجود معايير ثابتة مما يفرض على الإدارة أن تتخذ عدة خطوات سابقة على إصدار القرار لكي لا تخطئ وتتجاهل مصلحة أهم من غيرها وتوصف قراراتها بأنها غير مشروعة ، وبالمقابل فإن البحث في مدى مشروعية هذه القرارات من قبل القاضي الإداري يحتاج الدقة والإلمام الكافي ، وهو ما يشكل بالنتيجة ضماناً للأفراد ووسيلة للإدارة بأن لا تتخذ قرارات غير مدروسة مسبقاً .

ثالثاً - مشكلة البحث

سنحدد من خلال البحث نطاق تطبيق فكرة التناسب المرتبطة بنظرية الموازنة بين المنافع والأضرار في القرارات الإدارية ، ونوضح فيما إذا كان هنالك تنظيمًا تشريعياً يحكم سلطة الإدارة في مجال إصدار القرارات الإدارية بحيث

يلزمها بتحقيقه ، كما سنسلط الضوء على على المعايير التي يلجأ إليها القاضي الإداري عندما ينظر في الطعون المقدمة تجاه القرارات الإدارية التي تكون حداً فاصلاً بين منفعتين مختلفتين ليقرر مدى مشروعيتها من عدمها .

رابعاً - منهجية البحث

سنعتمد في بحثنا المنهج التحليلي الوصفي المقارن من خلال استقراء وتحليل لبعض النصوص القانونية وأحكام القضاء الإداري في العراق ذات الصلة بموضوع التناسب ونظرية الموازنة بين المنافع والأضرار بالمقارنة مع ذات الموقف في كل من الجزائر وفرنسا للاستفادة من تجربة هذه الدول حول الموضوع.

خامساً - خطة البحث

سنقسم بحثنا على مقدمة ومبحثين ، المبحث الأول بعنوان (ماهية التناسب ونظرية الموازنة بين المنافع والأضرار) ، ويقسم على مطلبين المطلب الأول (مفهوم التناسب ونظرية الموازنة بين المنافع والأضرار) ، أما المطلب الثاني (علاقة التناسب بأركان القرار الإداري) ، أما المبحث الثاني فعنوانه (المعايير التي تعتمد عليها نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار وتطبيقاتها التشريعية والقضائية) ، إذ سيكون المطلب الأول (المعايير التي تعتمد عليها نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار) ، أما المطلب الثاني (التطبيقات التشريعية والقضائية لنظرية الموازنة بين المنافع والأضرار) ، وسنهي بحثنا بخاتمة نوضح فيها أهم النتائج والمقترحات.

المبحث الأول

ماهية التناسب ونظرية الموازنة بين المنافع والأضرار

إن اركان القرار الإداري لا تنفقد بفكرة عدم مخالفة مبدأ المشروعية فقط بل يجب أن تتحقق فيها فكرة التناسب وقد يكون ذلك في ضوء مصلحتين متعارضتين مما يتطلب البحث عن أيهما أولى بالترجيح على الأخرى ، ولتوضيح ذلك

سوف نقسم هذه المبحث على مطلبين نبين في المطلب الأول مفهوم التناسب ونظرية الموازنة بين المنافع والأضرار ، أما المطلب الثاني فسنتناول فيه علاقة التناسب بأركان القرار الإداري .

المطلب الأول

مفهوم التناسب ونظرية الموازنة بين المنافع والأضرار

تعتمد فكرة التناسب على دراسة دقيقة للمصلحة المتوخاة من اصدار القرار الإداري في ضوء فكرة الموازنة بين المنافع والأضرار ، ولتوضيح ذلك سنتناول تعريف التناسب في الفرع الأول ، ومن ثم نتطرق إلى تعريف نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار في الفرع الثاني .

الفرع الأول : تعريف التناسب

التناسب لغةً مشتق من أصل كلمة (نسب) ، والنسب يعني القرابة ، وانتسب واستنسب أي يذكر نسبه ، وناسب شاركه في النسب ^(١)، وناسب مناسبة ماثله وشاكله ولأئمه ، وتناسب أي تماثلاً وتشاكلاً ، واستنسب الشيء وجده مناسباً ملائماً ^(٢)، وفي اللغة الفرنسية فان قواميس اللغة أشارت إلى ان كلمة التناسب تعني علاقة أو صلة بين شيئين ، أو بين أجزاء بعضها البعض أو بينها وبين الكل ، كما تستخدم أيضاً في اللغة الفرنسية بمعنى جعله متناسباً ومتكافئاً ^(٣).

(١) ابن منظور ، لسان العرب ، دار المعارف ، مصر ، بلا سنة نشر ، ص ٧٥٦ وما بعدها .

(٢) قاموس المنجدي ، اللغة والاعلام ، ط ٢٥ ، دار المشرق ، بيروت ، ١٩٨١ ، ص ٨٠٣ .

(٣) محمد ناصر راشد محمد الطنيجي ، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري ، ط ١ ، دار النهضة العربية ، مصر ، ٢٠١٦ ، ص ١٥ .

أما التناسب اصطلاحاً فهو تعبير عن صلة تتصف بالتوازن والتوافق بين شيء وآخر في إطار علاقات معتادة يفترض أن تكون عليها الصلة التوافقية بين حالة معينة وأخرى مناظرة لها نتیجتها توازن مقبول بينهما^(١)، ويمكن تحليله إلى عناصر ثلاثة وهي القرار الصادر والحالة الواقعية والغاية المستهدفة ، ويمكن أن ينشأ من خلال علاقة تطابق بين كل من الوسيلة والهدف ، وبهذا المفهوم يمكن القول ان التناسب يمكن أن يتغير تبعاً للحالة الواقعية والمزايا المتوقعة والمضار المتحصلة^(٢).

يعبر التناسب أيضاً عن صلة التوافق والتطابق بين حالة وأخرى مناظرة لها ينتج عنها توازن مقبول بينهما، فهو يقوم أساساً على علاقة منطقية بين شيئين يعبر عنها بالتمائل أو التكافؤ^(٣)، وفي مجال التأديب يعني الملائمة الظاهرة بين كل من الخطأ التأديبي والعقوبة التأديبية التي تقع على مرتكبها ، فالتناسب يكون متحققاً عندما يكون سبب القرار التأديبي متوافقاً مع محله ، أي هنالك توافق بين أهمية الوقائع التي أدت إلى اصدار القرار التي تمثل ركن السبب وبين الإجراء المتخذ ازاء هذه الوقائع وما يترتب من آثار قانونية متمثلة بالمحل^(٤).

ومما تقدم نستنتج بأن التناسب يدور حول فكرة التطابق أو الانسجام والتلائم بين شيئين ينطويان على التوازن المنطقي بينهما وهو مختلف من حالة لأخرى.

الفرع الثاني : تعريف نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار

(١) بوسطة خيرة وجيلاني بلوفة لمياء ، التطورات الحديثة لرقابة القضاء الإداري على التناسب ، رسالة ماجستير / معهد العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير / قسم الحقوق ، ٢٠١٨-٢٠١٩ ، ص ٢ ، متاحة على شبكة الانترنت.

(٢) د. عبد العالي حاحة ود. آمال يعيش تمام ، الرقابة على تناسب القرار الإداري ومحله في دعوى الإلغاء ، ص ١٣٦ ، بحث متاح على شبكة الانترنت.

(٣) بوسطة خيرة وجيلاني بلوفة لمياء ، المصدر السابق ، ص ٧.

(٤) رفيق بومدين ، الوسائل القضائية للرقابة على التناسب في القرار الإداري ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية ، الجزائر ، ٢٠١٤-٢٠١٥ ص ١١ ، متاحة على شبكة الانترنت.

يمكن القول انه لا يوجد تعريف جامع لنظرية الموازنة بين المنافع والأضرار وذلك بسبب الصبغة العملية التي تتصف بها هذه النظرية ، وكذلك اختلاف المعايير التي يستند عليها القاضي الإداري بالنظر في كل المعطيات ذات الصلة بكل قضية مطروحة أمامه^(١)، وتعني هذه النظرية المقارنة أو الموازنة بين النتائج الإيجابية لتدبير إداري معين مع السلبات التي تنتج عنه فلا يكون هذا التدبير شرعياً ما لم ترجح ايجابياته على سلباته ، أي إذا كان ايجابياً أكثر مما هو سلبياً^(٢)، ويقصد بها أيضاً إجراء موازنة أو مقارنة بين ما يحققه القرار أو التصرف الإداري من أضرار وخسائر ، أي يقوم القاضي الإداري بمقارنة الآثار الناجمة من القرار أو التصرف في ميزان العدالة والمنطق ، وذلك قبل أن يحدد أيهما أولى بالرعاية لأن تؤخذ بنظر الإعتبار مزايا أم أضرار^(٣).

إضافة إلى ما تقدم فإن الموازنة بين المنافع والأضرار ترتبط بفكرة مفادها ان لتقدير مشروع ما وعده محققاً للمنفعة العامة ينبغي معرفة ما يحققه من منافع ومزايا ، والوقوف على التكاليف والأضرار المترتبة عليه بالأخذ بنظر الاعتبار الأضرار الاقتصادية والاجتماعية للمشروع مع اقامة موازنة بين هذه العناصر^(٤)، وقد عرفها جانب من الفقه بأنها (المضاهاة الصريحة بين المنافع والأضرار المترتبة على القرار الإداري ، بحيث ينتهي القضاء إلى ترجيح المزايا ، فإذا رجحت المزايا أعلن القاضي مشروعية القرار وإذا رجحت الأضرار تعين عليه الغاء القرار لعدم المشروعية)، وعرفت أيضاً بأنها (تقييم شرط المنفعة العامة في ضوء المصالح المتعارضة التي يمسها القرار وتقدير مزايا القرار ومضاره)^(٥)، فالموازنة تدور حول وجوب مراعاة عدم رجحان أضرار القرار الإداري على منافعه ،

(١) زقاي حفيظة وعمور محمد ، دور القاضي الإداري في الموازنة بين المنافع والأضرار في قضايا نزع الملكية لأجل المنفعة العمومية وتأثير ذلك في تكوين القاعدة القانونية ، ص ٢٤٣ بحث متاح على شبكة الانترنت .

(٢) بوسطة خيرة وجيلاني بلوفة لمياء ، مصدر سابق ، ص ٦٥.

(٣) د. محمد رسول المعموري ، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية وأساليب الحد منها ، مجلة جامعة تشرين للبحوث والدراسات العلمية ، المجلد ٣٧، العدد ٤ ، ٢٠١٥ ، ص ٥٢.

(٤) رفيق بومدين ، مصدر سابق ، ص ١٠٥.

(٥) محمد ناصر راشد محمد الطنيجي ، مصدر سابق ، ص ١٣٣.

ويتطلب مبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار أن يضع القاضي الإداري الآثار المترتبة على القرار الإداري في ميزان العدالة ، مزاياء في كفة وأضراره في الكفة الأخرى ، وذلك يكون قبل أن يقرر أيهما أولى بالرعاية ^(١).

واتفق الفقه والقضاء الفرنسي على ان هذه النظرية تعني (انه لا يمكن اعتبار عملية ما محققة للنفع العام المبرر لنزع الملكية إلا إذا كانت الأضرار التي تلحق بالأمالك الخاصة من وراءها وتكلفتها ومضارها الإجتماعية المحتملة لاتتفوق بشكل كبير المزايا التي يمكن أن تتجم عنها)^(٢).

ومما سبق يمكن القول ان نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار تعني ان تصرف الإدارة لا يكون صحيحاً ومشروعاً إذا رتب أضراراً تفوق منافعه بشكل كبير، فهي تبحث بين مصلحتين متعارضتين تتطلب تغليب احدهما على الأخرى وفقاً لضوابط محددة.

المطلب الثاني

علاقة التناسب بأركان القرار الإداري

يمكن البحث عن مبدأ التناسب في اطار أركان القرار الإداري المرتبطة بمشروعيته الداخلية وكذلك بعض الاركان المرتبطة بالمشروعية الخارجية له، ولذلك سنوضح علاقة التناسب بركن السبب وركن المحل في الفرع الأول ، أما الفرع الثاني فسنتناول فيه علاقة التناسب بركن الغاية وركن الشكل والإجراءات.

^(١) د. سامي جمال الدين ، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠١٤ ، ص ٢٧٦.

^(٢) د. عبد المقصود توفيق أحمد ، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري (دراسة تطبيقية مقارنة)، ص١٤٢٧، بحث متاح على شبكة الانترنت .

الفرع الأول : علاقة التناسب بركن السبب وركن المحل

من متطلبات صحة القرار الإداري أن يقوم على حالة واقعية تدفع الإدارة لإصداره ، ويتمثل بالحالة الواقعية أو القانونية التي تسبق صدوره ^(١)، فالقرار التأديبي مثلاً سببه افعال ارتكبها الموظف تستوجب مساءلته، فإذا كان الموظف لم يرتكب هذه الأفعال أصلاً أو ارتكب من الأفعال ما لا يعد جريمة تأديبية فإن القرار يكون معيباً بعبء السبب ^(٢)، وتتحقق حالة عدم مشروعية السبب-الأسباب-الذي بني عليه القرار الإداري أما لعدم وجود الحالة الواقعية أو القانونية التي تبعت على اتخاذ القرار ، كما قد يتحقق لعدم صحة التكييف القانوني لوقائع القرار التي بني عليها ، وقد يكون القرار غير مشروعاً لعدم تناسبه وأسبابه من حيث الخطورة والجسامة ^(٣)، فإذا كانت رقابة القضاء الإداري على الوجود المادي للوقائع تبحث في مدى تحقق الحالة الواقعية التي أسس عليها القرار ، وإن رقابة التكييف القانوني تبحث في مدى تطابق الوقائع مع الوصف القانوني الذي وصفته الإدارة ، فإن الرقابة القضائية على التناسب تبحث في مدى تناسب الوقائع التي أسس عليها القرار ومضمون القرار الذي صدر بناءً عليها ^(٤).

أما فيما يتعلق بمحل القرار الإداري فقد يكون القرار الإداري معيباً في فحواه أو مضمونه ، فيكون الأثر القانوني المترتب على القرار الإداري غير جائزاً أو مخالفاً للقانون مكتوباً كان أو غير مكتوباً ^(٥)، فعندما يترك القانون لرجل الإدارة الحرية في اختيار العقوبة التي يمكن أن تفرض على الموظف بسبب الخطأ الذي يرتكبه لا شك أن المشرع قد قصد من وراء إعطاء الإدارة هذه الحرية اختيار العقوبة التي تتناسب وجسامة الخطأ المرتكب ، ففي حالة

(١) هبة عبد المطلب الفضلي و م.د. حمد منشد عناد ، الدفع بعدم دستورية الأنظمة الإدارية مقارنة بالدفع بعدم مشروعيتها في ضوء التشريعات الأردنية (دراسة مقارنة) ، مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة ، المجلد ١ ، العدد الخامس ، ٢٠٢١ ، ص ٩٠.

(٢) د. عاطف عبد الله المكاوي، القرار الإداري ، الطبعة الأولى ، مؤسسة طيبة للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ٢٠١٢ ، ص ١٤٠-١٤١.

(٣) د. وسام صبار العاني ، عيب السبب ومكانته بين أوجه الإلغاء في النظم المقارنة والعراق ، مجلة كلية الحقوق -جامعة النهرين - المجلد ١٤ ، العدد ١٨ ، ٢٠١٢ ، ص ١ ، ص ٦.

(٤) نويرة سامية ، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة ، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية / جامعة العربي بن مهيدي - أم البواقي ، ٢٠١٢ - ٢٠١٣ ، ص ١٧٦ ، متاحة على شبكة الانترنت .

(٥) د. مازن ليلو راضي ، أصول القضاء الإداري ، دار المسلة للنشر والتوزيع، بغداد، ٢٠١٧ ، ص ٢٣٠.

الاختصاص المقيد فان المشرع يحدد تناسب الاسباب مع المحل بموجب النص التشريعي دون تقدير ذلك من طرف السلطة الإدارية^(١)، وهناك رأي يذهب الى ان التناسب يرتبط بركن المحل ، ويعد عيب عدم التناسب من عيوب مخالفة القانون في روحه ومعناه ، معتبراً ان المشرع عندما ينص على عدد من الجزاءات وليس على جزاء واحد انما قصد أن تختار السلطة التأديبية من بين هذه الجزاءات ما يناسب المخالفة المرتكبة^(٢)، ونتفق مع هذا الرأي لكون الخيار الذي يتركه المشرع للإدارة في فرض العقوبة يرتبط ارتباطاً كبيراً بفكرة التناسب ، أي ان الإدارة عليها أن تقوم باختيار العقوبة التي تتناسب وجسامة الفعل الذي قام به الموظف ، وبالتالي يبحث القاضي الإداري عن مدى تحقق هذا التناسب من عدمه.

ان رقابة الموازنة لا تقتصر فقط على أهمية تقدير الوقائع بل تدخل في العلاقة بين كل من أهمية الوقائع وأهمية المحل وتقييم الموازنة بينهما، ويكون القرار الإداري مشروعاً عندما يوجد هنالك توازن بين درجة أهمية سبب القرار ودرجة أهمية محله، فإذا اختل التوازن بشكل جسيم فان القرار سيكون مصيره الإلغاء لعدم المشروعية^(٣).

ومن كل ما تقدم يمكننا القول ان العلاقة بين ركني المحل والسبب ومبدأ التناسب علاقة مباشرة ووثيقة ، الادارة مقيدة في ضوء الظروف التي تؤدي بها إلى اتخاذ القرار الإداري أن تراعي فكرة تقاربها مع الآثار القانونية التي سيحققها القرار الإداري.

(١) بوشوكة سعدية ، مبدأ السلطة التقديرية للإدارة في إصدار القرارات الإدارية ، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة أكلي محند أولحاج البويرة/ كلية الحقوق والعلوم السياسية /قسم القانون العام ، ٢٠١٧-٢٠١٨ ، ص ٧٠ ، متاحة على شبكة الانترنت.

(٢) مايا محمد نزار أبو دان ، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري ، ط ١ ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، ٢٠١١ ، ص ٢٠.

(٣) رفيق بومدين ، مصدر سابق ، ص ١٢٥.

الفرع الثاني : علاقة التناسب بركن الغاية وركن الشكل والإجراءات

عندما تتجه الإدارة لتحقيق مصالح شخصية لا صلة لها بالمصلحة العامة ، أو عندما تحقق أهدافاً غير الأهداف المحددة لها يتحقق عيب الانحراف باستعمال السلطة (عيب الغاية) ، ولو تذرعت الإدارة بأنها قصدت تحقيق المصلحة العامة ، كما قد يتحقق الانحراف باستعمال السلطة عند إساءة استعمال الإجراءات كان تستبدل الإجراءات الإدارية اللازمة لإصدار قرار معين بإجراءات أخرى^(١) ، وإن التعسف أو الغلو يعكس دائماً تحقق حالة عدم التناسب بين كل من المصالح والأضرار، ويعرف التعسف بأنه انعدام التناسب بين كل من المصلحة التي تعود على المتصرف والضرر الذي سيجيب الغير^(٢).

إن القول بأن التناسب هو علاقة بين سبب القرار وغايته أي أن القرار يصاب بعيب عدم التناسب إذا لم تكن غايته المصلحة العامة ، أو أنه خرج عن الهدف المحدد ، هذا لا ينطبق على كل أنواع القرارات حيث إن نطاق ذلك يكون ضيقاً بحيث يشمل فقط قرارات الضبط لأنها ذات صلة بالمصلحة العامة ، لذلك يجب على الإدارة مراعاة التوافق بين سبب القرار والغاية من اتخاذه، أما فيما يخص المجالات الأخرى فإذا كانت غاية القرار غير تلك التي تستهدف تحقيق المصلحة العامة يكون غير مشروعاً لعيب إساءة استعمال السلطة أو الانحراف عنها وليست لعدم التناسب بين السبب والغاية^(٣).

أما قواعد الشكل والإجراءات فهي ليست مجرد روتين أو عقبات فقط بل تعد ضمانات تمنع الإدارة من التسرع وتهديد حقوق الأفراد وحرياتهم ، وكذلك حملها على التروي في ذلك ، وإن تتمكن من وزن الملبسات والظروف التي تحيط بموضوع القرار لتحقيق المصلحة العامة ، وتعد موازن لسلطات الإدارة الخطيرة في مجال القرارات الإدارية ،

(١) أنظر د. مازن ليلو راضي ، مصدر سابق ، ص ٢٤٠-٢٤٢

(٢) د. عبد العالي حاحة ود. آمال يعيش تمام ، مصدر سابق ، ص ١٤٩.

(٣) رفيق بومدين ، مصدر سابق ، ص ١٨ .

فإذا كانت الإدارة تتمتع في هذا الخصوص بحق التنفيذ المباشر والسلطة التقديرية فعليها أن تسلك السبيل الذي رسمته القوانين واللوائح لإصدار تلك القرارات^(١).

ومن خلال ما تم ذكره يتضح لنا أن مبدأ التناسب ليس بعيداً عن ركن الغاية وركن الشكل والإجراءات في القرار الإداري ، فلكل منهما علاقة بمبدأ التناسب مختلفة باختلاف طبيعة الحالة التي تتعامل معها .

المبحث الثاني

معايير نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار وتطبيقاتها التشريعية القضائية

لا يمكن ممارسة القاضي الإداري لدوره في البحث في مدى تحقق التناسب في القرار الذي اتخذته الإدارة مالم يتم التعرف على المعايير التي تعتمد عليها نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار وهو ما سنوضحه في المطلب الأول ، ومن ثم نتطرق إلى التطبيقات التشريعية والقضائية التي وردت حول هذه النظرية في المطلب الثاني .

المطلب الأول

معايير نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار

تعتمد نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار على عدة معايير منها معيار الملكية الخاصة وهو ما سنوضحه في الفرع الأول والمعيار البيئي والاقتصادي وسيتم تناوله في الفرع الثاني.

(١) نويري سامية ، مصدر سابق ، ص ١٢٥.

الفرع الأول / معيار الملكية الخاصة

ظهرت نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار في ظل نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، فلا يكفي لإقرار المنفعة العامة في قضايا نزع الملكية التأكد من مراعاة الشكليات القانونية فقط بل التأكد كذلك من مدى مراعاة التكلفة المالية للمشروع وما يرتبه من أرباح^(١).

ان رقابة القاضي الإداري التقليدية تقوم على مراقبة مدى توافر شرط المنفعة العمومية ، فيكتفي بالتأكد من ان حالة نزع الملكية المطروحة أمامه تتدرج ضمن الحالات المنصوص عليها وفقاً لنص تشريعي ، أو في حالة المنفعة ذاتها بالنظر إلى نوع المشروع أو إلى شخص منفذ المشروع ، ولكن هذه الرقابة وصفت بأنها ضيقة وضعيفة وان سلطة القاضي فيها محدودة، بينما في ظل نظرية الموازنة يتطلب على القاضي الإداري أن يضع الآثار الناجمة عن القرار الإداري في ميزان العدالة المزايا في كفة وأضرار القرار في كفة قبل أن يقرر أيهما أولى بالرعاية^(٢) فيتأكد القاضي الإداري من ان المشروع الذي سيتم انتزاع الملكيه من أجل إقامته يبرر وبشكل ملموس لمنفعة عامة وحقيقية كذلك ، ولا يمكن القول بمشروعية نزع الملكية إلا إذا كانت استجابة لمنفعة عامة مشروعة وثابتة قانوناً ، كما لو كان هنالك مشروع نزع ملكية يهدف إلى بناء مدرسة اضافية أو إلى توسيع مقر البلدية هنا يطرح القاضي تساؤله هل هذه العملية يبررها تزايد عدد التلاميذ أو نمو الخدمات التي تقدمها البلدية ؟ هل ان الإدارة التي قامت بنزع الملكية لأجل مشروعها هل تمتلك أو لا تملك عقاراً بديلاً صالحاً لإقامة مشروعها بنفس الشروط التي يوفرها العقار الذي يراد نوع

(١) د. يعقوب يوسف الحمادي ، القضاء ومراقبة السلطة التقديرية للإدارة - دراسة مقارنة ، منشأة المعارف، الاسكندرية ، بدون سنة نشر ، ص ٢٤٩-٢٥٠.

(٢) زقاي حفيظة وعمور محمد ، مصدر سابق ، ص ٢٣٧-٢٣٨.

ملكيتة؟ ومن ثم ينتقل القاضي الإداري إلى مرحلة تقييم النتائج التي تترتب على هذا المشروع فيقارن بين كل من منافع وتكاليف المشروع^(١).

الفرع الثاني / المعيار البيئي والاقتصادي

ان الجدوى البيئية تدور حول دراسة التأثير المتبادل بين المشاريع الاستثمارية لبرامج التنمية والبيئة لغرض تقليص أو منع التأثيرات السلبية وتعظيم التأثيرات الإيجابية بما يؤدي إلى تحقيق أهداف التنمية ولا يضر بصحة الإنسان أو بالبيئة^(٢)، وفي الغالب ان السلطات العامة تقوم بشكل مبدئي قبل اتخاذ اجراءات حماية البيئة بتقدير وتقييم التكلفة اللازمة لهذا التدخل ، وتقوم بمقارنتها مع الأضرار التي تحصل ، ويتوقف هذا الإجراء على التكلفة وكذلك درجة الخطورة التي ينطوي عليها الضرر ، ولكن في الواقع ان مثل هذا الأمر قد ينطوي على نوع من الخطورة خصوصاً في حالة كون هذا التوازن قائماً على أساس تقليدي لا يمنح أي قيمة فعلية للجزء المهدور من البيئة ، حيث ان السلطات العامة في الدولة كثيراً ما تواجه صعوبات في مجال تقرير إتخاذ إجراء ما يتصل بحماية البيئة عندما يكون ثمن عناصر البيئة محل الحماية منخفضاً أو غير مقدر تماماً^(٣)، فالإجراءات التي تتخذها الإدارة في اطار تطبيق مبدأ الحيطة لحماية البيئة مثلاً قد تتنازع مع بعض الحقوق والحريات كحرية التجارة والصناعة وحرية التنقل بالنسبة للأفراد والبضائع، فهنا يتطلب الأمر إعمال التوفيق بين مبدأ الحيطة وبين الحقوق والحريات^(٤)، فعلى الجهات المعنية التي تختص بمنح التراخيص التي ترتبط بأنشطة ذات أضرار بيئية إحتتمالية أن تراعي فكرة الموازنة بين ما

(١) رفيق بومدين ، مصدر سابق ، ص ١١٠-١١٢.

(٢) بن شاعة وليد وآخرون ، دراسة الجدوى الاقتصادية كآلية لنجاح المشاريع الاستثمارية ، مجلة المنتدى للدراسات والابحاث الاقتصادية ، مجلد ٣، عدد ٢، ٢٠١٩، ص ١٣٦.

(٣) زيد المال صافية ، حماية البيئة في اطار التنمية المستدامة على ضوء أحكام القانون الدولي ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية / جامعة مولود معموري ، ٢٠١٣، ص ٣٢٢ ومابعدها ، متاحة على شبكة الانترنت.

(٤) د. عبد الحفيظ علي الشيمي ، مبدأ الحيطة في المجال البيئي وأثره على بعض الحقوق والحريات ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١١، ص ١٣٢ ومابعدها .

يعود به النشاط من مزايا وما يخلفه من آثار سلبية ، وهذا يعد قيداً على السلطات التي انيطت بها هذه المهمة، وفي الوقت نفسه يلطف أعمال السلطة العامة من خلال تحقيق التوازن بين الحقوق والمصالح التي يهدف القرار إلى تحقيقها بالنسبة للجماعة ^(١) ، ونذكر في هذا السياق ان مبدأ الحفاظ على الصحة العامة لا يتعارض مع الحرية الشخصية بالأساس إلا إن إنتشار الأوبئة حالة استثنائية تخول السلطات العامة الخروج عن القواعد العامة التي تنظم ممارسة الحقوق والحريات الشخصية وتقييد الحرية الشخصية بشكل مدروس وهادف دون مبالغة^(٢)، وتعدد الاجراءات التي يمكن لهيئات الضبط الإداري الخاص بحماية الصحة ومنها الاجراءات ذات الطبيعة الوقائية التي تتدرج حسب خطورة الحالة التي تواجه النظام العام في المجتمع^(٣) والقاضي بدوره يقوم بوضع الآثار المترتبة على القرار المتخذ في ميزان العدالة ، إذ يوازن بين مزاياه وأضراره فلا يحكم بإلغاء القرار إلا إذا كانت الأضرار التي تترتب عليه جسيمة وضخمة مقارنة بالمزايا والمنافع التي يحققها، ويراعي عند تقدير المزايا والمضار كل المعطيات والظروف التي تحيط بالقرار والتي تختلف وتتنوع من حيث الوجود والأولوية باختلاف القضايا المطروحة ^(٤) .

أما الجدوى الاقتصادية فتعد إحدى الركائز التي يعتمد عليها أصحاب المشاريع لأجل تطوير أفكارهم الإستثمارية، وهي منهجية لإتخاذ القرارات الاستثمارية التي تستند على عدة أساليب وأدوات وأختبارات وأسس علمية تعتمد على المعرفة الدقيقة لإحتمالات نجاح أو فشل مشروع استثماري ما ، واختبار مدى قابلية هذا المشروع على تحقيق أهداف محددة للوصول إلى أعلى عائد ومنفعة للمستثمر الخاص أو الاقتصاد القومي أو لكليهما على مدى

(١) د. عبد الحفيظ علي الشيمي ، المصدر نفسه ، ص ٥٥.

(٢) ضياء أحمد حسين الساعدي ود. عبد الله بهار لؤي ، الحجر الصحي أستثناء على قاعدة عامة (دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة ، المجلد ١ ، العدد الخامس ، ٢٠٢١ ، ص ٢١٧.

(٣) للمزيد انظر م.د. حمد منشد عناد ، الحماية الإدارية للحق في الصحة (دراسة مقارنة) ، مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة ، المجلد ١ ، العدد ٦ ، ٢٠٢٢ ، ص ٢٧٥ وما بعدها .

(٤) خليف محمد ، الضوابط القضائية للسلطة التقديرية للإدارة دراسة مقارنة ، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية /جامعة أبي بكر بلقايد، ٢٠١٦، ص ٣٠٩ ، متاحة على شبكة الانترنت.

عمره الافتراضي^(١)، وعلى القاضي الإداري عندما يقوم بتقييم عملية ما أن يأخذ في حسابه التكاليف المالية التي ستتحملها الجهة المنفذة لمشروع ما ، وهل ان هذه الجهة قادرة على تنفيذ المشروع أم غير قادرة؟ فقد يكون المشروع صالحاً للتنفيذ على مستوى اقليم أو مدينة كبرى ولكنه غير صالحاً لذلك في قرية صغيرة ذات موارد محدودة قد يسبب لها التنفيذ أعباء مالية تفوق قدراتها^(٢).

ونستخلص مما سبق أن المعايير السابقة بدورها تمكن القاضي الإداري من أن يكتشف أيهما الأرجح إيجابيات القرار الإداري أم سلبياته ، وهذا يمثل ضابطاً أساسياً لإعمال نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار سواء تعلق أثر القرار بمصلحة خاصة للفرد أو مصلحة عامة .

المطلب الثاني

التطبيقات التشريعية والقضائية لنظرية الموازنة بين المنافع والأضرار

سننتقل في الفرع الأول إلى التطبيقات التشريعية والقضائية لنظرية الموازنة بين المنافع والأضرار في الدول المقارنة، ثم نبين تطبيقاتها التشريعية والقضائية في العراق في الفرع الثاني.

الفرع الأول / التطبيقات التشريعية والقضائية في الدول المقارنة

صدر في الجزائر المنشور الوزاري رقم(٠٧) بتاريخ ١١/٥/١٩٩٤ تبني نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار اذ استعمل نفس العبارة التي استعملها مجلس الدولة الفرنسي في احدى القضايا اذ استعمل مصطلح Utilite puplic بينما استعمل المشرع الجزائري مصطلح Intert pupli ، اضافة إلى ذلك نجد ان المنشور الوزاري المشترك

(١) بن شاعة وليد وآخران ، مصدر سابق ، ص ١٣٤ .

(٢) مايا محمد نزار أبو دان ، مصدر سابق ، ص ١٠٧ .

رقم ٠٧/٤٣ الصادر بتاريخ ٠٢ سبتمبر لسنة ٢٠٠٧ تبني أيضاً هذه النظرية بقوله (المشاريع ذات الأهمية الكبرى التي لها تأثير اجتماعي واقتصادي معتبر على المجموعة الوطنية والمنفعة العمومية)، ولكن بالمقابل نجد ان القاضي الإداري الجزائري لم يخض رقابة الموازنة إلا في حالات استثنائية وضيقة^(١).

وفي مجال الملكية العامة ان المشرع الجزائري لم يعرف المنفعة العامة إلا انه وضع ضابطاً تلتزم به الإدارة عندما تقوم بتقدير المنفعة العامة هو ان نزع الملكية العامة جاء تنفيذاً لعمليات ناتجة عن تطبيق إجراءات نظامية مثل التعمير والتهيئة العمرانية والتخطيط ، وبالرجوع إلى مختلف النصوص القانونية المتعلقة بنزع الملكية فانها لم تغفل الجانب الإقتصادي في نزع الملكية من خلال اشتراط اطار التحويل في العملية من خلال الملف الذي يقدمه المستفيد من عملية نزع الملكية حيث على القاضي أن يأخذ بنظر الإعتبار عند تقييم العملية التكاليف التي تستعملها الجهة المنفذة للمشروع هل قادرة على التنفيذ^(٢)، وقد قررت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في قرارها الصادر في ١٣/١/١٩٩١ يستخلص من تقرير الخبير بأن العملية المسطرة لا تستجيب لأية حاجة من حاجيات المنفعة العمومية وانما هي من صالح عائلة واحدة المتوفرة من قبل على الطريق ، حيث ان الهدف من هذه العملية هو اشباع حاجات ذات طابع عام لا يبرر المساس بملكية الطاعن ومن هنا قضت المحكمة العليا بإلغاء قرار نزع الملكية لأنه مشوب بغلط فادح^(٣).

أما في فرنسا في حكم المدينة الجديدة الشرقية سنة ١٩٧١ تتلخص وقائعه في رغبة الحكومة في فرنسا سنة ١٩٦٦ في جامعة ليل اخراج التعليم العالي من وسط المدينة إلى مكان آخر به مجمعات سكنية يجب هدمها بلغت ٢٥٠ مسكن وشكلت جمعية للدفاع عنهم ، وكان مفوض الدولة احد مستشاري المجلس الذي عمد بذلك إلى الموازنة بين

(١) زقاي حفيظة وعمور محمد ، مصدر سابق ، ص ٢٠٦-٢٠٧.

(٢) زقاي حفيظة وعمور محمد ، المصدر نفسه ، ص ٢٤٤،

(٣) بوسطة خيرى وجبلاني بلوفة لمياء ، مصدر سابق ، ص ٦٨-٦٩.

مضار هذه العملية ومنافعها وعدم النظر فقط لكونها تحقق مصالح عامة ، أي الموازنة بين تكلفة القرار الإداري وما يترتب من أضرار بالمصالح الخاصة وما يحققه من منفعة للخدمة العامة التي تدعيها الإدارة ، وحكم لصالح الإدارة لأن هذه العملية إن كانت تقتضي هدم مائة مسكن ففي المقابل سيتم اسكان عدة الوف من هذه المجمعات ^(١)، أما في المجال البيئي والاقتصادي صدر عن مجلس الدولة الفرنسي تقريراً تضمن الإشارة إلى ان مبدأ الحيطة يجب أن تكون له وظيفة ارشادية لتحقيق رقابة التناسب أو الملائمة التي تعتمد على قيام القاضي الإداري بالتأكد من ان تصرف الإدارة يهدف إلى المصلحة العامة ^(٢)، وذهب كذلك إلى ان العملية التي تتجاهل شروط أو متطلبات مبدأ الحيطة لا يمكن قانوناً توصف بأنها ذات منفعة عامة ، وان هذا المبدأ قد يكون كافياً لنفي المنفعة العامة عن العملية المعنية وكافياً لتبرير الغاء العمل الإداري الذي اسست عليه وذلك في اطار الرقابة الممارسة تحت عنوان نظرية الموازنة في ضوء نتيجة التقييم ^(٣)، كما كرس نظرية الموازنة في مجال الإجراءات الإستثنائية لقواعد التنظيم العمراني في الدعوى المعروفة باسم Ville Limoges إذ انتهى القاضي إلى وضع مبدأ مهم هو انه لا يمكن قانوناً السماح بأي إجراء استثنائي على قواعد التنظيم العمراني مالم تكن الأضرار التي يلحقها هذا الإجراء بالمنفعة العامة التي تحميها هذه القواعد غير مفرطة أو غير مبالغ فيها ^(٤).

(١) د. آمال يعيش تمام ، الرقابة القضائية على سبب القرار الإداري ، الطبعة الأولى ، مكتبة الوفاء القانونية ، القاهرة ، ٢٠٠٨ ، ص ١٢٣.

(٢) د. عبد الحفيظ على الشيمي ، مصدر سابق ، ص ١٣٢ وما بعدها.

1- Marguerite Canedo, Des nouvelles du principe de precaution, RFDA , 2013

P1061

(٤) مايا محمد نزار أبو دان ، مصدر سابق ، ص ١٧٠.

الفرع الثاني /التطبيقات التشريعية والقضائية في العراق

فيما يتعلق بنزع الملكية للمنفعة العامة نلاحظ ان قانون الاستملاك رقم(١٢) لسنة ١٩٨١ المعدل نص في المادة(١) منه على ان (يهدف هذا القانون إلى :...ثانياً- وضع قواعد وأسس موحدة للتعويض العادل عن العقارات المستملكة تضمن حقوق أصحابها دون الإخلال بالمصلحة العامة ...) ، ويتضح من هذا النص ان المشرع أشار إلى فكرة مراعاة الإدارة المختصة بالاستملاك حقوق الافراد وان لا يكون فيه اخلال بالمصلحة العامة وهو ما يدل على ضرورة الموازنة بين منافع وأضرار اجراء الإستملاك حتى يكون مقبولاً من الوجهة القانونية.

وفي قضية تتلخص وقائعها بقيام شركة الأيادي المتحدة للمقاولات بإنشاء مشروع سكني يضم(١٢٦) داراً مع مركز صحي وأسواق على أرض زراعية متروكة ، وتم استحصال موافقة هيئة الأسكان ودوائر الماء والمجاري على تقديم الخدمات لكن أمانة العاصمة رفضت منح الإجازة بتغيير جنس الأرض من زراعية إلى سكنية ، فالقاضي إتجه إلى ممارسة الموازنة بين المنافع والأضرار عندما عدد مزايا ومنافع المشروع ومنها (ان المشروع ذو أهمية اقتصادية واستثمارية ويساهم في حل أزمة السكن وان الأرض متروكة...) وقلل من الأضرار على اعتبار ان الأرض متروكة وغير صالحة للزراعة ، واعتمد معيار التكلفة المالية للمشروع و ما هي آثار المشروع الإجتماعية ، ويمكن القول بان القضاء لم يؤكد موقفه بوضوح من هذه الرقابة ، مع الإشارة إلى انه يمكن لمحكمة القضاء الإداري بموجب المادة(٧) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم(٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل أن تقوم بالنظر بالطعن الذي يقدم اليها ازاء القرارات ذات الصلة بالاستملاك ، والمحكمة بدورها تنتظر بمدى تحقق المزايا من طلب الاستملاك وهل هي أكبر من المضار التي تلحق بصاحب الملكية، وهل ان استملاك العقار يمكن أن يحقق المنفعة العامة هل ان نزع الملكية لازم لغرض تحقيق المنفعة العامة ، ثم تنتظر بمدى الموازنة بين المنافع والأضرار فإذا رأت ان المضار أكبر من المنافع هنا تقرر

رد طلب الاستملاك وهذا كله يدخل ضمن نطاق قضاء الإلغاء ومراقبة مدى مشروعية قرار الاستملاك من خلال رقابة الموازنة^(١).

أما في المجال البيئي فقد حددت المادة (٢/ سبع عشر) من قانون حماية وتحسين البيئة العراقي رقم (٢٧) لسنة ٢٠٠٩ معنى تقرير الأثر البيئي بأنه (... دراسة وتحليل الجدوى البيئية للمشروعات المقترحة التي قد تؤثر اقامتها أو ممارستها لأنشطتها على صحة الانسان وسلامة البيئة...)، وكذلك نصت المادة (١٠) منه على ان (أولاً- يلتزم صاحب أي مشروع قبل البدء بإنشائه بتقديم تقرير لتقدير الأثر البيئي يتضمن ما يأتي: أ- تقدير التأثيرات الإيجابية والسلبية للمشروع على البيئة وتأثير البيئة المحيطة عليه)، وحسناً فعل المشرع بذلك اذ أصبحت الجهة الإدارية المختصة بمنح التراخيص المتعلقة بالمشروعات التي تؤثر على سلامة البيئة ملزمة بأن تأخذ بتظر الاعتبار حجم الفائدة التي سيحققها المشروع مقارنة مع الأضرار التي سيقفها على البيئة وصحة الإنسان وما ذلك إلا تطبيق من تطبيقات فكرة الموازنة بين المنافع والأضرار .

ومن خلال الرجوع إلى عدد من قرارات مجلس الدولة العراقي لا يوجد أي اجتهاد له في اطار نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار ؛ لأن المحاكم العادية هي التي تنظر في قضايا نزع الملكية (الاستملاك) ، أما في مجال العقوبات الانضباطية للموظف فهناك من يرى امكانية ايجاد نوع من المقاربة بين ما تفرضه الإدارة على موظفيها من عقوبات انضباطية وبين نظرية الموازنة، وفي هذا السياق يمكن الإشارة إلى ان المحكمة الإدارية العليا قضت في احدى قراراتها (...ان الموظف لم يتأثر جراء نقله من مكان عمله إلى وظيفة جديدة لمقتضيات المصلحة العامة...) ، وفي قرار صدر حديثاً من محكمة قضاء الموظفين قضت فيه (... ان نقل الموظف من محافظة البصرة إلى محافظة بغداد

(١) د. نكتل ابراهيم عبد الرحمن ، الموازنة بين المنافع والأضرار في قانون الاستملاك العراقي النافذ رقم (١٢) ١٩٨١ المعدل ، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ، مجلد ٧، عدد ٢٤، ٢٠١٨، ص ١٩٦-١٩٧.

يترتب عليه لحوق ضرراً به وذلك لا يجوز قانوناً كما ان مقتضيات المصلحة العامة تقدر من قبل الإدارة العامة بقدرها ولايجوز أن تتعدى السلطة التقديرية إلى الحاق الضرر بالموظف...^(١).

الخاتمة

بعد أن انتهينا من موضوع بحثنا الموسوم ب(التناسب في اتخاذ القرارات الإدارية في ضوء نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار-دراسة مقارنة) توصلنا إلى عدة نتائج ومقترحات وهي كالآتي :

أولاً- النتائج

- ١- ان مبدأ التناسب في القرارات الإدارية يدور حول فكرة التوافق والتقارب المقبول بين أركان القرار الإداري والآثار التي يترتبها فلا يكون القرار الإداري صحيحاً إلا بتحققها .
- ٢- ان نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار وسيلة من الوسائل المتطورة التي يمكن للقضاء الإداري من خلالها أن يتأكد من تحقق التناسب في القرارات الإدارية من خلال مقارنة ايجابياته مع الأضرار التي ممكن أن يسببها وهي ما تسمى ب(رقابة الموازنة بين المنافع والأضرار) .
- ٣- لا يقتصر نطاق تطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار على فئة محددة من القرارات الإدارية دون غيرها .
- ٤- لم يشر الشرع العراقي بموجب قانون مجلس الدولة رقم(٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل إلى اختصاص محكمة القضاء الإداري بقرارات الاستملاك وقد اشار قانون الاستملاك رقم (١٢) لسنة ١٩٨١ المعدل إلى اختصاص محكمة البداية فيما يتعلق بطلب الاستملاك واجراءاته الأخرى ومنازعاته .

(١) انظر د. مخلص محمود حسين ، رقابة القضاء الإداري على التناسب في القرارات الإدارية ، ص ٢٠، بحث متاح على شبكة الانترنت

٥- لم نجد حكماً للقضاء الإداري في العراق أشار إلى نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار بشكل مباشر ، ولكن هنالك إشارات غير مباشرة في بعض الأحكام نستدل منها على وجود النظرية من خلال منطوق الحكم ومضمونه ، وكذلك الحال بالنسبة إلى القضاء المقارن.

٦- أورد المشرع العراقي بعض الأحكام لنظرية الموازنة بين المنافع والأضرار بشكل ضمني كما هو الحال في قانون الاستملاك رقم (١٢) ١٩٨١ المعدل وقانون حماية وتحسين البيئة رقم (٢٧) لسنة ٢٠٠٩.

ثانياً - المقترحات

١- نقترح ان يمنح المشرع العراقي محكمة القضاء الإداري اختصاص النظر بالدعاوى ذات الصلة بقرارات الإستملاك بدلاً من منحها لمحكمة البداية بالإشارة إلى ذلك بموجب نصوص قانون الاستملاك رقم (١٢) لسنة ١٩٨١ المعدل .

٢- اتجاه القضاء الإداري في العراق نحو ترسيخ مبادئ نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار في أحكامه لكونها من متطلبات مواكبة القضاء الإداري لتبني المبادئ الحديثة في الرقابة على مشروعية القرارات الإدارية وهو ضمانه لحقوق وحريات الأفراد .

٣- التأكيد على ضرورة مراعاة أهمية دراسة الجدوى الإقتصادية أو البيئية وغيرها بشكل مستمر قبل اتخاذ الإدارة للقرارات الإدارية والإستعانة بذوي الخبرة والاختصاص الدقيق .

٤- نقترح أن تكون هنالك لجان متخصصة لدراسة الجدوى للقرارات الإدارية ذات الصلة بالمشاريع الخدمية التي تمس الحاجات الآتية للمجتمع ، لبحث مدى أهميتها وفي ضوء الإمكانات التي لديها، وبشكل مستقل القرارات التي تقل عنها أهمية وفي ضوء السرعة التي يتطلبها المشروع.

- ٥- منح القاضي الإداري سلطة الزام الإدارة بإلغاء القرارات الإدارية التي تصدرها بشكل مخالف لدراسة الجدوى أو تقرير الأثر الذي تعده اللجان المختصة لكون الجهة مصدرة القرار قد تكون غير قادرة على تشخيص أضرار القرار عند إصداره بشكل مستقل.

المصادر

أولاً- الكتب

(أ) الكتب اللغوية

١- ابن منظور ، لسان العرب ، دار المعارف ، مصر ، بدون سنة نشر .

٢- قاموس المنجدي ، اللغة والاعلام ، ط ٢٥ ، دار المشرق ، بيروت ، ١٩٨١ .

(ب) - الكتب القانونية

١. محمد ناصر راشد محمد الطنجي ، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري ، ط ١ ، دار النهضة العربية ، مصر ، ٢٠١٦ .

٢. د. سامي جمال الدين ، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠١٤ .

٣. د. مازن ليلو راضي ، أصول القضاء الإداري ، دار المسلة للنشر والتوزيع ، بغداد ، ٢٠١٧ .

٤. د. عاطف عبد الله المكاوي ، القرار الإداري ، الطبعة الأولى ، مؤسسة طيبة للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ٢٠١٢ .

٥. مايا محمد نزار أبو دان ، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري ، ط ١ ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، ٢٠١١ .

٦. د. يعقوب يوسف الحمادي ، القضاء ومراقبة السلطة التقديرية للإدارة -دراسة مقارنة ، منشأة المعارف، الاسكندرية ، بدون سنة نشر .

٧. د. آمال يعيش تمام ، الرقابة القضائية على سبب القرار الإداري ، الطبعة الأولى ، مكتبة الوفاء القانونية ، القاهرة ، ٢٠٠٨ .

٨. د. عبد الحفيظ علي الشيمي ، مبدأ الحيطة في المجال البيئي وأثره على بعض الحقوق والحريات ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١١، ص ١٣٢ ومابعدا .

ثانياً- الرسائل والأطاريح الجامعية

١. بوسطة خيرة وجيلاني بلوفة لمياء ، التطورات الحديثة لرقابة القضاء الإداري على التناسب ، رسالة ماجستير / معهد العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير /قسم الحقوق، ، ٢٠١٨-٢٠١٩ ، متاحة على شبكة الانترنت.

٢. رفيق بومدين ، الوسائل القضائية للرقابة على التناسب في القرار الإداري ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية ، الجزائر ، ٢٠١٤-٢٠١٥ ، متاحة على شبكة الانترنت.

٣. د. وسام صبار العاني ، عيب السبب ومكانته بين أوجه الإلغاء في النظم المقارنة والعراق ، مجلة كلية الحقوق - جامعة النهرين -المجلد ١٤، العدد ١٨ ، ٢٠١٢.

٤. نويري سامية ، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة ، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية / جامعة العربي بن مهيدي - ام البواقي ، ٢٠١٢ - ٢٠١٣ ، متاحة على شبكة الانترنت .

٥. بوشوكة سعدية ، مبدأ السلطة التقديرية للإدارة في إصدار القرارات الإدارية ، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة أكلي محند أولحاج البويرة/ كلية الحقوق والعلوم السياسية /قسم القانون العام ، ٢٠١٧-٢٠١٨ ، متاحة على شبكة الانترنت.

٦. زيد المال صافية ، حماية البيئة في اطار التنمية المستدامة على ضوء أحكام القانون الدولي ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية / جامعة مولود معموري ، ٢٠١٣ ، متاحة على شبكة الانترنت.
٧. خليفي محمد ، الضواب القضائية للسلطة التقديرية للإدارة دراسة مقارنة ، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية /جامعة أبي بكر بلقايد، ٢٠١٦ ، متاحة على شبكة الانترنت.

ثالثاً - البحوث

١. بن شاعة وليد وآخران ، دراسة الجدوى الاقتصادية كآلية لنجاح المشاريع الاستثمارية ، مجلة المنتدى للدراسات والابحاث الاقتصادية ، مجلد ٣، عدد ٢، ٢٠١٩ .
٢. م. د. حمد منشد عناد ، الحماية الإدارية للحق في الصحة (دراسة مقارنة) ، مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة ، المجلد ١، العدد ٦، ٢٠٢٢ .
٣. زقاي حفيظة وعمور محمد ، دور القاضي الإداري في الموازنة بين المنافع والأضرار في قضايا نزاع الملكية لأجل المنفعة العمومية وتأثير ذلك في تكوين القاعدة القانونية ، بحث متاح على شبكة الانترنت .
٤. ضياء أحمد حسين الساعدي ود. عبد الله بهار لؤي ، الحجر الصحي أستثناء على قاعدة عامة (دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة ، المجلد ١ ، العدد الخامس ، ٢٠٢١ .
٥. د. عبد العالي حاحة ود. آمال يعيش تمام ، الرقابة على تناسب القرار الإداري ومحلله في دعوى الإلغاء ، بحث متاح على شبكة الانترنت.
٦. د. عبد المقصود توفيق أحمد ، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري (دراسة تطبيقية مقارنة)، ، بحث متاح على شبكة الانترنت.

٧. د. محمد رسول المعموري ، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية وأساليب الحد منها ، مجلة جامعة تشرين للبحوث والدراسات العلمية ، المجلد ٣٧ ، العدد ٤ ، ٢٠١٥ .

٨. د. مخلص محمود حسين ، رقابة القضاء الإداري على التناسب في القرارات الإدارية ، بحث متاح على شبكة الانترنت.

٩. د. نكتل ابراهيم عبد الرحمن، الموازنة بين المنافع والأضرار في قانون الاستملاك العراقي النافذ رقم(١٢) ١٩٨١ المعدل، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ، مجلد ٧، عدد ٢٤، ٢٠١٨.

١٠. هبة عبد المطلب الفضلي و م.د. حمد منشد عناد ، الدفع بعدم دستورية الأنظمة الإدارية مقارنة بالدفع بعدم مشروعيتها في ضوء التشريعات الأردنية (دراسة مقارنة) ، مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة ، المجلد ١ ، العدد الخامس ، ٢٠٢١.

رابعاً القوانين :

١- قانون الاستملاك العراقي رقم(١٢) لسنة ١٩٨١ المعدل .

٢- قانون حماية وتحسين البيئة العراقي رقم(٢٧) لسنة ٢٠٠٩ .

خامساً - المصادر الفرنسية

Marguerite Canedo, Des nouvelles du principe de precaution, RFDA , 2013, P1061

Sources

First - books

(a) Language books

1- Ibn Manzoor, Lisan Al Arab, Dar Al Maarif, Egypt, without a year of publication.

2- Al-Munajdi Dictionary, Language and Information, 25th Edition, Dar Al-Mashreq, Beirut, 1981.

(b) Legal books

1. Muhammad Nasser Rashid Muhammad al-Tunaihi, Judicial Control of Proportionality in Administrative Decisions, 1st Edition, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Egypt, 2016.
2. d. Sami Gamal El-Din, Judgment of Convenience and the Discretionary Authority of Administration, New University House, Alexandria, 2014.
3. d. Mazen Lilo Radi, The Origins of Administrative Judiciary, Dar Al-Masala for Publishing and Distribution, Baghdad, 2017.
4. d. Atef Abdullah Al-Makawi, Administrative Decision, First Edition, Thebes Foundation for Publishing and Distribution, Cairo, 2012.
5. Maya Muhammad Nizar Abu Dan, Judicial Control over Proportionality in Administrative Decisions, 1st Edition, Modern Book Foundation, Lebanon, 2011.
6. d. Yacoub Youssef Al-Hammadi, *The judiciary, the judiciary, the authority, the power - a comparative study*, Manshaat Al-Maarif, Alexandria, without a year of publication.
7. d. Amal Yaish Tammam, *Judicial Administration on the Cause of Administrative Decision, first edition*, Al-Wafaa Law Library, Cairo, 2008.
8. d. Abdul Hafeez Ali Al-Shimi, *The Principle of Precaution in the Environmental Field and its Impact on Some Rights and Freedoms*, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo, 2011, p. 132 and beyond.

Second: Theses and university dissertations

1. Bosta Khaira and Gilani Baloufa Lamya, Recent Developments for Administrative Judiciary on Proportionality, Master Thesis / Institute of Economic, Commercial and Management Sciences / Department of Law, 2018-2019, available on the Internet.
2. Boumedienne, The Judicial Court of Judicial Declaration, Master Thesis, Introduction to the Faculty of Law and Political Science, Algeria Network, 2014-2015, available online.
3. d. Wissam Sabar Al-Ani, The defect of reason and its place among the aspects of cancellation in comparative systems and Iraq, Journal of the College of Law - Al-Nahrain University - Volume 14, No. 18, 2012.

4. Nouiri Samia, Judicial Control over the Discretionary Authority of Administration, a PhD thesis submitted to the Faculty of Law and Political Sciences / Larbi Ben M'hidi University - Umm El-Bouaghi, 2012-2013, available on the Internet.
5. Boushouka Saadia, The Principle of the Management's Discretionary Authority in Issuing Administrative Decisions, a master's thesis submitted to the University of Akli Mohand Oulhaj El Bouira/ Faculty of Law and Political Science/ Department of Public Law, 2017-2018, available on the Internet.
6. Zaid Al-Mal Net, Environmental Protection in Sustainable Development on the Provisions of International Law, Master Thesis to the Faculty of Law and Political Science / Mouloud Mamouri University, 2013, available on the Internet.
7. Khalifi Mohamed, The Judicial Controls of the Judicial Authority: A Comparative Study, a PhD thesis submitted to the Faculty of Law and Political Sciences / Abi Bakr Belkaid University, 2016, available on the Internet.

Third - research

1. Bin Sha'a Walid and two others, Economic Feasibility Study as a Mechanism for the Success of Investment Projects, Al Muntada Journal for Economic Studies and Research, Volume 3, Issue 2, 2019.
2. m. Dr.. Hamad Munshed Enad, Administrative Protection of the Right to Health (A Comparative Study), Maysan Journal of Comparative Legal Studies, Volume 1, Issue 6, 2022.
3. Zaqai Hafiza and Amor Muhammad, the role of the administrative judge in balancing between benefits and damages in cases of expropriation for the public benefit and its impact on the formation of the legal base, research available on the Internet.
4. Diaa Ahmed Hussein Al-Saadi, d. Abdullah Bahar Louay, Quarantine is an exception to a general rule (a comparative study), a research published in the Maysan Journal of Comparative Legal Studies, Volume 1, Fifth Issue, 2021.
5. d. Abdul Ali Haha and Dr. Amal Yaish Tammam, Monitoring the Appropriateness of the Administrative Decision and its Place in the Cancellation Case, research available on the Internet.
6. d. Abdel Maqsooud Tawfiq Ahmed, Judicial control over proportionality in the administrative decision (comparative applied study), a research available on the Internet.

7. d. Muhammad Rasool Al-Mamouri, Judicial control over discretionary power and methods of limiting it, Tishreen University Journal for Research and Scientific Studies, Volume 37, Number 4, 2015.

8. d. Mukhlis Mahmoud Hussein, Administrative Judiciary Control of Proportionality in Administrative Decisions, research available on the Internet.

9. d. Nektl Ibrahim Abd al-Rahman, Balance between Benefits and Damages in the Iraqi Expropriation Law in force No. (12) 1981, as amended, Journal of the College of Law for Legal and Political Sciences, Volume 7, Number 24, 2018.

10. Heba Abd al-Muttalib al-Fadhli and Dr. Hamad Munshed Anad, the defense of the unconstitutionality of administrative systems compared to the defense of their illegality in the light of Jordanian legislation (a comparative study), Maysan Journal of Comparative Legal Studies, Volume 1, Fifth Issue, 2021.

Fourth, the laws:

1- The Iraqi Appropriation Law No. (12) of 1981, as amended

2- Iraqi Environment Protection and Improvement Law No. (27) of 2009.