بسم الله الرحمن الرحيم

مجلس الدولة
هيئة مفوضي الدولة
المحكمة الإدارية العليا – الدائرة الثالثة

تقرير مفوضى الدولة فى الطعن رقم 1739 لسنة 59ق

المقام من

صلاح محمد إسماعيل

ضـــــــد

رئيس مجلس إدارة هيئة الأوقاف المصرية " بصفته"

وذلك طعنا على حكم محكمة القضاء الادارى – بالقاهرة "الدائرة الرابعة" –في الدعوى رقم 299 لسنة 63ق والصادر بجلسة 2012/7/9

الإجراءات

بتاريخ 2012/11/3 أودع الأستاذ / على عبد المنعم سلامة بصفته وكيلا عن الطاعن قلم كتاب المحكمة الإدارية العليا تقريرا بالطعن في حكم محكمة القضاء الادارى – بالقاهرة "الدائرة الرابعة" –في الدعوى رقم 299 لسنة 63ق والصادر بجلسة 2012/7/9والقاضي في منطوقة حكمت المحكمة " بقبول الدعوى شكلا وفى الموضوع برفضها "
وطلب الطاعن في ختام تقرير الطعن الحكم بقبول الطعن شكلا وفى الموضوع بإلغاء الحكم المطعون فيه والقضاء مجددا بإلغاء القرار المطعون فيه واعتباره كان لم يكن"

الوقـــــائع

تخلص وقائع النزاع حسبما جاء من الأوراق ومن الحكم المطعون فيه انه بتاريخ 2010/8/7 اقام الطاعن دعواه الصادر فيها الحكم المطعون فيه طالبا فى ختامها الحكم بإلغاء القرار المطعون فيه واعتباره كان لم يكن"

وذلك على سند من القول:

ان المطعون ضده " المدعى عليه" كان قد اصدر القرار المطعون فيه بإزالة التعدي الواقع منه على مدفن رقية حليم كائن بقسم منشاة ناصر بمدينة القاهرة ونعى الطاعن على القرار المطعون فيه بأنه صدر بالمخالفة لصحيح حكم القانون لأسباب حاصلها انه يقيم بالمدفن بصفته حارسا له من قبل أسرتها بموجب موافقة له بذلك وان المدفن ليس موقوفا ولا يتم الصرف عليه من ريع اى وقف.
وتداولت الدعوى بجلسات المرافعة وذلك على النحو المبين بمحاضر. و بجلسة 2012/4/24 قررت المحكمة حجز الدعوى للحكم فيها بجلسة 2012/7/9 وقد صدر الحكم وأودعت مسودته المشتملة على أسبابه عند النطق به.

وقد شيدت المحكمة حكمها

الثابت من الأوراق أن الطاعن كان يعمل حارسا بمدفن رقية حليم بجبانة المجاورين – قسم منشاة ناصر – القاهرة تم إنهاء خدمته لبلوغه السن القانونية بتاريخ 2008/8/14 بموجب القرار رقم 36 لسنة 2007 ليتم طرده من المسكن الخاص به ولما كان القرار المطعون فيه قد صدر من هيئة الأوقاف المصرية بإزالة وضع يد الطاعن ومن ثم فانها تكون قد أعملت صحيح حكم القانون لاسيما انه لا يوجد مبرر لوجود الطاعن بعد انتهاء مدته.

وإذ لم يلقى الحكم قبولا لدى الطاعن فقد طعن فيه للأسباب الآتية:

غصب سلطة الجهة الإدارية:

حيث إن الثابت من الأوراق انه لا يوجد اختصاص لهيئة الأوقاف المصرية على المدفن إنما تختص بذلك إدارة الأضرحة والمدافن وان الجهة التي أصدرت قرار إنهاء خدمة الطاعن هي مديرية أوقاف القاهرة وليست هيئة الأوقاف المصرية التي تحدد اختصاصها فى إدارة واستثمار أموال الأوقاف من أراضى زراعية وعقارات ومن ثم فان القرار المطعون فليه وإذ صدر على تلك الشاكلة يكون قد صدر مغتصبا سلطة وزير الأوقاف.

الـــــــرأى القانونـي

ومن حيث أن ما يهدف إليه الطاعن هو الحكم بقبول الطعن شكلا وفى الموضوع بإلغاء الحكم المطعون فيه والقضاء مجددا بإلغاء القرار المطعون فيه مع ما يترتب على ذلك من اثأر وإلزام الجهة الإدارية المصروفات"

عمر حماد

ومن حيث انه عن شكل الطعن:

ومن حيث إن الحكم المطعون فيه صدر بجلسة 2012/7/9 وقد تقدم الطاعن بطلب من الإعفاء من الرسوم بتاريخ 2012/9/3 وان قرار الإعفاء من الرسوم صدر بتاريخ 2012/9/27 وأن تقرير الطعن تم إيداعه بتاريخ 2012/11/3 فمن ثم يكون هذا الطعن الأخير قد أقيم هو الأخر خلال الميعاد المقرر قانونا. الأمر الذي يضحى معه الطعن مقام في المواعيد القانونية عملا بحكم المادة 44 من قانون مجلس الدولة ومن حيث إن الطعن قد استوفى سائر أوضاعه الشكلية فإنهما يضحي مقبولا شكلا.

ومن حيث إنه عن الموضوع:

ومن حيث إن المادة " 1" من القانون رقم 5 لسنه 1966فى شأن الجبانات – تنص على انه "تعتبر جبانة عامة كل مكان مخصص لدفن الموتى، قائم فعلا وقت العمل بهذا القانون، وكذلك كل مكان يخصص لهذا الغرض من السلطة المختصة.

وتعد أراضى الجبانات من الأموال العامة وتحتفظ بهذه الصفة بعد إبطال الدفن فيها وذلك لمدة عشرة سنوات أو إل يتم نقل الرفات منها، على حسب الأحوال".

وتنص المادة "2" من ذات القانون على انه "تتولى المجالس المحلية في حدود اختصاصها، إنشاء الجبانات وصياتها وإلغاءها وتحديد رسم الانتفاع بها بما لا يجاوز 500 (خمسمائة مليم للمتر المربع وذلك طبقا للشروط والأوضاع التي تحددها اللائحة التنفيذية.

ومن حيث إن المادة "1" من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 5 لسنة 1966فى شأن الجبانات الصادرة بقرار وزير الصحة رقم 418 لسنة 1970 تنص على انه " تتولى المجالس المحلية كل في حدود اختصاصه حصر جميع الجبانات العامة والمدافن الخاصة وقيدها في سجلات خاصة مرقمة الصحائف ومختومة بخاتم المجلس المحلى المختص وتتضمن البيانات الآتية:

(1) أسم المحافظة – اسم المدينة أو الحي – (قسم الشرطة – الشياخة) اسم القرية- اسم الجبانة ونوعها.

(2) مساحة الجبانة وحدودها.

(3) رقم وتاريخ القرار الصادر بتخصيصها للدفن إن وجد.

(4) بيان الأحواش وأسماء المنتفعين بها وتواريخ وأرقام التراخيص الصادرة بها إن وجدت ومساحتها.

وترفق بالسجلات خرائط مساحية للمدينة أو القرية بمقياس رسم 2500/1 أو 5000/1 أو 10000/1 أو مبينا عليها مواقع وحدود الجبانات والمدافن الخاصة والطرق الموصلة إليها.

وتنص المادة "2" من ذات اللائحة على انه "للمجلس المحلى أن يحدد مساحة معينة للأحواش القائمة بالجبانات. وله فى هذه الحالة أن يستولى على المساحة الزائدة فى هذه الأحواش إذا كانت غير مشغولة بالمقابر وتصلح للانتفاع بها على أن يعرض المنتفعون عن المنشآت والأسوار المستولى عليها وأن يقسمها ويوزعها على منتفعين جدد وفقا للأوضاع التى يصد بها قرار من مجلس المحلى المختص.

وتنص المادة "8" من ذات اللائحة على انه "- يكون للمجلس المحلى الإشراف على حراسة الجبانة ونظافتها، وعليه توفير الجهاز اللازم لذلك. ويحظر ذبح الذبائح داخل الجبانة كما يحظر إلقاء القاذورات والمتخلفات في طرقاتها وبجوار القبور.

وتنص المادة "9" من اللائحة ذاتها على انه "- على المجلس أن ينشئ استراحة مسقوفة بجوار مداخل الجبانة لانتظار المشيعين ومكتبا للتربي".

ومن حيث ان مفاد ما تقدم ان أراضى الجبانات هي من أراضى الدولة - ناط المشرع بالمجالس المحلية في حدود اختصاصها إنشاء الجبانات وصيانتها وإلغاءها وتحديد رسم الانتفاع بها ، كما ناط بوزير الصحة إصدار اللائحة التنفيذية لهذا القانون بعد موافقة وزير الإسكان والمرافق والدولة للإدارة المحلية - اللائحة التنفيذية أوردت الأحكام المنفذة للقانون المشار إليه وذلك فيما يتعلق بالجبانات والمدافن الخاصة والقواعد الخاصة بنقل الجثث داخل الجمهورية وتلك المتعلقة بإحراق الجثث - ثم نظمت الشئون المتعلقة بمهنتي الحانوتية والتربية ، وعنيت بوضع نصوص للأحكام العامة والوقتية بشأن هاتين المهنتين (الحانوتية والتُربية) كما تضمنت اللائحة إنشاء لجنتين الأولى : ورد ذكرها فى المادة (4) منها وتشكل بقرار من المحافظ ، وتختص " بالنظر فى توسيع الجبانات القديمة واختيار مواقع الجبانات الجديدة " وتعتمد توصياتها من مجلس المحافظة ، أما اللجنة الثانية فتختص بالشئون الوظيفية للحانوتية والتربية ومساعديهم من حيث اختيارهم وتقرير صلاحيتهم فضلاً عن توقيع الجزاءات - ولئن كانت اللجنة الأولى تختص بكل ما يتعلق بالجبانات سواء فيما يتعلق بتوسيع القديمة منها أو اختيار مواقع جديدة لها ، فإن ذلك لا يمنع من بسط هذا الاختصاص على الجبانات القائمة أيضاً وما يثور بشأنها فى الشكاوى التى تدور بين المنتفعين بها باعتبار أن هذه المنازعات تخضع في عمومها لأحكام قانون الجبانات ولائحته التنفيذية باعتبارهما الشريعة العامة فى هذا الخصوص"" فى هذا المعنى حكم المحكمة الإدارية العليا – فى الطعن رقم 6952 لسنة 46 ق.ع - جلسة 13 - 12 - 2003"

عمر حماد

ومن حيث إن المادة "1" من قرار رئيس جمهورية مصر العربية بالقانون رقم 80 لسنة 1971بإنشاء هيئة الأوقاف المصرية تنص على انه " ـ تنشأ هيئة عامة تسمى " هيئة الأوقاف المصرية " تكون لها الشخصية الاعتبارية وتتبع وزير الأوقاف ويكون مقرها مدينة القاهرة ويجوز إنشاء فروع لها فى المحافظات بعد موافقة مجلس إدارة الهيئة.
وتنص المادة "2" من ذات القانون على انه " تختص الهيئة وحدها بإدارة واستثمار أموال الأوقاف الآتية:
(أولاً) الأوقاف المنصوص عليها فى المادة 1 من القانون رقم 272 لسنة 1959 المشار إليه فيما عدا : (ا) الأراضي الزراعية الموقوفة على جهات البر العام والتى آلت إلى الهيئة العامة للإصلاح الزراعي بالقانون رقم 152 لسنة 1957 المشار إليه.
(ب) الأراضي الزراعية الموقوفة على جهات البر الخاص والتي آلت إلى الهيئة العامة للإصلاح الزراعي بالقانون رقم 44 لسنة 1962 المشار إليه.
(ج) الأوقاف الخيرية التي يشترط فيها الواقف النظر لنفسه ولأبنائه من طبقة واحدة.
(د) الأوقاف التي تشرف عليها هيئة أوقاف الأقباط الأرثوذكس.
(ثانياً) أموال البدل وأموال الأحكار .
(ثالثاً) سندات الإصلاح الزراعي وقيمة ما استهلك منها وريعها.
(رابعاً) الأوقاف التي يؤول حق النظر عليها لوزارة الأوقاف بعد العمل بهذا القانون.
ومن حيث إن دائرة توحيد المبادئ المشكلة طبقاً للمادة (54) مكرراً من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم 47 لسنة 1972 قد انتهت في حكمها الصادر في الطعن رقم 3096 لسنة 35 قضائية بجلسة 1999/5/6 إلى أن مشروع القانون رقم 272 لسنة1959 إذ ناط بوزارة الأوقاف القيام على شئون الأوقاف الخيرية كما يقوم النظار ابتغاء مصلحة الوقف وإشفاقاً على ريعه من أن تمتد إليه يد غير أمينة تستولي عليه عمداً أو تنفقه مبدداً ، ولقد خلفتها في هذا العبء هيئة الأوقاف التي أنشئت بموجب القانون رقم 80 لسنة 1971 حيث أصبحت لها وحدها الاختصاص بإدارة واستثمار والتصرف في أموال الأوقاف الخيرية باعتبارها نائبة عن وزير الأوقاف الذي يتولى إدارة أموال الأوقاف بوصفه ناظر وقف
ومن حيث إن المستقر عليه في قضاء المحكمة الإدارية العليا أن الخصومة في دعوى الإلغاء هي خصومة عينية مناطها اختصام قرار أدارى في ذاته استهدافا لمراقبة مشروعيته وحيث إن القرار الادارى على هذا النحو هو موضوع الخصومة ومحلها في دعوى الإلغاء فانه يتعين أن يكون قائما ومنتجا لأثاره عند إقامة الدعوى ومؤدى ذلك انه إذا زال القرار الادارى قبل رفع الدعوى أو كان القرار الادارى النهائي لم يصدر بعد فان الدعوى تكون غير مقبولة " يراجع في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم 1383 لسنة 31 ق.ع جلسة 1986/1/18"
ومن حيث إن الثابت فقها وقضاء أن عياب عدم الاختصاص هو ذلك العيب الذي يتمثل في " عدم القدرة على مباشرة عمل قانوني معين لان المشرع جعله من سلطة هيئة أو فرد " وبهذا التعريف فان عيب عدم الاختصاص هو عيبا عضويا يرتكز بصفة مباشرة وأساسية على قيام فردا كان او هيئة مارس عملا قانونيا من اختصاص فرد أو هيئة أخرى " د/ سليمان الطماوى – القضاء الكامل – ط1976 ص 679"
وفى هذا المعنى نحت المحكمة الإدارية العليا حينما قضت بان " إذا خول المشرع اختصاصا للسلطة الإدارية ولم يحدد هذه السلطة فإنها تحدد وفقا لطبائع الأمور والقواعد العامة في الاختصاص" " حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بتاريخ 1960/4/26 – مجموعة أبو شادي ص 466"
كما كان هذا التعريف الذي اتخذته محكمة القضاء الادارى في حكمها الصادر بتاريخ 1957/1/217 حينما أقرت " بان عيب عدم الاختصاص في دعوى الإلغاء هو عدم القدرة على مباشرة عمل قانوني معين جعله المشرع من سلطة فرد أو هيئة أخرى"
ومن حيث انه و لئن كان عبء الإثبات يقع على عاتق المدعى استنادا إلى القاعدة الأصولية التي تقضى بأن البينة على من ادعى ، إلا أن الأخذ بهذا الأصل على إطلاقه في مجال المنازعات الإدارية لا يستقيم مع واقع الحال وطبيعة النظام الادارى الذي يقوم على مبدأ التنظيم اللائحي المسبق لإجراءات وخطوات العمل الادارى وتوزيع الاختصاص بين العاملين في انجاز مهامه بصورة محددة وضرورة تنظيم حفظ الوثائق والمستندات للرجوع إليها سواء لضمان حقوق المواطنين والإدارة أو لتحديد المسئولية ومن ثم تحتفظ الإدارة طبقا لمقتضيات النظام العام الادارى بجميع الوثائق والملفات المتعلقة بالأعمال التي تقوم بها أو بصورة رسمية منها وهى الأوراق ذات الأمر الحاسم في المنازعة الإدارية – انه بناء على ما قرره الدستور من خضوع الدولة للقانون وعدم حصن أى عمل أو إجراء يصدر عن الجهات الإدارية من حصانة القضاء ومسئولية السلطة القضائية وبصفة خاصة مجلس الدولة عن تحقيق سيادة القانون ومباشرة الرقابة على مشروعية تصرفات وقرارات الجهات الإدارية فإنه يتعين على هذه الجهات أن تقدم لمحاكم مجلس الدولة سائر الأوراق والمستندات المتعلقة بموضوع النزاع والمفيدة في إظهار وجه الحق فيه إثباتا ونفيا متى طلب إليها ذلك – إذا نكلت تلك الجهة عن تقديم الأوراق المتعلقة بموضوع النزاع وكان المدعى يعتمد في تعييب قرارها على ما تضمنته المستندات التي تحتفظ بها وامتنعت عن تقديمها انهارت قرينة الصحة التي تتمتع بها

القرارات الإدارية – أثر ذلك : تقوم لصالح المدعى قرينة جديدة على صحة ادعاءاته أمام القضاء وسلامة ما قدمه من مستندات وألقت عبء الإثبات من جديد على عاتق الإدارة . " الطعن رقم 4033 سنة قضائية 37 مكتب فني 43 تاريخ الجلسة 17 / 01 /1998صفحة رقم 691"

ومن حيث إن المقرر قانوناً أن الوقف هو حبس العين على حكم ملك الله تعالى فلا يملكها أحد من العباد ، و ناظر الوقف هو صاحب الولاية عليه المفوض فى القيام بمصالحه و استقلاله على أصلح وجه ، و أنه وحده - فى نطاق هذه الولاية و عدم وجود مالك للوقف - الذى يمثل جهة الوقف و مصلحة كل من أعيانه فإذا أقتضى حسن الاستغلال وضع عقار من عقاراته فى خدمة عقار آخر و إقامة علامة ظاهرة تدل على ذلك فإن ناظر الوقف وحده هو الذي يملك إقامتها دون أن يكون ذلك تقرير لحق

ومن حيث انه بتطبيق مما تقدم ولئن كان المشرع قد نص صراحة بمقتض أحكام القانون 81 لسنة 1971 على أحقية هيئة الأوقاف المصرية في أدارة واستثمار أموال الأوقاف ، إلا أن الثابت أيضا أن الجبانات والمدافن العامة والخاصة لا تعد من الأموال التي تخضع بطبيعتها أو بنص القانون لإدارة هيئة الأوقاف حيث أن القانون 5 لسنة 1966 جعل كل مكان مخصص لدفن الموتى تم فعلا عند العمل بالقانون رقم 5 لسنة 1966 اى فى 1966/5/1 جبانة عامة وأناط القانون بالمجالس المحلية والادارت المحلية كلا في حدود اختصاصه سلطة الإشراف والمتابعة على تلك المدافن وصيانتها واختيار مواقع الجبانات وتوسيعها واختيار من يقومون بحراستها ونظافتها ومن ثم تنتفي صفة الوقف الاهلى أو الخيري عن أماكن دفن الموتى لينعقد الاختصاص دوما إلى الجهة المنوط بها ذلك وهى وحدات الإدارة المحلية ، ويتفرع من ذلك الاختصاص أن الوحدات المحلية بموجب نص القانون هي الجهة الوحيدة المخول لها تعين الحراس عليها ومن ثم فإنها تملك أيضا سلطة عزلهم وذلك تبعا للقاعدة الأصولية بان من يملك سلطة إصدار القرار يملك إلغائه أو تعديله .

وعروجا على ما تقدم و حيث أن الثابت من الأوراق أن الطاعن كان يعمل حارسا بمدفن رقية حليم بجبانة المجاورين – قسم منشاة ناصر – القاهرة تم إنهاء خدمته لبلوغه السن القانونية بتاريخ 2008/8/14 بموجب القرار رقم 36 لسنة 2007 ليتم طرده من المسكن الخاص به ولما كان القرار المطعون فيه قد صدر من هيئة الأوقاف المصرية بإزالة وضع يد الطاعن فانه يكون بهذه الشاكلة قد صدر من غير مختص بحسبان أن أراضى الجبانات والمدافن هي من الأموال المنوط بوحدات الإدارة المحلية الإشراف عليها وهو الأمر الذي يجرد القرار المطعون فيه من مشروعيته القانونية ويجعله مرجحا الإلغاء ، فضلا على ذلك فان الجهة الإدارية مصدرة القرار المطعون فيه لم تقدم ما يفيد أنها هي المشرفة على المدفن أو هي التي قامت بتعين الحارس " الطاعن" وان ذلك المدفن وقف خيري وإذ خلت الأوراق من ذلك الأمر الذي يقيم قرينة قانونية على عدم صحة الإجراءات التي قامت بها.

ومن ناحية أخرى فلو استقام الأمر على النحو الذي تدعيه هيئة الأوقاف المصرية من أنها هي المنوط بها إدارة المدفن أليس من المنصف وهى التي تقوم بتعين حراس على مدافن الموتى لخدمتهم وهم في ذمة ورحاب الله وينعمون بالحياة البرزخية ولا تهمهم الدنيا ولو بجناح بعوضة أن تعاون وتساعد من هم ارتضوا مشاركة الموتى في مسكنهم وحملوا معهم هموم الدنيا وأوزار من يحكمونهم بعدم إيجاد سكن بديل لهم ملائم لحياة إنسانية كريمة وهى ابسط الحقوق التي نصت عليها الشريعة الإسلامية الغراء والشرائع السماوية الأخرى أليس فى هذا أهانه لبنى ادم وهو الذي كرمه العزيز الحكيم من فوق سبع سموات حينما قال اعز من قال " ....."

أليس في طرد الطاعن وأسرته تشريد له وهو الذي ارتضى العيش والإقامة داخل المدفن جبرا عنه دفعته إلى ذلك الحاجة إلى قبول هذا الوضع شانه شان الكثيرين مما يقطنون المقابر وأصبحوا نسيا منسيا من المسئولين عنهم فباتوا هم الآخرون في عداد الموتى ولكنهم إحياء في الوقت الذي ينعم الكثيرين من أولى الحظوة والمقربين من أولى الأمر داخل المجتمع بالتنقل بين القصور الفاخرة والعيش في رغد الحياة وغيرهم لا ينعم بأبسط حقوقه التي منحه إياها الدستور والقانون .

أليس في هذا الأمر وجه المصلحة العامة القومية الأكثر إلحاحا وأخطر شأنا يتعين أن تكون في هذه المرحلة أولي بالرعاية من مجرد إزالة التعدي على أرض مملوكة للدولة وهو أمر مشروع ولكنه أدني من أن يكون أحق بالتغليب ذلك إنه باستقراء الشرائع التي تعتبر مصادر رسمية أو تاريخية للقانون المصري يبين منها

جليا أنها قد تضمنت مبدأ يقضي بضرورة الموازنة بين المنافع والأضرار المترتبة على الوقائع المادية أو التصرفات القانونية ، وباضطراد جريان هذا المبدأ في عدة قواعد

ففي الشريعة الإسلامية – وهي المصدر الرئيسي للتشريع في القانون المصري وفقاً لأحكام المادة الثانية من الدستور الدائم لجمهورية مصر العربية الصادر في 1971/9/11 ، وتعديلاته – فإن المقاصد الشرعية إنما ترتد إلي المحافظة الضروريات أو الكليات الخمس ، وهي : حفظ الدين والوطن ، وحفظ النفس (الحق في الحياة وسلامة الأجزاء) ، وحفظ العقل ، وحفظ العرض (الشرف) ، وحفظ المال ، ذلك هو الترتيب التنازلي لهذه الكليات – وما جرت به التطبيقات على الفروع ، فهذا رجل يسأل رسول الله – صلي الله عليه وسلم – قائلاً : أرأيت إن جاءني رجل يريد أخذ مالي أفأ أقاتله ؟ قال : نعم ، قال : فإن قتلني ؟ قال : فأنت شهيد ، قال : فإن قتلته ؟ قال : هو في النار ، وقد استنبط الفقهاء من هذا الحديث قاعدة فقهية تقضي بمشروعية (دفع الصائل) وهو المعتدي بلا وجه حق ، وحريا على ذات النهج فقد أسقط الخليفة الثاني عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – الحد عن السارق في عام الرماد ، ولا شك أن قاعدة (دفع الصائل) إنما ترتد إلي قاعدة الموازنة بين المصالح ، فلا شك أن لكل من المعتدي والمعتدي عليه نفسا يتعين حمايتها والحفاظ عليها ، إلا أنه لما كانت قد تعارضت المصلحتان – دون إمكان تحقيقهما معاً – فقد تعينت التضحية بنفس المعتدي تغليباً لنفس المعتدي عليه وترجيحاً لها على نفس المعتدي التي هونها عدوانه ، وأما ما فعله عمر بن الخطاب فيرتد إلي تغليب مصلحة حفظ الأنفس على حفظ المال.

وأما علماء الأصول في الفقه الإسلامي فقد توصلوا إلي استنباط عدة قواعد من هذه التطبيقات فهذا هو الإمام أبو حامد الغزالي – فيلسوف الإسلام وحجته – يقرر أنه (إنما نيطت الأحكام بالمصالح ، وأينما وجدت المصلحة فثمة وجه الله) ، وفي مجال الموازنة بين هذه المصالح قرر الأصوليون عدو قواعد منها (درء المفاسد مقدم على جلب المنافع) ومنها (ارتكاب أخف الضررين) .

يراجع في ذلك مؤلف / الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية – للإمام / جلال الدين السيوطي – طبعة دار الكتب العلمية ببيروت – لبنان – الطبعة الأولي عام 1979 ص 86 – وما بعدها .

أما القضاء الإداري الفرنسي – وهو مصدر تاريخي من مصادر القانون والقضاء الإداري – فقد طبق نظرية الموازنة بين المصالح أول ما طبقها في قضية (كويتياس) التي حكم فيها مجلس الدولة بتاريخ 1923/11/30 ، وتتلخص وقائع هذه القضية في حصول (كويتياس) على حكم قضائي بجلسة 1908/283 من محكمة سوسة بدولة تونس (إبان خضوعها للاستعمار الفرنسي) على حكم يقضي بملكيته لعدة قطع من الأراضي بمنطقة (طابية الحبيرة) تبلغ مساحتها 38000 ثمانية وثلاثين ألف هكتار ، ولما كانت هذه الأرض تقع في حيازة عدد من المواطنين يعتبرون أنفسهم الحائزين الشرعيين لها منذ أزمان بعيدة ، فقد رفضت الحكومة الفرنسية طلب (كويتياس) باستعمال القوة العسكرية لطرد الحائزين ، فأقام ضدها قضية أمام مجلس الدولة الفرنسي لإجبارها على تنفيذ الحكم المدني الصادر لصالحه ، فأقر مجلس الدولة مسلك الحكومة لمبررات تتلخص في أن تنفيذ هذا الحكم من شأنه تكدير الأمن العام الناشئ عن طرد الحائزين ، بينما إقرار بحقه في التعويض عن عدم تنفيذ هذا الحكم .

يراجع في ذلك مؤلف (أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي) ترجمة الدكتور / أحمد يسري عبده – طبعة عام 1991 ص 223 وما بعدها

ومن ناحية ثالثة فإن هذه النظرية قد أخذت تطبيقها في القوانين المصرية، ومن أبرز تطبيقاتها في القانون المدني فكرة التعسف في استعمال الحق، وفي القانون الجنائي فكرة الدفاع الشرعي.

وحيث إن تلك الغاية الأخيرة يظهر منها – من غير شك – وجه مصلحة عامة ، قوامه الحفاظ على أملاك الدولة والعمل على استغلالها وفقاً للأسس العلمية والخطط الاقتصادية للدولة ، إلا أنه على الجانب الآخر فإن

امتناع الجهة الإدارية عن وفير سكن بديل لمن هم مثل الطاعن من شأنه أن يزج بهم في أتون خطر داهم يتمثل في طردهم مع ما يرتبه ذلك من فقدانهم لمأواهم وتشريدهم وفقدان موارد أرزاقهم ، وهو ما يهدد الأمن والسلام الاجتماعي ويرميه في مقتل .

ومن حيث إن الحكم المطعون فيه وقد خالف هذا الاتجاه فانه يكون قد خرج على مقتضى أحكام القانون ويضحى والحال كذلك جديرا بالإلغاء.

ومن حيث إن من يخسر الطعن يلزم مصروفاته عملاً بحكم المادة 184 مرافعات

لهذه الأسباب

نرى الحكم: بقبول الطعن شكلا وبإلغاء الحكم المطعون فيه والقضاء مجددا بإلغاء القرار المطعون فيه واعتباره كان لم يكن وإلزام الجهة الإدارية المصروفات.

المقرر: مفوض الدولة

د.عمر حماد المستشار /عبد الرحمن هاشم

مارس2012 نائب رئيس مجلس الدولة

عمر حماد