

مجلة ديوان المظالم

مجلة علمية محكمة في الفقه والقانون والقضاء الإداري نصف سنوية
يصدرها ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية

ذو القعدة ١٤٤٦هـ- السنة الثالثة- (العدد الرابع)

- الأحكام المتعلقة بالضمان الابتدائي في العقود الإدارية وفقاً لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية، دراسة تحليلية تطبيقية.
د. عبد الرحمن بن عبد العزيز العبيد، أستاذ مساعد بكلية الأنظمة والدراسات القضائية بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة
- استخلاف الشاهد، دراسة فقهية مقارنة بالنظام السعودي.
فضيلة الشيخة خالد بن سعد بن بطيان العازمي
- فكرة النظام العام؛ دراسة نظرية تطبيقية .
فضيلة الشيخة د. إبراهيم بن فريهد العنزي، القاضي في ديوان المظالم
- أحكام استحقاق أجرة المثل عن العقار في نزع الملكية وتصرفات جهة الإدارة؛
دراسة تحليلية مقارنة بالفقه الإسلامي ونظام نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة ووضع اليد المؤقت على العقار.
فضيلة الشيخة عزام بن عبد العزيز بن محمد آل الشيخ مبارك، القاضي في ديوان المظالم
- مدى مسؤولية الإدارة عن أوجه عدم المشروعية الخارجية للقرار الإداري، دراسة
تحليلية في ضوء أحكام ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية
د. أيمن محمد فتحي رميس، أستاذ القانون الإداري المشارك بمعهد الإدارة العامة بالرياض
- دراسة في الأنظمة: مقارنة القواعد النظامية بين نظام الانضباط الوظيفي ونظام تأديب الموظفين
فضيلة الشيخة د. عبد الرحمن بن جود الله الحربي، القاضي في المحكمة الإدارية بالمدينة المنورة



مجلة ديوان المظالم

مجلة علمية محكمة في الفقه والقضاء
والقانون الإداري نصف سنوية يصدرها ديوان
المظالم في المملكة العربية السعودية

ذو القعدة ١٤٤٦هـ - السنة الثالثة - العدد الرابع

معالي رئيس الهيئة الإشرافية:

د. خالد بن محمد اليونسيف

رئيس هيئة التحرير:

فضيلة الشيخ د. عبيد بن عبدالله بن عبيد.

مدير تحرير المجلة:

د. محمد بن عبدالكريم الدعيجي

المراسلات

جميع المراسلات ترسل باسم فضيلة مدير تحرير
المجلة، على بريد المجلة الإلكتروني:

mbog@bog.gov.sa

٩٢٠٠٠٠٥٥٣

رقم الإيداع ١٤٤١/٤٩٣٧ ردمد ٨٤٧٩-١٦٥٨، ISSN
مكتبة الملك فهد الوطنية، المملكة العربية السعودية

الهيئة الإشرافية على مجلة ديوان المظالم

رئيس الهيئة الإشرافية	معالي الشيخ د. خالد بن محمد اليوسف رئيس ديوان المظالم، رئيس مجلس القضاء الإداري
عضو الهيئة الإشرافية	فضيلة الشيخ علي بن سليمان السعوي رئيس المحكمة الإدارية العليا
عضو الهيئة الإشرافية	فضيلة الشيخ د. عبد المجيد بن علي البلوي عضو مجلس القضاء الإداري
عضو الهيئة الإشرافية	فضيلة الشيخ د. عبيد بن عبد الله بن عبيد عضو المحكمة الإدارية العليا، رئيس هيئة التحرير
عضو الهيئة الإشرافية	معالي د. بندر بن أسعد السجان مدير معهد الإدارة العامة
عضو الهيئة الإشرافية	فضيلة د. فهد بن صالح اللحيدان عضو هيئة التدريس في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية
عضو الهيئة الإشرافية	سعادة د. مفلح بن ربيعان القحطاني عميد كلية الحقوق في جامعة دار العلوم
عضو الهيئة الإشرافية	سعادة د. عبد الله بن محمد العطاس عضو هيئة التدريس في جامعة الملك عبدالعزيز
عضو الهيئة الإشرافية	سعادة د. مها بنت خالد الميمان عضو هيئة التدريس في كلية الحقوق بجامعة الأمير سلطان

The Supervising Board

His Excellency Dr. Khaled Mohammed Alyousef The Chairman of the Board of Grievances, The Chairman of the Administrative Judicial Council	Chairman of the Supervising Board
His Excellency Sheikh. Ali Sulaiman Alsawai The Chairman of the Supreme Administrative Court	Member of the Supervising Board
Sheikh Dr. Abdulmajeed Ali Albalawi Member of the Administrative Judicial Council	Member of the Supervising Board
Sheikh Dr. Obaid Abdullah Obaid Member of the Supreme Administrative Court, Editor-in-Chief	Member of the Supervising Board
His Excellency Dr. Bandar Asaad Alsajjan Director of the Institute of Public Administration	Member of the Supervising Board
Sheikh Dr.Fahad Saleh Alluhaidan Vice Rector of Imam Muhammad bin Saud Islamic University for Educational Affairs	Member of the Supervising Board
Dr. Muflih Rubaian Alqahtani The Dean of College of Law at Dar Alolom University	Member of the Supervising Board
Dr. Abdullah Mohammed Alattas The Dean of College of Law at King Abdulaziz University	Member of the Supervising Board
Dr. Maha Khaled Almaiman Faculty member at college of Law, Prince Sultan University	Member of the Supervising Board

هيئة تحرير مجلة ديوان المظالم

رئيس هيئة التحرير

فضيلة الشيخ د. عبيد بن عبد الله بن عبيد
عضو المحكمة الإدارية العليا

عضو هيئة التحرير

فضيلة الشيخ د. خالد بن عبد الله الخضير
قاضي استئناف في ديوان المظالم

عضو هيئة التحرير

فضيلة الشيخ د. عبد المحسن بن محمد المعيوف
قاضي استئناف في ديوان المظالم

عضو هيئة التحرير

فضيلة الشيخ د. محمد بن عبد الكريم الدعيجي
قاضي في ديوان المظالم

عضو هيئة التحرير

د. محمد حميد المزمومي
عضو هيئة التدريس في كلية الحقوق في جامعة الملك عبدالعزيز

عضو هيئة التحرير

د. محمد بن ناصر باصم
عضو هيئة التدريس في معهد الإدارة العامة

عضو هيئة التحرير

د. رواء بنت غازي مكي
عضو هيئة التدريس في كلية الحقوق بجامعة الملك عبدالعزيز

عضو هيئة التحرير

د. إيناس بنت راشد الزهراني
عضو هيئة التدريس في كلية القانون بجامعة الأمير سلطان

محتويات العدد

٤

الكلمة الافتتاحية لمعالي رئيس الهيئة الإشرافية
معالي الشيخ د. خالد بن محمد اليوسف
رئيس ديوان المظالم، رئيس مجلس القضاء الإداري

٩

كلمة فضيلة رئيس هيئة تحرير مجلة ديوان المظالم
فضيلة الشيخ د. عبيد بن عبدالله بن عبيد
عضو المحكمة الإدارية العليا

١١

الأحكام المتعلقة بالضمان الابتدائي في العقود الإدارية وفقاً لنظام المنافسات
والمشتريات الحكومية، دراسة تحليلية تطبيقية
د. عبدالرحمن بن عبدالعزيز العبيد، أستاذ مساعد بكلية الأنظمة والدراسات القضائية
بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة

٥٥

استحلاف الشاهد، دراسة فقهية مقارنة بالنظام السعودي
فضيلة الشيخ خالد بن سعد بن بطيان العازمي

٨٢

فكرة النظام العام؛ دراسة نظرية تطبيقية
فضيلة الشيخ د. إبراهيم بن فريهد العنزي، القاضي في ديوان المظالم

١٠٩

أحكام استحقاق أجره المثل عن العقار في نزاع الملكية وتصرفات جهة الإدارة؛ دراسة
تحليلية مقارنة بالفقه الإسلامي ونظام نزاع ملكية العقارات للمنفعة العامة ووضع
اليد المؤقت على العقار.
فضيلة الشيخ عزام بن عبدالعزيز بن محمد آل الشيخ مبارك، القاضي في ديوان
المظالم

٢٥٤

مدى مسؤولية الإدارة عن أوجه عدم المشروعية الخارجية للقرار الإداري، دراسة تحليلية
في ضوء أحكام ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية
د. أيمن محمد فتحي رميس، أستاذ القانون الإداري المشارك بمعهد الإدارة العامة
باليرياض

٢٩٩

دراسة في الأنظمة: مقارنة القواعد النظامية بين نظام الانضباط الوظيفي ونظام
تأديب الموظفين
فضيلة الشيخ د. عبد الرحمن بن جود الله الحربي، القاضي في المحكمة الإدارية
بالمدينة المنورة

الكلمة الافتتاحية لمعالي رئيس الهيئة الإشرافية

معالي الشيخ د. خالد بن محمد اليوسف

رئيس ديوان المظالم، رئيس مجلس القضاء الإداري

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله كثيراً على مننه وفضائله، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده شهادة مؤمن بآياته ودلائله، وأشهد أن محمداً خيراً البشر على ممر الزمن منذ أوائله، صلى الله وسلم وبارك عليه وعلى أصحابه وآله، وبعد:

فإن فريضة المعرفة تندب ممن ملك أهليةً يستوفى بها حسن الأداء لما تلقاه من العلوم أن يحملها إلى غيره على بساط المشافهة أو وعاء التحرير، ولا ريب أن الحرف بما ينقله من تعبير أضحى رسولاً شاهداً وبلغاً للجموع سائداً، وهو في نسج حديثه ونبع عطائه آمنٌ وأحكمٌ مما تنفوه به الألسن، وحجته ألحنٌ وأوعى.

القراء الأكارم..

إن مشروع هذه المجلة في عددها الرابع ينتقل بهذا المحتوى التثقيفي من ضيق المحيط إلى سعة الكون، يصل إلى مظان الإفادة؛ ليكون لها بين الناهلين وجادة، ويبسط صفحات جديدة تعرض الموضوعات المتفرقة التي تُعنى بالشأن القضائي بأقلام المتخصصين،

يحررها بإحكام، ويقوم بها خير قيام، وينشرها بانتظام، وينوع مطارق الحديث فيها؛
لئلا ينال الذائقة السأم.

أيها القارئ العزيز..

إننا في هذه الرياض المزهرة ننشد أن نكون أداة عاطفة بين القضاء والمهتمين به من
الكتاب والقراء، و مترجماً أميناً ناقلاً للغة البحثية المتخصصة من ساحة الخصومات
إلى باحة الثقافات، نحرك الأقلام التي جفت أحبارها؛ لتنفذ عنها غبارها، ونذكي
المسائل المهمة بشعلة من استنهاض الهمة، ونعلم أن مداد المقروء المتخصص له وميضه،
وحبره المسكوب في هذه الدروب بالوعي يفيضه.

وفي هذا العالم الناضح بالمرجعيات المدونة يظل العوز إلى الإثراء العلمي المتخصص
حاجة قائمة وإن تعددت المنصات التواصلية في ذلك، ولا تزال المراجع العلمية والجهات
الأكاديمية تزف مجلاتها المحكّمة، ويبقى النشر المتواصل لمنشطها الكتابي سمة.

قارئنا الكريم..

إن رؤيتنا عبر المجلة لا تأتي عن تحقيق الأهداف التشاركية التي تورث عطاءً للقراء
يُشاكل أذواقها، نرّج من خلالها إلى جليل العلوم، ونعقد الصداقات لصفقات غنيمتها
مكاسب الفهوم؛ لنعثر من منجم الكنوز على أئمنها، فتتأخ لركابها الأقلام، ونزِيل عن

المسائل العملية اللثام، وفي الكتابة وفاءً للمُتَلَقِي، وشأو الكاتب جدُّ عظيم، فليس من الصنائع صناعة تجمع الفضائل إلا الكتابة.

وإن من منة الله التي نحمده عليها في المملكة العربية السعودية شموخ القضاء واستقلاله، وتماهياً مع هذا الأفق السامي لسياسة القضاء في هذه البلاد، والتي تهب مساحة لبذل الوسع في بلوغ العدالة وتلمس الحقيقة، كان بسط هذه المساحة حقت جناح من أجنحة القضاء في بلادنا توسلاً للغاية العظيمة مغنماً رابحاً ومشهوداً، ليسر جانبٌ منها شُداة المنهج السديد والنظر الرشيد، وهي رافدٌ لنهر الوصل الساعي في جداول التطوير والترقي لمناحي السير في المرفق القضائي الذي ترعاه القيادة الحكيمة من لدن خادم الحرمين الشريفين الملك سلمان بن عبد العزيز وسمو ولي عهده الأمين رئيس مجلس الوزراء الأمير محمد بن سلمان بن عبد العزيز أدام الله عزهما، وجزاهما عما يوليانه لمرافق القضاء من اهتمام ورعاية خير الجزاء.

إننا ومن خلال صفحات هذه المجلة نتمم مسيرة خدمة القضاء عبر نشر أحكامه وتلمس حاجياته العملية، فبسط القول في علوم الأفضية مساراً ذو اتجاهين؛ أولهما: ما تكشفه الأحكام الفاصلة التي هي كما توصل الحقيقة للخصوم فإنها تنقلها لمن وراءهم، وثاني الاتجاهين: يكون بطرح مسائل الخصومات القضائية على مائدة المتخصصين؛ ليملوا فتاواهم وآراءهم العلمية والقانونية حولها، وإذ نسير نحو هذا الاتجاه فإننا ننشد

العدالة أينما حلّت، وكيفما بها الألسن تقوهت، فالحق ضالة أينما وجدت أخذت، وليس من خلق الباحث عن الحقيقة أن يأنف عن تحصيلها من أي سبيل.

ولذا كانت فريضة العلم وفرضية الإدراك لازمتان في طريق الوعي، والإثراء في ذاك عبر الدراسات والمقالات تبني التأصيل وتكشف الدليل وتثير السبيل، والقضاء في ديوان المظالم برمته إنما يجهد ويسعى لتوفير البيئة القضائية الملائمة والمعينة على جودة المخرجات، وبقدر مواكبة التغيرات تكون السلامة والنجاح أقرب.

وإن يُثبت القلم في ذيل هذه الأسطر من شيء؛ فإنه ليحكي الواقع الرائع الذي تعيشه بلادنا بحمد الله تعالى من سمو القضاء وتطوره وسيل منابعه بما يروي ويكفي بحول الله، والشكر يُزجى بعد شكر الله للمقام الكريم خادم الحرمين الشريفين وسمو ولي عهده الأمين على الدعم الدائم وغير المحدود لمرافق القضاء وأعماله، ثم إنني أثبت امتناني للزملاء العاملين في الهيئة الإشرافية بهذه المجلة على جهودهم الملموسة، وألقي التحية والشكر للمساهمين في محتوى هذا العدد منها، سائلاً الله أن يرينا الحق ويرزقنا اتباعه، وأن يعمر لحظتنا بالمفيد، ويكتب لنا في دنيانا وآخرتنا الحظ السعيد.

وصلّى الله وسلّم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.
والحمد لله ربّ العالمين.

كلمة رئيس هيئة تحرير مجلة ديوان المظالم

فضيلة الشيخ د. عبيد بن عبد الله بن عبيد، عضو المحكمة الإدارية العليا

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين الذي بنعمته تتم الصالحات، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، وبعد:

فهذا هو العدد الرابع لمجلة ديوان المظالم العلمية المحكمة، والتي تسعى أن تكون رائدة ومرجعاً لدى القضاة والمتقاضين والباحثين في الفقه والقضاء الإداري، وجاءت مواكبة لما تضمنته خطة ديوان المظالم الاستراتيجية في هدفها المعني بـ (رفع الوعي القضائي)، ومن مبادراته: (نشر مجلة علمية خاصة بديوان المظالم)، ودوماً تكون العناية بالنشر بما يعين على التميز العلمي، والإضافة المعرفية، بما يضيف ويكوّن مستهدف الإحالة العلمية، وهذا من ديدن هذه المجلة دوماً، وقد تيسر - بحمد الله - إعداد العدد الرابع من المجلة وما هو يرى النور بفضل من الله وتوفيقه محتوياً على جملة مميزة من البحوث والتي بحق تعد إضافة علمية في مجالها، مع احتوائه وكالمعتاد جملة من الأحكام القضائية.

وقد حرص ديوان المظالم على إصدار هذه المجلة لتؤدي رسالتها في بث الوعي بأهمية القضاء والفقه والقانون في تحقيق التنمية المستدامة في المجتمعات وربط النظم والقوانين بالشرعية الإسلامية لتكون إسهاماً في بناء الوعي والثقافة الحقوقية وإظهار تميز الأحكام القضائية المؤصلة شرعاً المحكمة.

ثم يأتي هذا العدد، بما احتواه من أبحاث ذات تميز، ففي جانب العقد الإدارية؛ جاء بحث الأحكام المتعلقة بالضمان الابتدائي في العقود الإدارية وفقاً لنظام المناقصات والمشتريات الحكومية، كما أنه وفي الشأن الفقهي توافر بحث استحلاف الشاهد، والمتضمن جملة من الأحكام الفقهية ذات الصلة، كما أن العدد تناول بالبحث مدلول مصطلح النظام العام وما يتصل به، وتضمن العدد أيضاً بحثاً حيال أحكام التعويض بأجرة المثل في نظام نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة ووضع اليد المؤقت على العقار؛ كدراسة تحليلية تطبيقية مقارنة، وتناول العدد أيضاً بحثاً في مجال القانون الإداري في خصوص مدى مسؤولية الإدارة عن أوجه عدم المشروعية الخارجية للقراء الإداري، وذلك كدراسة تحليلية في ضوء أحكام ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية، كما تضمن هذه العدد دراسة في الأنظمة بتضمنه مقارنة القواعد النظامية بين نظام الانضباط الوظيفي ونظام تأديب الموظفين، عليه فهذا العدد تضمن تنوعاً في المحتوى، وهو بحث يمثل جانباً من مستهدفات المجلة ومحققاً لتوجهاتها.

وهيئة تحرير المجلة؛ وإذ تتشرف بهذا العدد لترحبُ بالأبحاث وفق إطار المجلة العام، كما تُرحب بالآراء والمقترحات والملاحظات والهادفة إلى تطوير المجلة بخصوصها أو مرفق القضاء

الإداري بشكل عام وذلك على بريدها الإلكتروني: mbog@bog.gov.sa

وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

الأحكام المتعلقة بالضمان الابتدائي في العقود الإدارية وفقاً لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية، دراسة تحليلية تطبيقية

د/ عبد الرحمن بن عبد العزيز العبيد

أستاذ مساعد بكلية الأنظمة والدراسات القضائية

بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة

المستخلص

يتناول هذا البحث الأحكام المتعلقة بالضمان الابتدائي في العقود الإدارية وفقاً لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية ولأئحته التنفيذية، دراسة تحليلية تطبيقية، ويهدف البحث إلى بيان ماهية الضمان الابتدائي وأهميته وشروطه، وكذلك تحديد الوضع القانوني لسلطة الجهة الحكومية في فرضه من عدمه، وكذلك حقها في تمديد مدة سريانه أو مصادرته، وكذلك حق المتقدم بعبثائه في إرجاع قيمته له أو تمديد مدة سريانه، كما يهدف إلى إيجاد وسائل تقوم مقام خطاب الضمان البنكي أكثر فاعلية وسرعة، وكذلك في أن يكون مرجعاً فيما يتعلق بالضمان الابتدائي لكل من الجهة الحكومية عندما ترغب في طرح مشاريعها للمنافسة، ولكل شخص يرغب في التقدم بعبثائه للدخول في منافسات الجهات الحكومية.

واستخدمت في بحثي هذا المنهج التحليلي والتطبيقي، وقسمته إلى مقدمة وتمهيد وأربعة مباحث وخاتمة؛ أما التمهيد فهو يحتوي على بيان مصطلحات البحث، وذلك ببيان مفهوم الضمان الابتدائي وأهميته وشروطه؛ والمبحث الأول يحتوي على الأحكام المتعلقة بتقديم الضمان الابتدائي من بيان كيفية تقديمه، والحالات التي يجب فيها تقديم الضمان والحالات التي لا

يجب فيها تقديمه، وكذلك الجهات المعفاة من تقديم الضمان الابتدائي؛ وأما المبحث الثاني فإنه يحتوي على الأحكام المتعلقة بإرجاع الضمان الابتدائي إلى أصحابه، مع ذكر تطبيقات قضائية على ذلك؛ وأما المبحث الثالث فهو يحتوي على الأحكام المتعلقة بتمديد الضمان الابتدائي، مع ذكر تطبيقات قضائية على ذلك؛ وأما المبحث الرابع فهو يحتوي على الأحكام المتعلقة بمصادرة الضمان الابتدائي وحالاته وخصائصه، مع ذكر تطبيقات قضائية على ذلك؛ وأما الخاتمة فهي تشتمل على أهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها في البحث، ومن أهمها إيجاد نظام دفع إلكتروني للضمان الابتدائي، وكذلك اعتبار الشيك المصدق كوسيلة ضمان ابتدائي.

الكلمات المفتاحية: الضمان الابتدائي - الضمان - العقود الإدارية - المنافسات الحكومية - المشتريات الحكومية.

المقدمة

إن الحمد لله نحمده، ونستعينه، ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، أما بعد:

فإن الجهات الحكومية في المملكة العربية السعودية تقوم بأعمال وتتميز بامتيازات أساسية، ومن هذه الأعمال: إبرام العقود الإدارية المتعددة؛ وذلك بقصد الوفاء بمتطلبات الإدارة وأهدافها، فالإدارة لها الحق في استخدام أي نوع من أنواع العقود بما يتوافق مع أحكام النظام، وبما يكفل حفظ النظام العام وحسن سير المرفق العام بانتظام واطراد، إلا أن الجهة الحكومية عندما تريد أن تتعاقد قد تجد أن المتقدم بعبئائه في المنافسة التي طرحتها ليس جاداً في العطاء الذي تقدم به، وقد يكون غير مستعداً للالتزام بهذا العقد من الأساس، ولهذا نجد أن المنظم قد وضع أحكاماً للدخول في المنافسات التي تطرحها الجهات الحكومية ومن ذلك تقديم ضمان ابتدائي

مع العرض المقدم، وذلك بهدف ضمان جدية المتقدم بالعطاء لهذه المنافسة.

أهمية الموضوع:

إن موضوع العقود الإدارية له أهمية كبرى في القانون؛ لأن كثيراً من النزاعات تقع فيه، ولقد أصبح إحدى السمات البارزة للدولة المعاصرة، حتى لم تعد تخلو حياتنا من إبرام أنواع متعددة من العقود الإدارية، التي تهدف ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد؛ تلبيةً لحاجاتها الضرورية، ودراسة هذا الموضوع يتناول الجوانب المهمة التي تمس حقوق وواجبات كل من الجهة الحكومية والمتعاقد معها الذي يرغب في الدخول في المنافسة التي طرحتها الجهة الحكومية، والتي جاء النظام مؤكداً لهذه الحقوق والواجبات.

وتظهر أهمية الموضوع في الشروط التي يجب أن تتوافر في الضمان الابتدائي قبل تقديمه، وكذلك حق الجهة الحكومية في فرض الضمان الابتدائي ومصادرته وعدم إرجاعه للمتنافس، وكذلك حق المنافس في عدم تقديمه للضمان الابتدائي إذا كان المنظم قد استثناه من ذلك، وكذلك حقه في أن تعيد الجهة الحكومية له قيمة هذا الضمان، أو أن تقوم بتمديد مدته إن رغب في ذلك.

ولأهمية الضمان الابتدائي استندت في ذلك على مجموعة من الأنظمة في المملكة العربية السعودية منها:

نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٢٨) وتاريخ ١٣/١١/١٤٤٠هـ.

اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادرة بقرار معالي وزير المالية رقم (٢٤٧٩) وتاريخ ١١/٨/١٤٤١هـ.

نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧٨) وتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨هـ.

أسباب اختيار الموضوع:

لقد وقع اختياري على موضوع (الأحكام المتعلقة بالضمان الابتدائي في العقود الإدارية وفقاً لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية) للأسباب الآتية:

أولاً: أهمية الموضوع التي ذكرتها سابقاً.

ثانياً: الرغبة في دراسة هذا الموضوع وتأصيله نظامياً، نظراً لعدم وجود دراسات تناولت الموضوع بهذه الصورة.

ثالثاً: الرغبة في بيان حقوق والتزامات كل من الجهة الحكومية والمتقدم بعبثائه للمنافسة.

رابعاً: وجود المنازعات التي تقع بسبب مصادرة الضمان الابتدائي وعدم إرجاعه أمام ساحات القضاء.

خامساً: المساهمة في المعرفة والبحث العلمي؛ لأنه من أهم أسباب تقدم الأمم وتطور المجتمعات. مشكلة البحث وأسئلته:

تكمن مشكلة البحث في بيان الأشخاص والجهات التي يجب عليهم تقديم الضمان الابتدائي عند التقدم للمنافسة التي تطرحها الجهات الحكومية، ومن تم إعفاؤه من تقديم الضمان، وكذلك الحالات التي يجب فيها مصادرة الضمان الابتدائي جزاءً على إخلال المتنافس، وكذلك حق المتعاقد في إعادة قيمة الضمان له أو تمديد مدته عند انتهائه إن رغب في الاستمرار في المنافسة؛ وفقاً لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية ولائحته التنفيذية، وكذلك ما هي الوسائل التي يمكن أن تقوم مقام الضمان البنكي وتحقق الهدف المرجو منه.

أهداف البحث:

يهدف البحث إلى بيان ماهية الضمان الابتدائي وأهميته وشروطه، وكذلك تحديد الوضع القانوني لسلطة الجهة الحكومية في فرضه من عدمه، وكذلك حقها في تمديد مدة سريانه أو مصادرته، وكذلك حق المتقدم بعبثائه في إرجاع قيمته له أو تمديد مدة سريانه، كما يهدف أيضاً إلى إيجاد وسائل تقوم مقام خطاب الضمان البنكي أكثر فاعلية وسرعة، وكذلك في أن

يكون مرجعاً فيما يتعلق بالضمان الابتدائي لكل من: الجهة الحكومية التي تطرح مشاريعها للمنافسة، وشخص يتقدم بعبئائه للدخول في المنافسات المقدمة من الجهات الحكومية.

حدود البحث:

نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٢٨) وتاريخ ١١/١٣/١٤٤٠هـ.

اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادرة بقرار معالي وزير المالية رقم (٣٤٧٩) وتاريخ ١١/٨/١٤٤١هـ.

الدراسات السابقة:

لم أجد أي دراسة سابقة تحدثت عن هذا الموضوع في النظام السعودي، وإنما توجد دراسات أخرى تحدثت عن مصادرة التأمين النهائي كجزء توقع الجهة الحكومية على المتعاقد، وتوجد دراسات أخرى تتحدث عن خطاب الضمان بصفته عملاً تجارياً يصدر من البنك، وهذا ليس داخلًا في موضوع هذه الدراسة، ومن تلك الدراسات:

- سلطة الإدارة في مصادرة التأمين والتنفيذ على حساب المتعاقد (دراسة مقارنة بين مصر والأردن والكويت)، للباحث: منصور الديحاني، رسالة ماجستير بجامعة عمان العربية بكلية الدراسات القانونية العليا، عام ٢٠٠٨م.

تختلف هذه الدراسة عن دراستي في أنها تتحدث بصفة أساسية عن التأمين النهائي، وهو خارج عن موضوع بحثي، وكذلك في أنها متعلقة بأنظمة أخرى، غير النظام السعودي.

- خطاب الضمان البنكي، للباحث: عماد الدين طرابلسي، رسالة ماجستير في قانون شركات بجامعة قاصدي مرباح بكلية الحقوق والعلوم السياسية، عام ٢٠١٥م.

تختلف هذه الدراسة عن دراستي في أنها تتحدث عن خطاب الضمان البنكي بصفته عملاً تجارياً صادراً من البنك، وهذا يختلف عن مجال دراستي وليس هو موضوع البحث.

منهج البحث:

- سوف أتبع في بحثي هذا المنهج التحليلي التطبيقي، الذي يقتضي جمع المعلومات ذات الصلة بموضوع البحث واستخلاصها من مصادرها، وذلك على النحو التالي:
- عزو الآيات القرآنية إلى مواضعها من السور، مع بيان أرقامها، وكتابتها بالرسم العثماني.
 - جمع المادة من مصادرها المعتمدة وتوثيقها والإشارة إليها قدر الإمكان، إلا إذا كانت منقولة من مصدر آخر مفقود، أو تعذر الوصول إليه.
 - ذكر التطبيقات النظامية والقضائية الصادرة عن ديوان المظالم التي تتطلبها الدراسة متى وجدت.
 - كتابة البحث بأسلوب علمي صحيح، والاعتناء بقواعد اللغة العربية، وقواعد الإملاء، وعلامات الترقيم، في الكتابة قدر المستطاع.
 - العناية بتعريف الألفاظ الغريبة والمصطلحات العلمية التي ترد في صلب البحث.
 - وضع خاتمة في نهاية البحث أبين فيها أهم نتائجه.

خطة البحث:

- يشتمل البحث على مقدمة، وتمهيد، وأربعة مباحث، وخاتمة، وذلك على النحو التالي:
- المقدمة: وهي تشتمل على افتتاحية للموضوع، وأهميته، وأسباب اختياره، ومشكلته، والدراسات السابقة فيه، وخطتي في البحث، ومنهجي فيه.

المبحث التمهيدي: التعريف بمصطلحات البحث، وفيه ثلاثة مطالب:

- المطلب الأول:** مفهوم الضمان الابتدائي.
- المطلب الثاني:** أهمية الضمان الابتدائي.
- المطلب الثالث:** شروط الضمان الابتدائي.

المبحث الأول: الأحكام المتعلقة بتقديم الضمان الابتدائي، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: كيفية تقديم الضمان الابتدائي.

المطلب الثاني: الحالات التي يجب فيها تقديم الضمان الابتدائي.

المطلب الثالث: الحالات التي لا يجب فيها تقديم الضمان الابتدائي.

المطلب الرابع: الجهات المعفاة من تقديم الضمان الابتدائي.

المبحث الثاني: الأحكام المتعلقة بإرجاع الضمان الابتدائي إلى أصحابه، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الحالات التي يجب فيها إرجاع الضمان الابتدائي.

المطلب الثاني: الحالات التي يجوز فيها إرجاع الضمان الابتدائي.

المطلب الثالث: تطبيقات قضائية على إرجاع الضمان الابتدائي.

المبحث الثالث: الأحكام المتعلقة بتمديد الضمان الابتدائي، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الحالات التي يجب فيها تمديد الضمان الابتدائي.

المطلب الثاني: الحالات التي يجوز فيها تمديد الضمان الابتدائي.

المطلب الثالث: تطبيقات قضائية على تمديد الضمان الابتدائي.

المبحث الرابع: الأحكام المتعلقة بمصادرة الضمان الابتدائي، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: شروط مصادرة الضمان الابتدائي.

المطلب الثاني: الحالات التي يجب فيها مصادرة الضمان الابتدائي.

المطلب الثالث: خصائص مصادرة الضمان الابتدائي.

المطلب الرابع: تطبيقات قضائية على مصادرة الضمان الابتدائي.

الخاتمة: وهي تشتمل على أهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها أثناء كتابة البحث. وختاماً: أسأل الله العليّ القدير أن يوفقنا للصواب، وأن يجنبنا من الخطأ والزلل، وأن يمدنا بعونه وتوفيقه، وصلى الله وسلم على نبيه محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

المبحث التمهيدي: التعريف بمصطلحات البحث، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم الضمان الابتدائي:

الضمان في اللغة: مصدر ضَمِنَ يَضْمَنُ ضَمَانًا فهو ضامنٌ وضَمِينٌ، والمفعول مَضْمُونٌ، ويدل في اللغة على عدة معانٍ، منها:

- ١- الكفالة، يقال: ضَمِنَ الشيءَ ضَمَانًا: إذا كَفَّلَهُ، وضَمَّنَهُ إِيَّاهُ، أي: كَفَّلَهُ.
- ٢- الالتزام، يقال: تَضَمَّنَ المالَ عني، أي: التَزَمَهُ، وضَمَّنْتَهُ المالَ، أي: أَلْزَمْتَهُ بِهِ.
- ٣- التفرغيم، يقال: ضَمَّنْتَهُ الشَّيْءَ تَضْمِينًا، أي: غَرَمْتَهُ^(١).

والضمان الابتدائي في الاصطلاح: يصدر الضمان الابتدائي في صورة خطاب ضمان من البنك، ويعرف خطاب الضمان بأنه: الخطاب الذي يصدره البنك ويتعهد فيه بأن يدفع مبلغاً نقدياً معيناً عند أول طلب يقدم إليه من المستفيد الذي صدر الخطاب لصالحه، ويسمى الضمان الابتدائي بالضمان المؤقت، وضمان الجدية؛ وذلك لأن فترة صلاحيته قصيرة تنتهي إما بالمطالبة بالسداد إذا رست المنافسة على المتقدم بعبأته ورفض التعاقد، أو إذا رست المنافسة على متقدم آخر، أو رست المنافسة على نفس المتقدم ثم يطالب عند ذلك بزيادة هذا التأمين للتعاقد معه، والغرض منه التأكد من جدية اشتراك المتنافس في المنافسة، والتأكد من التزامه بالتعاقد في حال رسو المنافسة عليه^(٢).

(١) انظر: ابن منظور، محمد بن مكرم، «لسان العرب». (ط٣، بيروت: دار صادر، ١٤١٤هـ)، ١٣: ٢٥٧؛ محمد بن أحمد بن الأزهرى، «تهذيب اللغة». (ط١، بيروت: دار إحياء التراث العربي، ٢٠٠١م)، ١٢: ٣٦؛ أحمد بن فارس الرازي، «مقاييس اللغة». (ط١، بدون: بيروت: دار الفكر، ١٣٩٩هـ)، ٢: ٣٧٢؛ محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، «القاموس المحيط». (ط٨، بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤٢٦هـ)، ١: ١٢١٢؛ مجمع اللغة العربية بالقاهرة، «المعجم الوسيط». (ط١ بدون، القاهرة: دار الدعوة)، ١: ٥٤٤.

(٢) جابر نصار، «العقود الإدارية». (ط٢، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٥م): ١٦٩؛ ماجد راغب الحلو، «العقود الإدارية». (ط١، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٧م): ٨١؛ عامر هاشم، «الأصول القانونية لإبرام العقود الإدارية». (ط١، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٦م): ١٩٦؛ عماد الدين طرابلسي، «خطاب الضمان البنكي». رسالة ماجستير جامعة قاصدي مرباح كلية الحقوق والعلوم السياسية، عام ٢٠١٥م): ٧؛ أبو بكر عمر، «الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في إبرام العقود الإدارية بطريق المناقصات». (ط١، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٣م): ٩١.

وعرفه بعضهم بأنه: كتاب يوجهه البنك بناءً على طلب عميله إلى شخص معين يسمى المستفيد، ويتعهد فيه بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين عند أول طلب من هذا المستفيد^(١).
وعرف بعضهم التأمين الابتدائي بأنه: عبارة عن نسبة من محددة من قيمة العطاء، يؤديه مقدم العطاء تعبيراً عن جدية هذا العطاء، بحيث يكون هذا الضمان من حق الإدارة إذا عدل مقدم العطاء عن العطاء الذي تقدم به^(٢).

لذا أوجب نظام المنافسات والمشتريات تقديم ضمان ابتدائي مع كل عرض، حيث نص نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على أن: «يُقدم المتنافس مع عرضه ضماناً ابتدائياً بنسبة تتراوح من (١٪) إلى (٢٪) من قيمة العرض. ويستبعد العرض الذي لم يقدم معه الضمان»^(٣)، ونصت اللائحة التنفيذية للنظام على أنه: «لا يجوز قبول العرض الذي يقدم بدون ضمان ابتدائي...»^(٤).
أما فيما يتعلق ببيع المنقولات فقد نص نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على أنه: «إذا كانت الزيادة بعروض مختومة، يقدم المزايد مع عرضه ضماناً ابتدائياً قدره (٢٪) من قيمة العرض»^(٥).

المطلب الثاني: أهمية الضمان الابتدائي:

يلعب خطاب الضمان بصفة عامة والضمان الابتدائي بصفة خاصة دوراً كبيراً في الحياة الاقتصادية خصوصاً في التعامل مع الوزارات والجهات الحكومية، وتكون الحاجة إليه عندما يجد المتعامل نفسه مضطراً إلى تقديم مبلغ مالي إلى الجهة الحكومية؛ لكي يقبل منه أن يتقدم بعطائه، حيث يعتبر الضمان حلاً فعالاً لضمان الجدية في التعاقد^(٦).
وتظهر أهمية الضمان الابتدائي في ضمان جدية العروض التي تقدم بها المتنافسون إلى الجهة الحكومية في المنافسة التي طرحتها؛ وذلك لأن المتنافس سوف يخسر قيمة هذا الضمان في حال

(١) شريك السعيد، «خطاب الضمان والتجارة الخارجية» رسالة دكتوراه جامعة بانته كلية الحقوق والعلوم السياسية، (٢٠٢٠م): ٢٠.

(٢) د. عبدالله العنزي، «النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية»، (ط بدون، الإسكندرية: الجامعة الجديدة، ٢٠١٠م): ١٠٣.

(٣) المادة (٤١) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٤) الفقرة (١) من المادة (٧٠) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٥) الفقرة (١) من المادة (٨٢) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٦) شريك السعيد، «خطاب الضمان والتجارة الخارجية»: ٥٤؛ عماد الدين طرابلسي، «خطاب الضمان البنكي»: ١٥.

أن المنافسة قد رست عليه ولم يرغب في التعاقد مع الجهة الحكومية، ولو افترضنا أن المنظم لم يشترط تقديم التأمين الابتدائي لربما دخلت بعض العروض غير الجادة والتي يقصد بها أصحابها استطلاع أسعار السوق، أو وضع عقبات أمام المتنافسين الآخرين وغير ذلك، وبالتالي فإن اشتراط تقديم الضمان الابتدائي لدخول المنافسة وحق الجهة الإدارية في مصادرة هذه التأمينات يمنع عادة دخول العروض غير الجادة^(١).

وتظهر أيضاً أهمية الضمان الابتدائي في أنه يحقق مصالح لجميع أطرافه، فتظهر أهميته بالنسبة للمتنافس أنه لن تنظر الجهة الإدارية إلى عطائه، وبالتالي لن يحصل على العقد دون تقديم الضمان الابتدائي، إضافة إلى ذلك أن المتنافسين سواءً أكانوا شركات أو مؤسسات أو مقاولين دائماً ما يفضلون هذه الوسيلة على تقديم الوديعة النقدية كتأمين عندما يتعاملون مع الجهات الحكومية، فهي تعتبر نوعاً من التسهيلات الائتمانية، وأيضاً لسهولة إرجاعها بعكس التأمين النقدي، وتظهر أهمية الضمان الابتدائي بالنسبة للمستفيد منه - وهي الجهة الإدارية - في أنه يحقق لها الضمان المطلوب في العروض المقدمة من قبل المتنافسين؛ فإنه بموجب الخطاب يتعهد البنك بصرف قيمة هذا الضمان عند أول طلب، وتظهر أهمية الضمان الابتدائي بالنسبة للبنك أنه يحصل على عمولة نظير قيامه بإصدار خطاب الضمان تتناسب مع قيمة الضمان وأجله ونوع العملية المطلوب تقديمه لأجلها، وخطابات الضمان في غالب الأحيان لا تسدد قيمتها للمستفيد، ولا تكلف البنك في إصدارها إلا نفقات إدارية بسيطة إذا قارنها بالعمليات الأخرى التي يقدمها البنك^(٢).

وفي حقيقة الأمر أن هذه العمولة التي يتحصل عليها البنك نظير إصداره لخطاب الضمان

(١) عماد الدين طرابلسي، «خطاب الضمان البنكي»: ١٥؛ د. عبدالله العنزي، «النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية»:

١٠٣؛ أمقران راضية، «خطابات الضمان المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها»: ٥٦.

(٢) شريك السعيد، «خطاب الضمان والتجارة الخارجية»: ٥٥؛ عماد أحمد أبو صد، «أحكام خطابات الضمان المصرفية»، رسالة ماجستير الجامعة الأردنية كلية الدراسات العليا، (١٩٩٥م): ٢٣؛ أمقران راضية، «خطابات الضمان المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها»، رسالة دكتوراه جامعة الجزائر كلية الحقوق، (٢٠١٣م): ٢٥.

وذلك حسب قيمة المبلغ المضمون ومدة سريانه ونوعه، وكذلك الرسوم الإدارية التي يتقاضاه والتي تبلغ - حسب اطلاعي على بعض النماذج - قرابة (١,٥٠٠) ريال وهي غير مستردة، وهي في حقيقتها مكلفة على بعض المتنافس وذلك إذا رغبوا في الدخول في المنافسات والمشتريات التي تطرحها الجهات الحكومية على تعدد هذه الجهات وكثرة وتنوع هذه العقود التي تبرمها الجهة الواحدة فضلاً عن غيرها من الجهات، وهو في كل منافسة يريد الدخول فيها ملزم بتقديم ضمان ابتدائي من البنك الذي يقوم هو بتحصيل هذه الرسوم وكذلك العمولة نظير كل خطاب يصدره لصالحه حسب مدته وملاءة طالبه، ولهذا فإن إيجاد نظام دفع إلكتروني للضمان الابتدائي يكون حلاً لهذه المشكلة، كما هو الحال في المدفوعات الحكومية من مرور وجوازات، وكذلك التنفيذ القضائي التابع لوزارة العدل، حيث إن ذلك يؤدي إلى سرعة تقديم الضمان الابتدائي، وعدم تكليف المتنافس بالرسوم الإدارية لإصدار خطاب الضمان وكذلك نسبة العمولة حسب قيمة الضمان، ويقوم المتنافس بتقديم ما يثبت هذه الحوالة أو الدفع وإضافة رقمها مع وثائق المنافسة وبالتالي تحل محل تقديم أصل خطاب الضمان الابتدائي البنكي، وتساعد في سرعة وتطور إجراءات التعاقد؛ وذلك لأن الغاية من الضمان الابتدائي قد تحققت، وهي ضمان جدية المتنافس عندما يتقدم بعبثائه للمنافسة التي تطرحها الجهة الحكومية، والقول بهذا لا يعني عدم أهمية الضمان البنكي بالنسبة لبعض المتنافسين الذين يرغبون بهذه الوسيلة كضمان ابتدائي للمنافسة الحكومية، بل وجود طريق وأسلوب آخر به يتحقق المقصد الذي ابتغاه المنظم من وجود الضمان الابتدائي، دون تكليفهم بتلك الرسوم والعمولة التي يتحصل عليها البنك، وهذا يتفق مع الفقرة (٢) من المادة (٦٣) من النظام حيث نصت على أنه: «تقبل الضمانات إذا كانت وفق أحد الأشكال الآتية: ٣- أي شكل آخر تحدده اللائحة»^(١)، وبالتالي فإنه يمكن إضافة هذه الطريقة كضمان ابتدائي من خلال اللائحة التنفيذية للنظام.

ومن ناحية أخرى تظهر أهمية الضمان الابتدائي في أن تقديمه يعتبر شرطاً أساسياً للنظر في

(١) المادة (٢٦) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

العطاء المقدم؛ حيث إنه مقرر لمصلحة الجهة الحكومية ولأجل المصلحة العامة^(١)، وذلك لضمان الجدية في العطاء المقدم، ومن ثم فإن جزاء عدم تقديم الضمان الابتدائي يتمثل في استبعاد العرض أو العطاء المقدم من المتنافس، حيث نص نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على أن: «يُقدم المتنافس مع عرضه ضماناً ابتدائياً بنسبة تتراوح من (١٪) إلى (٢٪) من قيمة العرض، ويستبعد العرض الذي لم يقدم معه الضمان»^(٢)، ونصت اللائحة التنفيذية للنظام على أنه: «لا يجوز قبول العرض الذي يقدم بدون ضمان ابتدائي...»^(٣).

ولعل الحكمة من اشتراط المنظم للضمان الابتدائي هي ضمان جدية مساهمة المتقدم بالعطاء في المناقصة التي تقدم عليها، والتأكد من سلامة قصده في تنفيذ العقد ولكي تتفادى الجهات الحكومية هروب المتقدمين بالعطاءات إذا ما رست المنافسة عليهم^(٤).

المطلب الثالث: شروط الضمان الابتدائي:

إذا تتبعنا نظام المنافسات والمشتريات الحكومية ولائحته التنفيذية نجد أن المنظم قد اشترط في الضمان الابتدائي الذي يقدم مع العرض عدة شروط، منها ما يتعلق بشكل وصيغة خطاب الضمان، ومنها ما يتعلق بقيمته، ومنها ما يتعلق بمدته، ومنها ما يتعلق برسوم تحصيله والضرائب عليه، وبيان ذلك كما يلي:

الشرط الأول: أن يقدم أصل خطاب الضمان ولا يعتد بالصورة:

اشترط المنظم أن يقدم المتنافس مع عرضه أصل خطاب الضمان ولا يعتد بالصورة منه، حيث نصت اللائحة التنفيذية للنظام على أنه: «يُقدم أصل خطاب الضمان الابتدائي مع العرض...»^(٥).

(١) ماجد راغب الحلوم، «العقود الإدارية»: ٨١.

(٢) المادة (٤١) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٣) الفقرة (١) من المادة (٧٠) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٤) د. سليمان الطماوي، «الأسس العامة للعقود الإدارية». (ط٥، القاهرة: دار الفكر العربي، ٢٠١٧م): ٢٤٠؛ عامر هاشم، «الأصول القانونية لإبرام العقود الإدارية»: ١٩٦؛ د. محمد الفوزان، «العقد الإداري السعودي»، (ط ١، الرياض: مكتبة القانون والاقتصاد، ٢٠١١م): ٢٢٨.

(٥) الفقرة (٢) من المادة (٧٠) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

الشرط الثاني: أن لا يكون الضمان الابتدائي ناقصاً بأكثر من (١٠٪) من القيمة المطلوبة: أوجب المنظم على الجهة الحكومية أن لا تقبل العرض الذي قدم معه ضمان ابتدائي ناقص بأكثر من (١٠٪)، حيث نصت اللائحة التنفيذية للنظام على أنه: «... للجهة الحكومية قبول الضمان الناقص متى كانت نسبة النقص لا تتجاوز (١٠٪) من قيمة الضمان المطلوب. وفي هذه الحالة، على لجنة فحص العروض - قبل التوصية بالترسية على مقدم الضمان الناقص - أن تطلب منه استكمال النقص في الضمان خلال مدة تحددها اللجنة لا تزيد عن (عشرة) أيام عمل، وإلا عدّ منسحباً ولا يعاد له الضمان الابتدائي»^(١).

الشرط الثالث: أن يكون الضمان ساري المفعول لمدة لا تقل عن تسعين يوماً: بين المنظم أن مدة سريان العروض في المنافسات (تسعين) يوماً من التاريخ المحدد لفتح العروض، وذلك حسب ما نصت عليه المادة التاسعة والثلاثون من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية، وبالتالي فإنه يجب أن يكون الضمان الابتدائي ساري المفعول لمدة لا تقل عن هذه المدة وهي مدة سريان العرض التسعين يوماً، حيث نصت اللائحة التنفيذية للنظام على أنه: «يُقدم أصل خطاب الضمان الابتدائي مع العرض، على أن يكون ساري المفعول مدة لا تقل عن (تسعين) يوماً من التاريخ المحدد لفتح العروض، وفي حال كان الضمان ناقصاً المدة بما لا يتجاوز (ثلاثين) يوماً، تعين على لجنة فحص العروض - قبل التوصية بالترسية على مقدم الضمان الناقص - أن تطلب منه استكمال النقص في الضمان خلال مدة تحددها، وإلا عدّ منسحباً ولا يعاد له الضمان الابتدائي، ولا يعد اليوم أو اليومين نقصاً في مدة الضمان»^(٢).

الشرط الرابع: أن يكون الضمان واجب الدفع عند أول طلب من جانب الجهة الحكومية: أوجب المنظم بأن يكون الضمان الابتدائي واجب الدفع لصالح الجهة الحكومية المستفيدة منه، وذلك دون الحاجة إلى إصدار حكم قضائي في ذلك أو إلى قرار من هيئة التحكيم، حيث نصت

(١) الفقرة (١) من المادة (٧٠) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٢) الفقرة (٢) من المادة (٧٠) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

اللائحة التنفيذية للنظام على أنه: «يكون الضمان واجب الدفع عند أول طلب من جانب الجهة الحكومية دون الحاجة إلى وجود حكم قضائي أو قرار من هيئة تحكيم»^(١).

الشرط الخامس: أن يكون الضمان غير مشروط، وغير قابل للإلغاء:

أوجب المنظم أن يكون الضمان الابتدائي غير مشروط وغير معلق على شرط، وكذلك أوجب أن يكون الضمان الابتدائي غير قابل للإلغاء، حيث نصت اللائحة التنفيذية للنظام على أنه: «يجب أن يكون الضمان غير مشروط وغير قابل للإلغاء»^(٢).

الشرط السادس: أن تكون قيمة الضمان الابتدائي خالية من الضرائب والرسوم:

اشترط المنظم فيما يتعلق بقيمة الضمان الابتدائي أن تكون كاملة لصالح الجهة الحكومية عندما يتم تقديمه لها، وذلك بأن تكون قيمته خالية من الرسوم والضرائب وأي نفقات أخرى، حيث نصت الفقرة (٦) من المادة الخامسة بعد المئة من اللائحة التنفيذية للنظام على أنه يجب أن: «...تكون قيمته خالية من أية رسوم تتعلق بالضرائب أو الرسوم، أو النفقات الأخرى»^(٣).

الشرط السابع: التقيد بنماذج وصيغ الضمانات البنكية:

أوجب المنظم على المتقدم بعبثائه أن يتقيد بنماذج وصيغ الضمانات البنكية التي تحددها الوزارة، حيث نصت اللائحة التنفيذية للنظام على أنه: «يجب التقيد بنماذج وصيغ الضمانات البنكية التي تحددها الوزارة وفقاً لأحكام النظام وهذه اللائحة»^(٤).

الشرط الثامن: أن يكون الضمان صادراً من بنك محلي:

أوجب المنظم أن يكون خطاب الضمان الابتدائي قد صدر من بنك محلي داخل المملكة العربية السعودية، ويجوز للجهة الحكومية في حالات استثنائية عندما لا يستطيع المتنافس أن يقدم

(١) الفقرة (٥) من المادة (١٠٥) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٢) الفقرة (٦) من المادة (١٠٥) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٣) الفقرة (٦) من المادة (١٠٥) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٤) الفقرة (٢) من المادة (١٠٦) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

ضمان من بنك سعودي أو بواسطته في الأعمال والمشتريات التي تنفذ خارج المملكة أن تقبل الضمان البنكي الصادر من بنك أجنبي بشرط أن يكون معتمداً من البنك المركزي السعودي، حيث نصت اللائحة التنفيذية للنظام على أنه: «يجوز للجهة الحكومية قبول الضمان البنكي الصادر من بنك أجنبي بشرط أن يكون معتمداً من مؤسسة النقد العربي السعودي، وذلك في الحالات التي لا يتمكن فيها المتنافس من تقديم ضمان من بنك سعودي، أو بواسطته في الأعمال والمشتريات التي تنفذ خارج المملكة»^(١).

ويجوز للجهة الحكومية قبول الضمانات البنكية الأجنبية، وذلك إذا كان للبنك فرع في المملكة العربية السعودية، حيث نصت اللائحة التنفيذية للنظام على أنه: «يجوز للجهة الحكومية قبول الضمانات البنكية الصادرة من فروع البنوك الأجنبية المرخصة في المملكة»^(٢).

الشرط التاسع: أن تتأكد الجهة الحكومية من صحة البيانات في خطاب الضمان:

حيث أوجب على الجهة الحكومية أن تتأكد بنفسها من صحة البيانات في خطاب الضمان الابتدائي وكذلك مقدار الضمانات وقيمتها، حيث نصت اللائحة التنفيذية للنظام على أنه: «يجب على الجهة الحكومية التأكد من صحة كافة الضمانات المقدمة -بموجب النظام وهذه اللائحة- فور تلقيها تلك الضمانات، وذلك من خلال البنوك مصدرة الضمانات»^(٣).

المبحث الأول: الأحكام المتعلقة بتقديم الضمان الابتدائي، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: كيفية تقديم الضمان الابتدائي:

يقوم العميل بتعبئة النموذج الخاص بطلب إصدار خطاب الضمان الموجود في البنك، ويحدد فيه البيانات الأساسية مثل اسم المستفيد من هذا الخطاب وعنوانه، وكذلك قيمة الضمان المطلوبة، ونوع العملة، وكذلك نسبته في المئة من قيمة العقد، وكذلك يقوم بتحديد نوع الضمان، وهل هو محلي أو خارجي؟ ومدى صلاحية الضمان، والغرض الذي لأجله أنشئ هذا الضمان، ويختتم هذا

(١) الفقرة (١) من المادة (١٠٥) من اللائحة التنفيذية لنظام المناقصات والمشتريات الحكومية.

(٢) الفقرة (٩) من المادة (١٠٥) من اللائحة التنفيذية لنظام المناقصات والمشتريات الحكومية.

(٣) الفقرة (١) من المادة (١٠٥) من اللائحة التنفيذية لنظام المناقصات والمشتريات الحكومية.

الطلب بالتوقيع والتصريح للبنك بأن يدفع قيمته عند أول طلب من المستفيد دون أي معارضة خالياً من الضرائب والرسوم وغير ذلك.

وبيّن نظام المنافسات والمشتريات الحكومية ولائحته التنفيذية طريقة وكيفية تقديم الضمان الابتدائي، فأوجب أن يتم تقديم خطاب الضمان الابتدائي مع العرض المقدم من قبل المتنافس، وذلك بنسبة محددة من قيمة العرض، حيث نص نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على أن: «يُقدّم المتنافس مع عرضه ضماناً ابتدائياً بنسبة تتراوح من (١٪) إلى (٢٪) من قيمة العرض»^(١)، وأوجبت اللائحة التنفيذية للنظام أن يقدم المتنافس أصل خطاب الضمان الابتدائي، وأن لا تعدد الجهة الحكومية بالصورة منه، حيث نصت على أنه: «يُقدّم أصل خطاب الضمان الابتدائي مع العرض...»^(٢).

وأما ما يتعلق بالبنك مصدر الضمان الابتدائي فالأصل فيه أن يكون بنكاً محلياً، إلا أن المنظم قد أجاز للجهة الحكومية قبول الضمان الصادر من بنك أجنبي، وذلك إذا كان للبنك فرع في المملكة العربية السعودية؛ حيث نصت اللائحة التنفيذية للنظام على أنه: «يجوز للجهة الحكومية قبول الضمانات البنكية الصادرة من فروع البنوك الأجنبية المرخصة في المملكة»^(٣). وكذلك أجاز المنظم للجهة الحكومية في حالات استثنائية عندما لا يستطيع المتنافس أن يقدم ضمان من بنك سعودي أو بواسطته في الأعمال والمشتريات التي تنفذ خارج المملكة أن تقبل الضمان البنكي الصادر من بنك أجنبي بشرط أن يكون معتمداً من البنك المركزي السعودي، حيث نصت اللائحة التنفيذية للنظام على أنه: «يجوز للجهة الحكومية قبول الضمان البنكي الصادر من بنك أجنبي بشرط أن يكون معتمداً من مؤسسة النقد العربي السعودي، وذلك في الحالات التي لا يتمكن فيها المتنافس من تقديم ضمان من بنك سعودي أو بواسطته في الأعمال والمشتريات التي تنفذ خارج المملكة»^(٤).

(١) المادة (٤١) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٢) الفقرة (٢) من المادة (٧٠) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٣) الفقرة (٩) من المادة (١٠٥) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٤) الفقرة (١) من المادة (١٠٥) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

المطلب الثاني: الحالات التي يجب فيها تقديم الضمان الابتدائي:

القاعدة العامة فيما يتعلق بجميع المنافسات والمشتريات الحكومية أنه يجب على المتنافس أن يقدم الضمان الابتدائي مع كل عرض؛ حيث نص نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على أنه: «يُقدم المتنافس مع عرضه ضماناً ابتدائياً بنسبة تتراوح من (١٪) إلى (٢٪) من قيمة العرض»^(١)، وبينت اللائحة التنفيذية للنظام أنه: «لا يجوز قبول العرض الذي يقدم بدون ضمان ابتدائي»^(٢)، وبين نظام المنافسات والمشتريات الحكومية أساليب التعاقد التي يجب على الجهة الإدارية أن تتبع أحدها فيما تطرحه من أعمال ومشتريات؛ حيث نصت اللائحة التنفيذية للنظام على أنه: «للجهة الحكومية تنفيذ أعمالها ومشترياتها -وفقاً لأحكام النظام وهذه اللائحة- بإحدى الأساليب الآتية: ١- المنافسة العامة. ٢- المنافسة المحدودة. ٣- المنافسة على مرحلتين. ٤- الشراء المباشر. ٥- الاتفاقية الإطارية. ٦- المزايدة العكسية الإلكترونية. ٧- توطين الصناعة ونقل المعرفة. ٨- المسابقة»^(٣).

وبناءً على ذلك فالأصل أن يقدم المتنافس الضمان الابتدائي في كل منافسة يتقدم عليها وذلك إذا استخدمت الجهة الحكومية أحد الأساليب التي أوجب المنظم أن يتم فيها تقديم الضمان الابتدائي مع العروض وهي: أسلوب المنافسة العامة، وأسلوب المنافسة المحدودة، وأسلوب المنافسة على مرحلتين، وأسلوب الاتفاقية الإطارية، وأسلوب المزايدة العكسية الإلكترونية، وأسلوب توطين الصناعة، ونقل المعرفة.

المطلب الثالث: الحالات التي لا يجب فيها تقديم الضمان الابتدائي:

بينما في المطلب السابق أن القاعدة العامة فيما يتعلق بتقديم الضمان الابتدائي أنه يجب تقديمه في أغلب أساليب التعاقد التي أجاز المنظم للجهات الحكومية اتباعها، إلا أن هناك حالات لم

(١) المادة (٤١) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٢) الفقرة (٢) من المادة (٧٠) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٣) المادة (٢٢) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

يُلزم فيها المنظم أن يتم تقديم الضمان الابتدائي، وهي في حال أن الجهة الإدارية رغبت في أن تستعمل أسلوب الشراء المباشر لتأمين مشترياتها وأعمالها، وكذلك في حال رغبتها في استعمال أسلوب المسابقة؛ لكي تتعاقد على أفضل فكرة أو تصميم، أو مجسم، وغير ذلك من الأعمال الفنية والملكية الفكرية؛ حيث نص نظام المنافسات والمشتريات على أنه: «استثناء من حكم المادة (الحادية والأربعين) من النظام، لا يلزم تقديم الضمان الابتدائي في الحالات الآتية: ١- الشراء المباشر. ٢- المسابقة. ٣- تعاقدات الجهات الحكومية فيما بينها. ٤- التعاقد مع مؤسسة أو جمعية أهلية أو كيان غير هادف إلى الربح. ٥- التعاقد مع المنشآت الصغيرة والمتوسطة المحلية»^(١).

المطلب الرابع: الجهات المعفاة من تقديم الضمان الابتدائي:

بينما في المطلب السابق أن المنظم لم يوجب أن يتم تقديم الضمان الابتدائي إذا استعملت الجهة الحكومية أسلوب التعاقد بالشراء المباشر أو أسلوب المسابقة، إلا أن المنظم قد استثنى وأعطى جهات حكومية ومؤسسات خاصة من تقديم الضمان الابتدائي، وذلك لزوال سبب تقديم الضمان الابتدائي في بعض الحالات، ورغبة المنظم في حالات أخرى أن يخفف من الشروط على المؤسسات والجمعيات التي لا تهدف إلى الربح، ورغبة منه في حالة أخرى أن يدعم المنشآت المحلية الصغيرة والمتوسطة.

وقد استثنى المنظم الجهات الحكومية من تقديم الضمان الابتدائي؛ حيث نص نظام المنافسات والمشتريات على أنه: «استثناء من حكم المادة (الحادية والأربعين) من النظام، لا يلزم تقديم الضمان الابتدائي في الحالات الآتية: ٣...- تعاقدات الجهات الحكومية فيما بينها»^(٢)، إلا أن المنظم قد ألزم الجهة الحكومية في هذه الحالة تتولى بنفسها تنفيذ الأعمال أو تأمين المشتريات؛ حيث نص نظام المنافسات والمشتريات على أنه: «للجهات الحكومية التعاقد فيما بينها بطريق الاتفاق المباشر، بشرط أن تتولى بنفسها تنفيذ الأعمال أو تأمين المشتريات، ولها كذلك أن تتوب

(١) المادة (٤٢) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٢) المادة (٤٢) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

عن بعضها في مباشرة إجراءات التعاقد»^(١).

ولعل السبب في إعفاء جهات حكومية من تقديم الضمان الابتدائي يكمن في أن الجهات الحكومية من حيث الأصل سوف تكون جادة عندما تتقدم للمناقصات التي تطرحها الجهات الحكومية الأخرى، إضافة إلى ذلك أن الجهة الحكومية التي طرحت المناقصة سوف تلجأ لاستيفاء مستحقاتها من الجهة الإدارية التي دخلت في المناقصة بمخاطبة وزارة المالية باستقطاع تلك المبالغ من حساب تلك الجهة، وإن كانت المشكلة تكمن في أن الواقع العملي يثبت صعوبة ذلك، فالوزارة لا ترغب غالباً في الدخول في خلافات مع الجهات الحكومية^(٢).

وكذلك استثنى المنظم المؤسسات أو الجمعيات الأهلية أو الكيان التي لا تهدف إلى الربح من تقديم الضمان الابتدائي؛ حيث نص نظام المناقصات والمشتريات على أنه: «استثناء من حكم المادة (الحادية والأربعين) من النظام، لا يلزم تقديم الضمان الابتدائي في الحالات الآتية: ... ٤- التعاقد مع مؤسسة أو جمعية أهلية أو كيان غير هادف إلى الربح»^(٣).

ويقصد بالمؤسسات الأهلية: (أي كيان مستمر لمدة معينة أو غير معينة، يؤسسه شخص أو أشخاص من ذوي الصفة الطبيعية أو الاعتبارية أو منهما معاً، غير هادف للربح أساساً، وذلك من أجل تحقيق غرض أو أكثر من أغراض النفع العام أو المخصص، ويعتمد على ما يخصصه له المؤسس أو المؤسسون من أموال، أو أوقاف، أو هبات أو وصايا، وتعد الصناديق العائلية والأهلية بأنواعها مؤسسات أهلية...)»^(٤).

ويقصد بالجمعيات الأهلية: (كل مجموعة ذات تنظيم مستمر لمدة معينة أو غير معينة، مؤلفة من أشخاص من ذوي الصفة الطبيعية أو الاعتبارية، أو منهما معاً، غير هادفة للربح أساساً،

(١) المادة (٨٩) من نظام المناقصات والمشتريات الحكومية.

(٢) الحديثي، إبراهيم محمد، «التعاقد بين الجهات الحكومية وتكليفه وآثاره، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية» - العدد الثاني - السنة الحادية والستون، يوليو (٢٠١٩م): ٩٦٤.

(٣) المادة (٤٢) من نظام المناقصات والمشتريات الحكومية.

(٤) الفقرة (٢) من المادة (٣) من نظام الجمعيات والمؤسسات الأهلية.

وذلك من أجل تحقيق غرض من أغراض البر أو التكافل، أو من أجل نشاط ديني، أو نشاط اجتماعي، أو ثقافي، أو صحي، أو بيئي، أو تربوي، أو تعليمي، أو علمي، أو مهني، أو إبداعي، أو شبابي، أو سياحي، ونحو ذلك من نشاطات، أو نشاط يتعلق بحماية المستهلك، أو أي نشاط أهلي آخر تقدره الوزارة، سواءً أكان ذلك عن طريق العون المادي، أو المعنوي، أو الخبرات الفنية أو غيرها، وسواءً أكان النشاط موجهاً إلى خدمة العامة كجمعيات النفع العام، أم كان موجهاً في الأساس إلى خدمة أصحاب تخصص أو مهنة كالجمعيات المهنية والجمعيات العلمية والجمعيات الأدبية^(١).

ونجد أن المنظم في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية قد راعى القطاع غير الربحي ومنحه العديد من المزايا، وذلك بهدف دعم دوره التنموي خصوصاً فيما يتعلق بالتعاقد الحكومي، حيث تم إعفاؤه من تقديم الضمان الابتدائي وذلك للتخفيف عنه ومساعدته في دخول المنافسات والمشتريات الحكومية، وذلك تفعيلاً لدوره التنموي في ذلك، وتحقيقاً للمستهدفات الاقتصادية. وكذلك استثنى المنظم المنشآت الصغيرة والمتوسطة المحلية من تقديم الضمان الابتدائي؛ حيث نص نظام المنافسات والمشتريات على أنه: «استثناء من حكم المادة (الحادية والأربعين) من النظام، لا يلزم تقديم الضمان الابتدائي في الحالات الآتية: ... ٥- التعاقد مع المنشآت الصغيرة والمتوسطة المحلية»^(٢).

ويقصد بالمنشآت الصغيرة والمتوسطة المحلية: المنشآت (متناهية الصغر والصغيرة والمتوسطة) المحلية بحسب تصنيف الهيئة العامة للمنشآت الصغيرة والمتوسطة، والتي لا تقل نسبة ملكية المواطنين فيها عن (٥٠٪) من رأس مال المنشأة^(٣)، وغاية المنظم من ذلك هو تخفيف القيود والشروط على المنشآت الصغيرة والمتوسطة، ودعمهم في المنافسة في السوق وأن يساهموا

(١) الفقرة (١) من المادة (٢) من نظام الجمعيات والمؤسسات الأهلية.

(٢) المادة (٤٢) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٣) المادة (١) من لائحة تفضيل المحتوى المحلي والمنشآت الصغيرة والمتوسطة المحلية والشركات المدرجة في السوق المالية في الأعمال والمشتريات.

بتقديم عروضهم وعطاءاتهم دون اشتراط تقديم ضمان ابتدائي. وهنا يثور تساؤل هل يعني ذلك أن المتنافس إذا كان من المنشآت الصغيرة والمتوسطة أنه يحق له أن يتقدم بعطاءه ويسحبه في أي وقت دون ضابط أو قيد؟ لا؛ حيث إن ذلك يعتبر سبب لتعثر إبرام العقود الإدارية، ويؤدي إلى تعثر سير المرافق العامة في أدائها لخدماتها بانتظام واطراد، فإذا ما كان المتنافس من المنشآت الصغيرة والمتوسطة قرر الانسحاب بعد الموعد المحدد لتسليم العروض، فإنه يتوجب عليه عند الانسحاب دفع غرامة مالية للجهة الحكومية تساوي قيمة الضمان الابتدائي، وإن لم يدفع الغرامة المالية المقررة، يعاقب بمنعه من التعامل مع الجهات الحكومية لمدة سنة، حيث نص نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على أنه: «يلتزم صاحب العرض - إذا كان من المنشآت الصغيرة والمتوسطة المحلية - بدفع غرامة مالية إلى الجهة الحكومية تساوي قيمة الضمان الابتدائي، وذلك إذا قام بسحب عرضه قبل انتهاء مدة سريان العروض، أو إذا لم يقدم الضمان النهائي في حال تمت الترسية عليه، وفي حال مرور (ستين) يوماً من تاريخ سحب عرضه، أو من تاريخ انتهاء مهلة تقديم الضمان النهائي دون أن يقوم بدفع الغرامة المالية المقررة؛ يعاقب بمنعه من التعامل مع الجهات الحكومية لمدة سنة»^(١).

المبحث الثاني: الأحكام المتعلقة بإرجاع الضمان الابتدائي إلى أصحابه، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الحالات التي يجب فيها إرجاع الضمان الابتدائي:

أوجب المنظم في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية أن تقوم الجهة الحكومية بإعادة الضمان الابتدائي إلى صاحبه، وذلك في إحدى الحالات الآتية:

الحالة الأولى: إذا سحب المتنافس عرضه قبل انتهاء المدة لتلقي العروض:

فإنه أجاز نظام المنافسات والمشتريات الحكومية للمتنافس أن يسحب عرضه خلال المدة المحددة لتلقي العروض، وأن لا يترتب على ذلك فرض غرامة عليه أو مصادرة ضمانه الابتدائي، بل أوجب

(١) الفقرة (٢) من المادة (٦١) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

على الجهة الحكومية التي طرحت المنافسة أن تعيد إليه ضمانه الابتدائي، ما دام أنه قد سحب عرضه خلال المدة المحددة لتلقي العروض وليس بعد انتهائها؛ حيث نصت اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية على أنه: «يجوز لصاحب العرض أن يسحب عرضه قبل انتهاء المدة المحددة لتلقي العروض، وتقوم الجهة الحكومية برد الضمان الابتدائي إليه»^(١).

الحالة الثانية: إذا انتهت المدة المحددة لسريان العروض، ولم تتمكن الجهة من البت في الترسية، ولم يرغب صاحب العرض في الاستمرار بعرضه:

فإنه نصت اللائحة التنفيذية على أنه: «ترد الضمانات الابتدائية إلى أصحاب العروض... بعد انتهاء الوقت المحدد لسريان العروض ما لم يبد صاحب العرض رغبته في الاستمرار في الارتباط بعرضه وفقاً لأحكام النظام وهذه اللائحة»^(٢).

ونصت اللائحة التنفيذية على أنه: «على من يوافق من أصحاب العروض على التمديد، أن يمدد ضماناته وأن يبلغ الجهة الحكومية بذلك خلال (أسبوعين) من تاريخ الإشعار بطلب التمديد، ومن لم يتقدم خلال هذه المدة، عُد غير موافق على تمديد عرضه، ويعاد له ضمانه الابتدائي في هذه الحالة»^(٣).

وفيما يتعلق ببيع المنقولات في المزايدة العلنية نصت اللائحة التنفيذية على أنه: «يجب البت في ترسية المزايدة خلال مدة لا تتجاوز (ثلاثين) يوماً من تاريخ فتح مظاريف المزايدة أو انتهاء المزايدة العلنية، فإذا مضت هذه المدة دون البت في المزايدة جاز للمزايد الرجوع في عرضه واسترداد ضمانه، وذلك بموجب خطاب يقدمه للجهة خلال (عشرة) أيام من انتهاء المدة المحددة للبت في الترسية...»^(٤).

(١) المادة (٦٨) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٢) الفقرة (٤) من المادة (٧٠) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٣) الفقرة (٢) من المادة (٦٧) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٤) المادة (١٤٦) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

الحالة الثالثة: العروض التي لم يتم الترسية عليها بعد أن قامت الجهة الحكومية بالبت في الترسية:

أوجب نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على الجهة الحكومية أن تقوم برد الضمان الابتدائي لصاحبه إن لم تتم ترسية المنافسة عليه؛ حيث إنه لا فائدة من احتفاظ الجهة الحكومية بالضمانات الابتدائية التي قدمها أصحابها ولم تتم الترسية عليهم، إذ إن الغاية من تقديم الضمان الابتدائي - كما أسلفنا - هو ضمان جدية المتقدم في عطاءه، وهو في هذه الحالة قد أثبت جديته، إلا أن عرضه الذي تقدم به لم تتم الترسية عليه، وبالتالي أوجب المنظم على الجهة الحكومية أن تقوم برد الضمانات الابتدائية إلى أصحابها الذين لم تتم الترسية على عطاءاتهم؛ حيث نصت اللائحة التنفيذية على أنه: «ترد الضمانات الابتدائية إلى أصحاب العروض التي لم يتم الترسية عليها بعد البت في الترسية...»^(١).

الحالة الرابعة: إذا قامت الجهة الحكومية من تلقاء نفسها بإلغاء المنافسة:

أوجب نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على الجهة الحكومية أن تقوم برد الضمانات الابتدائية لأصحابها في حال إذا قررت أن تلغي المنافسة؛ لسبب راجع إلى مخالفتها لأحكام نظام المنافسات والمشتريات الحكومية ولائحته التنفيذية، أو كان في وثائق المنافسة أخطاء جوهرية، أو رأت أن المصلحة العامة تقتضي إلغاء المنافسة؛ حيث نص نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على أنه: «في حال إلغاء المنافسة ترد لأصحاب العروض تكاليف وثائق المنافسة والضمانات الابتدائية، وفقاً لما توضحه»^(٢).

نصت اللائحة التنفيذية على أنه: «ترد الضمانات الابتدائية إلى أصحاب العروض... في حال إلغاء المنافسة»^(٣).

وبين نظام المنافسات والمشتريات الحكومية أسباب إلغاء المنافسة؛ حيث نص النظام على

(١) الفقرة (٤) من المادة (٧٠) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٢) المادة (٥٢) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٣) الفقرة (٤) من المادة (٧٠) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

أنه: «تلغى المنافسة في الحالات الآتية: ١- إذا كان في وثائق المنافسة أخطاء جوهرية لا يمكن تداركها. ٢- إذا أُتخذ إجراء مخالف لأحكام النظام أو اللائحة لا يمكن تصحيحه. ٣- إذا كان هناك مؤشرات واضحة على أن هناك احتيالاً أو ارتكاب أي من ممارسات الفساد، أو تواطؤاً بين المتنافسين أو أطراف لهم صلة بالمنافسة على نحو لا يمكن معه ترسية المنافسة بما يتفق مع أحكام النظام واللائحة. ٤- إذا خالفت جميع العروض وثائق المنافسة. ٥- إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك»^(١).

الحالة الخامسة: إذا كانت العروض مخالفة للمعايير والمواصفات التي تريدها الجهة الحكومية:

أوجب نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على المتقدم على المنافسة أن يقدم عرضه وفقاً للمعايير والمواصفات التي تريدها الجهة الحكومية حسب ما نصت عليه في وثائق المنافسة، وفي حال أن المتنافس قدم عرضه وكان مخالفاً لهذه المعايير فإنه يجب على لجنة فحص العروض أن تستبعد هذا العرض؛ حيث نص نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على أنه:

«١- تفحص العروض وفقاً للمعايير المنصوص عليها في وثائق المنافسة، وتستبعد العروض المخالفة، وترد الضمانات الابتدائية لأصحابها.

٢- في حال قدمت العروض في ملفين إلكترونيين أو في مطروفين مختومين، فيجب فحص العروض الفنية دون المالية، وتستبعد العروض الفنية غير المقبولة وترد لهم العروض المالية دون فتحها مع الضمانات الابتدائية لأصحابها»^(٢).

الحالة السادسة: إذا رفض المتنافس إعادة تسعير عرضه بعد أن تبين للجنة فحص العروض أنه غير مدروس:

أجاز نظام المنافسات والمشتريات الحكومية للجهة الحكومية عندما تقوم بفحص العروض

(١) المادة (٥١) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٢) المادة (٤٦) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

المتقدمة أن تقوم بإعادة تسعير تلك البنود، وذلك إذا كانت تمثل السعر الحقيقي أو أنها قد قدمت بشكل غير مدروس، حيث نصت اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية على أنه: «للجنة فحص العروض إعادة تسعير البنود، إذا تبين لها أنها وضعت بشكل غير مدروس ولا تمثل السعر الحقيقي للبنود، على ألا يؤثر ذلك في السعر الإجمالي للعرض. فإذا رفض المتنافس إعادة التسعير، يستبعد من المنافسة ويرد له ضمانه»^(١).

المطلب الثاني: الحالات التي يجوز فيها إرجاع الضمان الابتدائي:

أجاز المنظم السعودي للجهة الحكومية رد الضمان قبل البت في الترسية، وذلك في الحالات الآتية:

الحالة الأولى: إذا كانت أسعار العروض مرتفعة.

الحالة الثانية: إذا كانت العروض مخالفة للشروط والمواصفات.

أجاز نظام المنافسات والمشتريات الحكومية للجهة الحكومية أن تقوم بإرجاع الضمانات الابتدائية لأصحابها إذا تبين أن أسعار تلك العروض مرتفعة أو كانت مخالفة للشروط والمواصفات؛ وذلك بناءً على تقديرها، أو بناءً على طلب من أصحاب العروض؛ حيث نصت اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية على أنه: «يجوز للجهة الحكومية بناءً على تقديرها، أو بطلب من أصحاب العروض الإفراج عن ضماناتهم الابتدائية قبل البت في الترسية، إذا تبين بعد فتح العروض وانكشاف الأسعار أن أسعار تلك العروض مرتفعة أو مخالفة للشروط والمواصفات بما يحول دون الترسية على أي منها»^(٢).

وهنا يثور إشكال وهو أن الفقرة الخامسة من المادة السبعين من اللائحة التنفيذية للنظام نصت على أنه: «يجوز إعادة الضمانات الابتدائية لأصحابها في حال كون العروض المقدمة مرتفعة أو مخالفة للشروط والمواصفات»، بينما نجد أن المنظم قد نص في النظام على أسباب

(١) الفقرة (٢) من المادة (٨٢) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٢) الفقرة (٥) من المادة (٧٠) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

إلغاء المنافسة، ومن هذه الأسباب مخالفة جميع العروض وثائق المنافسة؛ حيث نص النظام على أنه: «تُلغى المنافسة في الحالات الآتية: ٤- إذا خالفت جميع العروض وثائق المنافسة»^(١). وإرجاع الضمان في هذه الحالة يعتبر وجوبياً وليس جوازياً؛ حيث نص نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على أنه: «في حال إلغاء المنافسة ترد لأصحاب العروض تكاليف وثائق المنافسة والضمانات الابتدائية، وفقاً لما توضحه»^(٢)، ونصت اللائحة التنفيذية على أنه: «ترد الضمانات الابتدائية إلى أصحاب العروض... في حال إلغاء المنافسة»^(٣)، وبالتالي هل إرجاع الضمان في حال كون أسعار العروض مرتفعة جوازي أو وجوبي بالنسبة للجهة الحكومية؟ وبناءً على ذلك هل يجوز لأحد المتنافسين أن يتمسك بإلزام الجهة الحكومية بإعادة الضمان الابتدائي؟ وكذلك قيمة وثائق المنافسة إذا خالفت جميع العروض وثائق المنافسة أو لا؟

المطلب الثالث: تطبيقات قضائية على إرجاع الضمان الابتدائي:

سبق أن بينا في المبحثين السابقين أن هناك حالات معينة نص عليها المنظم لإرجاع الضمان الابتدائي، وبالتالي فإنه لا يجوز للجهة الحكومية أن تقوم بالاحتفاظ بقيمة الضمان الابتدائي أو مصادرتة، ولهذا فإنه صدرت مجموعة من أحكام القضاء الإداري في المملكة العربية السعودية مؤيدة لإرجاع الضمان الابتدائي من ذلك ما يلي:

حكمت المحكمة الإدارية في المملكة العربية السعودية بإلزام وزارة المعارف بإعادة قيمة الضمانين اللذين صادرتهما من أحد المتقدمين للمنافسات الحكومية، وذلك بعد أن رفض تصحيح عرضه؛ حيث جاء في نص الحكم ما يلي: ((وحيث إن الدائرة ترى أن هذا النص المتعلق بمصادرة الضمان الابتدائي إذا لم يقم صاحب العرض المقبول بتقديم الضمان النهائي في الميعاد المحدد له، جاز للجهة الإدارية مصادرة ضمانه الابتدائي قد طبق في غير محله؛ حيث إن مجال تطبيقه عندما يكون العقد قد تم بين طرفيه. أما في الحالة الماثلة محل النزاع فإنه من الواضح أن

(١) المادة (٥١) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٢) المادة (٥٢) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٣) الفقرة (٤) من المادة (٧٠) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

الإيجاب والقبول لم يلتقيا تأمينا، حيث إن المدعية لم توافق إلا على نسبة التخفيض الواردة في خطاباتها المقدمة للمدعى عليها، في حين أن الوزارة ترى أن التخفيض بنسبة (٢٠٪) حسبما تم التفاهم حوله مع المدعية ولجنة فحص العروض، وحيث إن ذلك لم يثبت كما سبق فإن الدائرة تنتهي إلى عدم تلاقي الإيجاب بالقبول، ولأن الإيجاب والقبول إنما يردان للدلالة على التراضي وهو هنا غير وارد؛ حيث إن المدعى عليها لم ترضَ بالنسبة التي وافقت عليها المدعية، لذا حكمت الدائرة: بإلزام وزارة المعارف بإعادة الضمانين اللذين صادرتهما والخاصين بمدرسة (الحسو وجيدة) بمنطقة المدينة المنورة إلى المدعية) (١).

ومن ذلك ما حكمت به المحكمة الإدارية في المملكة العربية السعودية بإبطال قيام جهة الإدارة بمصادرة الضمان الابتدائي لأحد المتقدمين للمنافسات الحكومية بعد أن انتهت مدة عرضه وضمانه الابتدائي ودون موافقة المتنافس؛ حيث جاء في نص الحكم ما يلي: ((كما أن الثابت أن المدعى عليها لم تقم بمخاطبة المدعية لتمديد سريان عرضها وكذا ضمانها الابتدائي مما يعد إخلالاً منها، وبالتالي عدم شرعية ما صدر عنها من مصادرة ضمان المدعية، كما أن الثابت أن المدعية لم تقم بإشعار المدعى عليها برغبتها في التمديد إذ إن تمديد المدعى عليها لسريان العرض مشروط بموافقة صاحب العرض خلال مدة أسبوعين من تاريخ إخطاره، ومن لم يتقدم خلال هذه المدة فيعد غير موافق على تمديد عرضه، وبالتالي يعاد له ضمانه الابتدائي، وإذا كان الحال كذلك وكانت المدعى عليها قد أرست المنافسة على المدعية بعد مضي ما يقارب السنتين من تقديم عرضها دون إخطار منها للمدعية برغبتها في التمديد ودون موافقة الأخيرة على ذلك ما يعد مصادرة المدعى عليها للضمان مخالفاً للنظام ولا يعضده دليل)) (٢).

ومن ذلك ما حكمت به المحكمة الإدارية في المملكة العربية السعودية بإبطال قيام جهة الإدارة بمصادرة الضمان الابتدائي لأحد المتقدمين للمنافسات الحكومية وإلزامها برد قيمته التي

(١) رقم الحكم الابتدائي (٢/د/٣) لعام ١٤١٣هـ، رقم حكم هيئة التدقيق (١٠٧/ت/١) لعام ١٤١٣هـ.

(٢) رقم الحكم الابتدائي (١/د/٣٩) لعام ١٤٢١هـ، وصدق بحكم الاستئناف رقم (١٨/س/٤) لعام ١٤٢٢هـ.

تساوي (٦٦٥,٠٠٠) ريال وذلك بعد أن انتهت مدة عرضه وضمائه الابتدائي ودون حصول اتفاق على بنود العقد؛ حيث جاء في نص الحكم ما يلي: ((والثابت قيام الطرفين بالتفاوض على تخفيض قيمة العطاء وإضافة بعض الاشتراطات، لكن دون أن يتوصلوا لأي اتفاق، وقد استندت الجهة الإدارية المدعى عليها في مصادرتها للضمان إلى أحكام النظام التي أعطتها أحقية مصادرة الضمان إذا قام صاحبه بسحب عطاءه أو لم يتم بتقديم الضمان النهائي للتوقيع على وثيقة العقد، وما قامت به المدعى عليها يكون مقبولاً إذا صدر عنها موافقة لعرض المدعية الأول المقدم ضمن بقية العروض، ولكن طالما أن المدعى عليها فاوضت المدعية في عطاءها فإنها تكون بذلك قد طلبت من المدعية إيجاباً جديداً غير الإيجاب الأول الصادر منها، وهذا لم يتم، مما يتبين معه عدم توافق إرادة الطرفين على نتائج التفاوض، وبالتالي ليس من حق المدعى عليها مصادرة الضمان، لذا حكمت الدائرة بإلزام المدعى عليها برد قيمة الضمان الابتدائي المقدم من المدعية البالغ (٦٦٥,٠٠٠) ريال؛ لما هو موضح بالأسباب))^(١).

ومن ذلك ما حكمت به المحكمة الإدارية في المملكة العربية السعودية بإبطال قيام جهة الإدارة بمصادرة الضمان الابتدائي لأحد المتقدمين للمنافسات الحكومية وإلزامها برد قيمته التي تساوي (٩٠٠,٠٠٠) ريال، وذلك بعد أن انتهت مدة عرضه وضمائه الابتدائي ودون حصول اتفاق على بنود العقد؛ حيث جاء في نص الحكم ما يلي: ((وحيث إن المدعية تطالب بإلغاء قرار الجامعة مصادرة الضمان الابتدائي لأن الضمان يبقى سارياً نظاماً وغير جائز الرجوع فيه إلى التاريخ المحدد للبت في العروض سواءً كان ذلك أثناء المدة الأصلية المحددة في وثائق المنافسة أو أثناء المدة الإضافية التي طلبت الإدارة تمديد مدة سريان العروض فيها ووافق المتنافس على ذلك، ففي الحالتين يبقى صاحب العرض ملزماً بعرضه خلال مدة سريانه، والقاعدة الأساسية في هذا المجال هو أن مصلحة صاحب العرض هي التي يجب الاستهداء بها؛ إذ إنه هو صاحب الإرادة الأولى في العقد وهو الذي رسمه حدوده بإيجابه، وليس القبول من الإدارة

(١) رقم الحكم الابتدائي (١/١/د/٢٩) لعام ١٤٢٢هـ، رقم هيئة التدقيق (١/ت/٨) لعام ١٤٢٣هـ.

إلى موافقة تامة للإيجاب الصادر من صاحب العرض، وحيث الواضح من أوراق القضية أن الجامعة المدعى عليها قامت بالتفاوض مع الشركة المدعية لتخفيض قيمة عرضها، وعليه فإننا نكون أمام وضع جديد يحتاج إلى إيجاب جديد من الشركة، وحيث إن الطرفين لم يتفقان على التعديل الذي طلبته الجامعة؛ فإن القبول لم يطابق الإيجاب؛ لأن العقد في الشريعة الإسلامية لا ينعقد إلا بتوافق إرادتين بالإيجاب والقبول، وهو ما لم يحصل في هذه الدعوى، مما يجعل قرار الجامعة المدعى عليها في حجز الضمان الابتدائي للشركة ومصادرته معيباً ومخالفاً للنظام، لذا حكمت الدائرة بإلغاء القرار الصادر من جامعة الملك سعود والقاضي بمصادرة خطاب الضمان المقدم من الشركة المدعية ورد قيمته إليها»^(١).

المبحث الثالث: الأحكام المتعلقة بتمديد الضمان الابتدائي، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الحالات التي يجب فيها تمديد الضمان الابتدائي:

أوجب المنظم في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية أن تقوم الجهة الحكومية بتمديد سريان الضمان الابتدائي وذلك في حالة واحدة، وهي إذا رست الأعمال على المتنافس وكان تاريخ انتهاء مدة ضمانه الابتدائي قبل تقديم الضمان النهائي؛ حيث نصت اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية على أنه: «تقوم الجهة الحكومية بطلب تمديد الضمان الابتدائي لمن رست عليه الأعمال متى كان تاريخ انتهاء مدة سريانه قبل تقديم الضمان النهائي»^(٢).

وبينت اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية إجراءات تمديد الضمان؛ حيث نصت على أنه: «١- تطلب الجهة الحكومية تمديد سريان الضمانات قبل انتهائها في حال توافر الأسباب المحددة للتمديد بموجب النظام وهذه اللائحة وشروط التعاقد.

٢- توجه الجهة الحكومية طلب التمديد إلى البنك مباشرة، وتزود المتعاقد بصورة منه. ويكون التمديد للفترة الضرورية اللازمة؛ على أن يشار في طلب التمديد إلى وجوب دفع قيمة الضمان للجهة فوراً في حال لم ينه البنك إجراءات التمديد قبل انتهاء مدة سريان الضمان»^(٣).

(١) رقم الحكم الابتدائي (١٤/د/١/١٤) لعام ١٤١٤هـ، رقم هيئة التدقيق (١/١٢٥/ت/١) لعام ١٤١٤هـ.

(٢) الفقرة (٣) من المادة (٧٠) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٣) المادة (١٠٢) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

المطلب الثاني: الحالات التي يجوز فيها تمديد الضمان الابتدائي:

الحالة الأولى: إذا لم تتمكن الجهة الحكومية من البت في الترسية خلال مدة سريان العروض،

ورغب المتنافس الاستمرار في المنافسة:

فإنه أجاز المنظم في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية للمتنافس أن يقوم بتمديد سريان الضمان الابتدائي، وذلك إذا رغب في الاستمرار في المنافسة التي لم تتمكن الجهة الحكومية من البت في الترسية خلال مدة سريان العروض، وإذا لم يرغب في الاستمرار فإن ضمانه الابتدائي سوف يعاد له ولن تتم مصادرتة، حيث إن الخلل في عدم الترسية يعود إلى الجهة الحكومية وليس إلى المتنافس؛ حيث نص نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على أنه: «يجوز للجهة الحكومية تمديد مدة سريان العروض لمدة (تسعين) يوماً أخرى، وعلى من يرغب من المتنافسين في الاستمرار في المنافسة تمديد مدة سريان ضمانه الابتدائي»^(١).

وبينت اللائحة التنفيذية أن تقوم الجهة الحكومية بإشعار أصحاب العروض برغبتها في تمديد سريان عروضهم، وعلى من يوافق منهم أن يمدد ضماناته ويبلغ الجهة الحكومية بذلك؛ حيث نصت اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية على أنه: «١- إذا لم تتمكن الجهة الحكومية من البت في الترسية خلال مدة سريان العروض، تعد محضراً توضح فيه أسباب ومبررات التأخير في البت بالترسية، وتُشعر أصحاب العروض برغبتها في تمديد سريان عروضهم لمدة لا تزيد عن (تسعين) يوماً أخرى.

٢- على من يوافق من أصحاب العروض على التمديد، أن يمدد ضماناته وأن يبلغ الجهة الحكومية بذلك خلال (أسبوعين) من تاريخ الإشعار بطلب التمديد، ومن لم يتقدم خلال هذه المدة، عُد غير موافق على تمديد عرضه ويعاد إليه ضمانه الابتدائي»^(٢).

الحالة الثانية: إذا كانت إجراءات اتخاذ قرار مصادرة الضمان الابتدائي تتطلب التمديد:

(١) الفقرة (٢) من المادة (٢٩) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٢) الفقرة (٢.١) من المادة (٦٧) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

فإنه أجاز المنظم للجهة الحكومية أن تقوم بطلب تمديد الضمان الابتدائي، إذا كانت إجراءات اتخاذ قرار المصادرة تتطلب التمديد، وذلك لقرب انتهاء مدة سريان الضمان الابتدائي؛ حيث نصت اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية على أنه: «على الجهة الحكومية عند توافر أسباب مصادرة الضمان البنكي، العرض على لجنة فحص العروض أو لجنة فحص عروض الشراء المباشر بحسب الحال؛ لدراسة الحالة وتقديم توصية مسببة إلى صاحب الصلاحية في الترسية، مع الأخذ في الاعتبار الآثار المترتبة على المصادرة ومدة سريان الضمان، ويجوز للجهة طلب تمديد الضمان مدة معقولة، إذا كانت إجراءات اتخاذ قرار المصادرة تتطلب ذلك»^(١).

المطلب الثالث: تطبيقات قضائية على تمديد الضمان الابتدائي:

سبق أن بينا في المبحثين السابقين أن هناك حالات معينة نص عليها المنظم لتمديد الضمان الابتدائي، وبالتالي فإنه لا يجوز للجهة الحكومية أن تقوم بتمديد الضمان الابتدائي دون موافقة المتنافس، أو أن تقوم بمصادرة الضمان الابتدائي بعد أن انتهت مدة عرض المتنافس وضمانه الابتدائي، ولهذا فقد حكمت المحكمة الإدارية في المملكة العربية السعودية بإبطال قيام جهة الإدارة بمصادرة الضمان الابتدائي لأحد المتقدمين للمنافسات الحكومية بعد أن انتهت مدة عرضه وضمانه الابتدائي ودون موافقة المتنافس؛ حيث جاء في نص الحكم ما يلي: ((كما أن الثابت أن المدعى عليها لم تقم بمخاطبة المدعية لتمديد سريان عرضها وكذا ضمانها الابتدائي مما يعد إخلالاً منها، وبالتالي عدم شرعية ما صدر عنها من مصادرة ضمان المدعية، كما أن الثابت أن المدعية لم تقم بإشعار المدعى عليها برغبتها في التمديد إذ إن تمديد المدعى عليها لسريان العرض مشروط بموافقة صاحب العرض خلال مدة أسبوعين من تاريخ إخطاره، ومن لم يتقدم خلال هذه المدة فيعيد غير موافق على تمديد عرضه، وبالتالي يعاد له ضمانه الابتدائي، وإذا كانت الحال كذلك وكانت المدعى عليها قد أرست المنافسة على المدعية بعد مضي ما يقارب

(١) الفقرة (١) من المادة (١٠٤) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

السنتين من تقديم عرضها دون إخطار منها للمدعية برغبتها في التمديد ودون موافقة الأخيرة على ذلك ما يعد مصادرة المدعى عليها للضمان مخالفاً للنظام ولا يعضده دليل^(١). وكذلك حكمت المحكمة الإدارية في المملكة العربية السعودية بإلغاء قرار قيام جهة الإدارة بمصادرة الضمان الابتدائي بمبلغ (٨٨٦,٨٠٠) ريال لأحد المتقدمين للمنافسات الحكومية وذلك بعد أن انتهت مدة سريان عروضه ولم يرغب في تمديده؛ حيث جاء في نص الحكم ما يلي: ((لا يجوز للجهة الإدارية أن تقوم من تلقاء نفسها بتمديد الضمانات الابتدائية قبل إشعار المتعاقد معها بالترسية، وأنه من الواجب عليها مخاطبة مقدم العرض ابتداءً، وله حرية التمديد من عدمه، وحيث إن المدعى عليها تأخرت في البت في الترسية إلى تاريخ ١٤٣٠/٩/٢هـ، ولم تشعر المدعي بالترسية إلا في تاريخ ١٤٣١/١/١٠هـ، كما أنها لم تقم بمخاطبتها بشأن أخذ موافقتها على تمديد الضمان الابتدائي، وإنما قامت بذلك مباشرة في تاريخ ١٤٣٠/١١/١٢هـ، وحيث إنه لم يثبت أن المدعي قامت بسحب عرضها خلال سريانه، مما ترى معه الدائرة أن قرار المدعى عليها جاء مشوباً بعيب مخالفة النظم واللوائح ومن ثم تنتهي إلى إلغائه))^(٢).

المبحث الرابع: الأحكام المتعلقة بمصادرة الضمان الابتدائي، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: شروط مصادرة الضمان الابتدائي:

بين نظام المنافسات والمشتريات الحكومية أحكاماً خاصة بمصادرة الضمان الابتدائي، وذلك عندما تريد الجهة الحكومية أن تقوم بمصادرتها؛ حيث أفرد المنظم فصلاً بعنوان مصادرة الضمانات، وبين فيه الأحكام المتعلقة بمصادرة الضمان، وبيان ذلك كما يلي:

أولاً: أن تقوم لجنة فحص العروض بتقديم توصية مسببة إلى صاحب الصلاحية لمصادرة الضمان الابتدائي.

فقد أوجب المنظم في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية أن تقوم الجهة الحكومية عند توافر

(١) رقم الحكم الابتدائي (١/د/٣٩) لعام ١٤٣١هـ، وصدق بحكم الاستئناف رقم (١٨/إس/٤) لعام ١٤٣٢هـ.

(٢) رقم الحكم الابتدائي (٢/٣/إ/١٥٠) لعام ١٤٣٢هـ، رقم حكم الاستئناف (٢/١١١) لعام ١٤٣٤هـ.

أسباب مصادرة الضمان البنكي، أن تعرض ذلك على لجنة فحص العروض لدراسة الحالة وتقديم توصية مسببة إلى صاحب الصلاحية في الترسية؛ حيث نصت اللائحة التنفيذية للنظام على أنه: «على الجهة الحكومية عند توافر أسباب مصادرة الضمان البنكي، العرض على لجنة فحص العروض أو لجنة فحص عروض الشراء المباشر بحسب الحال؛ لدراسة الحالة وتقديم توصية مسببة إلى صاحب الصلاحية في الترسية، مع الأخذ في الاعتبار الآثار المترتبة على المصادرة ومدة سريان الضمان»^(١).

ثانياً: أن تكون مصادرة الضمان الابتدائي بناءً على الأسباب التي قدم الضمان لأجلها. فإنه أوجب المنظم على الجهة الحكومية عندما تريد مصادرة الضمان البنكي أنه يقتصر ذلك على الأسباب التي قدم الضمان لأجلها، ولا يمتد إلى المنافسات الأخرى التي تقدم لها المتنافس، سواءً أكان ذلك في منافسات هذه الجهة الحكومية أو كانت المنافسة عند غيرها من الجهات الحكومية، فمثلاً إذا تقدم المتنافس بعبأته لخمس منافسات حكومية، وقدم فيها الضمان الابتدائي، ثم بعد ذلك سحب عرضه أثناء مدة سريان العروض في منافسة واحدة، فإنه يجب على الجهة الحكومية أن تصدر ضمانه الابتدائي في هذه المنافسة لوحدها ولا تتجاوز ذلك إلى غيرها من المنافسات التي تقدم عليها؛ حيث نصت اللائحة التنفيذية للنظام على أنه: «لا يجوز مصادرة الضمان إلا للأسباب التي تم تقديم الضمان لأجلها، ويكون طلب المصادرة مقتصرًا على الضمان الخاص بالعملية التي أخل المتعاقد فيها بالتزاماته، ولا يمتد إلى مصادرة الضمانات الخاصة بالعمليات الأخرى سواءً كان لدى جهة واحدة أو عدة جهات»^(٢).

ثالثاً: أن تكون مصادرة الضمان الابتدائي في المنافسات المجزأة على جزء من قيمة الضمان. أوجب المنظم على الجهة الحكومية عندما تريد مصادرة الضمان البنكي في المنافسات المجزأة، أنه يقتصر ذلك على جزء من قيمة الضمان بحسب الأعمال التي تمت ترسيته على المتعاقد؛

(١) الفقرة (١) من المادة (١٠٤) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٢) الفقرة (٢) من المادة (١٠٤) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

حيث نصت اللائحة التنفيذية للنظام على أنه: «عند مصادرة الضمان الابتدائي في المنافسات الجزأة، تقتصر المصادرة على جزء من قيمة الضمان منسوبة إلى قيمة الأعمال التي تمت ترسيبها على المتعاقد»^(١).

رابعاً: أن تطلب الجهة الحكومية بشكل صريح من البنك مصادرة الضمان. أوجب المنظم على الجهة الحكومية عندما تريد مصادرة الضمان البنكي أن تطلب من البنك الذي أصدر الضمان الابتدائي مصادرة الضمان بشكل واضح وصريح، ويجب على البنك أن يستجيب لطلب المصادرة؛ حيث نصت اللائحة التنفيذية للنظام على أنه: «إذا قررت الجهة الحكومية مصادرة الضمان، فتطلب مصادرته من البنك مصدر الضمان مباشرة وباستخدام عبارة (مصادرة الضمان) بشكل صريح، وعلى البنك الاستجابة لطلب المصادرة فوراً»^(٢).

المطلب الثاني: الحالات التي يجب فيها مصادرة الضمان الابتدائي:

أوجب المنظم في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية أن تقوم الجهة الحكومية بمصادرة قيمة الضمان الابتدائي، وذلك في الحالات الآتية:

الحالة الأولى: إذا سحب المتنافس عرضه خلال مدة سريان العروض:

أوجب المنظم في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على المتنافس حينما يقدم عرضه أن يكون سارياً لمدة تسعين يوماً من التاريخ المحدد لفتح العروض، ولا يجوز له أن يسحب عرضه خلال هذه المدة، وإلا فإن ضمانه الذي قدمه لضمان جديته في المنافسة سوف تقوم الجهة الحكومية بمصادرته نظراً لانعدام الجدية؛ حيث نص نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على أن: «تكون مدة سريان العروض في المنافسات (تسعين) يوماً من التاريخ المحدد لفتح العروض، فإن سحب مقدم العرض عرضه خلال هذه المدة فلا يعاد إليه ضمانه الابتدائي»^(٣).

(١) الفقرة (٣) من المادة (١٠٤) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٢) الفقرة (٤) من المادة (١٠٤) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٣) الفقرة (١) من المادة (٣٩) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

الحالة الثانية: إذا قدم المتنافس الضمان وكان ناقص القيمة ولم يستكمل النقص خلال المدة المحددة له:

أوجب المنظم في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على المتنافس حينما يقدم عرضه أن يكون الضمان الابتدائي كامل القيمة، وأجاز المنظم قبول الضمان إذا كان ناقصاً نقصاً يسيراً بما لا يتجاوز (١٠٪) من قيمته، فمثلاً إذا كانت قيمة الضمان (١٠,٠٠٠) ريال، وقدم المتنافس الضمان بقيمة (٩,٠٠٠) ريال، فهنا يجب على الجهة الحكومية قبول هذا الضمان، وبعد ذلك تطلب منه استكمال النقص في الضمان، وإذا لم يستكمل القيمة فإنه يصادر منه لعدم جديته؛ حيث نصت اللائحة التنفيذية على أنه: «... يجب على الجهة الحكومية قبول الضمان الناقص متى كانت نسبة النقص لا تتجاوز (١٠٪) من قيمة الضمان المطلوب، وفي هذه الحالة، على لجنة فحص العروض - قبل التوصية بالترسية على مقدم الضمان الناقص - أن تطلب منه استكمال النقص في الضمان خلال مدة تحددها اللجنة لا تزيد عن (عشرة) أيام عمل، وإلا عدّ منسحباً ولا يعاد له الضمان الابتدائي»^(١).

الحالة الثالثة: إذا قدم المتنافس الضمان وكان ناقص المدة ولم يستكمل النقص خلال المدة المحددة له:

أوجب المنظم في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على المتنافس حينما يقدم عرضه أن يكون الضمان الابتدائي سارياً لمدة لا تقل عن تسعين يوماً من التاريخ المحدد لفتح العروض، وأجاز المنظم قبول الضمان إذا كان ناقص المدة بما لا يتجاوز ثلاثين يوماً، وبعد ذلك تطلب منه استكمال النقص في مدة الضمان، وإذا لم يستكمل نقص المدة فإن الضمان يصادر منه لعدم جديته؛ حيث نصت اللائحة التنفيذية على أنه: «... وفي حال كان الضمان ناقص المدة بما لا يتجاوز (ثلاثين) يوماً، تعين على لجنة فحص العروض - قبل التوصية بالترسية على مقدم الضمان الناقص - أن تطلب منه استكمال النقص في الضمان خلال مدة تحددها، وإلا عدّ

(١) الفقرة (١) من المادة (٧٠) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

منسحباً ولا يعاد له الضمان الابتدائي»^(١).

الحالة الرابعة: إذا كانت أحد شهادات المتنافس ناقصة، أو كانت صلاحيتها منتهية، ولم يستكمل النقص خلال المدة المحددة له:

أوجب المنظم في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على المتنافس حينما يقدم عرضه أن تكون لديه شهادات ووثائق معينة، مثل السجل التجاري، وشهادة سداد الزكاة أو الضريبة، شهادة الانتساب إلى الغرفة التجارية، والانتساب إلى الهيئة السعودية للمهندسين والمقاولين، وشهادة تصنيف في مجال الأعمال المتقدم لها، وأن تكون سارية عند فتح العروض، وإذا وجد نقص في أحد هذه الشهادات فتطلب منه الجهة الحكومية استكمال النقص خلال مدة محددة، وإذا لم يستكمل النقص فإن الضمان يصادر منه؛ حيث نصت اللائحة التنفيذية على أنه: «...إذا لم تتوافر لدى صاحب العرض أي من الشهادات المطلوبة المشار إليها في المادة (الثالثة عشرة) من هذه اللائحة، أو كانت تلك الشهادات منتهية الصلاحية، فيمنح صاحب العرض مدة تحددها لجنة فحص العروض على ألا تزيد عن (عشرة) أيام عمل لاستكمال تلك الشهادات، فإن لم يقدمها في الوقت المحدد؛ يستبعد من المنافسة ويصادر ضمانه الابتدائي»^(٢).

الحالة الخامسة: إذا لم يقدم المتنافس الضمان النهائي بعد الترسية عليه:

فإنه أوجب المنظم في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على المتنافس حينما تتم الترسية على عرضه أن يقدم ضماناً نهائياً بنسبة (٥%) من قيمة العقد، وإن لم يتم بذلك فإن ضمانه الابتدائي سوف يصادر منه لعدم جديته حينما رست عليه المنافسة، حيث نص نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على أنه: «...يجب على من تتم الترسية عليه تقديم ضمان نهائي بنسبة (٥%) من قيمة العقد، وذلك خلال (خمسة عشر) يوم عمل من تاريخ إبلاغه بالترسية، ويجوز للجهة الحكومية تمديد هذه المدة لمدة مماثلة، وإن تأخر عن ذلك فلا يُعاد إليه الضمان

(١) الفقرة (٢) من المادة (٧٠) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٢) المادة (٧٧) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

الابتدائي...»^(١)، ونص النظام على أنه: «...على من ترسو عليه المزايدة زيادة ضمانه إلى (٥٪) من قيمة عرضه، وذلك خلال (خمس عشرة) يوم عمل من تاريخ الترسية، وفي حال انتهاء تلك المدة دون زيادته فلا يُعاد إليه ضمانه الابتدائي»^(٢)، وأيضاً نصت اللائحة التنفيذية على أنه: «يجب على المزايد الذي تتم الترسية عليه زيادة ضمانه إلى (٥٪) من قيمة عرضه، ويمهل مدة لا تزيد عن (عشرة) أيام من تاريخ إبلاغه بالترسية ليدفع كامل قيمة المنقولات وتكاليف نقلها، ويتم إنذاره - كتابةً - في حال تأخره عن السداد، فإذا لم يقم بالسداد خلال (خمس عشرة) يوماً من تاريخ إنذاره، يصادر ضمانه...»^(٣).

المطلب الثالث: خصائص مصادرة الضمان الابتدائي:

أولاً: أن جزاء مصادرة الضمان الابتدائي مصدره النظام.

نص نظام المنافسات والمشتريات الحكومية ولائحته التنفيذية على مصادرة الضمان الابتدائي كجزء على إخلال المتنافس عندما تقدم بعطائه للمنافسة التي طرحتها الجهة الحكومية وذلك في أحوال معينة - كما مر معنا سابقاً -، وقد أيد القضاء الإداري مصادرة الضمان الابتدائي في أحكامه وأنها موافقة للنظام، ومن ذلك: «...فيكون ما قامت به المدعى عليه من مصادرة الضمان الابتدائي موافقاً لصحيح النظام»^(٤).

ثانياً: أن جزاء المصادرة تفرضه الجهة الحكومية دون انتظار حكم من القضاء.

إن هذا الحق ثابت لها في نص النظام، وبالتالي تفرضه الجهة الحكومية بما لها من سلطة بموجب قرار إداري؛ حيث نصت اللائحة التنفيذية للنظام على أنه: «على الجهة الحكومية عند توافر أسباب مصادرة الضمان البنكي، العرض على لجنة فحص العروض أو لجنة فحص عروض الشراء المباشر بحسب الحال؛ لدراسة الحالة وتقديم توصية مسببة إلى صاحب

(١) الفقرة (١) من المادة (٦١) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٢) الفقرة (٢) من المادة (٨٢) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٣) المادة (١٤٧) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٤) رقم الحكم الابتدائي (٩/د/٢٠٨) لعام ١٤٢٤هـ، رقم حكم الاستئناف (٤/١٧٢) لعام ١٤٢٥هـ.

الصلاحية في الترسية...»^(١).

ثالثاً: أن جزاء المصادرة تفرضه الجهة الحكومية ولو لم يلحقها ضرر.

وذلك لأن هذا الحق ثابت لها بنص النظام، وبالتالي فليس هناك حاجة لإلزام الجهة الإدارية بإثبات أن هناك ضرراً لحق بها بسبب إخلال المتنافس معها في المنافسة التي طرحتها^(٢).

رابعاً: أن جزاء المصادرة تفرضه الجهة الحكومية دون إنذار المتنافس.

حيث يمكن للجهة الحكومية مصادرة قيمة الضمان الابتدائي في أي وقت متى ما أخل المتنافس بالتزامه، وذلك دون الحاجة إلى إنذاره مثل بقية الغرامات التي توقعها الجهة الحكومية على المتعاقد^(٣).

المطلب الرابع: تطبيقات قضائية على مصادرة الضمان الابتدائي:

سبق أن بينا في البحثين السابقين أن هناك حالات معينة نص عليها المنظم لمصادرة قيمة الضمان الابتدائي، وبالتالي فإنه لا يجوز للجهة الحكومية أن تقوم بمصادرة الضمان الابتدائي مخالفة بذلك أحكام النظام؛ حيث صدرت مجموعة من أحكام القضاء الإداري في المملكة العربية السعودية مؤيدة لمصادرة الضمان الابتدائي من ذلك ما يلي:

حكمت المحكمة الإدارية في المملكة العربية السعودية بسلامة قيام جهة الإدارة بمصادرة الضمان الابتدائي بمبلغ (٤٢,٠٠٠) ريال لأحد المتقدمين للمنافسات الحكومية، وذلك بعد أن قام بسحب عرضه خلال مدة سريان العروض؛ حيث جاء في نص الحكم ما يلي: ((وحيث إن الثابت من أوراق القضية أن فتح المظاريف كان بتاريخ ١٤٣٥/٩/٢هـ وتقدم المدعي بخطاب اعتذار عن الاستمرار في المنافسة بموجب الخطاب الصادر من مؤسسة المدعي والموجه إلى مدير التربية والتعليم بمحافظة الخرج بتاريخ ١٤٣٥/١١/١١هـ؛ وحيث إن المدعي سحب عرضه

(١) الفقرة (١) من المادة (١٠٤) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٢) منصور الديحاني، «سلطة الإدارة في مصادرة التأمين والتنفيذ على حساب المتعاقد»، رسالة ماجستير جامعة عمان العربية كلية الدراسات القانونية العليا، (٢٠٠٨م): ١٧.

(٣) المرجع السابق: ١٩.

قبل انتهاء تسعين يوماً من تاريخ فتح المظاريف؛ لذا فإن الدائرة تنتهي إلى سلامة قرار الجهة المدعى عليها محل الدعوى وموافقته للواقع والنظام؛ مما يتعين معه رفض هذه الدعوى، وهو ما تقضي به الدائرة^(١).

وأيضاً حكمت المحكمة الإدارية في المملكة العربية السعودية بصحة قيام جهة الإدارة بمصادرة الضمان الابتدائي بمبلغ (٢٩٠,٠٠٠) ريال لأحد المتقدمين للمنافسات الحكومية وذلك بسبب عدم استكمال إجراءات العاقد وتقديم الضمان النهائي؛ حيث جاء في نص الحكم ما يلي: ((أما عن موضوع الدعوى وحيث إن صندوق الاستثمارات العامة أعلن عن طرح عملية صيانة وتشغيل مشروع إسكان الحجاج مشعر منى في منافسة عامة لمدة ثلاث سنوات، وتقدمت المدعية بسعر بلغ (٢٨,٩١١,١٦٠) ريالاً، وهو أقل العطاءات، وبناءً عليه تم ترسية المشروع عليها، ثم بعد ذلك أرسلت المدعية خطابين للمدعى عليها تطلب فيه تعديل السعر إلى (٢٨,٢٤٩,٢٠٠) ريال، وحيث إن العلاقة بين الطرفين علاقة عقدية يحكمها نظام المنافسات والمشتريات الحكومية، والثابت أن المدعية أرسلت خطاباً إلى المدعى عليها تطلب فيه زيادة عن العرض الأصلي، وعليه قامت المدعى عليها بمصادرة الضمان الابتدائي استناداً على المادة التي جاء فيها: أنه يجب على من تتم الترسية عليه أن يقدم ضماناً بنكيّاً بنسبة (٥٪) من قيمة العقد خلال عشرة أيام من تاريخ الترسية، ويجوز تمديد هذه المدة لفترة مماثلة، وإن تأخر عن ذلك فلا يُعاد له الضمان الابتدائي، ويتم التفاوض مع العرض الذي يليه، وحيث إن وكيل المدعية مقرر في مذكراته أن موكلته لم تقدم الضمان النهائي على السعر المقدم في العرض الأصلي، فضلاً على أنه يعتبر رفضها السعر المقدم بالعرض الأصلي بمثابة رفض تقديم الضمان النهائي، وعليه فيكون ما قامت به المدعى عليه من مصادرة الضمان الابتدائي موافقاً لصحيح النظام))^(٢).

وكذلك حكمت المحكمة الإدارية في المملكة العربية السعودية بصحة قيام جهة الإدارة بمصادرة

(١) رقم القضية الابتدائية (١/١٤٠٠/ق) لعام ١٤٢٦هـ، رقم قضية الاستئناف (١٥٤٦/ق) لعام ١٤٢٧هـ.

(٢) رقم الحكم الابتدائي (٩/١/د/٢٠٨) لعام ١٤٢٤هـ، رقم حكم الاستئناف (٤/١٧٢) لعام ١٤٢٥هـ.

الضمان الابتدائي بمبلغ (٢٢٤, ٩٣٨, ١٩٥) ريالاً لأحد المتقدمين للمنافسات الحكومية وذلك بسبب عدم استكمال إجراءات التعاقد؛ حيث جاء في نص الحكم ما يلي: ((البين من ملف الدعوى أنه صدر قرار وزير الدفاع بتاريخ ١٥/٩/١٤٢٢هـ بالموافقة على توصية لجنة فحص العروض بمحضرها المؤرخ في ٢٦/٨/١٤٢٢هـ بمصادرة الضمان الابتدائي لشركة المدعى عليها البالغ قدره (١٪) من قيمة العطاء المقدم منها للمرحلة الأولى لمشروع إنشاء مباني ومرافق كلية الملك عبد الله للدفاع الجوي بالطائف، وإلغاء المنافسة وإعادة طرحها مرة أخرى؛ بسبب عدم التزامها بالمواعيد المحددة لاستكمال إجراءات التعاقد وعدم تجاوبها مع الخطابات الموجهة لها بهذا الشأن، والذي يتضح من أوراق القضية أن المدعى عليها خاطبت المدعية بتاريخ ٢٢/٥/١٤٢٢هـ، بالموافقة على ترسية المشروع عليها بمبلغ قدره مئة وخمسة وتسعون مليوناً وتسعمئة وثمانية وثلاثون ألفاً وأربعة وعشرون ريالاً؛ على أن تقوم المدعية خلال عشرة أيام من تاريخ استلام هذا الخطاب باستكمال إجراءات التعاقد معها وتقديم الضمان البنكي النهائي للمشروع محل العقد بواقع (٥٪) من قيمة المشروع، ثم عقب المدعى عليها بخطاب آخر بتاريخ ٨/٦/١٤٢٢هـ؛ وَحَيْثُ إِنَّ المدعية لم تلتزم بذلك ولم تقم بإكمال إجراءات التعاقد خلال الفترة المحددة نظاماً؛ وهذا يخالف ما نصت عليه المادة (٢٣) الفقرة (أ) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية، ولا ينال من ذلك ما ذكره وكيل المدعية من كون مبلغ الترسية يختلف عن قيمة العطاء المقدم من موكلته، وأن موكلته تجهل التزاماتها في العقد بعد تخفيض مبلغ المشروع محل العقد؛ إذ يُجاب عن هذا أن نظام المنافسات والمشتريات الحكومية قد أجاز للمُدعى عليها إلغاء بعض بنود العقد أو تخفيضها للوصول إلى المبالغ المعتمدة للمشروع، وإذا زادت قيمة العروض على المبالغ المعتمدة للمشروع بشرط أن لا يؤثر ذلك على الانتفاع بالمشروع، أو ترتيب العروض وإلا تلغى المنافسة، وفق ما نصت عليه المادة (٢١) في فقرتها (ب) من النظام، فكان يجب على موكلته المبادرة بإكمال إجراءاتها التعاقدية مع الجهة المدعى عليها وهو ما لم يتم من قبلها؛ الأمر الذي يكون معه طلب المدعية برد مبلغ الضمان الابتدائي حرياً

بالرفض، لإخلالها بالتزاماتها التعاقدية) (١).

وهنا نجد أن هناك مشكلة في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية القديم ويتمثل ذلك في هذه القضية، حيث إن المدعي تقدم بعطائه لهذه المنافسة بقيمة (١٧٤, ٧٤٩, ٢٧٥) ريالاً، وتمت ترسية المنافسة عليه بعد تخفيض بعض البنود بقيمة (٢٢٤, ٩٣٨, ١٩٥) ريالاً، وهو لم يرضَ ولم يقبل بهذا التخفيض ومع هذا فالنظام ألزمه بالعقد، حيث إن النظام أجاز للجهة الحكومية إجراء التخفيض دون النظر إلى موافقة المتنافس من عدمها، بينما نجد أن المنظم قد عالج هذه المشكلة في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الجديد، وهي أن المتنافس إذا تقدم بعطائه ولم يصل إلى المبالغ المعتمدة للمشروع، فإنه يجوز للجهة الحكومية أن تطلب من المتنافس أن يقوم بتخفيض عرضه حتى تصل الجهة إلى المبالغ المعتمدة للمشروع، فإن لم يوافق فتنقل إلى صاحب العرض الذي يليه؛ حيث نص نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على أنه: «إذا زادت قيمة أفضل عرض على المبالغ المعتمدة للمشروع، تطلب اللجنة كتابياً من صاحبه تخفيض عرضه بما يتفق مع المبالغ المعتمدة، فإن امتنع أو لم يصل بسعره إلى المبلغ المطلوب، فتفاوض اللجنة مع صاحب العرض الذي يليه، وهكذا مع بقية أصحاب العروض إلى أن يُتوصل إلى سعر يتفق مع المبالغ المعتمدة، فإن لم يتم التوصل إليه؛ فللجهة الحكومية - بعد موافقة الجهة المختصة بالشراء الموحد - إلغاء بعض البنود أو تخفيضها للوصول إلى المبلغ المعتمد، على ألا يؤثر ذلك على الانتفاع بالمشروع أو ترتيب العروض، فإن تعذر إلغاء بعض بنود المشروع أو تخفيضها؛ تلغ المنافسة» (٢).

الخاتمة:

الحمد لله الذي بنعمه تتم الصالحات، وبفضله تُنار البصائر، ويُهتدى للغايات، وصلى الله على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه وسلّم تسليماً كثيراً، أما بعد:

(١) رقم القضية الابتدائية (١٣٠٠/١/ق) لعام ١٤٣٦هـ، رقم قضية الاستئناف (٢٣٩١/ق) لعام ١٤٣٦هـ.

(٢) الفقرة (٢) من المادة (٤٧) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

فلقد تناولت في هذا البحث - الذي يسر الله ﷻ على تمامها بفضلها ومنته - بيان الأحكام المتعلقة بالضمان الابتدائي في العقود الإدارية وفقاً لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية، وأسأله ﷻ أن يكون عملي هذا خالصاً صواباً، وأن ينفع به كاتبه وقارؤه. وبعد هذه الرحلة العلمية في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية ولائحته التنفيذية، والكتب القانونية، والأحكام القضائية، وجدت نفسي أن أرسم في هذا المقام أهم النتائج والتوصيات وهي كالآتي:

أولاً: أهم النتائج:

- تظهر أهمية الضمان الابتدائي في ضمان جدية العرض المقدم من المتنافس.
- يحقق الضمان الابتدائي مصالح لجميع أطرافه الثلاثة.
- يعتبر تقديم الضمان الابتدائي شرطاً أساسياً للنظر في العطاء.
- يجب أن يكون الضمان غير مشروط، وغير قابل للإلغاء، وأن تكون قيمته خالية من الضرائب والرسوم.
- يجب عند مصادرة الضمان الابتدائي أن تقوم لجنة فحص العروض بتقديم توصية مسببة إلى صاحب الصلاحية لإصدار قرار المصادرة.
- لا يجوز تمديد الضمان الابتدائي دون علم وموافقة المتنافس.
- لا يجوز مصادرة قيمة الضمان الابتدائي إلا في الأحوال المحددة نظاماً.

ثانياً: أهم التوصيات:

- أن تسعى وزارة المالية إلى إيجاد نظام دفع إلكتروني للضمان الابتدائي، كما هو الحال في المدفوعات الحكومية من مرور وجوازات، وكذلك التنفيذ القضائي التابع لوزارة العدل؛ فإن ذلك يؤدي إلى سرعة تقديم الضمان الابتدائي، وعدم تكليف المتنافس بالرسوم الإدارية لإصدار خطاب الضمان، وكذلك نسبة العمولة حسب قيمة الضمان، ويقوم المتنافس بتقديم ما يثبت هذه

- الحوالة ورقمها مع وثائق المناقشة، وبالتالي تحل محل تقديم أصل خطاب الضمان الابتدائي.
- اعتبار الشيك المصدق كوسيلة للضمان الابتدائي.
 - ضرورة تفعيل المادة السادسة بعد المئة فيما يتعلق بالنماذج وصيغ الضمانات البنكية التي تصدرها وزارة المالية.
 - ضرورة مراجعة وإعادة صياغة الفقرة الخامسة من المادة السبعين من اللائحة التنفيذية بما يتفق مع النظام في أسباب إلغاء المناقشة، وذلك في المادة الحادية والخمسين والثانية والخمسين؛ حيث إن إرجاع الضمان في هذه الحالة يعتبر وجوباً وليس جوازياً.
 - أن تلتزم الجهة الحكومية بإعادة قيمة الضمان الابتدائي مباشرة وعدم الاحتفاظ به في الأحوال المقررة نظاماً.
- وختاماً:** الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله، وأسأل الله العلي الكريم أن يجعل عملي هذا خالصاً لوجهه، وفي سبيل مرضاته، وخدمة شريعته ودينه؛ فما كان من صواب فمن الله وحده وبتوفيقه، وما كان من خللٍ فمني ومن الشيطان، وأستغفر الله.

استحلاف الشاهد، دراسة فقهية مقارنة بالنظام السعودي

فضيلة الشيخ خالد بن سعد بن بطيان العازمي

الحمد لله الذي شرع الإثبات بالشهادة بقوله ﴿فَإِذَا بَلَغَ الْأَجْلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجاً﴾ (سورة الطلاق: ٢)، والصلاة والسلام على رسوله القائل: «مَنْ يَرِدِ اللَّهَ بِهِ خَيْرًا، يُفَقِّهَهُ فِي الدِّينِ»^(١)، أما بعد:

فإن من المعلوم أن الشهادة ذات خطرٍ عظيمٍ، تُبنى عليها الأحكام القضائية، فتقام بها الحدود، وتؤخذ الحقوق.

وقد كثر في هذا الزمن الناس، وربما يشهد لدى القاضي مجهول الحال، ويكون مزكّيه مجهولاً - أيضاً -، وقد لا يوجد من يزكّيه.

وفي مثل هذه الحال قد يلجأ القاضي إلى ما يطمئن به إلى قول الشاهد؛ كطلب اليمين منه على أنه صادق فيما شهد به؛ إذ الحلف يورث الثقة بالحالف غالباً؛ لتعظيم الناس الحلف.

وإذا كان الأمر كذلك، فما حكم استحلاف الشاهد على شهادته؟ وهل للحلف صيغة؟ وما أثر الامتناع عن الحلف؟ وغير ذلك من المسائل التي جاء هذا البحث؛ لمعالجتها، وقد سمّيته (استحلاف الشاهد).

واسأل الله أن يكتب له القبول، ويبارك فيه، وينفع به، ويغفر لي ما فيه من خطأ، إنه كان غفاراً، والحمد لله رب العالمين.

(١) أخرجه البخاري في «صحيحه» (٢٥ / ١)، كتاب: العلم، باب: من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين، برقم (٧١)؛ ومسلم في «صحيحه» (٧١٨ / ٢)، كتاب: الزكاة، باب: النهي عن المسألة، برقم (١٠٣٧).

مشكلة البحث:

تتمثل مشكلة البحث في الأسئلة التالية:

١. ما حكم استحلاف الشاهد على شهادته؟
٢. هل لاستحلاف الشاهد صيغة معينة؟
٣. هل يُشرع تغليظ اليمين على الشاهد؟
٤. ما أثر امتناع الشاهد عن الحلف؟
٥. ما أثر حلف الشاهد من تلقاء نفسه على شهادته؟

أهمية البحث:

تظهر أهمية هذا البحث في الحاجة إلى بيان ما يتعلق باستحلاف الشاهد من أحكام، خصوصاً للمهتمين بالشأن القضائي.

أهداف البحث:

يهدف البحث إلى ما يلي:

١. بيان حكم استحلاف الشاهد على شهادته.
٢. توضيح صيغة استحلاف الشاهد.
٣. توضيح حكم تغليظ اليمين على الشاهد.
٤. بيان أثر امتناع الشاهد عن الحلف.
٥. بيان أثر حلف الشاهد من تلقاء نفسه على شهادته.

الدراسات السابقة:

بعد البحث - في فهارس المكتبات وشبكة المعلومات - تبين وجود دراستين:

١. يمين الشاهد في الفقه والنظام. إعداد: د. عبد الله بن أحمد سالم المحمادي. وهو بحث محكم في مجلة علوم الشريعة والدراسات الإسلامية - جامعة أم القرى، العدد ٨٧، ربيع الثاني ١٤٤٢هـ/ديسمبر ٢٠٢١م.

وجه الشبه بين دراستي وهذه الدراسة:

تناولت هذه الدراسة استحلاف الشاهد في الفقه، وحلف الشاهد على شهادته من تلقاء نفسه، وهما مسألتان من جملة مسائل تناولتها دراستي.

وجه الاختلاف بين دراستي وهذه الدراسة:

أ- أن هذه الدراسة لم تتوسَّع في موضوعها، فحَلَّتْ من جملة مسائل تناولتها دراستي.

ب- أن هذه الدراسة تناولت استحلاف الشاهد في الأنظمة العربية، بينما جاءت دراستي مقارنةً بالنظام السعودي فقط^(١).

ج- أن هذه الدراسة احتوت على تطبيقٍ قضائيٍّ، وقد خلت دراستي من ذلك.

٢. موانع الشهادة في الفقه الإسلامي. إعداد: أيمن بن سالم بن صالح الحربي. وهي رسالة مقدّمة؛ لنيل درجة الماجستير في الفقه، من كلية الشريعة بجامعة أم القرى، عام ١٤٢١-١٤٢٢هـ.

وجه الشبه بين دراستي وهذه الدراسة:

تناولت هذه الدراسة حلف الشاهد على شهادته من تلقاء نفسه، وهي مسألة واحدة من جملة مسائل تناولتها دراستي.

وجه الاختلاف بين دراستي وهذه الدراسة:

أ- أن هذه الدراسة ليست متخصصةً في استحلاف الشاهد، كدراستي.

ب- تناولت دراستي مسائل لم ترد في هذه الدراسة.

وبعد هذه المقارنة بين دراستي والدراستين السابقتين، فإن الجديد في دراستي ما يلي:

١. أن فيها توسعاً في موضوعها، فبحثت مسائل جديدة.

٢. أنها دراسة مقارنةً بالنظام السعودي، المتمثل بنظام الإثبات، وهو أول نظام إثبات سعودي يصدر.

يصدر.

(١) وهو ما لم يتيسر لهذه الدراسة السابقة؛ لأنها كانت قبل صدور نظام الإثبات السعودي.

منهج البحث:

سلكتُ في البحث ما يلي:

١. المنهج الوصفي في وصف وتصوير المسائل.
٢. المنهج الاستقرائي في جمع الأقوال وأدلتها.
٣. المنهج النقدي في مناقشة الأقوال وأدلتها.

إجراءات البحث:

١. قدّمتُ لمسائل الدراسة بما يوضّحها ويجلّيها بحسب الحاجة إلى ذلك.
٢. أصلّتُ للمسائل، ورجعتُ للمصادر المعتمّدة.
٣. ذكرتُ حكم المسألة المتفق عليها، مع توثيق الاتفاق من مظانّه.
٤. أتبعْتُ في المسائل المختلف فيها ما يلي:
أ- ذكرتُ الأقوال الفقهية الواردة في المسألة مقرونةً بأصحابها، متتابعةً بحسب أقدميّة المذهب، الأقدم فالأقدم.
ب- عزوتُ الأقوال إلى مصادرها الأصلية.
ج- ذكرتُ أدلّة كل قولٍ في المسألة مع بيان وجه الدلالة- إن كان بحاجة إلى بيان-، وما يرد عليه من مناقشات واعتراضات، والمناقشة التي منّي قلتُ فيها: يناقش. أو: يمكن أن يناقش. والتي من غيري قلتُ فيها: نُوقش. وأعقبْتُ المناقشة بجوابها إن كان ثمة جوابٌ.
د- ذكرتُ الراجح في المسألة مع بيان سببه.
٥. اعتنيتُ بدراسة مسائل موضوع البحث، وتجنّبتُ الاستطراد، وكثرة النقول.
٦. كتبتُ الآيات بالرسم العثماني المنقول عن نسخة طبعة مجمع الملك فهد بن عبد العزيز- في المدينة المنورة- مشيراً إلى اسم السورة ورقم الآية بعدها رأساً.
٧. خرّجتُ الأحاديث من كتب السنن والمسانيد المعتبرة مع بيان حكم أهل الفنّ عليها، إلا الأحاديث الواردة في الصحيحين أو أحدهما، فقد اكتفيتُ بتخريجها منهما، أو من أحدهما فقط.

٨. خرَّجْتُ الآثار من مصادرها الأصلية.
٩. اقتصرْتُ في العزو إلى الكتب على ذكر اسم الكتاب مختصراً مع الجزء والصفحة، دون ذكر اسم المؤلف، إلا في حال تشابه أسماء الكتب، وزدْتُ في المصادر اللغوية بذكر مادة الكلمة.
١٠. اعتنيتُ بقواعد اللغة العربية، والإملاء، وعلامات الترقيم.

خطة البحث:

تحتوي خطة البحث مقدمة، وتمهيداً، وستة مباحث، وخاتمةً. وتفصيلها فيما يلي:

المقدمة، وفيها ما يلي:

مشكلة البحث.

أهمية البحث.

أهداف البحث.

الدراسات السابقة.

منهج البحث.

إجراءات البحث.

خطة البحث:

التمهيد. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف الاستحلاف.

المطلب الثاني: تعريف الشاهد.

المبحث الأول: استحلاف الشاهد على شهادته. وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: استحلاف القاضي الشاهد على شهادته.

المطلب الثاني: استحلاف الخصم الشاهد.

المطلب الثالث: طلب الخصم من القاضي استحلاف الشاهد.

المبحث الثاني: صيغة حلف الشاهد على شهادته.

المبحث الثالث: تغليظ اليمين على الشاهد.

المبحث الرابع: أثر امتناع الشاهد عن الحلف. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: أثر امتناع الشاهد عن الحلف على الشاهد نفسه.

المطلب الثاني: أثر امتناع الشاهد عن الحلف على شهادته.

المبحث الخامس: حلف الشاهد من تلقاء نفسه على شهادته.

المبحث السادس: استحلاف الشاهد في النظام السعودي.

الخاتمة. وفيها أهم نتائج البحث، والتوصيات.

التمهيد، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف الاستحلاف.

المطلب الثاني: تعريف الشاهد.

وما سبق هو وفق الآتي:

المطلب الأول: تعريف الاستحلاف:

الاستحلاف في اللغة: طلب الحلف^(١). و: أَحَلَفْتُ الرَّجُلَ. و: حَلَفْتَهُ. و: استحلَفْتَهُ. كلها بمعنى واحد^(٢).

والحَلْفُ: الْقَسَمُ^(٣).

ولا يخرج الاستحلاف والحلف في الاصطلاح عن المعنى اللغوي^(٤).

ولم أقف على تعريف للاستحلاف فيما تيسر لي الاطلاع عليه من كتب القانون.

ولم أجد استعمالاً للاستحلاف والتحليف في النظام السعودي بغير المعنى اللغوي، فالذي يظهر أنه لا يخرج عنه، جاء في النظام: «يجوز للمحكمة تحليف الشاهد عند الاقتضاء، وإذا امتنع عن الحلف، فتقدّر المحكمة أثر ذلك»^(٥)، وجاء - أيضاً - «يجب على من يوجه اليمين إلى خصمه، أن يبين بدقّة الوقائع التي يريد استحلافه عليها»^(٦).

(١) يُنظَر: معجم متن اللغة، لأحمد رضا (٢/ ١٤٧)؛ معجم اللغة العربية المعاصرة، ل/ د. أحمد مختار عمر، بمساعدة فريق عمل

(١/ ٥٤٤)، مادة (حلف) من الجميع.

(٢) يُنظَر: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، للجوهري (٤/ ١٢٤٦)؛ المحكم والمحيط الأعظم، لابن سيده (٢/ ٣٤٥)؛ لسان

العرب، لابن منظور (٩/ ٥٢)، مادة (حلف) من الجميع.

(٣) يُنظَر: المصادر السابقة.

(٤) يُنظَر: طلبة الطلبة، للنسفي (ص: ١٧١)؛ التعريفات الفقهية، للبركتي (ص: ٢٤، ٨١)؛ القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، ل/

د. سعدي أبو حبيب (ص: ٩٨)؛ معجم لغة الفقهاء، لمحمد رواس قلعجي، حامد صادق قتيبي (ص: ١٨٥).

(٥) يُنظَر: نظام الإثبات السعودي، مادة رقم (٧٤).

(٦) يُنظَر: نظام الإثبات، مادة رقم (١٠١).

المطلب الثاني: تعريف الشاهد:

الشاهد لغةً: يقال: شهد له بكذا شهادةً. أي: أدَّى ما عنده من الشهادة، فهو شاهدٌ. و: أشهدته على كذا فشهد عليه. أي: صار شاهداً عليه^(١).
وإصطلاحاً: المخبر بقضية أو بحق شخص على غيره عن مشاهدةٍ وعيانٍ^(٢).
وأحسن ما عرّف به الشاهد قانوناً: حامل الشهادة، ومؤديها^(٣).
والمراد بعنوان البحث باعتباره مركباً إضافياً:
مَا يَتَعَلَّقُ بِطَلْبِ حَلْفِ الشَّاهِدِ مِنْ أَحْكَامِ فِي الْفَقْهِ وَالنِّظَامِ السُّعُودِيِّ.
المبحث الأول: استحلاف الشاهد على شهادته:
وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: استحلاف القاضي الشاهد على شهادته.

المطلب الثاني: استحلاف الخصم الشاهد.

المطلب الثالث: طلب الخصم من القاضي استحلاف الشاهد.

وذلك وفق الآتي:

المطلب الأول: استحلاف القاضي الشاهد على شهادته:

اختلف الفقهاء في حكم طلب اليمين من الشاهد على شهادته- بما يفيد أنها شهادة حق^(٤)،

(١) يُنظَر: الصحاح (٢/ ٤٩٤): لسان العرب (٣/ ٢٣٩): القاموس المحيط، للفيروزآبادي (ص: ٢٩٢)، مادة (شهد) من الجميع.

(٢) يُنظَر: التعريفات الفقهية (ص: ١١٩): معجم لغة الفقهاء (ص: ٢٥٦).

(٣) يُنظَر: معجم المصطلحات القانونية وحقوق الإنسان، ل/ د. أحمد عبد الوهاب الشرقاوي (٢/ ٨٨). وانظر في تعريف آخر للشاهد في القانون: معجم المصطلحات الفقهية والقانونية، ل/ د. جرجس جرجس (ص: ٢٠٤).

(٤) حكى الماوردي وغيره الإجماع على أن الشاهد لا يجوز تحليفه. يُنظَر: الحاوي الكبير، للماوردي (١٧/ ٣٠٩): بحر المذهب في

فروع المذهب الشافعي، للرويانى (١٤/ ٤١١).

وفي الإجماع المذكور نظراً؛ لما ورد عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال في المرأة إذا شهدت في الرضاع: «لُتَحْلَفَ مَعَ شَهَادَتِهَا». أخرجه

عبد الرزاق في «مصنفه» (٧/ ٤٨٢)، كتاب: الطلاق، باب: شهادة امرأة على الرضاع، برقم (١٣٩٧١)، والبيهقي بنحوه في «السنن

الكبرى» (١٠/ ٢٩٧)، كتاب: الشهادات، باب: تأكيد اليمين بالمكان، برقم (٢٠٦٩٩).

وتحليف الشاهد- أيضاً- منقول عن شريح، وابن أبي ليلى، وابن بشير- قاضي قرطبة-، وسوار العنبري- قاضي البصرة-. يُنظَر:

أخبار القضاة، لوكيع (٢/ ٣٧٧): المحلى بالآثار، لابن حزم (٨/ ٤٥١): جامع العلوم والحكم، لابن رجب (٢/ ٩٤٤): تبصرة

الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، لابن فرحون (٢/ ٢١٦): البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لابن نجيم (٧/ ٦٣): فتح

القدير، للشوكاني (٢/ ٩٩).

على سبعة أقوال:

القول الأول: أن الشاهد لا يُستحلف على شهادته. وهو مذهب الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤)، على أن الحنابلة استثنوا استحلاف الكتابي إذا شهد على وصية من حضرته الوفاة في السفر^(٥)، واستثنى بعضهم - أيضاً - شهادة المرأة بالرضاع^(٦)، واستثنى بعضهم - كذلك - شهادة الأعراب^(٧).

القول الثاني: أنه لا بأس بتحليف الشاهد. وهو قول بعض الحنفية - على أن بعضهم صرح بأن التحليف إنما يكون في حال عدم ظهور عدالة الشاهد^(٨)، والمالكية^(٩).

القول الثالث: أن التحليف لا بأس به إذا رآها القاضي، وكان من أهل الاجتهاد. وهو قول بعض الحنفية^(١٠).

القول الرابع: أن المشهود عليه إذا ألح على القاضي بتحليف الشهود، وكان هناك لزوم لتقوية

(١) يُنظر: المبسوط، للسرخسي (١١٨ / ١٦)؛ تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، للزيلعي (٣٠١ / ٤)؛ رد المحتار على الدر المختار، لابن عابدين (٢٦٠ / ١).

(٢) يُنظر: النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، لابن أبي زيد القيرواني (٥٠ / ٨)؛ أحكام القرآن، لابن العربي (٢٤٤ / ٢)؛ تبصرة الحكام (٥٦ / ١).

(٣) يُنظر: الحاوي الكبير (٣٠٩ / ١٧)؛ أسنى المطالب في شرح روض الطالب، لذكريا بن محمد الأنصاري (٣٩٢ / ٤)؛ نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لشمس الدين الرملي (٢٥٦ / ٨).

(٤) يُنظر: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، للمرداوي؛ مع المقنع، لابن قدامة؛ (١٠٩ / ٣٠)؛ منتهى الإرادات، لابن النجار؛ مع شرحه، للبهوتي (٦١٢ / ٢)؛ الإقناع، للحجاوي؛ مع كشاف القناع، للبهوتي (٤٤٨ / ٦).

(٥) يُنظر: الإنصاف (٢٣٤ / ٢٩)؛ الإقناع للحجاوي (٤١٧ / ٦)؛ منتهى الإرادات (٥٨٨ / ٣).

(٦) يُنظر: النكت والفوائد السنوية على مشكل المحرر، لشمس الدين بن مفلح؛ مع المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، لمجد الدين ابن تيمية (٢٨١ / ٢)؛ حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، لابن قاسم (٦٢٧ / ٧).

(٧) يُنظر: حاشية الروض (٦٢٧ / ٧).

(٨) يُنظر: البحر الرائق (٦٣ / ٧)؛ العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، لابن عابدين (٣٢٨ / ١)؛ درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر (٤٥٦ / ٤).

(٩) يُنظر: تبصرة الحكام (١٤٩ / ٢).

(١٠) يُنظر: رد المحتار (٤٢٢ / ٥).

الشهادة باليمين، فلا بأس بالتحليف. وهو قول بعض الحنفية^(١).
القول الخامس: أن للقاضي تحليف الشاهد إذا اتهمه. وهو قول بعض المالكية^(٢)، والحنابلة^(٣).
القول السادس: أن لوالي المظالم تحليف الشهود إن ارتاب فيهم، دون القاضي. وهو قول بعض المالكية^(٤).

القول السابع: أنه يُحلف كل من قُبِلت شهادته؛ للضرورة. وهو قول بعض الحنابلة^(٥).
 واستدل أصحاب القول الأول بما يلي:

الدليل الأول: أن الله ﷻ قال: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشَّهَادَةِ أَنْ تَضَلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى وَلَا يَأْتِ الشَّهَادَةَ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسْمُؤُوا أَنْ تَكْفُرُوا صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمٌ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ﴾ (سورة البقرة: ٢٨٢)، ولم يوجب اليمين مع الشهادة^(٦).

ويمكن أن يناقش ب: أن الآية إذا كانت لم توجب اليمين، فإنها لم تقم منع الاستحلاف.

(١) يُنظر: درر الحكام (٤/ ٤٥٧).

(٢) يُنظر: تبصرة الحكام (٢/ ٢١٦): شرح مختصر خليل، للخرشي؛ ومعه حاشية علي بن أحمد العدوي (٧/ ١٨٧): ضوء الشموع شرح المجموع في الفقه المالكي، لمحمد الأمير المالكي؛ ومعه حاشية حجازي العدوي = = المالكي (٤/ ١٢٢).

وقد نسب الزرقاني وغيره- من المالكية- لابن فرحون القول بأن للقاضي تحليف الشاهد بالطلاق إذا ارتاب فيه. ولم أجد لابن فرحون قولاً بتحليف الشاهد أصلاً، بل إنه نص في «تبصرة الحكام» (١/ ٥٦) على أن القاضي لا يُحلف الشاهد. ولعل غير الزرقاني تابع الزرقاني في هذه النسبة. يُنظر: شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل (٧/ ٣٠٥): شرح مختصر خليل للخرشي (٧/ ١٨٧): لوامع الدرر في هتك أستار المختصر، لمحمد بن محمد الشنقيطي (١٢/ ٢٥٥).

(٣) يُنظر: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، لابن القيم (١/ ٩٨٠): الدرر السنية في الأجوبة النجدية (٧/ ٥٦١).

(٤) يُنظر: الذخيرة، للقرايبي (١٠/ ٣٩).

وولاية المظالم أعلى رتبة وأقوى من ولاية القضاء، وقد ذكر القرايبي- في المصدر السابق- عشرة أوجه في الفرق بينهما.

(٥) يُنظر: الطرق الحكمية (١/ ٢٨٠): النكت (٢/ ٢٨١).

(٦) يُنظر: الحاوي الكبير (١٧/ ٣٠٩): بحر المذهب (١٤/ ٤١١).

الدليل الثاني: أننا أمرنا بإكرام الشهود، وتحليفهم ليس من إكرامهم^(١).
ويناقش ب: أن هذا مبني على حديث: «أَكْرَمُوا الشُّهُودَ؛ فَإِنَّ اللَّهَ يَسْتَخْرِجُ بِهِمُ الْحَقَّ، وَيَدْفَعُ بِهِمُ الظُّلْمَ»^(٢)، وهو ضعيف، بل ذكر الصاغاني أنه موضوع^(٣).

وعلى فرض صحته، فتحليف الشاهد لا ينافي إكرامه؛ إذ القصد من التحليف الاطمئنان إلى شهادته والثقة بها، خصوصاً إذا كان الشاهد مجهول الحال، أو عند حصول ريبة. ثم إن الشاهد إذا كان مجهول الحال، قد يتبدل في التزكية، ولا قائل ب: أن التحقق من عدالة الشاهد ينافي إكرامه^(٤). فكذا تحليفه؛ لأن التحليف أهون من البحث عن حاله والسؤال عنه، أو مساو له.

الدليل الثالث: أن الاستحلاف مبني على وجود خصومة، ولا خصم للشاهد^(٥).

ويمكن أن يناقش من وجهين:

الوجه الأول: أنه لا دليل على حصر جواز الاستحلاف بوجود الخصومة.

الوجه الثاني: أن استحلاف الشاهد ليس من قبيل استحلاف الخصم أصلاً؛ حتى يمتنع استحلافه؛ لعدم وجود خصم له.

الدليل الرابع: أن الشاهد إن كان عدلاً، فقتبَل شهادته؛ وإن لم يكن عدلاً، فيمينه لا تجيز شهادته^(٦).

(١) يُنظر: المبسوط (١١٨ / ١٦)؛ تبين الحقائق (٢٠١ / ٤)؛ الجوهرة النيرة، للحداوي (٢١٧ / ٢).

(٢) أخرجه الشهاب القضاي في «مسنده» (٤٢٦ / ١)، باب: أكرموا الشهود، برقم (٧٣٢)؛ والشجري في «الأمالي» (٢٢٨ / ٢)، باب: القضاة وإكرام الشهود وما يتصل بذلك، برقم (٢٦٣٦).

(٣) يُنظر: البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، لابن الملقن (٦٢٠ / ٩)؛ التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، لابن حجر (٤٧٩ / ٤)؛ الداوي لعل الجامع الصغير وشرحي المناوي، لأحمد بن محمد الغماري (١٨٤ / ٢).

(٤) بل الإجماع على جواز تبين حال الشاهد. يُنظر: مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات، لابن حزم (ص: ٥٢)؛ التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، لابن عبد البر (١٥٩ / ١٩).

(٥) يُنظر: المبسوط (١١٩ / ١٦).

(٦) يُنظر: النوادر والزيادات (٥٠ / ٨)؛ تبصرة الحكام (٥٦ / ١). ويُنظر: الحاوي الكبير (٣٠٩ / ١٧)؛ بحر المذهب (٤١١ / ١٤).

ويمكن أن يناقش من وجهين:

الوجه الأول: أن العدالة ليست مقصودة لذاتها، وإنما المقصود منها حصول الثقة بالشاهد، وقد يكون الشاهد مجهولاً، والمزكي كذلك، وتغلب هذه الحال على أهل زمان كزماننا، فلو توقف القاضي؛ طلباً لعدالة الشاهد، لطال الأمر، وما وجد من يزكيه، فينسد باب الشهادة، ويضيق الأمر، ومن قواعد الفقه أنه (إذا ضاق الأمر اتسع)^(٧)، فكان التحليف طريقاً لحصول الثقة إذ الحال كذلك.

الوجه الثاني: أن الفقهاء ذكروا: أن العدالة إذا قُدت وعمّ الفسق، قضى الحاكم بشهادة الأمثل فالأمثل؛ للضرورة^(٨)، ولأن قيل: إن هذا واقعٌ في زماننا، فقبول الشهادة إذن مع التحليف، أولى من قبولها دونه، وروي عن ابن وضاح أنه قال: (أرى؛ لفساد الناس أن يحلف الحاكم الشهود)^(٩). وابن وضاح من أهل القرن الثالث^(١٠)، ولا شك أن هذا الزمان، أولى بما قاله ابن وضاح، و(لا ينكر تغيير الأحكام بتغير الأزمان)^(١١).

الدليل الخامس: أنه لو جاز تحليف الشهود، لجاز تحليف الحكام، ثم تحليف الأئمة، ثم تحليف الأنبياء أنهم صادقون فيما بلغوه عن الله ﷻ، وما أدى إلى هذا كان باطلاً^(١٢). ويمكن أن يناقش ب: أن جواز تحليف الشاهد لا يلزم منه بالضرورة جواز تحليف غيره، وقد حلف

(١) يُنظر: شرح القواعد الفقهية، للزرقا (ص: ١٦٣): الأشباه والنظائر، لابن السبكي (١/ ٤٩): الأشباه والنظائر، للسيوطي (ص: ٨٣).

(٢) يُنظر: الذخيرة (١٠/ ٤٦): تبصرة الحكام (١/ ٤٨٥)، (٢/ ١٢): تحفة المحتاج في شرح المنهاج، لابن حجر الهيتمي (١٠/ ٢١٢): نهاية المحتاج (٨/ ٢٩٢): إغاثة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، لعثمان بن محمد الدمياطي (٤/ ٢٢٠). (٣) المحلى (٨/ ٤٥٢).

(٤) يُنظر: جذوة المقتبس في ذكر ولاية الأندلس، لابن أبي نصر الحميدي (ص: ٩٤): بغية الملتبس في تاريخ رجال أهل الأندلس، لصلاح الدين العلائي (ص: ١٣٤): الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، لابن فرحون (٢/ ١٨١).

(٥) يُنظر: شرح القواعد (ص: ٢٢٧): موسوعة القواعد الفقهية، لمحمد صدقي بن أحمد آل بورنو (١/ ١/ ٢٣): القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، لـ د. مصطفى محمد الزحيلي (١/ ٢٥٢).

(٦) يُنظر: الحاوي الكبير (١٧/ ٢٠٩): بحر المذهب (١٤/ ٤١١). ويُنظر: أسنى المطالب (٤/ ٣٩٢): نهاية المحتاج (٨/ ٣٥٦).

أبو موسى الأشعري^(١)، وورد عن ابن عباس^(٢) أنه قال في المرأة إذا شهدت في الرضاع: «تُستحلّف مع شهادتها»^(٣)، وكان شريح يستحلّف الشاهد إذا اتهمه^(٤).

هذا، ولم أجد دليلاً للحنابلة على منع التحليف.

وأما استثناء الحنابلة تحليف الكتابي من المنع، فاستدلوا له ب: ما رواه الشعبي: أن رجلاً من المسلمين حضرته الوفاة بدقوقاً هذه، ولم يجد أحداً من المسلمين يُشهِده على وصيته، فأشهد رجلين من أهل الكتاب، فقدموا الكوفة، فأتيا الأشعري فأخبراه، وقدماً بتركته ووصيته، فقال الأشعري: «هذا أمر لم يكن بعد الذي كان في عهد رسول الله»، فأحلفهما بعد العصر: بالله ما خانا ولا كذبا ولا بدلاً ولا كتماً ولا غيراً، وإنها لوصية الرجل وتركته، فأمضى شهادتهما^(٥). ويمكن أن يناقش ب: أن ثمة خلافاً أصلاً بين الصحابة في قبول شهادة الكافر، ثم إن هذه قضية عين يحتمل أن يكون لها تأويل، فامتنع أن يكون فيها دليل^(٥).

ويجاء عنه ب: أن قبول شهادة الكافر في الوصية في السفر، قال به من الصحابة عليّ، وأبو موسى، وابن مسعود، وابن عباس، وعبد الله بن قيس^(٦)، ولا يُعرف لهم مخالف من الصحابة في خصوص هذه المسألة، فضلاً عن طائفة عظيمة من كبار التابعين.

(١) وذلك في تحليفه لشاهدين - من أهل الكتاب - في وصية، وسيأتي نص الأثر بعد قليل في المتن بإذن الله.

وأخرجه أبو داود في «سننه» (٥٧ / ٥)، كتاب: الأفضية، باب: شهادة أهل الذمة في الوصية في السفر، برقم (٣٦٠٥).

وصحّحه الحاكم في «المستدرک على الصحيحين» (٢٤٢ / ٢)؛ وابن كثير في «تفسير القرآن العظيم» (٢٢٠ / ٢)؛ وابن حجر في «فتح الباري» (٤١٢ / ٥).

(٢) سبق تخريجه.

(٣) يُنظر: أخبار القضاة (٢٧٧ / ٢).

(٤) يُنظر: المتع في شرح المقنع، لابن المنجى (٤ / ٦٤٤)؛ المبدع في شرح المقنع، لبرهان الدين ابن مفلح (٨ / ٢٠٢)؛ شرح منتهى الإرادات (٣ / ٥٨٨).

والأثر سبق تخريجه.

(٥) يُنظر: الحاوي الكبير (١٧ / ٦٦).

(٦) يُنظر: الناسخ والمنسوخ، للنحاس (ص: ٤٠٣)؛ المحلى (٨ / ٤٩٥)؛ المغني، لابن قدامة (١٠ / ١٦٥)؛ تفسير القرطبي

(١ / ٢٤٩)؛ التسهيل لعلوم التنزيل، لابن جزي (١ / ٢٤٨)؛ روائع التفسير، لابن رجب (١ / ٤٦٣).

وأما استثناء بعض الحنابلة تحليف المرأة من المنع، فاستدلوا له ب: أن ابن عباس رضي الله عنه قال في المرأة إذا شهدت في الرضاع: «تُسْتَحْلَفُ مع شهادتها»^(٧).

وأما استثناء بعض الحنابلة تحليف الأعراب من المنع، فاستدلوا له ب: أن الأعراب يتساهلون في الشهادة تساهلاً مُشْتَهَراً بينهم^(٨).

واستدل أصحاب القول الثاني بما يلي:

الدليل الأول: أن التزكية متعذرة في زماننا؛ فالشاهد مجهول الحال، وكذا المزكي، والمجهول لا يزكي المجهول^(٩).

الدليل الثاني: أن تحليف الشاهد؛ لفساد الزمان^(١٠)؛ فقد غلب الفسق، وقلة الثقة.

ولم أجد دليلاً ظاهراً للقول الثالث.

ودليل القول الرابع، هو دليل القول الثاني^(١١)، إلا أن التقييد بالإلحاح لم أجد له دليلاً.

واستدل أصحاب القول الخامس بما يلي:

الدليل الأول: أنه تحدث للناس أقضيةً بقدر ما أحدثوا من الفجور^(١٢).

الدليل الثاني: أن القاضي له أن يفرق الشهود إذا ارتاب فيهم، فأولى أن يحلفهم عند الريبة^(١٣).

ولم أجد دليلاً ظاهراً للقول السادس.

واستدل أصحاب القول السابع ب: أن الكافر مقبول الشهادة على الوصية في السفر؛ للضرورة، وكذا

شهادة المرأة وحدها في الرضاع، ويُسْتَحْلَفَانِ^(١٤)، فقياسه أن كل من قُبِلَتْ شهادته؛ للضرورة استُحْلَفَ^(١٥).

(١) يُنْظَرُ: المغني (٨ / ١٩١)؛ حاشية الروض (٧ / ٦٢٧). والأثر سبق تخريجه.

(٢) يُنْظَرُ: حاشية الروض (٧ / ٦٢٧).

(٣) يُنْظَرُ: البحر الرائق (٧ / ٦٣)؛ درر الحكام (٤ / ٤٥٦).

(٤) يُنْظَرُ: تبصرة الحكام (٢ / ٢١٦).

(٥) يُنْظَرُ: درر الحكام (٤ / ٤٥٧).

(٦) يُنْظَرُ: الشرح الكبير، للدردير؛ مع حاشية الدسوقي (٤ / ١٧٤)؛ ضوء الشموع (٤ / ١٢٣).

(٧) يُنْظَرُ: الطرق الحكمية (١ / ٣٨٠).

(٨) وقد تقدم ذكر دليليهما.

(٩) يُنْظَرُ: الطرق الحكمية (١ / ٣٧٩)؛ النكت (٢ / ٢٨١).

والذي يظهر-والله أعلم-، أن للقاضي تحليف الشاهد متى كان للتحليف مقتض؛ لما يلي:
أولاً: أن فيه جمعاً بين بعض الأقوال المجيزة للتحليف.

ثانياً: ضعف القول الأول؛ للمناقشة الواردة على أدلته، وعدم الدليل لبعض الأقوال.

ثالثاً: عدم الدليل الصحيح الصريح على منع التحليف.

رابعاً: دعاء الحاجة إلى التحليف في الغالب؛ لكونه أقوى ما يردع الشاهد، ويزيل الريبة، ويجلب الاطمئنان.

فإن لم يكن للتحليف مقتض- كما لو كان الشاهد عدلاً ضبطاً وليس ثمة ريباً-، فإنه ينبغي تركه؛ لسببين:

السبب الأول: عملاً بالآيات الواردة في الشهادة، كقوله تعالى: ﴿وَأَسْشْهِدُوا شَهِدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضَلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسْمَعُوا أَنْ تَكْفُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُوهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ﴾ (سورة البقرة: ٢٨٢)، فإنها لم تقيد قبول الشهادة بيمين.

السبب الثاني: مراعاة قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةٌ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ تَحْسِبُوهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنْ أَرَبْتُمْ لَا نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَلَا نَكُمُ شَهَادَةُ اللَّهِ إِنْآ إِذَا لِمَنِ الْأَمِينُ﴾ (سورة المائدة: ١٠٦)؛ إذ إن الآية قيدت اليمين بحصول الارتياب^(١)، والقاعدة أن (الحكم يدور مع علته وجوداً وعدمًا)^(٢)، فلا يمين عند عدم الارتياب^(٣).

(١) يُنظَر: المحرر الوجيز، لابن عطية (٢/ ٢٥٢)؛ تفسير القرطبي (٦/ ٣٥٥)؛ تفسير الثعالبي (٢/ ٤٣٤).

(٢) يُنظَر: شرح القواعد (ص: ٤٨٣)؛ إعلام الموقعين عن رب العالمين، لابن القيم (٥/ ٥٢٨)؛ القواعد الفقهية المنظومة وشرحها، للسعدي (ص: ١٦٠).

(٣) والكلام هنا بناءً على أن الآية لم تُنسخ، وأنها في الشاهدين إذا ارتبب فيهما، وإلا ففيها خلافٌ طويلٌ في تأويلها، وفي حكمها بين النسخ وعدمه. يُنظَر: تفسير الماوردي (٢/ ٧٧)؛ تفسير القرطبي (٦/ ٣٥٥)؛ تفسير القرآن العظيم (٢/ ٢١٧، ٢١٥)؛ التحرير والتوير، للطاهر ابن عاشور (٧/ ٨٦، ٩٥).

المطلب الثاني: استحلاف الخصم الشاهد:

صورة المسألة: أن يطلب الخصم من الشاهد مباشرة أن يحلف على شهادته. ولم أجد من تكلم في هذه المسألة سوى بعض المالكية، فقد ذكروا: أن الخصم ليس له تحليف الشاهد^(١).

وهذا ظاهر؛ فإن الخصم لا سلطان له؛ لكي يستحلف الشاهد.

المطلب الثالث: طلب الخصم من القاضي استحلاف الشاهد:

لم أقف على كلام في هذه المسألة سوى ما جاء في «درر الحكام»: «إذا ألحَّ المشهود عليه على القاضي بتحليف الشهود بأنهم لم يكونوا كاذبين في شهادتهم، وقد رأى القاضي أن هناك لزوماً لتقوية الشهادة باليمين، فللقاضي أن يحلف الشهود اليمين بأنهم ليسوا كاذبين في شهادتهم»^(٢)، وعبارة (فللقاضي) تفيد أن القاضي لا يلزمه التحليف؛ بطلب الخصم. والذي يظهر -والله أعلم-، أن القاضي لا يلزمه استحلاف الشاهد؛ بطلب الخصم؛ لعدم الدليل -فضلاً عن أن الاستحلاف محل خلاف-، بل يمكن أن يقال: إنه إذا لم يكن ثمة مقتض للاستحلاف، فالقاضي لا يستحلف الشاهد؛ نزولاً عند طلب الخصم؛ فإن الخصم متهم بالدفع نفسه، وقد يطلب الاستحلاف؛ ليشكك في صدق الشاهد، أو يعنته.

المبحث الثاني: صيغة حلف الشاهد على شهادته:

لم أجد كلاماً للفقهاء في هذه المسألة، إلا أن لهم نصوصاً تفيد صيغة الحلف، كقول علي حيدر: «للقاضي أن يحلف الشهود اليمين بأنهم ليسوا كاذبين في شهادتهم»^(٣)، وروى عن ابن بشير أن أَلْحَفَ شهوداً بالله: أن ما شهدوا به الحق^(٤).

(١) يُنظر: حاشية العدوي على شرح الخرشي (١٨٧/٧)؛ حاشية الدسوقي (١٧٤/٤)؛ حاشية العدوي على ضوء الشموع (١٢٣/٤).

(٢) درر الحكام (٤٥٧/٤).

(٣) درر الحكام (٤٥٧/٤).

(٤) يُنظر: المحلى (٤٥١/٨).

وعليه فيمكن للقاضي استحلاف الشاهد بما يلي:

الصيغة الأولى: أن يستحلفه بالله: أنه ليس كاذباً فيما شهد به. أو: أنه ليس كاذباً في شهادته.

الصيغة الثانية: أن يستحلفه بالله: أن ما شهد به هو الحق. أو: أن ما شهد به حقٌّ.

على أن الحلف ليس محصوراً بهاتين الصيغتين ولا غيرهما، وليس ثمة صيغةً أفضل من صيغة؛ لعدم الدليل.

المبحث الثالث: تغليظ اليمين على الشاهد:

المراد بالمسألة: تشديد اليمين على الشاهد، بحيث يُزاد عليها ما يخرجها عن كونها يميناً مجردة؛ كأن يزيد على استحلافه بالله عبارة: الذي لا إله إلا هو، عالم الغيب والشهادة، الرحمن الرحيم، الطالب الغالب، الضار النافع، الذي يعلم خائنة الأعين وما تخفي الصدور^(١). أو ما شابهه.

ولم أجد للفقهاء كلاماً في هذه المسألة.

والذي يظهر -والله أعلم-، أن تغليظ اليمين على الشاهد لا بأس به؛ لما يلي:

أولاً: حديث أنس رضي الله عنه: «جاء رجلٌ من أهل البادية فقال: يا محمد، أتانا رسولك فزعم لنا أنك تزعم أن الله أرسلك؟ قال: صدق... قال: فبالذي خلق السماء، وخلق الأرض، ونصب هذه الجبال، الله أرسلك؟ قال: نعم»^(٢). قال القاضي عياض وغيره: في الحديث جواز الاستحلاف^(٣).

(١) وهذه صيغة التغليظ على المنكر عند الحنابلة. يُنظر: المتعم (٤/٦٩٢)؛ الإقناع للحجاوي (٦/٤٥٠)؛ منتهى الإرادات (٢/٦١٤).

وقد ذكر الفقهاء التغليظ على المنكر، وله صورٌ، فقد يكون بزيادة لفظية - كما في المثال في المتن-، وقد يكون بأداء اليمين في مكان معطم - كعند المقام-، أو زمان معطم - كبعد العصر-، وقد يكون بغير ذلك. يُنظر في التغليظ: أحكام تغليظ اليمين في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها، لعبد الإله مجلي رابعة؛ التغليظ في الفقه الإسلامي، لأمل بنت عبد العزيز النفيسة (ص: ٧٩٠)؛ تغليظ اليمين وأثر النكول عنه على الحكم القضائي، ل/ د. خالد بن عبد الله السليمان؛ تغليظ اليمين وتطبيقاته في المحاكم الشرعية، ل/ د. خالد بن حسن الحارثي.

(٢) أخرجه مسلم في «صحيحه» (١/٤١)، كتاب: الإيمان، باب: بيان الإيمان بالله وشرائع الدين، برقم (١٢).

(٣) يُنظر: إكمال المعلم بفوائد مسلم، للقاضي عياض (١/٢٢٣)؛ فتح المنعم شرح صحيح مسلم، ل/ د. د. موسى شاهين لاشين

(٤٢/١). وانظر: التوضيح لشرح الجامع الصحيح، لابن الملقن (٢/٢٨٩)؛ عمدة القاري شرح صحيح البخاري، للعيني (٢/٢٢).

وقال ابن العربي: فيه دليل على تغليظ اليمين باللفظ^(١). فإذا صح ذلك مع النبي ﷺ، فمع غيره أصح.

ثانياً: حديث البراء بن عازب رضي الله عنه: «مرَّ على النبي ﷺ بيهوديٍّ مُحَمَّمًا مجلوداً، فدعاهم ﷺ فقال: هَكَذَا تَجِدُونَ حَدَّ الزَّانِي فِي كِتَابِكُمْ؟ قالوا: نعم. فدعا رجلاً من علمائهم فقال: أَنْشِدْكَ بِاللَّهِ الَّذِي أَنْزَلَ التَّوْرَةَ عَلَى مُوسَى، أَهَكَذَا تَجِدُونَ حَدَّ الزَّانِي فِي كِتَابِكُمْ؟ قال: لا، ولولا أنك نشدنتي بهذا، لم أخبرك. نجده الرجم»^(٢). ووجه الدلالة: أن معنى (أنشدك بالله)، أي: أستحلفك بالله^(٣). وزيادة (الذي أنزل التوراة على موسى)، على لفظ الجلالة تغليظاً، فدل على جوازه.

ثالثاً: أن التغليظ أردع عن قول الزور، بدليل قول اليهودي- لما غلظ عليه النبي ﷺ: لولا أنك نشدنتي بهذا، لم أخبرك. نجده الرجم.

رابعاً: أن المقصود من التحليف الاطمئنان إلى الشهادة، ولا شك أن الاطمئنان الحاصل باليمين المغلظة أكبر؛ لأنها أردع عن قول الزور.

المبحث الرابع: أثر امتناع الشاهد عن الحلف:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: أثر امتناع الشاهد عن الحلف على الشاهد نفسه.

المطلب الثاني: أثر امتناع الشاهد عن الحلف على شهادته.

وذلك وفق الآتي:

المطلب الأول: أثر امتناع الشاهد عن الحلف على الشاهد نفسه:

امتناع الشاهد عن الحلف لا أثر له عليه، فلا يلحقه شيء؛ لأنه لا تجب عليه يمين أصلاً، وهذا

(١) يُنظر: عارضة الأحوذى بشرح صحيح الترمذي، لابن العربي (٢/ ٨٣).

(٢) أخرجه مسلمٌ في «صحيحه» (٢/ ١٢٢٧)، كتاب: الحدود، باب: رجم اليهود أهل الذمة في الزنى، برقم (١٧٠٠).

(٣) يُنظر: المحكم (٨/ ٢٩)؛ القاموس (ص: ٢٢٢)؛ معجم متن اللغة (٥/ ٤٥٧)، مادة (نشد) من الجميع.

محل إجماع^(١).

وعليه فإن للشاهد أن يمتنع عن اليمين، وله- أيضاً بطريق الأولى- أن يمتنع عن اليمين المغلظة دون المجردة.

المطلب الثاني: أثر امتناع الشاهد عن الحلف على شهادته:

ذكر بعض الحنفية: أن الشاهد إذا لم يحلف على شهادته، فإن ذلك لا يكون مانعاً من قبولها^(٢). وجاء في مجلة الأحكام: للقاضي أن يقول للشهود: إن حلفتُم، قبلتُ شهادتكم؛ وإلا فلا^(٣). ولم أجد كلاماً عن أثر امتناع الشاهد عن الحلف سوى ما ذُكر آنفاً.

على أن للفقهاء ما يستفاد منه أن الامتناع عن الحلف قد يؤدي إلى رد الشهادة، ومن ذلك شريح، فقد كان يحلف الشاهد إذا اتهمه^(٤)، ومثله ابن أبي ليلى^(٥)، وسوار العنبري- قاضي البصرة^(٦)، فإذا كان تحليف الشاهد؛ لوجود التهمة، فإن امتناعه عن الحلف، يقوي التهمة بلا شك، وهذا يؤدي إلى رد الشهادة- لعدم الثقة-، وإلا لم يكن للتحليف معنى إذا كانت الشهادة مقبولة على كل حال.

وقال ابن نجيم: (وفي «التهذيب» للقلانسي: وفي زماننا لما تعذرت التزكية بغلبة الفسق، اختار القضاة- كما اختار ابن أبي ليلى- استحلاف الشهود؛ لغلبة الظن)^(٧)، وإذا كان الاستحلاف؛ لحصول غلبة الظن، فالامتناع عن الحلف قد يحول دون حصولها؛ وهذا قد يؤدي إلى رد الشهادة. وقال ابن القيم: (إذا كان للحاكم أن يضرق الشهود إذا ارتاب بهم، فأولى أن يحلفهم إذا ارتاب

(١) يُنظر: الأم، للشافعي (٤/ ٢٢١)؛ مفاتيح الغيب، للفخر الرازي (١٢/ ٤٥١)؛ اللباب في علوم الكتاب، لابن عادل (٧/ ٥٧٢)؛ تيسير البيان لأحكام القرآن، لابن نور الدين (٢/ ٢٢٢).

(٢) يُنظر: درر الحكام (٤/ ٤٥٧).

(٣) يُنظر: مجلة الأحكام العدلية، للجنة مكونة من عدة علماء في الخلافة العثمانية، مع درر الحكام (٤/ ٤٥٧).

(٤) يُنظر: أخبار القضاة (٢/ ٢٧٧).

(٥) يُنظر: البحر الرائق (٧/ ٦٣)؛ فتح القدير (٢/ ٩٩).

(٦) يُنظر: جامع العلوم (٢/ ٩٤٤).

(٧) البحر الرائق (٧/ ٦٣).

بهم^(١)، فقد جعل ابن القيم تحليف الشهود أولى بالجواز من تفريقهم، ومعلوم أن المقصود من تفريق الشهود حصول الثقة به، فإذا لم تحصل بعد تفريقهم، لم تُقبل شهادتهم، وكذا الحلف، قد يؤدي الامتناع عنه إلى عدم حصول الثقة.

وذكر الجويني: أن القاضي إذا استشعر من الشهود غفلةً، ورابه؛ لذلك أمرٌ، فإنه يطلب منهم التفصيل في الشهادة، فإن أبوا أن يفصلوا، وكان لفتنهم ملقنُ الامتناع عن التفصيل، فالقاضي إن استمرت ريبته، لم يقض بشهادتهم^(٢). وامتناع الشاهد عن الحلف، قد يحدث ما يحدثه امتناعه عن التفصيل.

والذي يظهر -والله أعلم-، أن القاضي إذا لم يطمئن إلى الشاهد بعد امتناعه عن الحلف، فإن له أن يرد الشهادة؛ لأن الاستحلاف إذا كان المقصود منه الاطمئنان إلى الشهادة، فالامتناع عن الحلف فضلاً عن أنه قد يمنع حصول الاطمئنان، قد يحدث ريباً، أو يزيدها، وقبول شهادة مشكوك فيها، لا يستقيم، قال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعاً بَصِيراً﴾ (سورة النساء: ٥٨)، وقال تعالى: ﴿سَمَاعُونَ لِلْكَذِبِ أَكَلُونَ لِلسُّخْتِ فَإِنْ جَاؤُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرَضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرَضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرَّكَ شَيْئاً وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾ (سورة المائدة: ٤٢).

على أنه ينبغي أن يعلم: أن رد الشهادة ليس؛ بسبب الامتناع عن الحلف - فالحلف ليس مقصوداً لذاته -، وإنما؛ بسبب عدم الاطمئنان إلى الشاهد^(٣)، وهذا يعني أنه قد تُقبل الشهادة مع الامتناع - كما لو حصل ما يحدث الاطمئنان والثقة بالشاهد -، وهذا ما يستقيم مع ما جاء في صدر هذا المسألة من قول بعض الحنفية: إن الشاهد إذا لم يحلف على شهادته، فإن ذلك لا يكون مانعاً من قبولها^(٤).

(١) الطرق الحكمية (١/ ٣٨٠).

(٢) يُنظر: نهاية المطلب في دراية المذهب، للجويني (١٩/ ١٧).

(٣) ومثله قول الجويني: ليس طلب التفصيل في الشهادة مقصوداً لذاته، وإنما الغرض تبين تثبت الشهود في الشهادة التي أقاموها. يُنظر: نهاية المطلب (١٩/ ١٧).

(٤) أما ما جاء في مجلة الأحكام (٤/ ٤٥٧) من أن للقاضي أن يقول للشهود: إن حلفتُم، قبلتُ شهادتكم؛ وإلا فلا. فلعله على سبيل

المبحث الخامس: حلف الشاهد من تلقاء نفسه على شهادته:

اختلف الفقهاء في حكم الشهادة إذا حلف عليها الشاهد من تلقاء نفسه، على أقوال ثلاثة:

القول الأول: أنها لا تُقبَل. وهو قول بعض الحنفية^(١)، ومذهب المالكية^(٢)، ووجهه عند الحنابلة^(٣).

القول الثاني: أن حلفه لا يؤثر على قبول شهادته. وهو قول بعض المالكية^(٤)، ومذهب الحنابلة^(٥).

القول الثالث: أن حلفه لا يؤثر على قبول شهادته إذا كان عامياً. وهو قول بعض المالكية^(٦).

ولم أجد في هذه المسألة كلاماً للشافعية.

واستدل أصحاب القول الأول ب: أن اليمين دليل على التعصّب والحرص على قبول الشهادة^(٧).

(١) التهديد للشهود: لحملهم على الحلف، ويؤيده أمران:

الأول: أن عبارة المجلة تقيد أن القاضي يجوز له قول ذلك للشهود - وليس ملزماً بقوله -، وهذا يفيد أن للقاضي ألا يقوله؛ وإذن فليس ثمة ما يمنع القاضي من قبول الشهادة مع الامتناع عن الحلف.

الثاني أن المجلة لو أرادت - حقاً - ترتيب رد الشهادة على الامتناع، لصرّحت به، كما هي عاداتها.

(٢) يُنظر: أدب القضاء (ص: ٢١٤)؛ معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، لعلي بن خليل الطرابلسي (ص: ٧٣).

(٣) يُنظر: تبصرة الحكام (١/ ٢٧٠)؛ المختصر الفقهي، لابن عرفة (٩/ ٢٠١)؛ مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، للحطاب (٦/ ١٦٥).

(٤) يُنظر: الفروع، لشمس الدين بن مفلح (١١/ ٣٦٥).

(٥) يُنظر: شرح صحيح البخاري، لابن بطال (٨/ ٢١)؛ البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، لابن رشد الحفيد (١٠/ ٨٩)؛ عارضة الأحمدي (٢/ ٨٣).

(٦) يُنظر: الفروع (١١/ ٣٦٥)؛ الإقناع للحجاوي (٦/ ٤٢٩)؛ مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، لمصطفى ابن سعد الرحبياني (٦/ ٦٢٩).

(٧) يُنظر: التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب، لخليل بن إسحاق الجندي (٧/ ٥١٠)؛ تبصرة الحكام (١/ ٢٧٠)؛ ضوء الشموع (٤/ ١٢٣).

(٧) يُنظر: معين الحكام (ص: ٧٢)؛ الذخيرة (١٠/ ٢٨٧)؛ تبصرة الحكام (١/ ٢٧٠)؛ الشرح الكبير (٤/ ١٧٤). ويُنظر: أدب القضاء (ص: ٣١٤).

وقد ذكر لهذا القول دليل آخر، لكنني لم أمتد لمن استدلل به، وهو: حديث: «خَيْرُ النَّاسِ قَرْنِي، ثُمَّ الَّذِينَ يَلُونَهُمْ، ثُمَّ الَّذِينَ يَلُونَهُمْ، ثُمَّ يَجِيءُ أَقْوَامٌ تَسْبِقُ شَهَادَةَ أَحَدِهِمْ يَمِينَهُ، وَيَمِينُهُ شَهَادَتُهُ». يُنظر: إكمال إكمال المعلم، للأبّي (٦/ ٣٥٧).

والحديث أخرجه البخاري في «صحيحه» (٣/ ١٧١)، كتاب: الشهادات، باب: لا يشهد على شهادة جور إذا أشهد، برقم (٢٦٥٢)،

واللفظ له؛ ومسلم بنحوه في «صحيحه» (٤/ ١٩٦٢)، كتاب: فضائل الصحابة رضي الله عنهم، باب: فضل الصحابة ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم، برقم (٢٥٢٣).

ويناقش ب: عدم التسليم؛ فقد يكون حلف الشاهد؛ لبيان أنه ثبت ضبط فيما شهد به بحيث يمكنه الحلف عليه، وقد يكون الحلف؛ لإدخال الطمأنينة على القاضي بأن ما شهد به حق - فإنه لا شك أن الخبر المحلوف عليه، تطمئن النفس إليه أكثر-، وقد يكون الحلف؛ لخطر الشهادة، قال القاضي عياض عن حديث «فبالذي خلق السماء، وخلق الأرض، ونصب هذه الجبال، الله أرسلك؟»^(١)؛ فيه جواز الحلف على الأمور المهمة والأخبار الهائلة، كما قال تعالى: ﴿وَسْتَبُونَكَ أَحَقُّ هُوَ قَوْلِي رَبِّي إِنَّهُ لَخَلِقُ مَا أَنْتُمْ بِمُعْجِزِينَ﴾ (سورة يونس: ٥٣)^(٢). وقد يكون الحلف؛ لغير ذلك. ثم ما الغضاضة في حرص الإنسان على قبول خبره! فإنه ما من أحد إلا يكره أن يرد خبره، وإذا كان هذا في غير الشهادة، ففي الشهادة أكد؛ لما يلحقه من المعرة بردها، فينبغي أن يعذر لو حلف^(٣)، لأن الإنسان يهتم لعرضه.

ثم إن النبي ﷺ كان كثيراً ما يحلف - من تلقاء نفسه - بـ «لَا وَمَقَلَّبَ الْقُلُوبِ»^(٤)، وكتب الحديث مليئة بحلفه بعبارة: والذي نفسي بيده. كقوله: «وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ، لَيُوشِكَنَّ أَنْ يَنْزِلَ فِيكُمْ ابْنُ مَرْيَمَ»^(٥).

ونوقش الاستدلال بالحديث ب: أنه لا خلاف بين العلماء أنه تجوز الشهادة والحلف عليها. يُنظر: شرح البخاري لابن بطال (٨ / ٢١). ويمكن أن يناقش ب: أن معنى الحديث: أن أولئك الأقوام لا يتورعون في أفعالهم، ويستهيئون بالشهادة واليمين. أو أن معناه: النهي عن قول الرجل: أشهد بالله. أو: علي عهد الله. ونحو ذلك. يُنظر: شرح معاني الآثار، للطحاوي (٤ / ١٥٢)؛ التمهيد (١٧ / ٢٠١)؛ كشف المشكل من حديث الصحيحين، لابن الجوزي (١ / ٢٩١)؛ عمدة القاري (١٣ / ٢١٤). قال ابن عبد البر في «التمهيد» (١٧ / ٢٠١) عن ذلك الحديث: «وليس هذا الحديث من باب أداء الشهادة في شيء».

(١) سبق تخريجه في (ص: ٢٢).

(٢) يُنظر: إكمال المعلم (١ / ٢٢٢).

(٣) نعم، لو ظهر الشاهد في حلفه بصورة تثير ريبة - كما لو كرر الحلف، أو غلظه تغليظاً ملفتاً، بحيث يوحي ذلك بأن له مصلحة في قبول الشهادة مثلاً - فهذا مباحٌ آخر.

(٤) أخرجه البخاري في «صحيحه» (٨ / ١٢٦)، كتاب: القدر، باب: «بِأَيِّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اسْتَجِيبُوا لِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ إِذَا دَعَاكُمْ بِمَا يُحْيِيكُمْ وَأَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ يَحُولُ بَيْنَ الْمَرْءِ وَقَلْبِهِ وَأَنَّهُ إِلَيْهِ تُحْشَرُونَ» (سورة الأنفال: ٢٤)، برقم (٦٦١٧).

(٥) أخرجه البخاري في «صحيحه» (٤ / ١٦٨)، كتاب: أحاديث الأنبياء، باب: نزول عيسى ابن مريم عليه السلام، برقم (٣٤٤٨)؛ ومسلم في «صحيحه» (١ / ١٢٥)، كتاب: الإيمان، باب: نزول عيسى ابن مريم حاكماً بشريعة نبينا محمد ﷺ، برقم (١٥٥).

فإن قيل: إن حلفه ﷺ لم يكن في شهادة. قيل: إن مجرد القول شهادة، كما قال الإمام أحمد: «متى قلت، فقد شهدت». يُنظر: الفتاوى الكبرى، لابن تيمية (٥ / ٥٧٧)؛ الفروع (١١ / ٢٧٩)؛ المبدع (٨ / ٣٥١).

وقد أطلال ابن القيم في «الطرق الحكمية» (٢ / ٥٢٨) الكلام في إثبات أن الشهادة لا يلزم فيها قول: أشهد.

ثم إن كان سبب حلف النبي ﷺ: أهمية ما يحلف عليه، فالشهادة مهمة - كما هو معلوم-، وقد قال تعالى: ﴿لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ لِمَن كَانَ يَرْجُو اللَّهَ وَالْيَوْمَ الْآخِرَ وَذَكَرَ اللَّهَ كَثِيرًا﴾ (سورة الأحزاب: ٢١).

ثم إذا صح الحلف من النبي ﷺ وهو الصادق المصدوق الذي لا يحتاج إلى حلفه - ليُصدَّق-، فالحلف من غيره أصح.

هذا، ولم أقف على دليل لهذا القول عند الحنابلة.

واستدل أصحاب القول الثاني بما يلي:

الدليل الأول: أن الله أمر نبيه باليمين فيما أمره به من الشهادة، فقال تعالى: ﴿زَعَمَ الَّذِينَ كَفَرُوا أَنْ لَنْ يُبْعَثُوا قُلْ بَلَىٰ وَرَبِّي لَتُبْعَثُنَّ ثُمَّ لَتُنَبَّؤُنَّ بِمَا عَمِلْتُمْ وَذَكَرَ عَلَى اللَّهِ سِيرٌ﴾ (سورة التغابن: ٧)، وقال تعالى: ﴿وَيَسْتَنْبِئُونَ أَحَقَّ هُوَ قَوْلِي وَرَبِّي إِنَّهُ لِحَقِّ وَمَا أَنْتُمْ بِمُعْجِزِينَ﴾ (سورة يونس: ٥٣) ^(١).

الدليل الثاني: حديث تضمن أنه جاء رجل من أهل البادية فقال: يا محمد، أتانا رسولك فرعم لنا أنك تزعم أن الله أرسلك؟ قال: «صَدَقَ»... قال: فبالذي خلق السماء، وخلق الأرض، ونصب هذه الجبال، أَلله أرسلك؟ قال: «نَعَمْ» ^(٢). ووجه الدلالة: أن قوله: «بالذي خلق السماء، وخلق الأرض، ونصب هذه الجبال». نص في أن يمين الشاهد لا تبطل شهادته ^(٣).

واستدل أصحاب القول الثالث ب: أن العوام يتسامحون في الحلف، فينبغي أن يُعذَرُوا ^(٤). ونوقش ب: أنه محل نظر؛ إذا كيف يُعذَرُ العوام الذين يكثر فيهم الجهل والكذب، ويُرَدُّ أهل العلم، فإن العلم ما كان يوماً إلا مزية ^(٥).

ويمكن أن يناقش -أيضاً- ب: أن من لا يتسامح في الحلف، يمكن أن يُعذَر -أيضاً-، بأن يحمل

(١) يُنظَر: البيان والتحصيل (١٠/٨٩): إكمال المعلم (٦/٣٥٧).

(٢) سبق تخريجه.

(٣) يُنظَر: عارضة الأحمدي (٢/٨٢).

(٤) يُنظَر: التوضيح لخليل (٧/٥١٠): شرح الزرقاني (٧/٣٠٥).

(٥) يُنظَر: موانع الشهادة في الفقه الإسلامي، لأبي بكر بن صالح الحربي (٢/٢١٠).

حلفه على أنه ما حلف إلا؛ لكون الأمر يستحق ذلك، والقرينة على هذا الحمل، هو عدم تسامحه في الحلف كالعوام، فليس العوام أولى بالعدز من غيرهم.

فضلاً عن أن من لا يتسامح في الحلف أحفظُ لأيمانه، وقد قال تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَدْتُمُ الْأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَقْتُمْ وَأَخْفِظُوا أَيْمَانَكُمْ كَذَلِكَ يَبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ﴾ (سورة المائدة: ٨٩)، فإذا حلف شاهدان، فلا شك أن الأولى بالقبول من لا يتسامح في الحلف؛ إذ الثقة بقوله أكبر.

ثم إن ما نُوقِش به دليل القول الأول، يمكن أن يقال هنا أيضاً.

والراجع هو القول الثاني؛ لما يلي:

أولاً: قوة دليبيه.

ثانياً: ضعف القولين الآخرين؛ بما ورد على دليليهما من مناقشة.

ثالثاً: أن من السنة ما يدل على القول الثاني صراحةً، وهو حديث أحد الصحابة: «اختلف الناس في آخر يوم من رمضان، فقدم أعرابيان فشهدا عند النبي ﷺ بالله لأهلاً الهلال أمس عشيةً. فأمر رسول الله ﷺ الناس أن يفطروا»^(١). ومعنى (شهدا بالله): أي حلف بالله^(٢). فهذه شهادة مقبولة حُلفَ عليها عند النبي ﷺ^(٣).

هذا كله فضلاً عما ذكره ابن بطال وغيره من أن الحلف على الشهادة لا يبطلها بلا خلاف^(٤)، فإن صح نفي الخلاف، لم يُلْتَفَتَ لغيره؛ لأنه خرق للإجماع حينئذٍ.

(١) أخرجه أبو داود في «سننه» (٢٧/٤)، كتاب: الصوم، باب: شهادة رجلين على رؤية هلال شوال، برقم (٢٣٢٩).

وصحَّه الشوكاني في «نيل الأوطار» (٤/٢٢٣)؛ والألباني في «صحيح سنن أبي داود» (٧/١٠٥)؛ وشعيب الأرنؤوط في تحقيقه لسنن أبي داود.

(٢) يُنْظَرُ: شرح سنن أبي داود، لابن رسلان (١٠/٣١٢)؛ المنهل العذب المورود شرح سنن أبي داود، لمحمود محمد السبكي (١٠/٦١).

(٣) يُنْظَرُ: يمين الشاهد في الفقه والنظام، ل/ د. عبد الله بن أحمد المحمادي (ص: ١٢٢٤).

(٤) يُنْظَرُ: شرح البخاري لابن بطال (٨/٢١)؛ الإقناع في مسائل الإجماع، لابن القطن (٢/١٢٨)؛ التوضيح لابن الملقن (١٦/٥٢٥).

المبحث السادس: استحلاف الشاهد في النظام السعودي:

نص نظام الإثبات السعودي على أنه: «يجوز للمحكمة تحليف الشاهد عند الاقتضاء»^(١)، وهو ما سبق ترجيحه، ولم يوجب النظام الحلف على الشاهد كما فعلت بعض الأنظمة^(٢). ولا يوجد في النظام شيء عن تحليف الخصم الشاهد مباشرة، ولكن إذا كان المنظم قد سمح للخصم بتوجيه أسئلة مباشرة للشاهد^(٣)، مع أن السماح له باستحلاف الشاهد مباشرة قد يكون أعظم نفعاً له، فهذا قد يُشعر بأن الخصم ليس له تحليف الشاهد. ولم يتطرق النظام صراحةً لتحليف الشاهد؛ بناءً على طلب الخصم، إلا أن عبارة «يجوز للمحكمة تحليف الشاهد عند الاقتضاء»^(٤)، تقيد عدم لزوم التحليف؛ بطلب الخصم، ووجه ذلك: أن المحكمة إذا لم تكن ملزمةً بالتحليف بنص النظام، فما دون النظام أولى. ولم يذكر النظام صيغة حلف الشاهد على شهادته كما فعلت بعض الأنظمة^(٥)، ولعل المنظم تعمّد تركها؛ لأنه ليس ثمة صيغة معينة، وهذا ما يتفق مع ما تقدم.

وعن امتناع الشاهد عن الحلف، فقد ذكر النظام: أن الشاهد إذا امتنع عن الحلف، فتقدّر المحكمة أثر ذلك^(٦)، ولم يرتّب النظام على الامتناع شيئاً على الشاهد - كغرم مالي - كما في بعض الأنظمة^(٧)، وهذا ما يتفق مع ما تقدم من أن الامتناع لا أثر له على الشاهد. وأما أثر الامتناع عن الحلف على الشهادة، فقد جعل النظام تقديره للمحكمة - كما ذُكر آنفاً -

(١) نظام الإثبات، مادة رقم (٧٤).

(٢) يُنظر: قانون الإجراءات الجنائية المصري، مادة رقم (٢٨٣)؛ قانون الإثبات المصري في المواد المدنية والتجارية، مادة رقم

(٨٦)؛ قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، مادة رقم (٧١).

(٣) يُنظر: نظام الإثبات، مادة رقم (٧٧).

(٤) نظام الإثبات، مادة رقم (٧٤).

(٥) يُنظر: قانون الإجراءات الجنائية المصري، مادة رقم (٢٨٣)؛ قانون الإثبات المصري في المواد المدنية والتجارية، مادة رقم

(٨٦)؛ قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، المواد رقم (٧١)، (١٦٥)، (١٧٤)، (٢١٨)؛ قانون أصول المحاكمات المدنية

الأردني، مادة رقم (٨١).

(٦) يُنظر: نظام الإثبات، مادة رقم (٧٤).

(٧) يُنظر: قانون الإجراءات الجنائية المصري، مادة رقم (٢٨٤).

وهذا لا يخالف ما تقدم من أن القاضي إذا لم يطمئن إلى الشاهد بعد امتناعه عن الحلف، فإن له أن يردَّ الشهادة، وأن الشهادة قد تُقبَل مع الامتناع.

وليس في النظام -ولا غيره من القوانين التي تيسر لي الوقوف عليها- شيءٌ عن تغليظ اليمين على الشاهد، ولا عن أثر حلفه من تلقاء نفسه على الشهادة، إلا أنه جاء في آخر نظام الإثبات: «تطبَّق الأحكام المستمدة من الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمةً لترجيحات هذا النظام، على مسائل الإثبات التي لم يرد في شأنها نصٌّ في هذا النظام»^(١). والله أعلم.

الخاتمة:

أشكر الله وحده أولاً وآخرأ أعظم الشكر، وأحمده حمداً كثيراً طيباً مباركاً فيه؛ على أن هداني لبحث هذا الموضوع، وأعانني عليه، ومنَّ عليَّ بإتمامه. وفيما يلي أذكر أهم نتائج البحث، فالتوصيات:

١. أن للقاضي استحلاف الشاهد على شهادته متى كان للاستحلاف مقتضٍ، وينبغي تركه إن لم يكن له مقتضٍ.
٢. أن الخصم ليس له أن يستحلف الشاهد مباشرةً.
٣. أن القاضي لا يلزمه استحلاف الشاهد؛ بطلب الخصم.
٤. أن الحلف على الشهادة ليس له صيغةٌ معينةٌ، وليس ثمة صيغةٌ أفضل من صيغةٍ.
٥. أن تغليظ اليمين على الشاهد لا بأس به.
٦. أن امتناع الشاهد عن الحلف لا أثر له على الشاهد نفسه.
٧. أن القاضي إذا لم يطمئن إلى الشاهد بعد امتناعه عن الحلف، فإن له أن يردَّ الشهادة.
٨. أن امتناع الشاهد عن الحلف، لا يحول دون قبول شهادته، فقد تُقبَل مع الامتناع.
٩. أن حلف الشاهد من تلقاء نفسه على شهادته، لا يؤثر على قبولها.
١٠. أنه يجوز للمحكمة تحليف الشاهد عند الاقتضاء في النظام السعودي.

(١) يُنظر: نظام الإثبات، مادة رقم (١٢٥).

١١. أن المحكمة لا يلزمها استحلاف الشاهد بطلب الخصم.
١٢. أن النظام لم يذكر صيغة حلف الشاهد على شهادته.
١٣. أن النظام لم يُرتَّب على الامتناع عن الحلف شيئاً على الشاهد.
١٤. أن النظام جعل للمحكمة تقدير أثر امتناع الشاهد عن الحلف.
١٥. أن النظام لم يتضمن شيئاً عن تغليظ اليمين على الشاهد، ولا عن أثر حلفه من تلقاء نفسه على الشهادة، إلا أنه جاء في آخر نظام الإثبات: «تُطبَّق الأحكام المستمدة من الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمةً لترجيحات هذا النظام على مسائل الإثبات التي لم يرد في شأنها نصٌّ في هذا النظام».

وأما التوصيات، فهي ما يأتي:

١. أن يبقى النظام السعودي على ما هو عليه الآن من جواز استحلاف الشاهد عند الاقتضاء، وألا يُلزم المنظم بالاستحلاف مستقبلاً.
٢. ألا يُلزم المنظم - مستقبلاً - بصيغة للحلف على الشهادة.
٣. ألا يرتب المنظم - مستقبلاً - جزاءً على الشاهد حال امتناعه عن الحلف.
٤. أن يبقى النظام السعودي على ما هو عليه الآن من أن المحكمة تقدِّر أثر امتناع الشاهد عن الحلف، وألا يرتب المنظم - مستقبلاً - على الامتناع ردَّ الشهادة.

فكرة النظام العام، دراسة نظرية تطبيقية

د/ إبراهيم بن فريهد العنزي

القاضي في ديوان المظالم

بسم الله الرحمن الرحيم

ملخص البحث:

من المصطلحات التي تتكرر كثيراً في القضاء والقانون: مصطلح (النظام العام)، وتثور أسئلة كثيرة عند وروده، ومن أبرز هذه الأسئلة والتي حاولت في هذا البحث الإجابة عنها، هي تعريف النظام العام وحدوده، وبعض الأمثلة عليه، ومدى استعمال فقهاء الشريعة الإسلامية لفكرة النظام العام، وأبرز الدفوع المتعلقة بالنظام العام، والتطبيقات القضائية والنصوص النظامية والآراء القانونية حول هذه الدفوع، ومدى ارتباطها بالنظام العام، ثم ذكرت الآثار المترتبة على ارتباط القاعدة القانونية بالنظام العام أو عدم ارتباطها به، ثم أيضاً الإجابة عن أحد أهم الأسئلة في هذه الباب، وهو طبيعة القواعد المتعلقة بالنظام العام، أو طريقة التمييز بين القاعدة القانونية المتعلقة بالنظام العام وغيرها، وللارباط الوثيق بين فكرة النظام العام والآداب العامة عرفت بالأخيرة مع ذكر بعض الأمثلة والتطبيقات القضائية عليها.

المقدمة:

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد:
فإن علوم الأنظمة والقانون والقضاء من العلوم المتجددة التي يحتاج فيها الدارس والممارس

إلى متابعة مستمرة لمستجداتها ونوازلها، وعلاقتها بالفقه الإسلامي والمقاصد الشرعية، ومدى موافقتها للشريعة الإسلامية، وفهمها ودراستها، وعرضها ومناقشتها وفقاً للتطبيقات القضائية، وإن من المصطلحات التي تتكرر كثيراً في القضاء والقانون: مصطلح (النظام العام)، وتثور أسئلة كثيرة عند وروده: ما حدوده وأمثلته وتطبيقاته وتأصيله وغير ذلك من الأسئلة التي تنقح في ذهن عند مطالعة هذا المصطلح، ولذا اخترت البحث في (فكرة النظام العام- دراسة نظرية تطبيقية) ومجال التطبيق على الأنظمة في المملكة العربية السعودية والأحكام والقرارات القضائية في ديوان المظالم في جميع درجات التقاضي، رجاء أن أضيف للمكتبة القانونية القضائية ما يكون فيه نفعاً للمهتمين والمتخصصين، وأسأل الله الإعانة والتوفيق والسداد، وقد رتب هذا البحث على النحو التالي:

خطة البحث:

مقدمة، وتمهيد تضمن: تعريف النظام العام، مفرداً ومركباً، وخمسة مباحث:

المبحث الأول: الدفوع المتعلقة بالنظام العام.

المبحث الثاني: النظام العام عند الفقهاء.

المبحث الثالث: آثار ارتباط القاعدة القانونية بالنظام العام.

المبحث الرابع: طبيعة القواعد المتعلقة بالنظام العام.

المبحث الخامس: الآداب العامة.

التمهيد:

تعريف النظام العام:

النظام لغة:

النون والطاء والميم: أصل يدل على تأليف شيء وتأليفه، والنظام من: النظم، نَظَمْتُ اللؤلؤ، أي:

جمعتُهُ في السِّلِك، والتَّنْظِيمُ مثله، نَظْمُكَ خِزْرًا بعضُهُ إلى بعضٍ في نظامٍ واحدٍ، وهو في كل شيءٍ، حتى قيل: ليس لأمره نظام، أي: لا تستقيم طريقته، وليس له هدي ولا متعلق يتعلق به، والنظام: كل خيط ينظم به لؤلؤ أو غيره فهو نظام، والجميع نظم، وفعلك النظم والتنظيم، والنظام: العقد من الجوهر والخرز ونحوهما...^(١)

النظام في الاصطلاح القانوني:

يطلق النظام في الاصطلاح على معنيين، أحدهما عام والآخر خاص، وبالمعنى العام عرفه بعضهم بأنه: مجموعة الأحكام التي اصطلح شعب ما على أنها واجبة الاحترام، وواجبة التنفيذ لتنظيم الحياة المشتركة في هذا الشعب، فقد يكون نظاماً دينياً، وقد يكون دنيوياً أو سياسياً أو اقتصادياً... إلخ. وعرف النظام أيضاً بأنه: مجموعة القواعد المجردة والملزمة التي تصدر عن السلطة العامة في المجتمع، وهذا هو المعنى الخاص للنظام.^(٢)

العام لغة:

العين والميم: أصل صحيح واحد يدل على الطول والكثرة والعلو، والعام: الشامل، وعمّ الشيء بالناس يعم عمماً، فهو عام، إذا بلغ المواضع كلها، وعم الشيء عموماً: شمل الجماعة، يقال: عمهم بالعطية، ومن الجمع قولهم: عمنا هذا الأمر، يعمنا، عموماً، إذا أصاب القوم أجمعين، والعامية ضد الخاصة.^(٣)

(١) ينظر: مادة (نظم): العين، للخليل بن أحمد الفراهيدي البصري، تحقيق: د. مهدي المخزومي، د. إبراهيم السامرائي، الناشر: دار ومكتبة الهلال، ١٦٧/٨، الصحاح، للجوهري، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، الناشر: دار العلم للملايين - بيروت الطبعة: الرابعة ١٤٠٧هـ، ٥ / ٢٠٤١، مقاييس اللغة، لأحمد بن فارس، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، الناشر: دار الفكر، ١٣٩٩هـ، ٥ / ٤٤٤، القاموس المحيط، للفيروزآبادي، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي الناشر: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، الطبعة: الثامنة، ١٤٢٦هـ، ١ / ١١٦٢.

(٢) المدخل للأنظمة والحقوق في المملكة العربية السعودية، د. فؤاد عبد المنعم أحمد، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ص ٥، المدخل لدراسة القانون، د. محمد جمال ذنيبات، مكتبة القانون والاقتصاد، ١٤٢٣هـ، ص ١٦.

(٣) ينظر: مادة (عم): العين ١ / ٩٤، مقاييس اللغة، ٤ / ١٥، القاموس المحيط، ١ / ١١٤١، البحر المحيط للزركشي، دار الكتبي، الطبعة: الأولى، ١٤١٤هـ، ٥ / ٤.

العام عند الأصوليين:

العام من اصطلاحات علم أصول الفقه، حيث يقسم اللفظ من جهة دلالته على المعنى إلى خاص وعام.

وقيل في تعريف العام: اللفظ الدال على مسميات دلالة لا تنحصر في عدد (١)،
وقيل: اللفظ المستغرق لما يصلح له بحسب وضع واحد. (٢)

تعريف النظام العام مركباً:

هناك تعريفات كثيرة للنظام العام، راجعة إلى صعوبة تحديد ماهية النظام العام، وهو ما يكاد يجمع عليه القضاء والشرح، وقد قيل: (إنك إذا حاولت تعريف النظام العام فإنما تركب حصاناً جامعاً لا تدري على أي أرض سيلقي بك) (٣)، وقيل: (تحديد النظام العام هو المغامرة في رمال متحركة) (٤)، وذلك لتجدد وتطور فكرة النظام العام بمفهومها الشامل، وقد يكون هذا هو السبب في عدم تعريف النظام العام في القوانين، وترك ذلك للقضاء وشرح الأنظمة (٥)، لكن فكرته تُعبّر عن الأسس الاجتماعية والاقتصادية والأخلاقية التي يقوم عليها نظام المجتمع، وتؤوّل في مجملها إلى حماية المصلحة العليا له، وتظهر هذه الحماية في صورة تقييد بعض القواعد القانونية التي يؤدي تطبيقها المطلق إلى انتهاك هذه المصلحة، فأساس هذه النظرية يتمثل في تغليب مصلحة المجتمع على المصلحة الشخصية للأفراد إذا تعارضت معها، ولا يقوم التعارض مع فكرة النظام العام إلا عند انتهاك الحد الأدنى الذي لا يمكن الاستغناء عنه لتحقيق

(١) شرح مختصر الروضة، للطوفي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، ١٤٠٧هـ/ ١٩٨٧م، ٤٤٨/٢.

(٢) المحصول للرازي، دراسة وتحقيق: الدكتور طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، الطبعة: الثالثة، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م، ٣٠٩/٢، شرح مختصر الروضة، للطوفي، ٤٤٨/٢.

(٣) النظرية العامة للنظام العام وتطبيقاتها، ص ٦٧.

(٤) الدفع بالنظام العام وأثره، د. سلطان عبد الله محمود، ص ٨٩.

(٥) ينظر: فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق، د. عماد طارق البشري، المكتب الإسلامي، الطبعة الأولى ١٤٢٦هـ، ص ٢١، الدفع بالنظام العام وأثره، د. سلطان عبد الله محمود، مجلة الرافيدين للحقوق، المجلد (١٢)، العدد (٤٣)، السنة (٢٠١٠م)، ص ٩٠.

الأسس المشار إليها^(١)، والنظام العام بهذا المفهوم لا يكاد يخلو منه تشريع، وهذا المفهوم محل استقرار لدى شراح الأنظمة.

وقيل في تعريف النظام العام: (ما استقرت عليه الجماعة أو تقرره الدولة من أوضاع تكليفية تجري بالنسبة لكل منهما مجرى القيم العليا والأسس الأصلية...) (٢).

وعرفه السنهوري -رحمه الله- بقوله: (تعتبر القاعدة القانونية من النظام العام إذا قصد بها تحقيق مصلحة عامة، سياسية، أو اجتماعية، أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد)^(٣).

ومن التعريفات التي تعطي تصوراً عاماً لفكرة النظام العام هو القول بأن: (النظام العام مصطلح قانوني حديث، يقصد به تلك الأحكام القانونية التي لا يجوز للأفراد مخالفتها أو الاتفاق على خلافها؛ لأنها تتعلق بالمصالح الأساسية للمجتمع، بحيث يؤدي الإخلال بها أو التهاون في تطبيقها إلى زعزعة استقرار المجتمع وتهديد كيانه)^(٤).

ولعل من التعريفات المتميزة في توصيف وحد النظام العام مع اختصارها وتامها، والتي أضفت بعداً أخروبياً وشرعياً يتناسب مع المفهوم الشامل للنظام العام وهيمنة الشريعة الإسلامية على الأنظمة والإجراءات القانونية، القول بأنه: (مجموعة الأحكام والإجراءات الموضوعية لحماية المجتمع وتحقيق النفع العام له في الدنيا والآخرة والتي لا يجوز لأحد مخالفتها أو إسقاطها أو تعديلها أو الاتفاق على خلافها)^(٥).

وجاء في اللائحة التنفيذية لنظام التنفيذ الصادرة بقرار وزير العدل رقم (٥٢٦) وتاريخ

(١) السلطة التقديرية للقاضي الإداري، د. وليد بن محمد الصمعاني، دار الميمان، الطبعة الأولى ١٤٣٦هـ، ٢٣٦/١.

(٢) فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق، د. عماد البشري، ص ٨٠.

(٣) مصادر الحق في الفقه الإسلامي، عبد الرزاق السنهوري، دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، الطبعة الأولى، ٦٠/٣.

(٤) النظرية العامة للنظام العام وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي، أحمد القرالة، الجامعة الأردنية، كلية الدراسات العليا، ١٩٩٦م، ص ٧.

(٥) النظام العام للدولة المسلمة، د. عبد الله العتيبي، دار كنوز إشبيلية، الطبعة الأولى، ١٤٣٠هـ، ص ٥٥.

٢٠٠٢/٢٩٤١هـ في المادة (٢/١١): «المقصود بالنظام العام هو: أحكام الشريعة الإسلامية»، وهذا أحد معاني النظام العام، وجاءت هذه المادة في وجوب مراعاة أن الحكم أو الأمر المطلوب تنفيذه لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية.

وعلى كل حال فمعيار النظام العام هو: المصلحة العامة التي تتعلق بنظام المجتمع الأعلى، كما أنه يختلف باختلاف الزمان والمكان^(١)، ومجالات النظام العام متعددة، وتدخل في شتى الأنظمة، فكل قاعدة لا يجوز للأفراد الاتفاق على خلافها أو تعديلها أو مخالفتها فهي من النظام العام، فتدخل في القوانين الدستورية؛ كالمواد المتعلقة بالحريات والحقوق المكفولة بالدستور، وكذلك في القوانين الجنائية، فلا يجوز الاتفاق على ارتكاب جريمة أو مخالفة القوانين الجنائية، وكذلك في قوانين المرافعات كاشتراط الأهلية مثلاً، وعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها، وكذلك في العقود؛ وذلك بالحكم بطلان العقود لانقضاء أحد أركانها، فإنه إذا عدم الركن عدم العقد^(٢)، فيكون باطلاً إذا اختل أحد أركانه^(٣)، أو باطلاً بطلاناً مطلقاً كما يسميه فقهاء القانون^(٤)، فلا تنشأ عنه أية التزامات، ولكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان، كما أن للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه ولو لم يطلبه الخصوم^(٥)، قال الدكتور طارق البشري: إن فكرة النظام العام مظلة يتعين على جميع التصرفات القانونية أن تستظل بها، وإلا كان البطلان جزاء لها^(٦).

(١) ينظر: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، عبد الرزاق السنهوري، ٦٠/٢.

(٢) ينظر: نهاية السؤل شرح منهاج الوصول، ص ١٧٩، موسوعة القواعد الفقهية، محمد صدقي آل بورنو، ٤/١٦٤.

(٣) ينظر: المبسوط للسرخسي، ٢٥/١٣، مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها، ٢٢٥/٦، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ٢/٢، المغني، لابن قدامة، ٤٥٨/١٠.

(٤) العقد الباطل بطلاناً مطلقاً يعد غير موجود قانوناً، فهو والعدم سواء، لتخلف ركن أو أكثر من أركان انعقاده، ويتم ذلك إذا انعدم الرضا، أو تخلف المحل أو السبب، أو كانا غير مشروعين، أو تخلف شكل العقد، إذا اشترط القانون أو الاتفاق شكلاً لانعقاده.

ينظر: الوجيز في مصادر الالتزام، د. محمد حسين، ص ٣٥.

(٥) ينظر: آثار بطلان العقد على الغير، للمياء بن زهرة، جامعة قاصدي مرباح-ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٣-٢٠١٤.

٢٠١٤م، ص ١٤، انتهاء العقد الإداري، ص ١٤٦.

(٦) ينظر: فكرة النظام العام وحرية التعاقد، عليان عدة، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان، ٢٠١٥-٢٠١٦م، ص ١٦.

المبحث الأول: النظام العام عند الفقهاء:

إن الشريعة الإسلامية باعتبارها تنظم العلاقات بين الناس بعضهم تجاه بعض، اهتمت بالنظام العام وفصلت أحكامه، إلا أنها لم تطلق عليه هذا الاسم؛ لأنه اصطلاح جديد وحديث، ولم يستخدم الفقهاء هذا المصطلح بعينه، وإن استعملوا لفظة النظام والانتظام ونحو ذلك، إلا أن لهم استعمالات قريبة من معنى هذا المصطلح وبعضها أوسع، فالحقيقة أن النظام العام كان معروفاً لدى فقهاءنا المتقدمين.

وهو ولا شك ضرورة في مجالات شتى؛ ولذا لا غرو أن نجد الاستعمال والتأصيل لهذا المعنى متواجداً في المدونات الفقهية، ومن ذلك ما يذكره الفقهاء من قضية أن الحق على نوعين: (حق الله تعالى؛ وحق العبد)، يقول الدكتور السنهوري رحمه الله: (يمكن أن نجد نظيراً في الفقه الإسلامي لفكرة النظام العام والآداب في الفقه الغربي فيما يدعى عادة بحق الله أو حق الشرع، وحق الله أو حق الشرع في الفقه الإسلامي لا يقل في مداها عن دائرة النظام العام والآداب في الفقه الغربي، بل لعله يزيد).^(١)

وحق الله: (ما يتعلق به النفع العام لأهل العالم، فلا يختص به أحد؛ كحرمة الزنا، فإن نفعه عائد إلى جميع أهل العالم وهو سلامة أنسابهم وصيانة فرشهم وارتفاع السيف بين العشائر بسبب التنازع بين الزنا)^(٢)، وقال القرأفي: (حق الله أمره ونهيه)^(٣)، قال تعالى: ﴿تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَقْرُبُوهَا كَذَلِكَ يَبَيِّنُ اللَّهُ آيَاتِهِ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَّقُونَ﴾ (سورة البقرة: ١٨٧)، وقال سبحانه: ﴿تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ (سورة البقرة: ٢٢٩)، وقال سبحانه: ﴿وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْراً﴾ (سورة الطلاق: ١)، قال الطبري

(١) النظام العام للدولة المسلمة، د. عبد الله العنتبي، دار كنوز إشبيليا، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ، ص ٢٣.

(٢) قره عين الأخيار لتكملة رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، لعلاء الدين محمد بن محمد أمين المعروف بابن عابدين، الناشر: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، ٨ / ٢٤٩، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، للزحيلي،

الناشر: دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق - سوريا، الطبعة: الثانية، ١٤٢٧هـ، ٤٧٩/١.

(٣) الفروق للقرأفي، الناشر: عالم الكتب، ١٤٠/١.

-رحمه الله-: (يعني تعالى ذكره بذلك: تلك معالم فصوله، بين ما أحل لكم، وما حرم عليكم أيها الناس، فلا تعتدوا ما أحل لكم من الأمور التي بيئنا وفصلها لكم من الحلال، إلى ما حرم عليكم، فتجاوزوا طاعته إلى معصيته)^(١).

وحق العبد: (ما يتعلق به مصلحة خاصة؛ كحرمة مال الغير فإنه حق العبد ليتعلق بصيانة ماله بها)^(٢) وقال القرافي: (وحق العبد مصالحه)^(٣).

قال الشاطبي -رحمه الله-: (كل ما كان من حقوق الله؛ فلا خيرة فيه للمكلف على حال، وأما ما كان من حق العبد في نفسه؛ فله فيه الخيرة، أما حقوق الله تعالى؛ فالدلائل على أنها غير ساقطة ولا ترجع لاختيار المكلف كثيرة، وأعلىها الاستقراء التام في موارد الشريعة ومصادرها)^(٤).

فحق الله تعالى هو الذي يمثل دائرة النظام العام في التشريع الإسلامي، ونسبته إلى الله ﷻ لبيان أهميته وخطورته واستثارة الطاقات والجهود في الاهتمام والالتزام به، ولكن مرتبة النظام العام أخص من مرتبة حق الله تعالى، وذلك لأن حقوق الله تعالى ليست على مرتبة واحدة؛ بل هي درجات متفاوتة بعضها متعلق بالنظام العام وبعضها ليس كذلك، فالمندوب والمكروه مثلاً من حقوق الله تعالى، إلا أنها ليست متعلقة بالنظام العام - بمعناه الفني الذي بيناه سابقاً - فالأحكام المتعلقة بالنظام العام هي حقوق الله تعالى وليس جميع حقوق الله تعالى من النظام العام.^(٥)

وقال القرافي في معيار التفريق بين حق الله وحق العبد: (فيوجد حق الله تعالى دون حق العبد ولا يوجد حق العبد إلا وفيه حق الله تعالى وإنما يعرف ذلك بصحة الإسقاط فكل ما للعبد إسقاطه فهو الذي نعني به حق العبد وكل ما ليس له إسقاطه فهو الذي نعني بأنه حق الله تعالى)^(٦).

(١) جامع البيان في تأويل القرآن، للطبري، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠هـ، ٥٨٢/٤.

(٢) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، لعلاء الدين البخاري الحنفي، الناشر: دار الكتاب الإسلامي، ١٢٥/٤، وشرح التلويح على التوضيح، للفتازاني، الناشر: مكتبة صبيح بمصر، ٢٠٠/٢، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي ٤٨١/١.

(٣) الفروق للقرافي، الناشر: عالم الكتب، ١٤٠/١.

(٤) الموافقات ١٠١/٣.

(٥) النظرية العامة للنظام العام وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي، ص ٢٨.

(٦) الفروق للقرافي ١٤١/١.

فالحق الذي أذن الله تعالى لعباده بإسقاطه، أو التصرف فيه تغييراً أو تبديلاً فهو حق من حقوقهم، فولاية إسقاط الحق والتنازل عنه لا بد وأن تكون ولاية شرعية، مصدرها الشارع نفسه باعتباره مصدر الحقوق.^(١)

ومن ذلك أيضاً استعمالهم للمصالح العامة والنظام، يقول الشاطبي في معرض حديثه عن الضروريات: (... وغير ذلك من الأمور التي شرعت عامة لمصالح عامة إذا فرض عدمها أو ترك الناس لها انخرم النظام)^(٢)

واستعمل الغزالي مصطلح نظام الدنيا ونظام الدين في الأمور الضرورية التي تقوم عليها مصالح العباد فيهما، يقول -رحمه الله-: (السلطان ضروري في نظام الدنيا، ونظام الدنيا ضروري في نظام الدين، ونظام الدين ضروري في الفوز بسعادة الآخرة وهو مقصود الأنبياء قطعاً، فكان وجوب نصب الإمام من ضروريات الشرع الذي لا سبيل إلى تركه فاعلم ذلك)^(٣) وكذا قولهم في مسألة نقض الاجتهاد إذا خالف النص من الكتاب أو السنة أو الإجماع القطعي: (ولا يعتبر لنقضه طلب رب الحق)^(٤).

المبحث الثاني: الدفع المتعلقة بالنظام العام:

يسمى بعض الفقهاء الدفع المتعلقة بالنظام العام بالدفع المطلقة^(٥)، ومن أمثلة الدفع المتعلقة بالنظام العام: الدفع بعدم الاختصاص الولائي، أو النوعي والدفع بانعدام الصفة أو الأهلية أو المصلحة أو لأي سبب آخر، وكذا الدفع بعدم سماع الدعوى، وعدم جواز نظرها، وعدم قبولها

(١) النظرية العامة للنظام العام وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي، ص ٣٤.

(٢) الموافقات، للشاطبي، تحقيق: مشهور بن حسن آل سلمان، الناشر: دار ابن عثان، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ، ٣٠٥/٢.

(٣) الاقتصاد في الاعتقاد، للغزالي، وضع حواشيه: عبد الله محمد الخليفي، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م، ص ١٢٨.

(٤) ينظر: الإقناع، للحجاوي، تحقيق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، الناشر: دار المعرفة بيروت - لبنان، ٢٨٦، ٤/ شرح منتهى الإرادات، للبهوتي، دار عالم الكتب، الطبعة: الأولى، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م، ٥٠٩/٣، الكوكب المنير شرح مختصر التحرير، لابن

النجار، تحقيق: محمد الزحيلي ونزيه حماد، الناشر: مكتبة العبيكان، الطبعة الثانية ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م، ٥٠٦/٤.

(٥) الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي، د. عبد الله بن محمد آل خنين، دار ابن فرحون، ٣٦٢/١.

لتجاوز المدد والإجراءات المنصوص عليها نظاماً^(١).

وقد نصت المادة السادسة والسبعون من نظام المرافعات الشرعية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (١/م) في ١٤٢٥/١/٢٢هـ على أن: «الدفع بعدم اختصاص المحكمة لانقضاء ولايتها أو بسبب نوع الدعوى أو قيمتها، أو الدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام الصفة أو الأهلية أو المصلحة أو لأي سبب آخر، وكذا الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها؛ يجوز الدفع به في أي مرحلة تكون فيها الدعوى وتحكم به المحكمة من تلقاء نفسها».

ونصت المادة الرابعة عشرة من نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧٨) بتاريخ ١٤٢٨/٩/١٩هـ والتي عدلت بموجب المرسوم الملكي رقم (م/١٢٦) وتاريخ ١٤٤١/٩/١٤هـ، وذلك بإضافة عبارة (مجلس النيابة العامة) إليها، لتكون المادة بالنص الآتي: «لا يجوز لمحاكم ديوان المظالم النظر في الدعاوى المتعلقة بأعمال السيادة، أو النظر في الاعتراضات على ما تصدره المحاكم - غير الخاضعة لهذا النظام - من أحكام داخلية في ولايتها، أو ما يصدره المجلس الأعلى للقضاء ومجلس القضاء الإداري ومجلس النيابة العامة من قرارات».

ونصت المادة الثامنة من نظام المرافعات أمام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣) بتاريخ ١٤٣٥/١/٢٢هـ على إجراءات ومدد رفع الدعوى الإدارية التي يجب اتباعها والتقييد بها عند رفع الدعوى الإدارية.

وقد قرر حكم هيئة التدقيق في الحكم رقم (١٨١/ت/١) لعام ١٤١٧هـ في القضية رقم (١/٨٦٩٩/ق) لعام ١٤١٦هـ: أن القواعد المحددة لاختصاص جهتي القضاء العام والإداري من النظام العام^(٢).

وقضى الحكم رقم (٢٨/د/ف/٤٢) لعام ١٤٣٠هـ المؤيد من محكم الاستئناف الإدارية بالحكم رقم (١٤٠/إس/٨) لعام ١٤٣١هـ في القضية رقم (١٠٦٢/٥/ق) لعام ١٤٣٠هـ، على أنه: ((لما

(١) ينظر: الدفع الشكلية في الدعوى الإدارية وتطبيقاتها القضائية، د. إبراهيم بن عبد الله البطي، دار التدمرية، الطبعة الأولى،

١٤٣٧هـ، ص ٥٧، ٦٨.

(٢) السلطة التقديرية للقاضي الإداري ١/٢٣٦.

كان بحث الاختصاص المتعلق بالولاية القضائية سابق بحكم اللزوم عن الخوض في موضوع الدعوى بحسبانه مسألة أولية يتعين تحقيقها بداءة لاتصالها بالنظام العام، ويتوجب التصدي لها من قبل الدائرة من تلقاء ذاتها ولو لم يثر دفع بشأنها من المدعى عليها))^(١)، كما صدر حكم المحكمة الإدارية العليا مقررًا أن الاختصاص الولائي من النظام العام^(٢) - وهو محل اتفاق في القضاء المقارن-.

وجاء في الحكم رقم (١٢٥١/ق) لعام ١٤٢١هـ: ((والدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذي صفة هو دفع متعلق بالنظام العام - يجوز لصاحب الشأن - أن يثيره في أي مرحلة كانت الدعوى ويجوز للدائرة أن تتصدى له من تلقاء نفسها ولو لم يكن ثمة دفع من المدعى عليها))^(٣).

وجاء في أسباب حكم المحكمة الإدارية العليا لعام ١٤٤٠هـ: ((وحيث إنه للنظر في هذا الاعتراض، فإنه لما كانت المادة الخامسة والأربعون من نظام المرافعات أمام ديوان المظالم تنص على أنه: «... ولا يجوز التمسك بسبب من أسباب الاعتراض غير التي ذكرت في الصحيفة، ومع ذلك فالأسباب المبنية على النظام العام يمكن التمسك بها في أي وقت، وتأخذ المحكمة بها من تلقاء نفسها»، ووفقاً لهذا النص فإنه يجوز للمحكمة العليا إثارة الأسباب المتعلقة بالنظام العام، ولو لم يسبق التمسك بها في صحيفة الاعتراض متى توافرت عناصر الفصل فيها من الوقائع والأوراق التي سبق عرضها على محكمة الموضوع ولما كانت القواعد الإجرائية المقررة لشروط قبول الدعوى من النظام العام وتتصدى له المحكمة من تلقاء نفسها ولو لم يتم التمسك به في الاعتراض...))^(٤)، وبهذا صدر الحكم في القضية رقم (٤٣٨٤/٢/ق) لعام ١٤٢٩هـ والمؤيد من

(١) مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٢١هـ، الصادرة عن ديوان المظالم، ٣/١.

(٢) مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا للأعوام ١٤٣٩-١٤٤٠-١٤٤١هـ، ص ٧٠٨.

(٣) مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٢٢هـ، الصادرة عن ديوان المظالم، ٣/١.

(٤) مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا للأعوام ١٤٣٩-١٤٤٠-١٤٤١هـ، ص ٥٨٠.

محكمة الاستئناف الإدارية بالحكم رقم (٣٦١/إس/٨) لعام ١٤٢١هـ.^(١)
وصدر الحكم رقم (٢١٥/د/١/٢) لعام ١٤٢٩هـ والمؤيد بحكم محكمة الاستئناف الإدارية رقم (١١٢/إس/٥) لعام ١٤٣٠هـ مقررًا أن بحث الصفة لطرفي الدعوى ومدى توافرها من قبيل النظام العام^(٢)، كما قررت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر عام ١٤٤٠هـ اعتبار بحث صفة طرفي الدعوى ومدى توافرها في الدعوى من النظام العام.^(٣)
ونص الحكم رقم (١٨١/د/١/٩) لعام ١٤٢٩هـ والمؤيد بحكم محكمة الاستئناف الإدارية رقم (١٥٩/إس/٦) لعام ١٤٣٠هـ على أن الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها من الدفع الشكلية الجوهرية المتعلقة بالنظام العام التي يجوز أن تثيرها المحكمة من تلقائياً.^(٤)
وقد وقع الخلاف في الاختصاص المكاني في المحاكم الإدارية، هل هو من النظام العام أم ليس منه؟ مع الاتفاق على كونه ليس من النظام العام في القضاء العادي، أما في القضاء الإداري فاختلقت الآراء حوله على ثلاثة آراء:

الرأي الأول: أنه ليس من النظام العام^(٥)، فيجوز أن يتفق أطراف الدعوى على مخالفة قواعد الاختصاص المكاني، كما يجوز لهم التنازل عنها، وهذا أمر مستقر عليه في القضاء العادي؛ لأن قواعد الاختصاص المكاني إنما وضعت لرعاية مصالح المتقاضين الخاصة لا لتحقيق أغراض عامة، وأيضاً عملاً بأن المنظم نص على وجوب إبداء الدفع بعدم الاختصاص المكاني قبل أي طلب أو جواب، حيث جاء في نظام المرافعات الشرعية في المادة (٧٥) أن: «الدفع ببطلان صحيفة الدعوى، أو بعدم الاختصاص المكاني، أو بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام النزاع نفسه أمامها أو لقيام دعوى أخرى مرتبطة بها، يجب إبداءه قبل أي طلب أو دفاع في الدعوى أو دفع

(١) مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٢١هـ، الصادرة عن ديوان المظالم، ١/١٤٨.

(٢) مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٣٠هـ، الصادرة عن ديوان المظالم، ١/٩٤.

(٣) مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا للأعوام ١٤٣٩-١٤٤٠-١٤٤١هـ، ص ١٢٤.

(٤) مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٢١هـ، الصادرة عن ديوان المظالم، ١/٢١٦.

(٥) ينظر: نظرية الدفع في قانون المرافعات، ص ١٦٥، السلطة التقديرية للقاضي الإداري، ١/٢٧١، الدفع الشكلية في الدعوى

الإدارية، ص ١١٧، وما بعدها.

بعدم القبول، وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها»، وهذا التخصيص له بالذكر تأكيد على عدم كونه متعلقاً بالنظام العام الذي يجوز إبداء الدفع في أي مرحلة من مراحل الدعوى، وقد نص نظام المرافعات أمام ديوان المظالم على أن: «تطبق على الدعاوى المرفوعة أمام محاكم ديوان المظالم، أحكام نظام المرافعات الشرعية فيما لم يرد فيه حكم في هذا النظام، وبما لا يتعارض مع طبيعة المنازعة الإدارية».^(١)

وقد قضى القضاء الإداري في المملكة بكون الدفع بعدم المكاني ليس من النظام العام، ومن ذلك ما قضت به محكمة الاستئناف الإدارية بالرياض وفيه: ((... تتلخص الدعوى في أن المدعية تطعن في قرار لجنة مخالقات المؤسسات الصحية الخاصة... وبإحالتها إلى الدائرة السادسة عشرة نظرتها، ثم أصدرت بشأنها الحكم محل الاستئناف الذي يقضي بعدم اختصاصها مكانياً بنظر الدعوى... أما عن موضوع الدعوى، فقد استبان لها صحة النتيجة التي خلصت إليها الدائرة في قضائها، وسلامة الأسباب والأسانيد التي قام عليها هذا القضاء، وموافقة ذلك للقواعد المقررة في هذا الخصوص؛ ولذلك فإن هذه الدائرة تصادق على ما انتهت إليه الدائرة في حكمها محل الاستئناف، وتؤيده محمولاً على أسبابه مع الإضافة بأن في ذلك سداً لما قد يترتب على نقل القضية إلى دائرة أخرى بعد الدخول في موضوعها من إخلال بسير العدالة، يستثمره بعض أطراف الدعوى إذا استبان له توجهات القضية من خلال المرافعة، فلذلك استقرت المبادئ على سقوط الدفع بعدم الاختصاص المكاني بعد الدخول في موضوع الدعوى، وفضلاً ذلك، فإن مؤدى الاستجابة إطالة أمد القضية ولا يغير من ذلك ما أثاره وكيل المدعية في اعتراضه من أقواله))^(٢)، وكذا جاء في حكم محكمة الاستئناف الإدارية في القضية رقم (٤٢٨/ق) لعام ١٤٣٦هـ.^(٣)

(١) المادة (الستون)، المعدلة بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٢) وتاريخ ١٤٤٣/٥/٢٦هـ.

(٢) الحكم رقم (٢/١١٥٨) لعام ١٤٣٢هـ في القضية رقم (١٤٣١/ق) لعام ١٤٣٢هـ بواسطة الدفع الشكلية في الدعوى الإدارية، ص ١٢٢-١٢٣.

(٣) مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية، لعام ١٤٣٦هـ، ٢٣٧٨/٥.

الرأي الثاني: ذهب اتجاه آخر في القضاء الإداري إلى عدم اعتبار الاختصاص المكاني متعلقاً بالنظام العام في كل حال، فيجوز للخصوم الخروج عليه إذا وجدت مصلحة عامة تبرر ذلك، ولا سيما في بعض الدعاوى التي لا يظهر أي أثر سلبي للسير فيها رغم عدم تحقق الاختصاص المكاني، وإنما يتحقق الأثر السلبي عند الحكم بعدم الاختصاص المكاني رغم مضي مدة على نظر الدعوى والسير فيها، وقد قرر القضاء الإداري أن هذا الاستثناء مقرر لصالح جهة الإدارة، وهو بطبيعة الحال خاضع لتقدير القاضي الإداري، فلا يقره إلا حيث يكون متمشياً مع اعتبارات المصلحة العامة وفقاً لكل حالة على حدة.

باعتبار أن هذا الرأي هو الأقرب لطبيعة الدعوى الإدارية ودور القاضي الإداري الإيجابي إزاءها؛ إذ ليس من الملائم أن يجعل الاختصاص المكاني متعلقاً بالنظام العام، وأن على القاضي الإداري التصدي له حتى في المراحل الأخيرة من الدعوى، رغم إبداء جهة الإدارة لدفاعها، وبواسطة ممثليها القانوني ولا حاجة بأن الاعتبار هو: لقرب اتصال المحكمة بالمنازعة وسهولة الوصول إلى مستنداتها ونحو ذلك؛ لأن مكان المحكمة لا أثر له على ذلك، فالقضاء الإداري هو قضاء أوراق بالدرجة الأولى، ثم إن الأمر مرهون بالسلطة التقديرية للقاضي الإداري وفق ما يراه من ظروف الدعوى.^(١)

الرأي الثالث: أن الدفع بالاختصاص المكاني من النظام العام^(٢)، واعتبار القضاء الإداري جميع الدفوع تقريباً متعلقة بالنظام العام، وأن قواعده لم يراع فيها تقريب جهة التقاضي من المتقاضيين أو مصالحهم الخاصة، بل نظر فيها إلى تيسير نظر المنازعة أمام المحكمة لتقريبها من جهة الإدارة ووجود عناصر لمنازعة وأوراقها ومستنداتها لديها، ولذا لا مجال لقبول الاتفاق على مخالفته، ولعل هذا الرأي أقرب للصواب؛ لورود نص خاص في نظام المرافعات أمام ديوان المطالم في المادة الثانية، والذي قرر أن: «يكون الاختصاص المكاني للمحكمة التي يقع في دائرة

(١) ينظر: السلطة التقديرية للقاضي الإداري، ٢٧٢/١، الموسوعة الشاملة في التعليق على نظام المرافعات، ٦٨٢/٢ وما بعدها، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، ص ١٧٠.

(٢) ينظر: السلطة التقديرية للقاضي الإداري، ٢٧١/١، الدفوع الشكلية في الدعوى الإدارية، ص ١١٧، وما بعدها.

اختصاصها مقر المدعى عليه، أو مقر فرع الجهة المدعى عليها إن كانت الدعوى متعلقة بذلك الفرع، أو مقر عمل الموظف في الدعوى التأديبية»، كما نصت اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات أمام ديوان المظالم^(١) في المادة (١/٢) على أنه: «لا تكون المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مقر المدعى عليه مختصة مكانياً إذا تعلقت الدعوى بفرع الجهة المدعى عليها».

كما صدرت أحكام تنص على أن الدفع بعدم الاختصاص المكاني بالنسبة للمحاكم الإدارية من الدفوع المتعلقة بالنظام العام التي يجوز أن تثار في أية حالة تكون عليها الدعوى، ويجوز للمحكمة أن تفصل في الدفع بالاختصاص المكاني من تلقاء نفسها دون طلب، ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها؛ لأن المنازعات الإدارية تتعلق بالنظام العام لتعلق القانون الإداري والأوضاع التي يحكمها بالنظام العام، ووجود العديد من الشروط الشكلية لصحة إجراءات الدعوى، وبخاصة دعوى الإلغاء التي تطلب إجراءات ومواعيد هي في جملتها من النظام العام، مما يتعين معه على المحكمة استيفاء دعوى الإلغاء لكافة جوانبها الشكلية من تلقاء نفسها، دون أن تُبدى أية دفوع من أطراف الدعوى، كالمواعيد المقررة لإقامتها.

من ذلك الحكم الذي نص على: ((أنه يجب على الدائرة ابتداءً بحث اختصاص المحكمة في نظر مثل هذه الدعاوى؛ وحيث إن المدعية ترفع دعاوها أمام مكتب العمل بالمنطقة الشرقية وحيث إنه يجب على الدائرة ابتداءً بحث اختصاص المحكمة في نظر مثل هذه الدعاوى وحيث كانت الدعوى من اختصاص المحاكم الإدارية ولائياً وفقاً للمادة (١٢/ب، ج) من نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧٨) في ١٩/٨/١٤٢٨هـ، بيد أنه وبإطلاع هذه المحكمة على تعميم رئيس الديوان رقم (٣٠/١) في ٢/١٨/١٤٠٤هـ على أنه من: «المبادئ المسلمة في صفة المرافعات أن قواعد توزيع الاختصاص بين محاكم الجهة التي تتبعها، والبحث في الاختصاص المكاني بالنسبة للدعاوى التي تتعلق بروابط إدارية تنشأ بين الإدارة كسلطة عامة، وبين الأفراد أو الجهات الخاصة يعتبر هو الأمر، ومن الأمور التي لا يجوز الاتفاق على خلافها بحسبان

(١) الصادرة بقرار مجلس القضاء الإداري رقم (١٢٧) وتاريخ ١٤٢٥/١٢/٢٦هـ.

أن تلك الدعاوى تقدم على الصالح العام، ومن ثم كان تحديد الاختصاص المكاني للهيئة القضائية التي تنظرها يقوم على أساس من هذا الصالح، ولا يتوقف ذلك التحديد على إرادة ذوي الشأن، وعلى هذا المقتضى وجب على الدائرة بعد أن يثبت لها أن الدعوى المعروضة تدخل في الاختصاص الولائي للديوان أن تنتقل بعد ذلك فوراً من تلقاء ذاتها إلى البحث في مدى دخول المنازعة موضوع الدعوى في حدود الاختصاص المكاني المحدد للدائرة بحسب توزيع الاختصاص المكاني بين تشكيل الدوائر الذي تتبعه، وذلك قبل المضي في استكمال عناصر موضوع الدعوى»، وتعميمه رقم (٥) في ١٤٠٨/٤/٧هـ المؤكد على «أن الاختصاص القضائي في ديوان المظالم باعتباره متخصصاً يكتسب أهمية خاصة؛ لأن الاختصاص بطبيعته من المسائل الأولية المتعلقة بولاية نظر الدعاوى والفصل فيها، ويتعين التصدي لتقريرها في كل قضية فور ورودها، ثم إن القضاء المتخصص، وإن كان عام النظر في مجال تخصصه إلا أن ولايته الخاصة تكون محددة على سبيل الحصر نظاماً، ولما كان إسناد ولاية الفصل في القضايا التي اختص ديوان المظالم بها يعتمد على قاعدة الاختصاص النوعي، فمما تجدر مراعاته أن محاكمه تقوم أيضاً على قاعدة الاختصاص المكاني»، وتعميمه رقم (٢) في ١٤١٠/٣/٤هـ، وفيه: «إنه لما كان من المسلم به أن القاضي الإداري عليه أن يتحقق في نظره للمنازعة الإدارية من ولايته بنظرها واختصاصه نوعياً ومكانياً بهذا النظر، باعتبار أن فقدان الولاية مانع أصلاً من نظر الدعوى شكلاً وموضوعاً، وهو ما يترتب عليه الحكم بعدم الاختصاص أياً كان سببه، واستطرد إلى القول إنه وفي جميع الأحوال فإن الدائرة إذا تبينت حال ورود الاختصاص الظاهر بنظر الدعوى... كان لها في حضور المدعي أن تصدر حكمها بعدم الاختصاص... دون الحاجة إلى إخطار بقية الأطراف، ومن ثم فإن الدائرة أصدرته في غيبة المدعى عليها، ولكل ما تقدم حكمت الدائرة بعدم اختصاص المحكمة الإدارية بمنطقة مكة المكرمة مكانياً بنظر الدعوى»^(١).

(١) الحكم رقم (٤٢٥/٥/١/٩) لعام ١٤٢٠هـ في القضية رقم (٥٨٦٨/٢) لعام ١٤٢٠هـ، بواسطة الدفع الشكلية في الدعوى الإدارية، ص ١٢٠-١٢١.

وقد ورد في محضر اجتماع رئيس وأعضاء المحكمة الإدارية العليا رقم (٤/١٤٤٠هـ) وتاريخ ١٤/٦/١٤٤٠هـ في (البند الثاني) بشأن تباير الاجتهاد القضائي باعتبار الاختصاص المكاني من النظام العام: (أكد المجتمعون على أن الدعوى التي تقام ضد الجهة الإدارية يكون الاختصاص المكاني بالنسبة لها من النظام العام؛ على اعتبار أن مصلحة جهة الإدارة لا يمكن النزول عنها إلا بنظام، ومعلوم أن الاختصاص المكاني مقرر للمدعى عليه، وهو الموافق للمادة الثانية من نظام المرافعات أمام ديوان المظالم).

إلا أن هذه الخصوصية للقضاء الإداري المحكومة بالنص النظامي واعتبار مصلحة جهة الإدارة، لا تغفل الغاية والمقصد العام في تحديد الاختصاص المكاني وهو تخفيف الأعباء على المتقاضين، ولذا يكفي بأن يحكم باختصاص المحكمة مكاني بأدنى تعلق لها بفرع الجهة الإدارية، وهو الموافق للمادة الثانية من نظام المرافعات أمام ديوان المظالم واللائحة التنفيذية للنظام في المادة (١/٢) على أنه: «لا تكون المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مقر المدعى عليه مختصة مكانياً إذا تعلقت الدعوى بفرع الجهة المدعى عليها»، وهذا ما قرره المحكمة الإدارية العليا بحكمها الصادر عام ١٤٤١هـ والذي نص في أسبابه: ((بما أن الدائرة تستمد اختصاصها بنظر هذا الطلب وتحديد المحكمة المختصة من نص المادة (١١/و) من نظام ديوان المظالم، ولما كان الاختصاص المكاني حسب نص المادة الثانية من نظام المرافعات أمام ديوان المظالم أنيط بالمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مقر المدعى عليه، أو فرع الجهة المدعى عليها إذا كانت الدعوى متعلقة بذلك الفرع، وغاية ما يسعى إليه ذلك النص هو تخفيف الأعباء على المتقاضين، وتوزيع العمل على سائر المحاكم بحسب النطاق المكاني لكل منها؛ ومن ثم فإنه يكفي لتحقيق تعلق الدعوى بفرع الجهة أن يتمتع ذلك الفرع بأدنى الصلاحيات في تمثيل المركز الرئيسي للجهة الإدارية المدعى عليها في منطقتة، وبما أن الجهة الإدارية المدعى عليها لها فرع في منطقة الجوف ويقع في نطاق الاختصاص المكاني للمحكمة الإدارية بسكاكا، وكانت الدعوى متعلقة بهذا الفرع، وكان لهذا الفرع من الصلاحيات ما يكفي لنيابة المركز الرئيسي

في مباشرة بعض الأعمال التي يستطيع من خلالها الإشراف أو تسيير بعض الإجراءات المتعلقة بالعقد؛ فإن الاختصاص بنظر الدعوى يكون منعقداً للمحكمة الإدارية بسكاكا...^(١).

المبحث الثالث: آثار ارتباط القاعدة القانونية بالنظام العام:

من أهم آثار ارتباط القاعدة القانونية بالنظام العام:

١- أنه يجوز للمحكمة أن تثيرها من تلقاء نفسها، ولا يُعد تدخلها خروجاً عن مبدأ الحياد أو حكماً بما لم يطلبه الخصوم، وقد نصت المادة التاسعة والتسعون بعد المائة من نظام المرافعات الشرعية على أنه: «لا يجوز التمسك أمام المحكمة العليا بسبب لم يرد في مذكرة الاعتراض، ما لم يكن السبب متعلقاً بالنظام العام؛ فتأخذ به المحكمة من تلقاء نفسها»، كما نصت المادة الخامسة والأربعون من نظام المرافعات أمام ديوان المظالم على أنه: «... ولا يجوز التمسك بسبب من أسباب الاعتراض غير التي ذكرت في الصحيفة، ومع ذلك فالأسباب المبنية على النظام العام يمكن التمسك بها في أي وقت، وتأخذ المحكمة بها من تلقاء نفسها».

٢- أنه يجب على المحكمة أن تتعرض له من تلقاء نفسها، دون حاجة إلى تنبيه من الخصوم، ومن ذلك ما نصت المادة السادسة والسبعون من نظام المرافعات الشرعية من أن: «الدفع بعدم اختصاص المحكمة لانتفاء ولايتها أو بسبب نوع الدعوى أو قيمتها، أو الدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام الصفة أو الأهلية أو المصلحة أو لأي سبب آخر، وكذا الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها؛ يجوز الدفع به في أي مرحلة تكون فيها الدعوى وتحكم به المحكمة من تلقاء نفسها».

٣- يجوز للخصوم أن يتمسكوا به في أية مرحلة من مراحل نظر الدعوى، ولا يُعد سكوتهم عن التمسك به تنازلاً عنه، أو مسقطاً لحقهم في إثارتها، وعليه فيجوز التمسك بالدفع المتعلق بالنظام العام، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، أو المحكمة العليا، كما جاء في المادة الخامسة والأربعين من نظام المرافعات أمام ديوان المظالم التي تنص على أنه: «... ولا يجوز التمسك

(١) مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا للأعوام ١٤٣٩-١٤٤٠-١٤٤١هـ، ص ٦٣٩.

بسبب من أسباب الاعتراض غير التي ذكرت في الصحيفة، ومع ذلك فالأسباب المبنية على النظام العام يمكن التمسك بها في أي وقت، وتأخذ المحكمة بها من تلقاء نفسها.

٤- لا يجوز للخصوم الاتفاق على مخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام، كما لا يجوز لهم التنازل عن تطبيق هذه القواعد^(١)، وهو ما نص عليه الحكم رقم (١/٤/٢١٩) لعام ١٤٣٥هـ والمؤيد بحكم محكمة الاستئناف الإدارية في القضية رقم (٦٩٧/ق) لعام ١٤٣٦هـ.^(٢)

ويترتب على اعتبار القاعدة القانونية غير متعلقة بالنظام العام نتائج عكسية أهمها:

١- إنه يجوز للخصوم أن يتنازلوا عن تطبيق القاعدة غير المتعلقة بالنظام العام كما يجوز لهم أن يتفقوا على مخالفة هذه القاعدة، ويكون هذا الاتفاق ملزماً لهم.

٢- لا يجوز للمحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها في حالة مخالفة القاعدة غير المتعلقة بالنظام العام.

٣- لا يجوز للخصوم الدفع بالدفع غير المتعلقة بالنظام العام في أية حالة تكون عليها الدعوى، بل يجب عليهم الدفع بها مع سائر الدفع الشكالية قبل التكلم في موضوع الدعوى، أمام محكمة الدرجة الأولى، ويعتبر التكلم في موضوع الدعوى بمثابة تنازل عن الدفع بها.^(٣)

المبحث الرابع: طبيعة القواعد المتعلقة بالنظام العام:

يثور هنا سؤال مهم، وهو كيف نستطيع أن نميز بين القواعد المتعلقة بالنظام العام، وبين غيرها من القواعد؟ أو بعبارة أخرى كيف نعرف أن قاعدة ما من قواعد القانون متعلقة بالنظام العام؟ للإجابة على هذا السؤال نقول: إن القواعد القانونية على نوعين:

(١) ينظر: الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات، د. أحمد مليجي، طبعة خاصة بديوان المظالم، ١٤٢٣هـ، ٦٧٦/٢، الدفع الشكالية في الدعوى الإدارية، ص ٩٩ وما بعدها، السلطة التقديرية للقاضي الإداري، ٢٢٦/١.

(٢) مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٣٦هـ، ٢٦٩١/٥.

(٣) ينظر: الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات، ٢٢٢/٢، ٦٦٩/٢، الدفع الشكالية في الدعوى الإدارية ص ١٠٠.

النوع الأول: القواعد الآمرة:

وهي القواعد التي لا يجوز مخالفتها؛ لأنها تتصل بكيان المجتمع ومقوماته الأساسية، ومن ثم لا يباح للأفراد مخالفتها أو الاتفاق على خلافها، وهذه القواعد تعتبر من النظام العام^(١)، ومن أمثلتها: ما نصت عليه المادة (٢٢) من نظام الهيئة العامة للولاية على أموال القاصرين ومن في حكمهم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٧) بتاريخ ١٣/٢/١٤٢٧هـ: «لا يجوز لأعضاء مجلس إدارة الهيئة ومنسوبيها ومن يمثلها أن يفشوا شيئاً مما وقفوا عليه من أسرار الهيئة بسبب مباشرتهم لأعمالها ولا أن يشتروا أو يستأجروا مالاً من أموال المشمولين بهذا النظام ولا أن يبيعوا الهيئة أو يؤجروها بهذه الصفة شيئاً من أموالهم أو يقايضوها عليه سواء كان ذلك بطريق مباشر أو غير مباشر ولو كان بطريق المزاد العلني أو أن يدخلوا بصفتهم الشخصية طرفاً في أي عقد تنفذه الهيئة أو تشرف عليه، ويبطل كل تصرف يتم مخالفاً لما ذكر في هذه المادة».

النوع الثاني: القواعد المكملة:

وهي القواعد التي يجوز للأفراد استبعادها والاتفاق على خلافها؛ لأنها تعالج مسائل لا تتصل بكيان المجتمع ولا مقوماته الأساسية، بل تهدف إلى حماية المصالح الخاصة للأفراد، فيجوز للأفراد أن ينظموها على النحو الذي يرتضونه ويتفقون عليه، فلا تعتبر من النظام العام، وسميت مكملة لأن تطبيقها يعد استكمالاً لإرادة الأفراد^(٢).

مثال ذلك: ما نصت عليه المادة الخامسة من نظام براءات الاختراع والتصميمات التخطيطية للدارات المتكاملة والأصناف النباتية والنماذج الصناعية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢٧) بتاريخ ٢٩/٥/١٤٢٥هـ: «ب- إذا كان موضوع الحماية عملاً مشتركاً لعدة أشخاص كان الحق لهم جميعاً بالتساوي، ما لم يتفقوا على خلاف ذلك».

(١) ينظر: النظرية العامة للنظام العام وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي ص ٧٢، المدخل لدراسة القانون، ص ٩٩.

(٢) ينظر: النظرية العامة للنظام العام وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي ص ٧٤، المدخل لدراسة القانون، ص ١٠٠.

ولكن ما قيمة هذه القواعد إذا جاز للأفراد الاتفاق على خلافها؟ وهل يجوز أن يكون هناك قاعدة قانونية لا تتصف بعنصر الإلزام؟

ونبدأ بالإجابة عن هذا السؤال فنقول: نعم لا يجوز أن تخلو القاعدة القانونية من عنصر الإلزام وإلا ما كانت كذلك، فالقاعدة المكتملة قاعدة ملزمة إلا أن شرط تطبيقها لم يتوفر، وهو عدم اتفاق الأفراد على خلافها، وما دام أن المتعاقدين قد اتفقا على خلافها فإن شرط إعمالها لم يتوفر، لذلك يجوز للأفراد الاتفاق على خلافها.^(١)

أما فائدة هذه القواعد فتظهر عند عدم الاتفاق على خلافها، حيث إنها تعتبر مفسرة ومكملة لإرادة المتعاقدين، ومن ثم تكون ملزمة لهما، فهي إذن قاعدة ملزمة. وأما عن إجابة سؤال معرفة القواعد المتعلقة بالنظام العام، فهناك طريقتان للتمييز بين القواعد المتعلقة بالنظام العام وبين غيرها:

الطريقة الأولى: الطريقة اللفظية:

أو ما يسمى بالمعيار أو الطريقة المادية^(٢)، وهي: أن تدل القاعدة القانونية بعبارتها وألفاظها على المقصود من مضمونها، وهل هو متعلق بالنظام العام أم لا؟ فإذا دلت العبارة في القاعدة القانونية على عدم جواز مخالفتها كان متعلقاً بالنظام العام.^(٣)

ومن ذلك: أن تنص القاعدة على وجوب أو تعين أو عدم جواز أمر معين أو بطلانه، ومثال ذلك: ما نصت عليه المادة الرابعة من نظام المؤسسات الصحية الخاصة الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٠) بتاريخ ١١/٣/١٤٢٣هـ، والتي نصت على أنه: «١- لا يجوز افتتاح أي مؤسسة صحية خاصة أو تشغيلها إلا بعد استكمال جميع الشروط والمتطلبات التي ينص عليها هذا النظام ولائحته التنفيذية، بعد الحصول على التراخيص اللازمة»، وما جاء في نظام حماية حقوق المؤلف الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤١) بتاريخ ٧/٢/١٤٢٤هـ في المادة الثانية عشرة:

(١) ينظر: النظرية العامة للنظام العام وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي ص ٧٦.

(٢) النظام العام في الدولة المسلمة، ص ٢٢٩.

(٣) ينظر: النظرية العامة للنظام العام وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي ص ٧٧، المدخل لدراسة القانون، ص ١٠١.

«يعد تنازل المؤلف عن مجموع إنتاجه الفكري المستقبلي باطلاً»، وكذا ما جاء في المادة الثانية والسبعين من نظام الشركات الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٣٢) وتاريخ ١٢/١/١٤٤٣هـ، والتي نصت على أنه: «١- لا يجوز لشركة المساهمة أن تقدم قرضاً من أي نوع إلى أي من أعضاء مجلس إدارتها، ولا يجوز لها عقد أي كفالة أو تقديم أي ضمانات تتعلق بقرض يعقده أي منهم مع الغير. ويسري ذلك على كل قرض أو كفالة أو ضمان يقدم لأي من أقاربه، ويعد باطلاً كل عقد يتم بالمخالفة لذلك...».

وقد قضى ديوان المظالم^(١) برفض طلب المدعي بإعفائه من مطالبة المدعى عليها له بباقي المستحقات الإيجارية وإلغاء قرارها باستحصال قيمة الضمان المصرفي المقدم منه، وقرارها بالحجز على كافة أمواله وذلك نتيجة لعقد إيجار البحيرة المبرم معها - الصلح الذي تم بين المدعي والجهة لم ينته إلى نتيجة ملزمة بشأن إعفائه من المستحقات الإيجارية المطالب بها وإنما ترك الأمر للجهة بوصفها قيِّمة على المال العام والتي أثرت مطالبتها بها رعاية لحقوقها؛ وقد أوجب النظام الاحتفاظ بالضمان النهائي إلى أن يتم تنفيذ التزامات المقاول أو المتعهد، ومن المستقر عليه في الفقه والقضاء أنه لا أثر للاتفاق على مخالفة النصوص الآمرة، ومن ثم فلا تملك الجهة الاصطلاح على رد قيمة الضمان النهائي للمدعي بالمخالفة للنظام، وحيث إن المادة (٢٤) من اللائحة التنفيذية لنظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها الصادرة بقرار وزير المالية رقم (٢١٣١) في ٥/٥/١٣٩٧هـ نصت على أنه: «يجب الاحتفاظ بالضمان النهائي إلى أن يتم تنفيذ الالتزامات المقاول أو المتعهد».

الطريقة الثانية: الطريقة المعنوية:

وفي هذه الحالة لا تنص القاعدة صراحة على اعتبار مضمونها متعلقاً بالنظام العام، وهنا لا بد من الاعتماد على معنى النص ومضمونه، فإذا أفاد النص أو مضمونه، أنه يتضمن قاعدة لا

(١) في الحكم رقم (٢/١/١/٥٥) لعام ١٤٢٣هـ في القضية رقم (٢/٢٦٥٨/ق) لعام ١٤٢٩هـ، والمؤيد من محكمة الاستئناف بالحكم رقم (٢/١٠٤) لعام ١٤٢٤هـ، المنشور في مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٢٤هـ.

يجوز الاتفاق على خلافها؛ لأنها تتعلق بالمصالح الأساسية للمجتمع، كانت هذه القاعدة من القواعد الأمرة المتعلقة بالنظام العام، أما إذا أفادت القاعدة بمعناها، أنها تنظم علاقة خاصة بين الأفراد لا تأثير لها في المصالح الأساسية للمجتمع، فإنها تكون قاعدة مكملة أو مفسرة لا علاقة لها بالنظام العام؛ وذلك لأن موضوعها لا يستوجب عدم الاتفاق على خلافها، ويرجع في تحديد ذلك إلى سلطة الدائرة القضائية واجتهادها، ولا يصار إلى الطريقة المعنوية لتحديد القاعدة القانونية الأمرة أو المكملة إلا بعد إخفاق الطريقة اللفظية في الكشف عن هذه الطبيعة.^(١)

ومن الأمثلة على هذه الطريقة: ما نصت عليه المادة (٧) من النظام الأساسي للحكم الصادر بالأمر الملكي رقم (أ/٩٠) بتاريخ ١٢/٨/٢٧هـ: «يستمد الحكم في المملكة العربية السعودية سلطته من كتاب الله تعالى، وسنة رسوله، وهما الحاكمان على هذا النظام وجميع أنظمة الدولة»، فيجب مراعاة الأدلة القطعية، التي تحدد معالم النظام العام، ولا يجوز مخالفتها أو الاتفاق على خلافها.

المبحث الخامس: الآداب العامة:

لا تختلف الآداب العامة عن النظام العام فهي جزء منه، وهي مجموعة القواعد الخلقية التي تلتزمها جماعة معينة وعصر معين.^(٢)

وقد صدرت بخصوص تنظيم بعض الآداب العامة: لائحة المحافظة على الذوق العام الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (٤٤٤) بتاريخ ١٤٤٠/٨/٤هـ، والذي سماها بالذوق العام، وعرفه بأنه: مجموعة السلوكيات والآداب التي تعبر عن قيم المجتمع ومبادئه وهويته، بحسب الأسس والمقومات المنصوص عليها في النظام الأساسي للحكم.

فالآداب العامة هي مجموعة من الأخلاق والسلوكيات التي لها مساس بقيم المجتمع ومصالحه

(١) ينظر: النظرية العامة للنظام العام وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي ص٧٨، المدخل لدراسة القانون، ص١٠٢، النظام العام، فيصل نسيغة، رياض دنش، مجلة المنتدى القانوني، العدد الخامس، ص١٧١، النظام العام في الدولة المسلمة، ص٢٣٠.
(٢) ينظر: النظرية العامة للنظام العام وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي، ص٧٧، النظام العام في الدولة المسلمة، ص٥٩.

العليا، والتي يؤدي إهمالها إلى الإخلال بكيان المجتمع وتفككه وتعريضه للانحلال، ولذا يحمى بقوة النظام ولا يجوز الاتفاق على خلافه، وعلى هذا فإن ما قيل عن النظام العام يقال عن الآداب العامة إذ هي شقه الأخلاقي، وجزء منه، من حيث المعيار واختلافه من زمان ومكان، وغيره^(١)، ومن أمثلة الآداب العام ما نصت عليه لائحة الذوق العام في المواد التالية:

المادة الثالثة: «يجب على كل من يكون في مكان عام احترام القيم والعادات والتقاليد والثقافة السائدة في المملكة».

المادة الرابعة: «لا يجوز الظهور في مكان عام بزي أو لباس غير محتشم أو ارتداء زي أو لباس يحمل صوراً أو أشكالاً أو علامات أو عبارات تسيء إلى الذوق العام».

المادة الخامسة: «لا تجوز الكتابة أو الرسم أو ما في حكمهما على جدران مكان عام، أو أي من مكوناته، أو موجوداته، أو أي من وسائل النقل؛ ما لم يكن مرخصاً بذلك من الجهة المعنية».

المادة السادسة: «لا يسمح في الأماكن العامة بأي قول أو فعل فيه إيذاء لمرتابيها، أو إضرار بهم، أو يؤدي إلى إخافتهم أو تعريضهم للخطر».

ومن ذلك أيضاً ما نص عليه نظام المطبوعات والنشر الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢٢) بتاريخ ١٤٢١/٩/٣هـ في المادة الثامنة عشرة من أنه: «تجاز المطبوعات الخارجية، إذا خلت من كل ما يسيء إلى الإسلام، أو نظام الحكم، أو يضر بالمصلحة العليا للدولة، أو يخدش الآداب العامة وينال في الأخلاق».

كما نصت المادة الثانية من نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٧) بتاريخ ١٤٢٨/٣/٨هـ على أنه: «يهدف هذا النظام إلى الحد من وقوع جرائم المعلوماتية، وذلك بتحديد هذه الجرائم والعقوبات المقررة لكل منها، وبما يؤدي إلى ما يأتي: ... ٢- حماية المصلحة العامة، والأخلاق، والآداب العامة»، ونصت المادة السادسة منه على أنه: «يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات وبغرامة لا تزيد على ثلاثة ملايين ريال، أو

(١) ينظر: النظام العام في الدولة المسلمة، ص ٦١، النظرية العامة للنظام العام وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي، ص ٧٨.

بإحدى هاتين العقوبتين كل شخص يرتكب أيّاً من الجرائم المعلوماتية الآتية: ١- إنتاج ما من شأنه المساس بالنظام العام، أو القيم الدينية، أو الآداب العامة، أو حرمة الحياة الخاصة، أو إعداده، أو إرساله، أو تخزينه عن طريق الشبكة المعلوماتية، أو أحد أجهزة الحاسب الآلي. ٢- إنشاء موقع على الشبكة المعلوماتية، أو أحد أجهزة الحاسب الآلي أو نشره، للاتجار في الجنس البشري، أو تسهيل التعامل به. ٣- إنشاء المواد والبيانات المتعلقة بالشبكات الإباحية، أو أنشطة الميسر المخلة بالآداب العامة أو نشرها أو ترويجها».

وجاء في أسباب الحكم رقم (١٨٢/د/١/١) لعام ١٤٣٥هـ والمؤيد بحكم محكمة الاستئناف الإدارية رقم (٢٨٥/٥) لعام ١٤٣٥هـ: ((فإن المادة الثانية من نظام العلامات التجارية قد أكد على منع تسجيل العلامات التجارية إذا اشتملت على: «ج- كل تعبير أو إشارة أو رسم مخالف للنظام العام أو الآداب العامة». وبالاطلاع على العلامة التي يطلب المدعي تسجيلها وهي عبارة (...) يظهر من منطوقها ومعناها أنها مخالفة للنظام والآداب العامة، حيث إنها تتضمن معاني لا تتفق ولا تتسجم مع الآداب العامة التي يجب مراعاتها، إذ تتضمن إشارات غير أخلاقية، ومن ثم فإن ما ذهبت إليه الجهة المدعى عليها من عدم قبول تسجيل العلامة ورفضها يعد قراراً صحيحاً مستنداً إلى نصوص نظامية صحيحة، ومن ثم تنتهي الدائرة إلى رفض طلب الغائه، ولا ينال من ذلك ما ذكره وكيل المدعية أن تسجيل العلامة في عدد من الدول يعد مبرراً لصحة هذه العلامة وخلوها من المعاني التي تتنافى مع الآداب العامة، لأن المنظم عندما وضع النظام وتلك القواعد النظامية المنظمة لهذه العلامات التجارية عند تسجيلها لم يضعها إلا لأجل تطبيقها وعدم مخالفتها وفق هدي الشريعة والنظام العام، ممّا تنتهي معه الدائرة والحالة هذه إلى (رفض هذه الدعوى)).^(١)

(١) مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٣٥هـ، ص ٢٠٣٩.

النتائج:

الحمد لله أولاً وأخيراً، وهذه بعض أبرز النتائج التي توصلت لها من خلال هذا البحث:

١- أن النظام العام: مجموعة الأحكام والإجراءات الموضوعية لحماية المجتمع وتحقيق النفع العام له في الدنيا والآخرة والتي لا يجوز لأحد مخالفتها أو إسقاطها أو تعديلها أو الاتفاق على خلافها.

٢- أن فقهاء الشريعة الإسلامية عرفوا النظام العام وإن لم يصطلحوا على تسميته بهذا المصطلح، بل تطرقوا لما هو أشمل وأوسع، مما يحقق العدل ويحفظ المقاصد الشرعية.

٣- أن من الدفوع المتعلقة بالنظام العام: الدفع بعدم الاختصاص الولائي، أو النوعي والدفع بانعدام الصفة أو الأهلية أو المصلحة أو لأي سبب آخر، وكذا الدفع بعدم سماع الدعوى، وعدم جواز نظرها، وعدم قبولها لتجاوز المدد والإجراءات المنصوص عليها نظاماً.

٤- وقع الخلاف في اعتبار الاختصاص المكاني في القضاء الإداري من قبيل النظام العام أو ليس منه على ثلاثة آراء، وأن أقربها للصواب هو القول بأنه من النظام العام.

٥- أن من أهم آثار ارتباط القاعدة القانونية بالنظام العام:

- أنه يجوز للمحكمة أن تثيرها من تلقاء نفسها، ولا يُعد تدخلها خروجاً عن مبدأ الحياد أو حكماً بما لم يطلبه الخصوم.

- أنه يجب على المحكمة أن تتعرض له من تلقاء نفسها، دون حاجة إلى تنبيه من الخصوم.

- يجوز للخصوم أن يتمسكوا به في أية مرحلة من مراحل نظر الدعوى، ولا يُعد سكوتهم عن التمسك به تنازلاً عنه، أو مسقطاً لحقهم في إثارته، وعليه فيجوز التمسك بالدفع المتعلق بالنظام العام، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، أو المحكمة العليا.

- لا يجوز للخصوم الاتفاق على مخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام، كما لا يجوز لهم التنازل عن تطبيق هذه القواعد.

٦- يمكن معرفة القواعد المتعلقة بالنظام العام، من خلال طريقتين: الطريقة الأولى: الطريقة

اللفظية، وهي: أن تدل القاعدة القانونية بعبارتها وألفاظها على المقصود من مضمونها، وهل هو متعلق بالنظام العام أم لا؟ والطريقة الثاني: الطريقة المعنوية: وفي هذه الحالة لا تنص القاعدة صراحة على اعتبار مضمونها متعلقاً بالنظام العام، وهنا لا بد من الاعتماد على معنى النص ومضمونه، ويرجع في ذلك للاجتهاد القضائي.

٧- لا يصار للطريقة المعنوية إلا بعد إخفاق الطريقة المعنوية في الكشف عن هذه الطبيعة.

٨- أن الآداب العامة لا تختلف عن النظام العام فهي جزء منه، وهي: مجموعة القواعد الخلقية التي تلزمها جماعة معينة وعصر معين.

٩- ما قيل عن النظام العام يقال عن الآداب العامة إذ هي شقه الأخلاقي، وجزء منه.

أسأل الله أن أكون قد وفقت في هذا البحث إلى الحق والصواب.

والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وآله وصحبه أجمعين.

أحكام استحقاق أجره المثل عن العقار في نزع الملكية وتصرفات جهة الإدارة؛ دراسة تحليلية مقارنة بالفقه الإسلامي ونظام نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة ووضع اليد المؤقت على العقار

فضيلة الشيخ عزام بن عبد العزيز بن محمد آل الشيخ مبارك

القاضي في ديوان المظالم

المقدمة

إن الحمد لله نحمده، ونستعينه، ونستغفره، ونستهديه، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن سيدنا محمداً عبده ورسوله صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً إلى يوم الدين:

أما بعد:

فإن الناس لا يزالون في تطور مستمر وبحث عن تيسير سبل العيش وبث أسباب السعادة في مجتمعاتهم، وبقدر ما يبذل الناس في استحداث المخترعات والوسائل تستجد نتيجة ذلك حاجات ومتطلبات لم تكن من قبل، وبقدر ما تدور عجلة الحضارة والتمدن تتولد على إثرها المشاكل التي تستدعي البحث والحل، ومن ذلك مشكلة العقارات وتملكها التي كانت ولا تزال معضلة أمام المجتمعات في كونها تشكل عائقاً أمام تحقيق مصالح المجتمع من شق الطرق وبناء المرافق الخدمية وتخطيط المدن وتطويرها، ولقد سلكت الأمم في ذلك سبلاً شتى ونحت مناحي مختلفة متحرية الموازنة بين تحقيق المصلحة العامة واحترام الملكية الفردية ومحاذرة انتهاك حقوق الأفراد والتقصير في تلبية حاجات المجتمع، إذ إن نزع الملكية يخرق الركن الأهم الذي

تدور عليه سائر العقود والتعاملات ألا وهو الرضا، كما تحتم مراعاة العدل والسياسة الشرعية نتيجة لذلك استصدار أنظمة تحفظ الحقوق وتبين إجراءات استيفائها، وهو ما تم في المملكة العربية السعودية بصدور نظام نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة ووضع اليد المؤقت على العقار بالمرسوم الملكي ذي الرقم (م/١٥) بتاريخ ١١/٣/١٤٢٤هـ، وصدور لائحته التنفيذية بقرار مجلس الوزراء ذي الرقم (٥٤) بتاريخ ١١/٢/١٤٢٧هـ، وكسائر الأنظمة واللوائح تثور إثر صدورها وفي سبيل تطبيقها مسائل تتطلب البحث والنظر والمقارنة بالموروث الزاخر من فقه علماء الأمة، لذا؛ فقد رأيت في (أحكام استحقاق أجره المثل عن العقار في نزع الملكية وتصرفات جهة الإدارة) موضوعاً مناسباً للبحث، سائلاً المولى عز وجل الإعانة والتوفيق والإلهام للصواب.

مشكلة البحث:

تتمثل مشكلة البحث فيما أورثته النصوص المنظمة لموضوع التعويض بأجرة المثل من جدل وما حملته من إجمال ترتب عليه تفاوت في أحكام القضاء ليس على صعيد المحاكم الابتدائية فحسب، بل حتى على صعيد محاكم الاستئناف بما سيتضح بالأحكام المستعرضة في ختام البحث إن شاء الله، فجاء هذا البحث متناولاً تلك القضية ببيان المسائل التي تشكل في مجموعها المشكلة الداعية لبحث الموضوع؛ من تكييف أصل الاستحقاق للتعويض فقهاً وبيان موجهه الشرعي والنظامي، والأثر المترتب على ذلك، وأسس تقدير التعويض والآلية التي رسمها النظام في اتخاذ إجراءات التقدير، ومعيار المنع من المنفعة وتحقق وجودها من عدمه، ومعيار استتمام الملك للعقار، وتناول الحالات التي سكت عنها المنظم بشأن التقدير والاستحقاق والموقف القضائي حيالها، وما يتعلق بالمدة المقدرة للتعويض بالأجرة، خاتماً ذلك باستعراض جملة من الأحكام الصادرة عن القضاء في المملكة تبرز من خلالها مسائل هذا البحث وتبين توجه القضاء فيها، وبالله التوفيق.

أهمية الموضوع:

تبرز أهمية الموضوع في عدة نقاط منها:

١- اعتماد كثير من مسائل البحث على التوصيف الشرعي لأصل المسألة، ما يبرز ضرورة إدراك

فقه المسائل وأصولها الشرعية، والقواعد التي استمدت منها والنظائر الفقهية لها. ٢- من خلال هذا الموضوع تبرز أهمية السياسة الشرعية فيما سكت عنه الشارع من الأمور الحادثة لتحقيق المقاصد الشرعية وحفظ الحقوق.

أسباب اختيار الموضوع:

- ١- عدم العثور على دراسة علمية مفردة لهذا الموضوع، رغم أهمية الموضوع للناس وحقوقهم.
- ٢- الحاجة لبيان الأصل الشرعي لما ورد من أحكام في النظام بشأن هذا الموضوع، وذلك من خلال مقارنته بالفقه، وبيان آراء العلماء المتعلقة بمسائله، واستعراض النظائر الفقهية له.
- ٣- إبراز استمداد الأنظمة من الفقه وقواعده ومقاصد الشريعة، ودور السياسة الشرعية في ذلك.

الدراسات السابقة:

بحسب علم الباحث وبعد اطلاعه وتقصّيه وسؤاله، لم يجد دراسة علمية سابقة مختصة بدراسة هذا الموضوع من هذا النظام ولأئحته التنفيذية، وذلك بعد الاطلاع على فهرس مكتبة الملك فهد الوطنية، وفهرس المكتبة المركزية لجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، وفهرس مكتبة المعهد العالي للقضاء، وأشار هنا إلى أقصى ما توصل إليه جهد الباحث من الأبحاث التي يمكن أن يكون لها صلة بالموضوع وتشابه في بعض مسائل البحث وتطبيقاته:

- ١- بحث ماجستير في المعهد العالي للقضاء (قسم السياسة الشرعية) بعنوان (نزع الملكية الخاصة للعقارات للمنفعة العامة وفقاً لنظام ١٤٢٤هـ - دراسة تحليلية تطبيقية)، أعدّه الطالب: عبد الله بن عبد الكريم الدخيل. بعام ١٤٢٤هـ

وهذا البحث يقع في مئة وستين صفحة، قدم فيه بحديث عن ماهية نزع الملكية ومشروعيته وتناول في فصله الأول أحكام نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة فقهاً ونظاماً، وفيه شروط وإجراءات نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة، وحالات اقتصار النزع على جزء من العقار، وأحكام نزع ملكية العقارات الخاصة للمنفعة العامة في الفقه الإسلامي، وأما فصله الثاني

فيعرض الآثار المترتبة على نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة فقهاً ونظاماً وفيه الآثار المترتبة على نزع الملكية، والجهات المختصة بتقدير التعويض ونظر منازعات نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة.

واختلافه عن بحثي في النقاط الآتية:

- أنه تناول كامل النظام بالبحث جاعلاً قضية نزع الملكية هي نواة البحث ومحوره ومحل الإشكال فيه، إذ كان جل البحث يدور حول أصل نزع الملكية من تعريف له وبيان مشروعيته وموقف الفقه منه وأسبابه، ولم يتناول مسألة أجرة المثل بالدراسة والتفصيل، أما هذه الدراسة فهي عن خصوص التعويض بأجرة المثل في ذلك النظام ولائحته، وما يتفرع عنها من مسائل، وتطبيقاتها المستجدة ومقارنتها بالفقه، وموقف القضاء منها.

- أنه لم يتعرض في بحثه للنصوص التي جاءت بها اللائحة التنفيذية لنظام نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة ووضع اليد المؤقت على العقار إذ كان بحثه عام ١٤٢٤هـ واللائحة صادرة بتاريخ ١١/٢/١٤٢٧هـ، أما هذه الدراسة فقد كانت نصوص اللائحة حاضرة فيها ومتناولة بالبحث والتحليل والنظر، إذ كان لها أثر ظاهر على مسائل البحث.

- أن بحثه لم يستعرض الأحكام القضائية المتعلقة بالمسألة محل هذه الدراسة، التي ذيلت بها البحث، إذ إنها تشكل أحد أبرز ركائز البحث وأحد أهم الدواعي إليه.

٢- بحث بعنوان: (نزع الملكية الخاصة وأحكامها في الفقه الإسلامي) رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه بالمعهد العالي للقضاء أعدها: فهد بن عبدالله بن محمد العمري عام ١٤٠٩هـ مكونة من ثلاثة أبواب؛ أولها عن نزع الملكية للمنفعة الخاصة وثانيها عن نزع الملكية للمنفعة العامة وثالثها عن صور حديثة لنزع الملكية للمصلحة العامة، تكلم فيه عن نزع المال لسد النفقات وعن التأميم، وهذا البحث يتفق مع سابقه في أوجه الافتراق بينه وبين هذه الدراسة إلا أنه أكثر بعداً عنها إذ إنها دراسة فقهية محضة ولم يتعرض للجانب القانوني والنظامي من الموضوع فضلاً عن عدم صدور نظام نزع الملكية آنذاك، هذا من جهة، ومن جهة أخرى لم يتعرض لمسألة

التعويض بأجرة المثل، وإنما ذكرته في تعداد الدراسات السابقة للمطابقة الجزئية في العنوان وما قد يتوهمه القارئ من تشابه.

٢- بحث ماجستير في المعهد العالي للقضاء (قسم السياسة الشرعية) بعنوان (أحكام نزع الملكية للمصلحة العامة في الفقه والنظام)، أعدّه الطالب: محمد بن علي محسن الديقان. عام ١٤١٧هـ، جاء في قرابة مئة واثنتي عشرة صفحة، تناول الباحث في فصله الأول شروط نزع الملكية للمنفعة العامة وخصائصها، وفي فصله الثاني صور نزع الملكية الخاصة مراعاة للمصلحة العامة، وفي فصله الثالث الآثار المترتبة على نزع الملكية للمنفعة العامة. وهذا البحث يتفق مع سابقه في أوجه الافتراق بينه وبين هذه الدراسة، وكذلك في سبب ذكره في تعداد الدراسات السابقة للموضوع.

٤- بحث بعنوان: (عوض المثل أحكامه وتطبيقاته في الفقه الإسلامي) أعدّه: جمال عبد الجليل يوسف صالح عام ٢٠٠٥م لنيل درجة الدكتوراه بالجامعة الأردنية، يقع في مئتين وستة وعشرين صفحة، اشتمل على مقدمة، وسبعة فصول موزعة على بابين، وخاتمة، وذلك على النحو الآتي: الباب الأول عن عوض المثل مقسم إلى ثلاثة فصول: أولها عن مفهوم عوض المثل، والألفاظ ذات الصلة، ومشروعيته. ثانيها عن أسباب استحقاق عوض المثل، وثالثها عن ضوابط تقدير عوض المثل وكيفيته، والباب الثاني عن تطبيقات عوض المثل، تحدث فيه عن مهر المثل وثمان المثل وأجر المثل والتمليك بثمن المثل، وقد بذل فيه الباحث جهداً جيداً، إلا أنه يتفق مع سابقه في بعض أوجه الافتراق التي بينها وبين هذه الدراسة، ويزيد في الآتي:

- أن بحثه تناول المسألة من الجانب الفقهي فقط ولم يتطرق من قريب أو بعيد لأي نظام أو قانون ينص على المسألة، فضلاً عن أن يكون النظام محل هذه الدراسة.

- أن الباحث اقتصر في موضع الكلام على أجر المثل على مسائل تتعلق ببعض الأبواب الفقهية التي لا علاقة لها بهذه الدراسة وهي: الزكاة والحج والوقف والوصية والعقود الفاسدة من إجارة ومساقاة ومزارعة ومضاربة وجعالة ومن ثم أقحم أحكاماً ومسائل لا صلة لها بموضوع

هذه الدراسة.

- أنه تناول المسألة محل التشابه من حيث إنها أجر أشخاص أو أجره العمل، ولم يتعرض لأجرة الأعيان، ومن ثم تناول الأجر من حيث إن موجب العقد والعمل وليس استيفاء منفعة العين فضلاً عن أن يكون لخصوص نزع الملكية أو وضع اليد المؤقت من جهة الإدارة، الذي هو محل البحث في هذه الدراسة.

- جاء كلامه عن أجر المثل مقتضياً لا يتجاوز سبعاً وعشرين صفحة، ولا يتناول شيئاً من المسائل المفصلة في خطة البحث التي انطوت عليها هذه الدراسة. ومما سبق يتبين أن الجديد الذي لم يُبحث يتمثل في أحكام استحقاق أجره المثل المبنية على نظام نزع الملكية ووضع اليد المؤقت وحالاته وشروطه وما يتفرع على ذلك من مسائل والإجراءات النظامية المتخذة حياله، بما هو مفصل في خطة البحث، الأمر الذي جعل الباحث يتقصى مسائل هذا الموضوع -الذي لم ينل حظه من النظر- بالدراسة والبحث والتحليل، والله الموفق.

خطة البحث:

يتكون البحث من مقدمة، وتمهيد، وفصلين، وخاتمة.

المقدمة: أهمية الموضوع، وسبب اختياره، ومشكلة البحث، وخطة البحث، والدراسات السابقة المتعلقة بالبحث.

المبحث التمهيدي: مفهوم التعويض، وأجرة المثل، ونزع الملكية، ويشتمل على

ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: ماهية التعويض وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف التعويض لغة.

الفرع الثاني: تعريف التعويض اصطلاحاً.

المطلب الثاني: ماهية أجرة المثل، وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف أجرة المثل لغة.

الفرع الثاني: تعريف أجرة المثل اصطلاحاً.

المطلب الثالث: ماهية نزع الملكية ووضع اليد المؤقت، وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف نزع الملكية لغة واصطلاحاً.

الفرع الثاني: تعريف وضع اليد المؤقت لغة واصطلاحاً.

الفصل الأول: موجب استحقاق أجرة المثل، وأسس تقديرها، والاختصاص بالدعاوى المتعلقة بها، وفيه ثلاثة مباحث.

المبحث الأول: موجب استحقاق أجرة المثل، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الموجب الفقهي والنظامي لاستحقاق أجرة المثل في حال نزع الملكية.

المطلب الثاني: الموجب الفقهي والنظامي لاستحقاق أجرة المثل في حال وضع اليد المؤقت.

المبحث الثاني: أسس تقدير أجرة المثل، وفيه مطلبان.

المطلب الأول: ضوابط تقدير أجرة المثل، وفيه أربع مسائل:

المسألة الأولى: محددات قيمة أجرة المثل ومفهوم التعويض العادل.

المسألة الثانية: وقت التقدير القيمة والمدة المعتبرة لاحتساب أجرة المثل.

المسألة الثالثة: إحداث الزوائد في العقار بعد قرار النزع.

المسألة الرابعة: هدم العقار أو نقصه بعد قرار النزاع.

المطلب الثاني: كيفية تقدير أجره المثل والجهة المختصة بذلك.

المبحث الثالث: الاختصاص القضائي بنظر الدعاوى المتعلقة بأجرة المثل والتكليف النظامي لها، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الاختصاص القضائي بنظر الدعاوى المتعلقة بأجرة المثل.

المطلب الثاني: التكليف النظامي للدعاوى المتعلقة بأجرة المثل.

الفصل الثاني: شروط وحالات استحقاق أجره المثل للعقار وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: شروط استحقاق أجره المثل للعقار وفيه ثلاثة مطالب.

المطلب الأول: ثبوت الملك التام للعقار محل المطالبة، وفيه ست مسائل:

المسألة الأولى: وجود صك ملكية للعقار محل المطالبة.

المسألة الثانية: ملكية جزء مشاع من العقار.

المسألة الثالثة: ملكية المطالب للبناء دون الأرض، والجزء المفرز من العقار.

المسألة الرابعة: من اشترى عقاراً ثم تبين مستحقاً لغيره.

المسألة الخامسة: من اشترى أرضاً ومنع من استلامها.

المسألة السادسة: من منح أرضاً ومنع من استيفائها.

المطلب الثاني: ثبوت وجود منفعة للعقار المنزوع. وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: وجود المنفعة في الأرض الفضاء (البيضاء).

المسألة الثانية: وجود منفعة للبناء غير المكتمل أو المتهاك.

المطلب الثالث: ثبوت منع جهة الإدارة مالك العقار من استيفاء منافعه. وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: إصدار قرار النزاع والإخلاء من العقار.

المسألة الثانية: الامتناع من إصدار ما يلزم لاستيفاء منافع العقار.

المسألة الثالثة: المنع من استيفاء المنافع بالعمل المادي.

المبحث الثاني: حالات استحقاق أجره المثل للعقار وفيه مطلبان:

المطلب الأول: نزع ملكية العقار للمنفعة العامة مع تأخير العوض. وفيه خمس مسائل:

المسألة الأولى: امتناع المطالب من استلام التعويض وأثره على تقدير الأجرة المستحقة.

المسألة الثانية: تسليم التعويض على أكثر من دفعة وأثر ذلك.

المسألة الثالثة: المطالبة بالأجرة قبل استلام التعويض عن العقار المنزوع.

المسألة الرابعة: نزع ملكية جزء من العقار وأثر ذلك حيال تقدير أجره المثل المستحقة.

المسألة الخامسة: عدول الجهة عن قرار نزع الملكية وما يترتب عليه.

المطلب الثاني: وضع اليد المؤقت على العقار. وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: أسباب وضع اليد المؤقت على العقار.

المسألة الثانية: المدة المحددة نظاماً لوضع اليد المؤقت على العقار.

المسألة الثالثة: الأضرار المترتبة على وضع اليد المؤقت على العقار.

المبحث الثالث: دراسة تحليلية لأحكام القضاء الإداري بشأن التعويض بأجرة المثل للعقار.

الخاتمة: وفيها ذكر أبرز النتائج التي توصل إليها الباحث من خلال هذا البحث، والتوصيات المقترحة.

الفهارس: وتتضمن:

- قائمة المصادر والمراجع والأحكام.

- فهرس الموضوعات.

المبحث التمهيدي: مفهوم التعويض، وأجرة المثل، ونزع الملكية:

المطلب الأول: ماهية التعويض:

الفرع الأول: تعريف التعويض لغة:

كلمة التعويض مصدرٌ من عَوَّضَ (بالتشديد) وهي مشتقة من العَوَّض وهو البديل، والجمع أعواض^(١)، جاء في مقاييس اللغة: (العين والنواو والضاد كلمتان صحيحتان، إحداهما تدل على بدل للشيء، والأخرى على زمان. فالأولى: العوض، والفعل منه العوض، قال الخليل: عوض يعوض عوضاً وعياضاً، والاسم العوض، والمستعمل التعويض، تقول: عوضته من هبته خيراً. واعتاضني فلان، إذا جاء طالباً للعوض والصلة. واستعاضني، إذا سألك العوض...)^(٢)، إلا أن بين العوض والبديل فرقا ذكره بعض العلماء، وهو أن البديل أشبه بالمبدل منه من العوض بالمعوض منه، وأن البديل أعمّ تصرفاً من العوض، فكل عوضٍ بدلٌ وليس كل بدلٍ عَوْضاً^(٣)، وقيل: (إن العوض ما تعقب به الشيء على جهة المثامنة، تقول: هذا الدرهم عوض من خاتمك وهذا الدينار عوض من ثوبك، ولهذا يسمى ما يعطي الله الأطفال على إيلامه إياهم إعواضاً، والبديل ما يقام مقامه ويوقع موقعه على جهة التعاقب دون المثامنة، ألا ترى أنك تقول لمن أساء إلى من أحسن إليه أنه بدل نعمته كفراً لأنه أقام الكفر مقام الشكر، فلا تقول عوضه كفراً؛ لأن معنى المثامنة لا يصح في ذلك، ويجوز أن يقال: العوض هو البديل الذي ينتفع به، وإذا لم يجعل على الوجه الذي ينتفع به لم يُسمَّ عوضاً، والبديل هو الشيء الموضوع مكان غيره لينتفع به أو لا)^(٤)، وعلى كلٍ يظهر مدى ارتباط المعنى اللغوي للكلمة بالمراد منها في البحث بل لا يكاد يختلف معناها المقصود في البحث عن معناها اللغوي، كما يظهر -فيما فرق به العلماء بينها وبين البديل- السبب الخفي الذي أدى إلى استعمالها في هذا الباب دون كلمة البديل، مما ذكره لكلمة العوض من خصوصية ومن ارتباطها بمعنى المثامنة والانتفاع.

الفرع الثاني: تعريف التعويض اصطلاحاً:

عند الحديث عن المعنى الاصطلاحي لعبارة ما ينبغي تحديد أي اصطلاح هو المراد، ونادراً ما

(١) لسان العرب. لابن منظور أبي الفضل محمد بن مكرم الأنصاري. دار صادر. بيروت. الطبعة الثالثة ١٤١٤هـ: ١٩٢/٧.

(٢) مقاييس اللغة. أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي. تحقيق عبد السلام هارون. دار الفكر. ١٣٩٩هـ: ١٨٨/٤.

(٣) الخصائص. لأبي الفتح عثمان بن جني الموصلي. الهيئة المصرية العامة للكتاب. الطبعة الرابعة: ٢٦٦/١.

(٤) معجم الفروق اللغوية. أبو هلال الحسن بن عبد الله بن سهل العسكري. تحقيق الشيخ بيت الله بيات. مؤسسة النشر الإسلامي. قم. الطبعة الأولى. ١٤١٢هـ: ٢٨٠.

تدعو الحاجة لذلك لوضوح الأمر بالسياق والظروف في أكثر الأحوال، ولكن بما أن هذا البحث فقهيٌّ قضائيٌّ نظاميٌّ فقد يرد اللبس في تحديد المعنى الاصطلاحي المراد منه، ولا سيما مع استحداث كثير من المصطلحات في شتى المجالات العلمية ومنها الأنظمة والقوانين والتشريعات، التي لم يكن للأئمة الفقهاء السابقين بها عهد، ولذلك نبين الآتي: إن عبارة التعويض باستعمالها المعاصر قلماً ترد - حسب علم الباحث واستقصائه واطلاعه - عند الفقهاء المتقدمين في كتاباتهم، وإذا وردت فلا تُجاوز معناها في اللغة، والأكثر في تعبيرهم - عن المعنى المراد منها في الاستعمال المعاصر - عبارة (الضمان)، وإنما يدور في كلامهم لفظ (العوض) كثيراً في مختلف أبواب الفقه، ولا يكاد يخرج معناه في استعمالهم عن معناه اللغوي الذي سبق بيانه، وحتى من تتبع كتب الأئمة واستخلص من كلامهم معنى اصطلاحياً للعوض لم يخرج في الجملة عن المعنى العام له، إذ عرفه بعضهم ب: (قيام شيء مقام آخر)^(١)، وقيل: (الشيء الذي يدفع على جهة المثامنة بعقد، وهو عام في النقود وغيرها)^(٢)، وقيل: (هو مطلق البدل وهو ما يبذل في مقابلة غيره)^(٣)، وأما استعمال كلمة التعويض في الاصطلاح القانوني المعاصر، فقد جاءت بها عدة تعريفات، منها ما جاء في الموسوعة الفقهية الكويتية إذ نصت على: (أن التعويض اصطلاحاً هو: دفع ما وجب من بدل مالي بسبب إلحاق ضرر بالغير)^(٤)، وهو تعريف واف بالمعنى، جامع لأفراد اللفظ، ومانع دخول ما سواه فيه، بيد أنه قد يلحظ عليه إدخال حكم في التعريف بالنص على عبارة: (ما وجب)، ومن المنتقد عند أهل العلم إيراد الأحكام في التعاريف، وأيضاً إن التعويض

(١) التوفيق على مهمات التعاريف. عبد الرؤوف المناوي. تحقيق عبد الحميد صالح حمدان. عالم الكتب. القاهرة. الطبعة الأولى.

٤٨٢: هـ٠١٤١

(٢) معجم لغة الفقهاء. محمد رواس قلعجي وحامد صادق قتيبي. دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية. ١٤٠٨هـ:

٣٢٤.

(٣) عوض المثل أحكامه وتطبيقاته في الفقه الإسلامي. جمال عبد الجليل يوسف صالح. رسالة دكتوراه، ٢٠٠٥م. الجامعة الأردنية،

عمّان، (غير منشور): ٤.

(٤) الموسوعة الفقهية الكويتية. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت. دار السلاسل. الكويت. الطبعة الثانية. ١٤٠٨هـ:

٣٥/١٢

قد يكون لا على سبيل الوجوب، كمن تبرع وأحسن إلى غيره، أو في حال ما إذا كان التفريط من جهة المضرور، وعوّضه خصمه صلحاً، ولذلك كان من الأولى عدم ذكر الوجوب، ويمكن أن نخلص من ذلك إلى تعريف اصطلاحي مختار للتعويض بأنه: (دفع بدل مالي بسبب ضرر لحق بالغير). وتجدر الإشارة إلى أن التعويض قد يطلق على فعل الدفع كما في التعريف الأخير وهو الأولى؛ لأن المصدر هو ما دل على حدث مجرد عن زمن أو ذات، كما قد يطلق على المال المدفوع تعويضاً، وهو وإن كان خلاف الأولى إلا أنه سائغ في اللغة، كما يعبر بـ (الخَلْق) -وهي مصدر- عن المخلوقات وهي اسم مفعول.

المطلب الثاني: ماهية أجرة المثل:

الفرع الأول: تعريف أجرة المثل لغة:

لبيان المعنى اللغوي للعبارة لا بد من الحديث عن كل مفردة استقلالاً، فأما الأجرة في اللغة: فهي الكراء، وهو ما يُعطى العامل في مقابل العمل^(١)، جاء في مقاييس اللغة: (الهمزة والجيم والراء أصلان يمكن الجمع بينهما بالمعنى، فالأول الكراء على العمل، والثاني جبر العظم الكسير. فأما الكراء فالأجر والأجرة. وكان الخليل يقول: الأجر جزاء العمل، والفعل أجر يأجر أجراً، والمفعول مأجور. والأجير: المستأجر. والأجرة ما أعطيت من أجر في عمل وقال غيره: ومن ذلك مهر المرأة، قال الله تعالى: ﴿فَاتَوْهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾ (النساء: ٢٤)، وأما جبر العظم فيقال منه أجرت يده. وناس يقولون أجرت يده. فهذان الأصلان. والمعنى الجامع بينهما أن أجرة العامل كأنها شيء يجبر به حاله فيما لحقه من كد فيما عمله)^(٢)، فيظهر للمتتبع في معاجم اللغة أن لفظ (الأجرة) مخصوص بمقابل العمل لا بمقابل منافع الأعيان، وقد أشار بعض الباحثين المعاصرين إلى أن الأفضح والأصوب في مقابل منافع الأعيان لفظ (إيجار) وعلق على ذلك بقوله: (جاء في المعاجم أن الأجرة: عوض العمل والانتفاع، وأن الإيجار: المبلغ المدفوع مقابل الاستئجار. ولما كان

(١) لسان العرب: ١٠/٤، تاج العروس من جواهر القاموس. محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني، أبو الفيض، الملقّب بمرتضى، الزبيدي. تحقيق مجموعة من الباحثين. دار الهداية: ٢٧/١٠.

(٢) معجم مقاييس اللغة: ٦٢/١.

الأمر في النهاية يؤول إلى مقابل الانتفاع صح التبادل بين اللفظين دون حرج^(١).
وأما (المثل) فهو النظير والمساوي، جاء في لسان العرب: (مثل: كلمة تسوية. يقال: هذا مثله
ومثله كما يقال شبهه وشبهه بمعنى؛ قال ابن بري: الفرق بين المماثلة والمساواة أن المساواة تكون
بين المختلفين في الجنس والمتفقين، لأن التساوي هو التكافؤ في المقدار لا يزيد ولا ينقص، وأما
المماثلة فلا تكون إلا في المتفقين)^(٢)، وجاء في معجم مقاييس اللغة: (الميم والناء واللام أصل
صحيح يدل على مناظرة الشيء للشيء. وهذا مثل هذا، أي نظيره)^(٣).

الفرع الثاني: تعريف أجره المثل اصطلاحاً:

ترد عبارة (أجرة المثل) كثيراً في أبواب الفقه وتفاصيل الأحكام، وأبرز الأبواب والمسائل التي
تتردد فيها هذه العبارة هي الغصب، والتعدي والتضييق والإتلاف، وفي الفاسد من الإجارة
والشركة والمضاربة والمسافة والجماعة، وفي العارية، وفي حال عدم تسمية الأجر أو الاتفاق
عليه، وفي تحديد أجره ناظر الوقف، وغيرها، وقد سبق في بيان المعنى الاصطلاحي لأجرة المثل
تعريفات منها أنها: (هي الأجرة التي قدرها أهل الخبرة ممن لا غرض لهم)^(٤)، ومنها أنها:
(البدل الذي جرى العرف بدفعه لمثل الشيء المؤجر في مثل مدته وشروطه)^(٥)، ويلاحظ على
كلا التعريفين تكرار لفظ المعرف في التعريف، وذلك لا يصح، إذ يتوقف فهم التعريف والمعرف
على الآخر منهما، كما يلاحظ على الأول منهما ذكر تقدير أهل الخبرة ممن لا غرض لهم؛
فإن تقدير أهل الخبرة المستقلين وإن كان شرطاً في صحتها، إلا أنه ليس جزءاً من تصورهما،
وغاية التعريف إيضاح المعنى وخلق التصور، وليس بيان الشروط والأحكام، ويلاحظ على الثاني
عدم شموله لإجارة الأشخاص، وأنه يشمل بعض صور الأجرة المسماة في العقود الصحيحة إذا

(١) معجم الصواب اللغوي. أحمد مختار عمر. عالم الكتب. القاهرة. الطبعة الأولى. ١٤٢٩هـ: ١٢/١.

(٢) لسان العرب: ٦١٠/١١.

(٣) مقاييس اللغة: ٢٩٦/٥.

(٤) التعريفات الفقهية. محمد عميم الإحسان المجدي البركتي. دار الكتب العلمية. بيروت. الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ: ١٧.

(٥) معجم لغة الفقهاء: ٤٣.

طابقت ما جرى العرف بدفعه، ويمكن أن تعرف أجرة المثل بأنها: القيمة المقدرة لمنافع فُوتت دون تحديد ثمنها في عقد صحيح بالمقاييس مع نظيرها من المنافع.

ف(القيمة): جنس المعرفة وماهيته يخرج به سائر الأشياء الأخرى، و(المقدرة): قيد يخرج المسماة وما حُدّد بمعيار منضبط، و(لنافع): يخرج القيمة المقدرة لأثمان الأعيان، و(فُوتت): قيد يخرج المنافع الباقية تحت تصرف مالكها فليس فيها أجرة مثل، وتشمل التفويت سواء أكان باستغلال كما في الإجارة والجمالة الفاسدة، أم كان بغير استغلال كما في سجن الأدمي، وغصب العقار دون استيفاء منفعته، و(دون تحديد ثمنها في عقد صحيح) يخرج ما حدد ثمنه في عقد صحيح، فيشمل ما لم يحدد ثمنه وإن كان بموجب صحيح كأجرة ناظر الوقف، ويشمل ما فُوتت بغير عقد كما في الغصب، وما فُوتت بعقد غير صحيح كما في الإجارة الفاسدة، والجمالة الفاسدة.

المطلب الثالث: ماهية نزع الملكية ووضع اليد المؤقت:

الفرع الأول: تعريف نزع الملكية لغة واصطلاحاً:

النزع مصدرٌ، ومعناه لغةً: قلع الشيء واستلابه وتحويله عن موضوعه، جاء في لسان العرب: (نزع الشيء ينزعه نزعاً، فهو منزوع ونزيع، وانتزعه فانتزع: اقتلعه فاقتلع، وفرق سيبويه بين نزع وانتزع فقال: انتزع استلب، ونزع: حول الشيء عن موضعه وإن كان على نحو الاستلاب. وانتزع الرمح: اقتلعه ثم حمل. وانتزع الشيء: انقلع)^(١)، وجاء في مقاييس اللغة: (النُونُ والزَّاءُ والعَيْنُ أَصْلُ صَحِيحٍ يَدُلُّ عَلَى قَلْعِ شَيْءٍ. وَنَزَعْتُ الشَّيْءَ مِنْ مَكَانِهِ نَزْعاً)^(٢)، وأما الملكية فهي مشتقة من الملك وهو: احتواء الشيء والقدرة على الاستبداد به^(٣)، جاء في معجم مقاييس اللغة: (الميم واللام والكاف أصل صحيح يدل على قوة في الشيء وصحة. يُقال: أَمَلَكَ عَجِينَهُ: قَوَّى

(١) لسان العرب: ٣٤٩/٨.

(٢) معجم مقاييس اللغة: ٤١٥/٤.

(٣) لسان العرب: ٤٩٢/١٠.

عَجْنُهُ وَشَدَّةٌ. وَمَلَكَتُ الشَّيْءَ: قُوَّتُهُ... والأصل هذا. ثم قيل ملك الإنسان الشيء يملكه ملكاً. والاسم الملك؛ لأن يده فيه قوة صحيحة. فالملك: ما ملك من مال^(١)، وقولنا: (نزع الملكية) من إضافة المصدر إلى مفعوله.

وأما معنى العبارة في الاصطلاح، فقد جاءت به اللائحة التنفيذية لنظام نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة ووضع اليد المؤقت على العقار، إذ نصت في المادة الأولى منها على أن: «نزع الملكية للمنفعة العامة: استملاك العقارات -سواءً أكانت مملوكة لفرد أو منشأة خاصة أو مصلحة حكومية- من أجل إنشاء أو توسيع المرافق والخدمات العامة، لتحقيق منفعة عامة»، وهو مصطلح مستحدث وخاص، فلم يكن متداولاً في عبارات العلماء الأوائل، وحتى في الوقت المعاصر قد تتغاير التعبيرات باختلاف الأعراف والأقطار عن مضمون هذا المصطلح، إذ جاء في عدد من قوانين الدول العربية تسميته ب: (قانون الاستملاك)، مثل قانون الاستملاك رقم (٢) لسنة ١٩٥٣م في فلسطين، وقانون الاستملاك لسنة ١٩٨٧م في المملكة الأردنية الهاشمية. والتعريف الذي أورده اللائحة وافٍ بإيضاح بالمعنى المراد من المعرف، ومن التعاريف أيضاً، ما جاء في أحد بحوث مجلة مجمع الفقه الإسلامي من أنه -أي نزع الملكية-: (نزع الملك الخاص جبراً عن صاحبه لتحقيق نفع عام لقاء تعويض عادل)^(٢).

الفرع الثاني: تعريف وضع اليد المؤقت لغة واصطلاحاً:

الوضع في اللغة ضد الرفع جاء في لسان العرب: (الوضع: ضد الرفع، وضعه يضعه وضماً وموضوعاً... وفي حديث عمر رضي الله عنه: أنه وضع يده في كشيبة ضب، وقال: إن النبي صلى الله عليه وسلم لم يجرمه؛ وضع اليد كناية عن الأخذ في أكله)^(٣)، أما اليد في اللغة فتأتي بعدة معانٍ جاء في لسان العرب: (واليد: الغنى والقدرة، تقول: لي عليه يد أي قدرة. ابن الأعرابي: اليد النعمة، واليد القوة، واليد

(١) معجم مقاييس اللغة: ٣٥١/٥.

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدورة الرابعة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي العدد الرابع: ٩٣٤/٢.

(٣) لسان العرب: ٣٩٦/٨، ٤٠٠.

القدرة، واليد الملك، واليد السلطان، واليد الطاعة، واليد الجماعة...^(١)، وأوثق تلك المعاني صلة بالمعنى المراد من المصطلح في هذا السياق هو السلطان والملك، وأما المؤقت فهو المقدار المحدود من الزمان، جاء في لسان العرب: (الوقت: مقدار من الزمان، وكل شيء قدرت له حيناً، فهو مؤقت، وكذلك ما قدرت غايته، فهو مؤقت)^(٢)، وجاء في معجم مقاييس اللغة: (الواو والقاف والتاء: أصل يدل على حد شيء وكنهه في زمان وغيره. منه الوقت: الزمان المعلوم. والموقوت: الشيء المحدود)^(٣)، فيمكن الاستنتاج مما سبق أن اللفظ المركب (وضع اليد المؤقت) كناية عن معنى الاستيلاء على العقار لزمن محدد، والاستثناء بمنافعه.

وأما في الاصطلاح، فكما قيل في سابقه، فهو تعبير مستحدث وخاص بنظام نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة ووضع اليد المؤقت على العقار، فلم أقف على من تناوله بتعريف، وحتى اللائحة التنفيذية للنظام لم تُعرّفه، ويمكن استخلاص تعريف له من خلال المعنى اللغوي أنف الذكر ومن خلال تتبع المصطلح حيثما ورد في النظام ولائحته، وبالمقاييس مع النزع الذي هو الأصل في النظام بأن يقال: (استملاك ذي سلطة منافع عقار زمنياً محدداً بالقهر بتعويض).

الفصل الأول: موجب استحقاق أجره المثل، وأسس تقديرها، والاختصاص بالدعوى المتعلقة بها:

المبحث الأول: موجب استحقاق أجره المثل:

المطلب الأول: الموجب الفقهي والنظامي لاستحقاق أجره المثل في حال نزع الملكية:

أولاً: الموجب الفقهي:

للحديث عن موجب أجره المثل في حال نزع الملكية وسبب أدائها لا بد أولاً من بيان التكيف الشرعي لأصل النزع وبيان ما هو في حقيقته الفقهية والنظامية، ولا يسع الحديث التفصيل في أحكام نزع الملكية وبيان أدلة مشروعيتها، ولا يناسب المقام الاسترسال في ذلك، إذ هو خارج عن

(١) لسان العرب: ٤٢٣/١٥.

(٢) لسان العرب: ١٠٧/٢.

(٣) معجم مقاييس اللغة: ١٢١/٦.

محل البحث، وإنما تقتصر منه على محل الحاجة والمقدار المؤثر في مسائل البحث، فنقول: إن نزع الملكية وفق التعريف الذي سبق بيانه وبعد التأمل في حقيقته وصورته وتطبيقاته المعاصرة، وبعد السبر والتقسيم لأبواب الفقه ومسائله، وحصر الاحتمالات التي يمكن إلحاقه بها، يمكن أن يُخَرَّج على أحد أمرين:

الأول منهما: بيع المكره أو بيع المضطر أو المضغوط - حسب اختلاف تعبيرات الفقهاء عنه - وبذلك يكون مندرجاً تحت دائرة العقود والمعاوضات وبالأخص في باب البيع، وينبغي التنبيه أن المقصود بالإكراه هو ما يعبر عنه جمهور الأصوليين بالإكراه غير الملجئ، وهو ما يبقى فيه لدى المكلف مساحة اختيار، كمن يُؤمر بشيء ويهدد بالقتل إن لم يفعله، دون الإكراه الملجئ وهو ما يكون فيه المكره كالألة المحضة لا اختيار له البتة، ويمثلون بالساقط على إنسان قفله، وبالمغتصبة، فلا يُنسب فيه إلى المكلف فعل، لذلك لم يعد بعض العلماء من صور الإكراه على الفعل، إذ الفعل لا يُنسب فيه إلى المكلف، والأشبه به - أي الإكراه الملجئ - في مسألتنا هذه هو التكليف الآخر من تخريجه على باب الغصب والتعدي.^(١)

والثاني: أن يكون ضمن ما تحدث عنه الفقهاء من الاستيلاء الجبري والتملك القهري الخارج عن دائرة العقود، وتختلف تعبيرات الفقهاء عنه حسب ما سنورده من نصوصهم فيه، وبذلك يكون من ضمن باب الغصب والتعدي، ويقاس عليه في الجملة في أحكامه ومسائله، ولكن لا يعني إلحاقه بباب الغصب والتعدي مساواته في كل أحكامه ومسائله، وإنما يعني أنه أشبه الصور به في الجملة، فيمكن قياس غالب مسائله عليه، لمماثلته في غالب مناطات أحكامه وعمل مسائله، إذ إن صورة الاستيلاء القهري قد تأتي بباطل فتسمى غصباً ويكون الفعل ظلماً محرماً، وقد تأتي بحق كما في نزع الملكية للمنفعة العامة، فلا تكون ظلماً، ومن ثم ينتفي عنها وصف الحرمة، هذا من جهة الحكم التكليفي، وأما من جهة الأحكام الوضعية المترتبة عليه - كوجوب بذل العوض،

(١) يُنظر للاستزادة والتفصيل في تكليف المكره وبيان أقسامه: البحر المحيط في أصول الفقه، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي، دار الكتبي، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ: ٧٩/٢، وغيره من مدونات أصول الفقه في الباب نفسه.

والتزام أجرة المثل في حال بقاء العين دون بذل العوض عنها، وانتفاء الخيار، ووقت انتقال الملك - فتبقى على ما هي عليه في صورتين، إذ إن تأثير ذلك الفرق مقصور على الحكم التكليفي، ولا يتعدى ذلك إلى التأثير في الحكم الوضعي وهو أن وضع اليد العادية يستلزم أجرة المثل، فإن مناطه باق ولم يتغير.

وبعد، فللوصول إلى أشبه الأوصاف به، وأصدق التكييفات عليه، وأحق الأبواب بأن يشتمل صورة النزاع ضمن مسأله وأحكامه؛ نبيّن: أولاً: الفرق بين التكييفين، وثانياً: الآثار والأحكام المترتبة على إلحاقه بأي منهما، ثم نستعرض شيئاً من نصوص الفقهاء في نزاع الملكية للمنفعة العامة، والإجبار في باب الشفعة؛ نستشف منها الحقيقة الشرعية للنزاع، ولنستخرج من عباراتهم من أي الأحكام اشتق، ثم نخلص من ذلك إلى أشبههما به، والأحق منهما بأن يلحق النزاع به، ويتفق مع أحكامه في الجملة.

أولاً: الفروق بين بيع المكره والتملك القهري:

١- أن بيع المكره عقد يتم بإيجاب وقبول متبادل، وتصرف صادر من طرفين، بصيغة، وأما التملك القهري فليس من ذلك في شيء، فلا يصدق عليه وصف العقد، وهو تصرف صادر من طرف واحد بإرادة منفردة.

٢- أن لمالك العقار في بيع المكره إمساك المبيع إلى استلام الثمن، دون التملك القهري.

٣- أن لمالك العقار في بيع المكره الامتناع عن البيع وتحمل عاقبة امتناعه، وأما في التملك القهري فلا يملك ذلك إذ إنه أشبه بمصادرة المال.

٤- أن بيع المكره لا يتعين فيه -على كل حال- المشتري أو ممتلك السلعة أو من ستؤول إليه، ويمكن للبائع المفاضلة بين أكثر من مشتري، وبيع السلعة لمن شاء منهم، وإن كان مجبراً على أصل البيع، ولذلك كان على البائع قدر من تحمل المسؤولية في حالة تأخير عوض العقار؛ إذ إنه هو من اختار المشتري ولم يتحقق من ملاءته المالية وقدرته الشرائية، وقد كان بوسعه ألا يبيع إلا للميء، وأما في التملك القهري، فلا يكون ذلك ويتعين ممتلك السلعة، ولا يكون إلا صاحب سلطة.

وفي الجملة يمكن القول إن معظم تلك الفروق تتمحور حول مساحة الحرية ومقدار الإرادة المتبقية لدى مالك العقار في بيع المكروه، وأنه يملك التصرف في بعض الأمر، دون صورة النزاع التي ينتهي فيها الاختيار عن مالك العقار مطلقاً.

ثانياً: الآثار والأحكام المترتبة على إلحاقه بأي التكييفين:

١- أن المال المُعطى مقابل السلعة يُعتبر ثمن مبيع في بيع المكروه، فيترتب عليه من الأحكام ما يترتب على ثمن المبيع من اشتراط العلم به قدراً وصفةً وحلولاً أو تأجيلاً، وعدم صحة المنازعة فيه بعد تمام البيع، ودخول خيار الغبن فيه، بينما لا يكون المال المُعطى مقابل السلعة في التملك القهري ثمن مبيع، فلا يثبت فيه شيء من ذلك، وينحصر طريق الاعتراض عليه في دعوى الإلغاء، باعتبار تحديده قراراً إدارياً، وذلك في الترتيب النظامي، وهو أخص من الاقتضاء الفقهي.

٢- أن السلعة تخرج عن ملك البائع في بيع المكروه منذ إبرام العقد والتقاء الإيجاب بالقبول وحصول الصيغة، ولا تخرج السلعة عن ملك صاحبها في التملك القهري إلا بعد تسليمه العوض، وإن غلّت يده عن التصرف فيه وأخذ الممتلك قبل ذلك. على ما سيأتي.

٣- أن بيع المكروه تجري عليه أحكام البيع من خيار بأقسامه، وشفعة، وإقالة، واشتراط الأهلية، والعلم بالمبيع، والتوكيل فيه، وغيرها من الأحكام، أما التملك القهري فلا يُعدّ بيعاً، ومن ثم لا تترتب عليه أحكام البيع.

٤- أن التعويض عن تأخير تسليم المال المقابل للسلعة في بيع المكروه قد يُعدّ صورة من صور الربا، -كما سيأتي مفصلاً-، وأما في التملك القهري فلا.

ونورد هنا شيئاً من نصوص الفقهاء في نزع الملكية للمنفعة العامة لنرى من خلالها كيف تصور الفقهاء تلك الحالة.^(١)

(١) يُنظر: نزع ملكية العقار للمنفعة العامة في ضوء الشريعة الإسلامية، عبد العزيز بن محمد العبد المنعم، رسالة علمية نوقشت عام ١٣٩٧هـ، الطبعة الأولى، ١٤٣٩هـ: ٣٦١ وما بعدها. وكذلك: نزع الملكية الخاصة وأحكامها في الفقه الإسلامي، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه بالمعهد العالي للقضاء، أعدها فهد بن عبد الله بن محمد العمري عام ١٤٠٩هـ، منشور ضمن مطبوعات جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ١٤٢٤هـ: ٣١٧ وما بعدها.

فمن نصوص علماء الحنفية: ما جاء في شرح كنز الدقائق: (إذا ضاق المسجد على الناس وبجنبه أرض لرجل تؤخذ أرضه بالقيمة كرهاً لما روي عن الصحابة أنهم لما ضاق المسجد الحرام أخذوا أرضين بكره من أصحابها بالقيمة وزادوا في المسجد الحرام)^(١)، وما جاء في درر الحكام: (وجاز أيضاً أخذ أرض بجنب المسجد إذا ضاق على الناس بالقيمة كرهاً)^(٢)، وما جاء في الدر المختار: (تؤخذ أرض ودار وحانوت بجنب مسجد ضاق على الناس بالقيمة كرهاً)^(٣)، وما جاء في مجلة الأحكام العدلية: «المادة (١٢١٦) يؤخذ لدى الحاجة ملك أي أحد بقيمته بأمر السلطان ويلحق بالطريق، ولكن لا يؤخذ ملكه من يده ما لم يؤد له الثمن»^(٤)، وما جاء في مرشد الحيران: (مادة (١٦٥) إذا اقتضت المصلحة العامة أخذ ملك لتوسيع طريق العامة يؤخذ بقيمته لكن لا يؤخذ من يد صاحبه ما لم يؤد له ثمنه مقداراً بمعرفة من يوثق بعدالته من أهل الخبرة)^(٥)، وبالنظر في تلك النصوص، نجدتها تخلو من دلالة صريحة على إلحاق النزاع بإحدى التكييفات السابقة، ولكن بعض عباراتها -ولا سيما المتأخرة كمجلة الأحكام العدلية- توحى بأنه ضمن التملك القهري لا العقود، بأن نصت على: (يؤخذ)، و(بأمر السلطان)، وأنه: (لا يؤخذ ملكه من يده ما لم يؤد له الثمن).

وأما المالكية؛ فإنهم يدرجون مسألة النزاع للمنفعة العامة تحت صورة الإكراه على البيع ويعبرون عنه بالجبهر الحلال، إذ يقسمون الإكراه إلى الإكراه على البيع والإكراه على سببه وهو دفع المال،

(١) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي، المطبعة الأميرية الكبرى ببولاق، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٣١٢هـ، بتصوير دار الكتاب الإسلامي: ٣٢١/٢.

(٢) درر الحكام شرح غرر الأحكام، محمد بن فرامرز بن علي الشهير بملاً خسرو، دار إحياء الكتب العربية. مطبوع مع حاشية الشرنبلالي: ١٢٦/٢.

(٣) الدر المختار لعلاء الدين الحصكفي شرح تنوير الأبصار للتمرتاشي مع حاشية ابن عابدين، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٢هـ: ٢٧٩/٤.

(٤) مجلة الأحكام العدلية، مجموعة من المؤلفين، تحقيق نجيب هوايني، نشر: نور محمد، كارخانه تجارت كتب، آرام باغ، كراتشي: ٢٣٥.

(٥) مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، محمد قدري باشا، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، الطبعة الثانية، ١٣٠٨هـ: ٢٦.

كمن يُكره على دفع المال لأداء ما عليه فيضطر إلى بيع متاعه أو عقاره لأجل ذلك، ويقسمون كلاً منهما إلى جبر حلال وجبر حرام، ويذكرون أن البيع يكون لازماً في الجبر الحلال دون الحرام، إذ جاء في الشرح الكبير: (لا إن أجبر) العاقد (عليه) أي على البيع، وكذا على سببه وهو طلب مال ظلماً، ولو لم يجبر على البيع على المذهب (جبراً حراماً) وهو ما ليس بحق فيصح ولا يلزم... (ومضى) بيع المجبور (في جبر عامل) جبره السلطان على بيع ما بيده ليو في من ثمنه ما ظلم فيه غيره؛ لأن جبره هذا حق فعله السلطان فلو عبر المصنف بجاز لكان أحسن.^(١) وجاء في حاشية الدسوقي^(٢) تعليقا على ذلك: (قوله: جبراً حراماً، أي وأما لو أجبر على البيع جبراً حلالاً كان البيع لازماً كجبره على بيع الدار لتوسعة المسجد أو الطريق أو المقبرة أو على بيع سلعة لوفاء دين أو لتفقة زوجة أو ولد أو الأبوين ومن الجبر الحلال الجبر على البيع لأجل وفاء ما عليه من الخراج الحق كما قاله شيخنا العدوي)^(٣)، ومن نصوصهم في هذا الباب ما جاء في مواهب الجليل: (والجبر الشرعي قال في التوضيح: وغيره كجبر القاضي المديان على البيع للغرماء، وكجبر العمال على بيع أموالهم، فإنه جائز، ويلزمه سواء كان السلطان يرد المال على من أخذه منه أو يأخذه لنفسه كالمضغوط في دين لزمه... ويعبر أهل المذهب عن هذه المسألة بمسألة بيع المضغوط، وهو المكره... وظاهر كلام ابن راشد أن التسمية بمسألة المضغوط خاص بما إذا أكره على دفع المال، فباع لذلك... وقد علمت أن المذهب لا فرق بين الإكراه على البيع أو على دفع مال، فبييع لذلك... تقدم أيضاً أن من الجبر الشرعي جبر من له ربع يلاصق المسجد، وافترق لتوسيع المسجد به على بيعه لتوسيع المسجد. وكذلك من له أرض تلاصق الطريق بذلك أفتى ابن رشد، واحتج على فتياه بقول سحنون يجبر ذو أرض تلاصق طريقاً هدمها نهر لا يمر للناس إلا فيها على بيع طريق فيها

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، دار الفكر: ٦/٢.

(٢) محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، من علماء العربية، من أهل دسوق (بمصر) تعلم وأقام وتوفي بالقاهرة وكان من المدرسين في الأزهر، له كتب، منها الحدود الفقهية في فقه الإمام مالك، وحاشية على مغني اللبيب، وحاشية على الشرح الكبير على مختصر خليل، توفي عام: ١٢٢٠هـ. (الأعلام لخير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس، الزركلي الدمشقي، دار العلم للملايين الطبعة الخامسة عشر، ٢٠٠٢م: ١٧/٦).

(٣) المرجع السابق نفسه.

لهم بثمن يدفعه الإمام من بيت المال^(١)، وما جاء في التاج والإكليل: (قد نصوا أنه كما يجبر الإنسان على بيع ماله لحق عليه، كذلك يجبر ذو ربح على بيعه لتوسيع مسجد الجمعة. أفتى به ابن رشد. وكذلك قال سحنون: يجبر ذو أرض تلاصق طريقاً هدمها نهر لا ممر للناس إلا فيها على بيع طريق منها لهم بثمن يدفعه الإمام من بيت المال)^(٢)، فظاهر من نصوصهم ظهوراً بيّناً أنهم أدرجوها تحت بيع المكره، وأن الإكراه المقصود هو الإكراه غير الملجئ، ومما يدل على ذلك: جعل الجبر الحلال قسيماً لصورة بيع المضغوط المكره سواء على البيع أو على سببه، وتعبير نص متن المختصر الفقهي المشروح ب: (مضى)، وتسميتهم المكره ب: (العاقِد)، بيّد أن تلك النصوص وإن تناولت المسألة محل البحث وأدرجتها تحت بيع المكره واعتبرتها من العقود، وأصلت لمشروعية الفعل؛ إلا أنها تناولتها بصورة مختلفة وكيفية مغايرة عن التطبيق المعاصر لنزع الملكية وفق ما جاءت به نصوص النظام، وإن مرادنا هنا ومطلوبنا ومحلّ بحثنا تكيف صورة نزع الملكية بوجه عام، وبالأخص تكيف نزع الملكية بتطبيقاته الحالية المؤسسة على نظام نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة ووضع اليد المؤقت على العقار.

ومن نصوص علماء الشافعية فيه: ما جاء في المجموع: (أما الأحكام فقال أصحابنا المكره على البيع إن كان إكراهه بغير حق لم يصح بيعه بلا خلاف لما ذكره المصنف، فإن كان بحق صح، وصورة الإكراه بحق أن يكون عليه دين ومعه متاع يمكنه بيعه فيه فيمتنع من بيعه بعد امتناع المالك من الوفاء والبيع قال القاضي أبو الطيب في كتاب التفليس والأصحاب القاضي بالخيار إن شاء باع ماله بغير إذنه لوفاة الدين وإن شاء أكرهه على بيعه وعزره بالحبس وغيره حتى يبيعه والله أعلم)^(٣)، ويقال فيه ما قيل فيما قبله من نصوص فقهاء المالكية، من إدراجه تحت

(١) مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرعيني المالكي، دار الفكر، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ: ٢٤٨/٤-٢٥٢.

(٢) التاج والإكليل، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ: ٤٧/٦.

(٣) المجموع شرح المهذب، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، وأكملة السبكي ثم المطيعي، دار الفكر: ١٥٩/٩.

بيع المكره ومغايرته للصورة المعاصرة؛ إذ ينطبق على هذا النص ما ينطبق على تلك النصوص. وأما الحنابلة؛ فقد تناول ابن رجب^(١) -رحمه الله- المسألة بمزيد من التفصيل وتعرض إلى نظير محل بحثنا ورجح أن انتقال الملك في العقود القهرية لا يكون إلا بدفع الثمن، إذ قال في القواعد الفقهية: (القاعدة الخمسون: هل يتوقف الملك في العقود القهرية على دفع الثمن، أو يقع بدونه مضموناً في الذمة؟... فإن لأصحابنا في الأخذ بالشفعة وجهين: أحدهما: لا يملك بدون دفع الثمن، وهو محكي عن ابن عقيل، ويشهد له نص أحمد أنه إذا لم يحضر المال مدة طويلة؛ بطلت شفעתه. والثاني: تملك بدونه مضموناً في الذمة، ونص أحمد في فسخ البائع أنه لا ينفذ بدون رد الثمن... لأن التسليط على انتزاع الأموال قهراً إن لم يقترب به دفع العوض، وإلا؛ حصل به ضرر فساد، وأصل الانتزاع القهري إنما شرع لدفع الضرر، والضرر لا يزال بالضرر... فقد ذكرنا اشتراط دفع الثمن للتملك القهري، وللمشتري حبس الشقص المشفوع على دفع الثمن...)^(٢)، وكلامه -من أن انتقال الملك لا يكون إلا بدفع العوض، وتعليل ذلك بدفع الضرر عن المالك- أولى بالانطباق على صورة نزع الملكية المعاصرة؛ لأن المشتري في الشفعة حديث عهد بالملك، وداخل على ملك غير مستقرّ بشرائه الشقص المشاع الذي يثبت فيه حق الشفعة، ومن ثم يكون قد عرض ملكه للنزع القهري، وأما المالك في صورة نزع الملكية فإن ملكه مستقر قديم، كما أن من يبيده الإيجاب وهو الحاكم -ومن في حكمه من سلطة مختصة- تسلط على ملكه مباشرة دون واسطة طلب شخص آخر كما في الشفعة؛ فإن الحاكم لا يتعرض ملك المشتري إلا بطلب من الشفيع، وقد علل الحكم الصادر عن المحاكم الإدارية بديوان المظالم في الدعوى رقم (٢٩٢٥) لعام ١٤٤٢هـ بذلك بأن: «العلق في النزع منقطع بين النازع والمنزوع؛ بخلاف غيرها من الشفعة والفسوخ التي يستقل بها البائع بعد قبض الثمن ونحوهما فإن العلق لم تنقطع فيها...»^(٣).

(١) عبد الرحمن بن أحمد بن رجب السلامي البغدادي ثم الدمشقي، أبو الفرج، زين الدين، حافظ للحديث، من العلماء. ولد في بغداد ونشأ وتوفي في دمشق. من كتبه شرح جامع الترمذي وجامع العلوم والحكم في الحديث، وهو المعروف بشرح الأربعين، وفضائل الشام والاستخراج لأحكام الخراج والقواعد الفقهية ولطائف المعارف وفتح الباري شرح صحيح البخاري لم يتمه، وذيل طبقات الحنابلة لابن أبي يعلى، وغيرها، توفي سنة ٧٩٥هـ. (الأعلام: ٢/٣٩٥).

(٢) تقرير القواعد وتحليل الفوائد، زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي، تحقيق أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ: ١/٣٥٩-٣٦٢.

(٣) الحكم الصادر عن المحاكم الإدارية بديوان المظالم في الدعوى رقم (٢٩٢٥) لعام ١٤٤٢هـ (غير منشور).

ولا يناهز ذلك قولهم عن الشفعة: إنها في معنى البيع، لأن أخذ الشقص قد يكون بالتراضي بين المشتري والشفيع، ولأن للشفعة خصوصية ليست في غيرها إذ إنها نزع جبري للملكية للمنفعة الخاصة، ونستعرض -بالقدر الذي يخدم البحث- شيئاً من نصوص الفقهاء في باب الشفعة وما ذكره من أحكام بشأنها، حتى يتبين لنا ما تتفق فيه مع نزع الملكية وما تغايره فيه، وأثر ذلك كله على تكييف نزع الملكية وتأسيس أحكامه.

فمن ذلك ما يذكرونه عنها من أنها في معنى البيع، إذ جاء في الدر المختار: (وصفتها أن الأخذ بها بمنزلة شراء مبتدأ فيثبت بها ما يثبت بالشراء كالرد بخيار رؤية وعيب...) (١)، كما جاء في كشف القناع: (والأخذ بالشفعة نوع بيع) كما تقدم؛ لأنه تملك للشقص بثمنه (لكن لا خيار فيه) أي: في الأخذ بالشفعة؛ لأنه قهري (ولهذا) أي: لكونه نوع بيع (اعتبر له) أي: لصحة الأخذ بالشفعة (العلم بالشقص) المأخوذ. (و العلم (بالثمن) المأخوذ به كما يعتبر في البيع: العلم بالعوضين (فلا يصح) الأخذ بالشفعة (مع جهالتهما) ولا مع جهالة أحدهما، هذا معنى ما قطع به في المغني، ومشى عليه في الإنصاف، وهو معنى ما قدمه في الفروع والمبدع. (٢)

وللملكية كلام مطوّل في تعريف الشفعة وما رتبوه عليه من مسائل، ومن كونها شراءً كما سار عليه ابن الحاجب (٣)، أو استحقاقاً كما رسمها ابن عرفة (٤)، وخرّجوا على هذا الخلاف عدداً من المسائل.

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين: ٢١٩/٦.

(٢) كشف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، دار الكتب العلمية:

١٦٠/٤.

(٣) عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس، أبو عمرو جمال الدين ابن الحاجب: فقيه مالكي، من كبار العلماء بالعربية. كردي الأصل. ولد في أسنا (من صعيد مصر) ونشأ في القاهرة، وسكن دمشق، ومات بالإسكندرية. وكان أبوه حاجباً فعرف به. من تصانيفه الكافية في النحو، والشافية في الصرف، ومختصر الفقه استخراجاً من ستين كتاباً في فقه المالكية، ويسمى جامع الأمهات ومنتهى السؤل والأمل في علمي الأصول والجدل في أصول الفقه، ومختصر منتهى السؤل والأمل، وغيرها، توفي عام: ٦٤٦هـ. الأعلام: ٢١١/٤.

وتعريفه للشفعة في مختصره الفقهي (جامع الأمهات): (الشفعة: أخذ الشريك حصّة جبراً بشراء) جامع الأمهات، عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس، أبو عمرو جمال الدين ابن الحاجب الكردي المالكي، تحقيق: أبو عبد الرحمن الأخضر الأخصري، الإمامة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، ١٤٢١هـ: ٤١٦.

(٤) محمد بن محمد ابن عرفة الورغمي، أبو عبد الله: إمام تونس وعالمها وخطيبها في عصره، مولده ووفاته فيها. تولى إمامة الجامع الأعظم سنة ٧٥٠ هـ وقدم لخطابته سنة ٧٧٢ هـ وللفتوى سنة ٧٧٢ هـ، من كتبه المختصر الكبير في فقه المالكية، والمختصر الشامل في التوحيد، والحدود في التعاريف الفقهية، وغيرها، توفي سنة ٨٠٢ هـ. الأعلام: ٤٢/٧.

وتعريفه للشفعة في مختصره الفقهي: (الشفعة: استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه) المختصر الفقهي، محمد بن محمد ابن عرفة الورغمي التونسي المالكي، أبو عبد الله، تحقيق: د. حافظ عبد الرحمن محمد خير، مؤسسة خلف أحمد الحبتور للأعمال الخيرية، الطبعة الأولى، ١٤٢٥ هـ: ٢٢٦/٧.

ومما تعرض له الفقهاء وأسهبوا في الكلام عنه من مسائل الشفعة مما له صلة ببحثنا - مسألة وقت انتقال الملك وسببه، إذ جاء في بدائع الصنائع: (فالتملك بالشفعة يكون بأحد طريقين: إما بتسليم المشتري وإما بقضاء القاضي)^(١)، وجاء في الدر المختار: (ويملك بالأخذ بالتراضي أو بقضاء القاضي)^(٢) وفي حاشية رد المحتار تعليقاً على ذلك: (لأن ملك المشتري تم فلا ينتقل عنه إلا بأحدهما)^(٣)، كما جاء في الشرح الصغير: (وملكه: أي الشفيع، أي ملك الشقص المباع بأحد أمور ثلاثة: (بحكم) من حاكم به بعد ثبوت البيع عنده (أو دفع ثمن) أو قيمة للشقص لمشتريه. (أو إشهاد بالأخذ) ... (إن سلم) له الأخذ، بأن قال: - بعد قول الشفيع: أخذت. - وأنا قد سلمت لك ذلك ...) وقال: (فالمدار على إنشاء الأخذ بعد معرفة الثمن فلا كبير فائدة في قولنا: «وملكه» إلخ)^(٤)، فنرى الحنفية والمالكية اشترطوا أحد أمرين لانتقال الملك؛ إما التراضي أو حكم الحاكم^(٥)، كما اشترطوا في حكم الحاكم أن يكون الثمن حالاً معجلاً كما سيأتي تفصيله. وأما الشافعية والحنابلة فقد نصّوا على عدم اشتراط حكم الحاكم لانتقال الملك؛ إذ جاء في المجموع: (ولا يأخذ بالشفعة من لا يقدر على العوض لأنه إذا أخذه ولم يقدر على العوض أضر بالمشتري والضرر لا يزال بالضرر فإن أحضر رهناً أو ضميناً أو عوضاً عن الثمن لم يلزم قبوله لأن ما استحق أخذه بالعوض لم يلزم قبول الرهن والضمين... قال الماوردي في الحاوي: اعلم أن الشفعة تجب بالبيع وتستحق بالطلب وتملك بالأخذ... ولا يحتاج إلى حكم حاكم في الأخذ

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ: ٢٣/٥.

(٢) الدر المختار: ٢١٩/٦.

(٣) المرجع السابق نفسه.

(٤) الشرح الصغير لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، أحمد بن محمد بن أحمد بن أبي حامد المدوي المالكي الأزهري الخلوّتي الشهير بأحمد الدردير، مطبوع مع حاشية بلغة السالك لأقرب المسالك لأبي العباس أحمد بن محمد الخلوّتي، الشهير بالصاوي المالكي، دار المعارف، بدون طبعة وبدون تاريخ ١٤٧/٣ وما بعدها.

(٥) وهي النتيجة التي أخذ بها نظام المعاملات المدنية، إذ نص في المادة التاسعة والستين بعد المئة السادسة على أنه: «يثبت الملك للشفيع في العقار المبيع من حين الحكم بثبوت الشفعة أو بتسليم المشتري له بالتراضي».

بها لأنها ثبتت بنص وإجماع وإنما يفترق إلى حكم الحاكم فيما ثبت باجتهاده فلو قال الشفيع حين بادر بالطلب: أنظروني بالثمن واحكموا لي بالملك لم يجز، وهكذا لو قال: احكموا لي بالملك متراخي الثمن لم يجز أن يحكم له بالملك؛ لأنه لا يجوز أن يزيل الضرر عن نفسه بالشفعة ويدخله على المشتري بالتأخير...^(١)، وجاء في كشف القناع: (ويأخذ الشفيع الشقص المشفوع بلا حكم حاكم؛ لأنه حق ثبت بالإجماع، فلم يفترق إلى حاكم حكم كالرد بالعيب)^(٢).

ولعلّ كلامهم من أنها - أي الشفعة - تملك بالأخذ ولا تفتقر إلى حكم حاكم ليس على إطلاقه؛ بل هو مقيد بما إذا دفع إليه الثمن حالاً، أو إذا لم ينازع المشتري في إعطاء الشقص، ولم يمتنع عن ذلك، مما هو مذكور عند غيرهم من الحنفية والمالكية، أما إذا امتنع فلا بد من حكم حاكم، إذ إن في إباحة الإجماع من قبل الشفيع دون حكم حاكم فساداً، وإذكاءً للنزاع بين المتخاصمين، وضرر على المشتري، والضرر لا يزال بمثله، ويشهد لذلك ما في النقل السابق عن المجموع، وما جاء في حاشية رد المحتار في سياق كلامه عن حقيقة الشفعة وأنها حق التملك: (لأن التملك لا يوجد بدون القضاء أو الرضا)^(٣)، وما ذكر بعد ذلك من قوله: (قولهم لا يثبت الملك للشفيع إلا بعد الأخذ بالتراضي أو بعد قضاء القاضي يقتضي أن استيلاءه حرام، ولا ينفعه قول العالم)^(٤)، كما أن حق الإلزام واستعمال قوة الإجماع مقصور على الإمام أو نائبه درءاً للفتنة، فلا بد من تأويل كلامهم بنحو ذلك، وتوجيهه بأن المقصود: إذا دفع الثمن حالاً، أو: أنه من أحكام الفتيا لا من أحكام القضاء والإمامة، كما في أخذ المرأة النفقة من مال زوجها دون حكم حاكم، على الخلاف في تأويل حديث: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»^(٥)، ثم إن لازم ما

(١) المجموع: ٣١٢/١٤.

(٢) كشف القناع: ١٥٩/٤.

(٣) الدر المختار: ٢١٦/٦.

(٤) الدر المختار: ٢٥١/٦.

(٥) صحيح البخاري = الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ: ١٧١/٩، رقم الحديث: (٧١٨٠)

أوضحوه من وجوب تعجيل الثمن وسقوط الشفعة في حال عدم تعجيله - كما سيأتي - أن الملك لا يصح ولا يتم إلا بعد تسليم العوض.

وإن من أهم الأحكام التي ذكروها في الشفعة مما له أثر بارز على محل بحثنا - أنها لا تصح ولا تتم للشفيع إلا بتعجيل دفع الثمن للمشتري (المشفوع منه)، فإن كلمة أئمة المذاهب تكاد تتفق على ذلك؛ إذ جاء في بدائع الصنائع ذكر الخلاف في المسألة وأن ظاهر الرواية أن الشفيع إذا طالب بالشفعة يقضي القاضي له بها سواء أحضر الثمن أو لا، واستدل لها بأن الشفيع يصير متملكاً المشفوع فيه بمقتضى القضاء بالشفعة كأن اشتراه منه، والتملك بالشراء لا يقف على إحضار الثمن كما في الشراء المبتدأ، يُبَدَّ أنه قيّد هذا القول بأمر منها: أن يكون انتقال الملك بقضاء القاضي، وأن القاضي يحبس الشفيع إذا لم يأت بالثمن مدة تجاوز الثلاثة أيام، وأن للمشتري إمساك المشفوع فيه لاستيفاء الثمن، وذكر القول الآخر - الموافق للجمهور - بأنه ليس ينبغي للقاضي أن يقضي بالشفعة حتى يحضر الشفيع المال؛ فإن طلب أجلاً أو يوماً أو يومين أو ثلاثة أيام ولم يقض له بالشفعة، واستدل له بأن حق الشفعة إنما يثبت لدفع ضرر الدخيل عن الشفيع، والقضاء قبل إحضار الثمن يتضمن الضرر بالمشتري لاحتمال إفلاس الشفيع، ودفع الضرر عن الإنسان بإضرار غيره متناقض، فلا يقضى قبل الإحضار ولكن يؤجله يومين أو ثلاثة إن طلب التأجيل تمكيناً له من نقد الثمن.^(١) وأما بقية المذاهب فلا خلاف عندهم في ذلك - حسب استقصاء الباحث -، فقد جاء في الشرح الصغير: (فإن عجل الشفيع الثمن أخذه قهراً عنه، وإلا يعجله أسقطها - أي الشفعة - الحاكم)^(٢)، ثم ذكر بعده أن المشتري إن سلّم الشقص ولم يوفِّ الشفيع الثمن؛ فإن الحاكم يبيع من ماله لأجل الوفاء ولو الشقص المشفوع فيه^(٣)، كما جاء في المجموع: (ولا يأخذ بالشفعة من لا يقدر على العوض لأنه إذا أخذه ولم يقدر

(١) بدائع الصنائع: ٢٥، ٢٤/٥.

(٢) الشرح الصغير: ٦٤٩/٣، وينظر أيضاً: الشرح الكبير: ٤٨٩، ٤٧٨/٣.

(٣) الشرح الصغير: ٦٤٩/٣.

على العوض أضر بالمشتري والضرر لا يزال بالضرر فإن أضر رهنًا أو ضمينًا أو عوضًا عن الثمن لم يلزم قبوله لأن ما استحق أخذه بالعوض لم يلزم قبول الرهن والضمين... فلو قال الشفيع حين بادر بالطلب: أنظروني بالثمن واحكموا لي بالملك. لم يجز، وهكذا لو قال: احكموا لي بالملك متراخي الثمن. لم يجز أن يحكم له بالملك؛ لأنه لا يجوز أن يزيل الضرر عن نفسه بالشفعة ويدخله على المشتري بالتأخير^(١)، ونحوه في كشف القناع إذ نص على أنه: (إن طلب الشفيع الإمهال لتحصيل الثمن أمهل يومين أو ثلاثة أيام؛ لأنها حد جمع القلة فإذا مضت الأيام الثلاثة ولم يحضره أي: يحضر الشفيع الثمن فللمشتري الفسخ؛ لأنه تعذر عليه الوصول إلى الثمن فملك الفسخ، كبائع بئمن حال من غير حاكم؛ لأن الأخذ بالشفعة لا يقف على حكم حاكم، فلا يقف فسخ الأخذ بها عليه، كالرد بالعيب،... وإن عجز الشفيع عن الثمن أو عجز عن بعضه سقطت شفيعته كما تقدم، فلو أتى الشفيع برهن، أو ضمين لم يلزم المشتري قبولهما، ولو كان الرهن محرزاً والضمين مليئاً؛ لما على المشتري من الضرر بتأخير الثمن، والشفعة شرعت لدفع الضرر، فلا تثبت معه، أو بذل الشفيع عوضاً عن الثمن بأن كان نقداً فدفع عنه عرضاً لم يلزم المشتري قبوله دفعاً لما عساه أن يتضرر به)^(٢).

وبما أن مدار الكلام هنا هو تحديد وقت انتقال الملكية وسببه، وأن في نزع الملكة شبه بالغصب واشتراك معه في بعض العلل على نحو ما أسلفنا؛ فلا يحسن تجاوز هذه النقطة دون الإشارة إلى كلام الفقهاء في انتقال ملك المغصوب، واعتبار الغصب سبباً ناقلاً للملك، ولأن في نصوص الأنظمة والقوانين اشتقاق من كلام الفقهاء في هذه المسألة على ما سيأتي - بإذن الله - وأن لمعرفة هذا الاشتقاق وأصل الاستمداد أثر في تفسير النص النظامي ومعرفة فحواه. فلذلك نستعرض بإيجاز ملخصاً لكلامهم فيه، ثم نبين وجه انطباقه على مسألتنا من عدمه. فأما الحنفية؛ فإن المقرر عندهم أن الغصب لا يتأتى في العقار، وحتى من قال منهم بحصول

(١) المجموع: ٣١٢/١٤.

(٢) كشف القناع: ١٥٩/٤، ١٦٠.

الغصب في العقار فإنه غير مضمون عندهم وإنما الواجب التخلية بينه وبين مالكه، وذلك مرتبط بتعريضهم للغصب وتحريرهم لعنايه وحقيقته بأن الغصب إزالة يد المالك عن ماله بفعل في المال، وأن من خواصه النقل والتحويل والتغيب عن المالك.^(١) ولذلك؛ فإن كلامهم في كون الغصب سبباً لانتقال الملك، وضمناً للغصوب، ووقت انتقال الملك - لا ينطبق على العقار.

ثم إنهم قرروا أن الحكم الأصلي للغصب هو وجوب رد عين الغصوب ما دام قادراً على رده على الوجه الذي أخذه، فإن عجز عن ذلك - سواء كان بسبب فعله أو فعل غيره أو بأفة سماوية - فإنه يضمن المثل أو القيمة، وإذا ضمن فإنه يكون ضامناً من يوم الغصب وبسببه، ومالكاً للغصوب من ذلك الحين، فيتربط عليه آثار الملك من صحة التصرف فيه وغير ذلك، إلا أن بعضهم استثنى حل انتفاع الغاصب به بنفسه قبل أداء بدله للغصوب منه.^(٢)

وأما المالكية؛ فإن الغاصب يملك الغصوب عندهم بشرائه من الغصوب منه، أو بأن يغرم قيمته بحصول مفوت كتلف الغصوب أو ضياعه أو تغيير ذاته، وإن لم يؤد القيمة بالفعل، ولا يملكه قبل ذلك.^(٣)

وأما الشافعية والحنابلة فإنهم لا يسوّغون كون الغصب سبباً لانتقال الملك، فلا يملك الغاصب الغصوب، والواجب عليه رد عينه، فإن تعذر بالفوات أو التلف فإنه يضمن قيمته لأجل الحيلولة لا على سبيل العوض.^(٤)

فيتبين مما سبق أن القول بصحة كون الغصب سبباً لانتقال الملك محصور فيما يمكن فواته مما

(١) بدائع الصنائع: ١٤٦/٧.

(٢) المرجع السابق: ١٥٢، ١٥١/٧.

(٣) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي: ٤٦٥، ٤٥٥/٣.

(٤) المجموع: ٢٣٧/١٤، المغني: ٢٠٦، ٢٠٥/٥، إلا في حالة استثنائها بعضهم وهي تعذر رد عين الغصوب مع بقاء صفة المالكية فيه، أي دون أن يتلف مثل خلط الزيت بمثله، أو طحن الحنطة، أو عصر العنب، فإن الغاصب في تلك الحالة يملكه، ولكنهم مع ذلك نضوا على أنه لا يتصرف فيه وأنه محجور عليه فيه حتى يعطي المالك بدله، ينظر: مغني المحتاج: ٣٥٧/٣، ٣٦٥، ٣٦٤/٣، المغني: ١٩٦/٥.

يعتريه التلف أو التغيير أو الضياع، ولذلك لا يمكن تطبيق ذلك على العقار؛ لأنه ثابت لا يعتريه التغيير أو التلف ولا يمكن ضياعه أو تغييره، حتى لو هدم البناء فإن أصل العقار هو الأرض، والواجب رد عينها مع نقص الهدم، إلا إذا اختار المالك الاستعاضة بالقيمة، فضلاً على أن القائلين بكون ضمان الغصب سبباً لانتقال الملك - وهم الحنفية- لا يرون إمكان حصول الغصب في العقار. ولذلك؛ لم يصح القياس عليها في حالة نزع الملكية.

فيمكن أن نستنتج -من خلال ما سبق من استعراض نصوص الفقهاء وما رتبوه من أحكام، ومن أشتات كلامهم في باب الشفعة من التشديد في تعجيل الثمن، ودرء الضرر المترتب عليه حتى ذكر بعضهم البيع على الشفيع ولو كان المبيع الشقص المشفوع فيه وآخرون قرروا حبسه، وما ذكر من أسباب تقتضي التشديد في نزع الملكية أكثر من الشفعة، وبعد التأمل فيها والتبصر بحالات نزع الملكية المعاصرة وتطبيقاتها- أن التملك القهري لا يتم إلا بدفع العوض، وأن واضع اليد قهراً على العقار قبل دفع العوض مستول على ملك غيره، ويده يد غصب عادية؛ ومن ثم يجب في ذلك أجره المثل، ولا يعني ذلك الوصفُ إلحاقه بالغاصب من حيث الظلم والمجاهرة والعدوان والإثم والذنب، فقد نبّه إلى ذلك الحكم الصادر عن المحاكم الإدارية بديوان المظالم في الدعوى رقم (١٣٦١) لعام ١٤٤١هـ، إذ نص -في سياق الكلام عن استحقاق أجره المثل عن حبس المنفعة ومنعها عن صاحبها وبعد أن ساق كلام الفقهاء في ضمان منافع المغصوب- على أن: ((الناظر المتأمل في تلك النصوص وما بُنيت عليه، ليُجد أن العلة التي بها يتعلق الحكم، والمناط الذي عليه يدور التضمين، هو مطلقُ منع المنفعة وحبسها بغير حق عن مالكها وذهاب المنافع تحت اليد العادية... وأما وصف العدوان والمجاهرة بغير مؤثر؛ إذ هي أوصاف تتعلق بحدود الصورة ولا تؤثر على المعنى والحكم، وإلا لسقط الضمان عن الظالم الذي لم يجاهر ويعاد، بل إن جمعاً من العلماء لم يعتبر تلك الأوصاف من حدِّ الغصب وخواصه، جاء في المجموع: (وقد عرّف الماوردي الغصب بأدق ما رأيت تعريفاً قال: «الغصب هو منع إنسان من ملكه والتصرف فيه بغير استحقاق» فإن منع ولم يتصرف كان تعدياً وتعلق به ضمان...))، كما

أن عليّة الوصف الذي ذكرناه -وهو مطلق منع المنفعة وحبسها بغير حق عن مالكها وذهاب المنافع تحت اليد العادية- وتأثير ذلك في الحكم تتبين من الفروع والنظائر التي قاسها العلماء على ضمان منافع المصوب، ومنها: القابض في العقد الفاسد، حيث يقول البهوتي في كشف القناع: (ومنافع المقبوض بعقد فاسد... كمنافع المصوب تضمن بالفوات والتفويت أي يضمنها القابض سواء استوفى المنافع أو تركها تذهب...)، وفي شرح منتهى الإرادات: (ويحرم ولا يصح تصرف في مقبوض بعقد فاسد... وعليه أجرة مثله ما كان بيده)، ومنها الزرع في الأرض بغير إذن ربها، ففي كشف القناع ما نصّه: (وإن حمل السيد بذراً إلى أرض... فثبت فيها فهو... لصاحبه... مبقى إلى الحصاد ولرب الأرض أجرة مثله لأن إلزامه بتبقيّة زرع لم يأذن فيه في أرضه بغير أجرة إضرار به فوجب أجرة المثل...)، ومنها مجاوزة المستعير للمكان، أو الزمان، أو الغرض الذي لأجله استعار، أو استبقاء العارية بعد طلب المعير لها، يقول البهوتي في كشف القناع: (ويجوز أن يستعير دابة ليركبها إلى موضع معلوم فإن جاوزه فقد تعدى... وعليه أجرة المثل للزائد)، وفي موضع آخر منه: (ويجب على المستعير الرد للعارية بمطالبة المالك له بالرد ولو لم ينقض غرضه منها... وبانقضاء الغرض من العين المعارة... وبانتهاء التأقيت إن كانت العارية مؤقتة... وحيث تأخر الرد فيما ذكرنا ففيه أي المعار أجرة المثل لمدة تأخيره لصيرورته كالمغصوب...)، فيتبين من تلك النظائر أن العلة في ضمان منافع المصوب هي مطلق منع المنفعة وحبسها بغير حق عن مالكها وذهاب المنافع تحت اليد العادية، من غير شرط العدوان والغلبة والمجاهرة^(١)، كما يُمكن أن يُضاف إلى تلك النظائر انتفاع المرتهن بالرهن من غير إذن الراهن، ففي كشف القناع: (وإن انتفع المرتهن بالرهن بغير إذن الراهن فعليه أجرته في ذمته كالمغصوب)^(٢)، فكلها نظائر لم يتحقق فيها وصف الظلم والمجاهرة والعدوان، ومع ذلك استوت في الحكم -أعني ضمان المنافع- مع الغصب.

(١) الحكم الصادر عن المحاكم الإدارية بديوان المظالم في الدعوى رقم (١٣٦١) لعام ١٤٤١هـ (غير منشور).

(٢) كشف القناع: ٢٥٦/٣.

وتلك النتيجة - أعني عدم انتقال الملك إلا بدفع العوض - هي ما جاءت بتأييدها نصوص نظام نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة ووضع اليد المؤقت على العقار، بأن نص في المادة السابعة عشرة منه على أنه: «في كل الحالات إذا أخرجت الجهة صاحبة المشروع مالك العقار من عقاره أو منعت من الانتفاع به قبل تسلم التعويض سواء كان بصورة استثنائية أو غيرها فيعطى أجره المثل عن المدة التي بين الإخلاء وتسلم التعويض...»، وقد أوضح ذلك الحكم الصادر عن المحاكم الإدارية بديوان المظالم في الدعوى رقم (٢٩٢٥) لعام ١٤٤٢هـ، بأن نص على أنه: ((وقد راعى المنظم عدم انتقال الملك إلا بتسليم التعويض؛ فقرر أجره المثل في المدة التي بين الإخلاء وتسلم التعويض إذا وضعت الجهة يدها على العقار ومنعت مالكة من الانتفاع به؛ وبما سمي المنظم هذا التعويض بأجرة المثل كان هذا إيماً منه إلى أن القول المعتبر في النظام هو توقف التملك على دفع الثمن، حيث صرح بلازمه، ولو كان الملك عند المنظم منتقلاً بمجرد صدور قرار النزع أو التبليغ بالتعويض لما كان لصاحب العقار المطالبة بأجرة المثل إذا أخرجته الجهة من عقاره أو منعت من الانتفاع به في المدة التي بين الإخلاء وتسلم التعويض؛ لأنه يكون مطالباً بأجرة ما لا يملك، ولكن المنظم سمي مطالبته بهذا الحق مطالبته بأجرة المثل، فنتج وظهر أن الملك عنده ينتقل بتسليم التعويض. وقد أوماً المنظم أيضاً إلى أن الانتقال يتوقف على تسلم التعويض بما ورد في المادة الثامنة عشرة من تجويز مطالبة من تأخر صرف تعويضه مدة سنتين بإعادة التقدير؛ فإن فيه دلالة على أن العقد لم يقع بصدور قرار النزع؛ لأن البيع لو كان منعقداً به لما كان لمالك العقار أن يطالب بإعادة التقدير؛ لأن وقوع العقد يقتضي انتقال الملك وثبوت الثمن في الذمة، فلا يكون تأخير دفعه موجباً لتغييره زيادةً أو نقصاً. ولو كان الملك منتقلاً بقرار النزع؛ للزم من نزع منه العقار الإخلاء بمجرد صدور قرار النزع، وللزمته الأجرة إن بقي قبل تسلم التعويض. ومما يؤكد أنها أجرة مثل؛ أنها لا تستحق إلا إذا أخرجت الجهة صاحبة المشروع مالك العقار من عقاره أو منعت من الانتفاع به قبل تسلم التعويض الذي ينتقل الملك

بتسلمه كما تقرر..))^(١).

إلا أن المحكمة الإدارية العليا أشارت في حكمها الصادر في الاعتراض رقم (٢٧٤٣) لعام ١٤٤٠هـ إلى خلاف ذلك، وسنعرضه مفصلاً - بإذن الله- في المبحث الثالث من الفصل الثاني عند الدراسة التحليلية للأحكام.

وبناءً على ما سبق يكون الموجب الفقهي لاستحقاق أجره المثل هو منع المنفعة وحبسها بغير حق عن مالكها، وذهاب المنافع تحت اليد العادية، أو ما يعبر عنه عند بعضهم بمسألة ضمان منافع المغصوب، كما ينبغي التنبيه إلى أن تضمين الغاصب أجره مثل ما غصبه مدة بقائه في يده ليست محل اتفاق عند الأئمة الفقهاء، وقد اختلفت أقوالهم فيها، وأساس اختلافهم هو اختلافهم في منافع الأعيان، أي مال أم ليست بمال؟ وبما أن أكثر مطالب البحث مؤسسة على هذه النقطة، وأن هذه المسألة تعدّ المنطلق الذي تتفرّع عنه باقي المسائل؛ فلا بد من بيان خلافهم فيها بشيء من التفصيل على النحو التالي:

ضمان منافع المغصوب:

القول الأول: أن منافع المغصوب غير مضمونة على الغاصب، سواء استوفاهما بأن سكن الدار أو ركب الدابة مثلاً، أو قوتها دون استعمال، وهو ما ذهب إليه الحنفية، إلا أن متأخريهم استثنوا ثلاث مسائل من ذلك، وهي: أن يكون المغصوب وقفاً، أو مال يتيماً، أو معداً للاستغلال،^(٢) واحتجوا لقولهم بالأدلة التالية:

١- ما روي أن جارية غرّت رجلاً فتزوجها، فكانت عنده مدة، فولدت منه أولاداً ثم جاء صاحبها واستحقها ف قضى عمر رضي الله عنه بالجارية لصاحبها بالعقد، وبقيمة الأولاد، ولم يقض بقيمة منافعها التي كانت في يده واستوفاهما، فلو وجب لبيئته مستحقه، ولم يوجب قيمة الخدمة مع علمه أن

(١) الحكم الصادر عن المحاكم الإدارية بديوان المظالم في الدعوى رقم (٢٩٢٥) لعام ١٤٤٢هـ (غير منشور).

(٢) المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، دار المعرفة، بيروت، بدون طبعة، ١٤١٤هـ: ١١/٧٧-٨٠، بدائع الصنائع: ١٤٥/٧، الدر المختار: ٢٠٦/٦-٢٠٨.

المغرور كان يستخدمها، ومع طلب المدعي بجميع حقه، ومثل ذلك عن علي عليه السلام ^(١) فلو كان ذلك واجباً له لَمَّا حل لهما السكوت عن بيانه، ولم يخالفهما أحد، فصار لشهرته إجماعاً، ولأنها منفعة استوفاهما من غير عقد، ولا شبهة فلا يلزم شيء في مقابلتها. ^(٢)

ويمكن أن يُناقش بأنه منقطع؛ فهو من بلاغات الموطأ، فقد رواه مالك -رحمه الله- عن عمر رضي الله عنه مباشرة، فلم يتصل فيه السند.

٢- حديث: «الخراج بالضمان» ^(٣)، ووجه الدلالة منه: أن الأعيان مضمونة فتكون منافعها

(١) هكذا ورد الأثر في مدونات الفقه الحنفي، أما في كتب السنة فلم أقب عليه إلا فيما رواه مالك في الموطأ - بنص: (أنه بلغه أن عمر بن الخطاب، أو عثمان بن عفان، قضى أحدهما في امرأة غرت رجلاً بنفسها. وذكرت أنها حرة. فولدت له أولاداً. فقضى أن يفدي ولده بمثلهم) الموطأ، مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبجي، تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، أبو ظبي، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ: ١٠٧٢/٤. رقم الحديث: (٢٧٢٩)، وفيما رواه عنه البيهقي في السنن الكبرى بنص: (أخبرنا أبو سعيد، ثنا أبو العباس، أنبا الربيع، أنبا الشافعي، أنبا مالك، أنه بلغه أن عمر، أو عثمان قضى أحدهما في أمة غرت بنفسها رجلاً فذكرت أنها حرة فولدت أولاداً فقضى أن يفدي ولده بمثلهم) السنن الكبرى، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرُو جردي الخراساني، أبو بكر البيهقي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤٢٤هـ: ٣٥٨/٧ رقم الحديث: (١٤٢٥٤).

(٢) المبسوط: ٧٩/١١، التجريد، أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان أبو الحسين القدوري، تحقيق: مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية أ. د محمد أحمد سراج، وأ. د علي جمعة محمد، دار السلام، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٤٢٧هـ: ٣٢٢٥/٧.

(٣) رواه الترمذي، سنن الترمذي، محمد بن عيسى بن سَورة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى، تحقيق: أحمد محمد شاكر، ومحمد فؤاد عبد الباقي، وإبراهيم عطوة عوض، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الطبعة الثانية، ١٣٩٥هـ: ٥٧٤/٣، رقم الحديث: (١٢٨٦)، وابن ماجه. سنن ابن ماجه، ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وعادل مرشد ومحمد كامل قره بللي وعبد اللطيف حرز الله، دار الرسالة العالمية، الطبعة الأولى، ١٤٣٠هـ: ٣٥٢/٢ رقم الحديث: (٢٢٤٣)، والنسائي. المجتبى من السنن وهو السنن الصغرى للنسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شبيب بن علي الخراساني، النسائي، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ: ٢٥٤/٧ رقم الحديث: (٤٤٩٠)، وأبو داود. سنن أبي داود، أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السُّجِسْتاني، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت: ٢٨٤/٣ رقم الحديث: (٣٥٠٨)، وصححه الحاكم في مستدرکه. المستدرک علی الصحیحین، أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ: ١٩٠/٢، ١٨٠/٢ رقم الحديث: (٢١٨١، ٢١٨٠، ٢١٧٩، ٢١٧٨، ٢١٧٧، ٢١٧٦).

للضمان فلا يضمنها وهو المطلوب، فإن العين المفصولة من ضمان الغاصب باتفاق، ومن ثم يكون خراجها -ومنه الأجرة- له بناءً على نص الحديث.

ونوقش: بأنه وارد في البيع ولا يدخل فيه الغاصب؛ لأنه لا يجوز له الانتفاع بالمغصوب بالإجماع.^(١) ورُدَّ: بأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب.^(٢)

٢- قياس المنفعة على الكسب؛ فكما أن من غصب أداة صيد فاصطاد بها أو غصب دراهم فاتجر بها وكسب، فإن الكسب والصيد له، فكذلك المنفعة.^(٣)

ويمكن أن يناقش: بأنه قياس مع الفارق؛ فالكسب من فعل الغاصب دون المنفعة.

٤- القياس على منفعة البضع؛ فمن زنا بحرة مطاوعة من غير عقد أو شبهة لم يلزمه مقابل، مع أنه استوفى منفعة البضع دون عقد أو شبهة.^(٤)

ونوقش: بأنها رضيت بإتلاف منافعها بغير عوض، ولا عقد يقتضي العوض، فكان بمنزلة من أعاره داره، ولو أكرهها عليه، لزمه مهرها.^(٥)

٥- أن المنفعة ليست بمال، ومن ثم لا تُضمن بالغصب، ويدل على أنها ليست بمال أمور:

أولها: أن صفة المالية للشيء إنما تثبت بالتمول، والتمول صيانة الشيء وأدخاره لوقت الحاجة، والمنافع لا تبقى وقتين، ولكنها أعراض كما تخرج من حيز العدم إلى حيز الوجود تتلاشى، فلا يتصور فيها التمول.

ثانيها: أنها لا تتقوم في حق الغرماء على المفلس.

(١) المغني، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي، مكتبة القاهرة، ١٣٨٨هـ: ٢١٨/٥.

(٢) الذخيرة، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقراي، تحقيق: محمد حجي، وسعيد أعراب، ومحمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٤م: ٢٨١/٨-٢٨٢.

(٣) الميسوط: ٧٧/١١، بتصرف وزيادة.

(٤) التجريد: ٣٢٢٥/٧ - ٣٢٢٢.

(٥) المغني: ٢١٨/٥.

ثالثها: أنها لا تجب فيها الزكاة.

ورابعها: أن الوصي لو توانى في عقار اليتامى لم يؤجره لم يضمن، والأصل أنه يضمن فيما لو تسبب أو أهمل أو فرط في شيء من الأموال، فدل ذلك على أنها ليست بمال بنفسها. وخامسها: أنها لا تعد من الثلث من حيث التصرفات في مرض الموت فلو أهمل دوره أو عبيده في مرض موته لا يقوم عليه ذلك، حتى أن المريض إذا أعان إنساناً بيديه أو أعاره شيئاً فانتفع به لا يعتبر خروج تلك المنفعة من الثلث.^(١)

ونوقش ذلك: بأن المنفعة مال، ويدل على ذلك أمور:

أولها: أنه يجوز أخذ العوض عنها في الإجارة والنكاح، وردّ: بأن ذلك ثبت على خلاف القياس لأجل الضرورة والحاجة، ولا تتحقق مثل هذه الحاجة في الغصب فتقدر الضرورة بقدرها وتبقى المنفعة على حقيقتها، كما قيل في النكاح بأن البضع في حكم الأجزاء والأعضاء، وضمانها ضمان الأعيان القائمة لا الأعراض الفانية.^(٢)

وثانيها: أنها متقومة لأنها تقوم الأعيان فيستحيل ألا تكون متقومة بنفسها، وأن العين إنما تضمن لتضمنها المنافع؛ لأن ما لا منفعة فيه لا يضمن فإذا كانت هي أصل الضمان فهي أولى أن تضمن.

ونوقش:

أولاً: بأنه كما تتفاوت قيمة العين بتفاوت المنفعة تتفاوت قيمة الطيب بتفاوت الرائحة، ولم يدل ذلك على كونها مالاً متقوماً.^(٣)

ثانياً: أن المنافع وإن كانت هي سبب صيرورة الأعيان مضمونة بسبب الإتلاف، فإن إتلاف العين نفسها هو سبب ضمان قيمتها، فإن سبب السبب للشيء لا يلزم أن يكون سبب الشيء؛ لأن

(١) المبسوط: ٧٧/١١-٨٠، الذخيرة: ٢٨١/٨-٢٨٢.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) المبسوط: ٧٧/١١-٨٠.

الأعضاء سبب الطاعة والطاعة سبب دخول الجنة والأعضاء ليست سبب الجزاء بالجنة؛ لأنها ليست من كسب العبد، وما ليس من كسبه لا يجازى عليه، وكذلك العقل سبب الإيمان والمعارف والعلوم وهي سبب الجزاء بالسعادة الدائمة وهو لا يكون سبب الجزاء؛ لكونه ليس من كسبه والصحيح من أصول الفقه: عدم التعليل بالحكمة مع أنها سبب عليّة العلة ونظائره كثيرة.^(١) ثالثاً: حتى على القول بأن المنفعة مال متقوم فهي دون الأعيان في المالية، وضمان العدوان مقدر بالمثل بالنص، ألا ترى أن المال لا يضمن بالنسبة، والدين لا يضمن بالعين؛ لأنه فوّه فكذلك المنفعة لا تضمن بالعين، وبيان هذا الكلام أن المنفعة عرض يقوم بالعين، والعين جوهر يقوم به العرض، ولا يخفى على أحد التفاوت بينهما، والمنافع لا تبقى وقتين، والعين تبقى أوقاتاً، وبين ما يبقى وما لا يبقى تفاوت عظيم، والعين لا تضمن بالمنفعة قط، ومن ضرورة كون الشيء مثلاً لغيره أن يكون ذلك الغير مثلاً له أيضاً، وبهذا فارق ضمان العقد، فإنه غير مبني على المماثلة باعتبار الأصل، بل على المراضاة، وكيف ينبني على المماثلة، والمقصود بالعقد طلب الربح. ثم إن ضمان العقد مشروع، وفي المشروع يعتبر الوسع والإمكان؛ ولهذا يجب الضمان باعتبار التراضي، فاسداً كان العقد أو جائزاً، فيسقط اعتبار التفاوت الذي ليس في وسعنا الاحتراز عنه في ضمان العقد، فأما الإلتلاف فمحظور غير مشروع، وضمانه مقدر بالمثل بالنص، فلا يجوز إيجاب الزيادة على قدر المتلف بسبب الإلتلاف.

وردّ: بأنه يسقط اعتبار هذا التفاوت لدفع الظلم والزجر عن إلتلاف منافع أموال الناس، ولأن المتلف عليه مظلوم يسقط حقه إذا اعتبر هذا التفاوت، ومراعاة جانب المظلوم أولى من مراعاة جانب الظالم.

وردّ: بأنه قد وجب للزجر التعزير والحبس، فأما وجوب الضمان للجبران، فيتقدر بالمثل على وجه لا يجوز الزيادة عليه، والظالم لا يُظلم، بل ينتصف منه مع قيام حرمة ماله، ولو أوجبنا عليه زيادة على ما ألتف كان ذلك ظلماً مضافاً إلى الشرع؛ لأن الموجب هو الشرع، وذلك لا

(١) الذخيرة: ٢٨١/٨-٢٨٢.

يجوز، وإذا لم يوجب الضمان لتعذر إيجاب المثل كان ذلك لضرورة ثابتة في حقنا، وهو أنا لا تقدر على القضاء بالمثل، وذلك مستقيم مع أن حق المظلوم لا يهدر، بل يتأخر إلى الآخرة. ولو أوجبنا الزيادة صارت تلك الزيادة هدراً في حق المتلف فيبطل حقه عنه أصلاً^(١). ولعل وجه الرد الأخير هذا لا يرد في حالة نزع الملكية المعاصرة؛ إذ إن التعزير لا يتأتى في حق جهة الإدارة أو السلطة المختصة بالنزع.

ثالثها - مما يدل على مائيّة المنافع - جواز الوصية بها وتمليكها، وردّ: بأن الكلب يوصى به وليس بمال، وأن حق حد القاذف وحق القصاص يملكان وليسا بمال^(٢).

٦- أنها - أي المنافع - معدومة، فلا يتصور الإلتلاف فيها، فالمنافع قبل وجودها يستحيل إلتلافها؛ لأنها معدومة، وبعد وجودها لا تبقى؛ لأنها أعراض لا تبقى زمانين، فهي تنعدم بنفسها فيتصور فيها التلف لا الإلتلاف لأن الإلتلاف قطع البقاء ولا بقاء، فلا إلتلاف بخلاف الأعيان فإنها باقية.^(٣)

ونوقش: بالضمان في الإجارة. وردّ: بأنه ضمان بشرط لا ضمان إلتلاف^(٤).
٧- أن الزيادة التي أورتها المنافع في قيمة العين ضمنت مرتان: في ضمان العين نفسها - المتضمنة قيمة المنفعة - وفي ضمان قيمة المنفعة استقلالاً، وهذا ممتنع، جاء في المبسوط: (فإذا اعتبرت المنفعة لإيجاب ضمان العين لا يمكن اعتبارها لإيجاب ضمانها مقصوداً)^(٥).
القول الثاني: التفصيل؛ فإن الغاصب إما أن يغصب الرقبة (العين) و(الذات) دون المنفعة، وإما أن يغصب المنفعة، ويسمونه التعدي، فإن غصب الرقبة فإنه لا يضمن المنافع إلا بالاستيفاء والاستعمال، بالإضافة إلى ضمانه الذات ولو تلفت بسماوي، وأما إن لم يستوف المنفعة، بل

(١) المبسوط: ٧٧/١١ - ٨٠ بتصرف.

(٢) التجريد: ٣٢٢/٧.

(٣) المرجع السابق، الذخيرة: ٢٨١/٨ - ٢٨٢.

(٤) الذخيرة: ٢٨١/٨ - ٢٨٢.

(٥) المبسوط: ٧٨/١١.

تركها تذهب، كالدار يفلقها، والأرض يبورها، والدابة يجبسها، فلا يضمن أجره مثلها مدة بقائها في يده، وأما إن غصب المنفعة بأن قصد التعدي على عليها دون قصد ملك الرقبة، فذلك يضمن المنافع سواء استوفاهما أو تركها تذهب، ولا يضمن الرقبة في هذه الحالة فيما لو تلفت بسماوي، سوى منفعة الحر والبضع، فلا يضمنها إلا بالاستيفاء، وإذا حصل النزاع في كونه غصب الذات أو المنفعة اعتبرت القرائن، وهو قول المالكية.^(١)

أما الأدلة التي اعتمد عليها أصحاب هذا القول فهي مجموع ما احتجّ به أصحاب القول الأول ومخالفهم من أصحاب القول الثالث، بيد أنها قد سلمت من الاعتراضات الموجّهة إليها، كما قد سلمت من الاعتراضات الموجّهة إلى أدلة القول المقابل فيما اتفقت فيه معه، من حيث إنهم فصلوا وجوه الاستدلال، وحققوها فيما تصح فيه من أجزاء المسألة، واستثنوا ما قام موجب استثنائه منها، وبيان ذلك في مجمل وجوه الاحتجاج التي تدور حولها المسألة، والأدلة التي تأسس عليها الخلاف على النحو التالي:

١- ففي الجدل الثائر حول مالية المنافع من عدمها: فإن الأمور التي دلت على أن المنفعة ليست بمال متوجهة من حيث الأصل، ومحل اعتماد واستدلال لدى أصحاب هذا القول، وإن الأمور التي أكسبت المنافع صفة المالية، إنما تصدق في حال الاستيفاء، أو توجه القصد إليها، أو جعلها محلاً لعقد، لا في حال الفوات، وبذلك يكون التوفيق، والسلامة مما ذكر من الاعتراضات.

٢- وفي حديث: «الخراج بالضمان»^(٢)، فقد أعملوا مقتضاه في محله؛ فإن غاصب الرقبة دون أن يستوفي المنافع، ضامنٌ للعين مطلقاً، فتكون منافعها للضمان، فلا يضمنها وهو المطلوب، والحديث وإن كان إنما ورد في الرد بالعيب فالعبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، وقاسوا ذلك على القابض للوسوم؛ فإنه يضمن العين دون منفعتها، فعلم أنه لا يجتمع ضمان العين والمنفعة لمالك واحد، وأما في حال ما إذا استوفى المنفعة؛ فإنه يضمنها لموجب آخر وهو التعدي

(١) الشرح الكبير: ٣/٤٤٨-٤٤٩، ٤٥٢-٤٥٥.

(٢) سبق تخريجه.

على ملك الغير باستغلال منافعه، وأما غاصب المنفعة دون الرقبة فإنه لا يضمن الرقبة فيما إذا تلفت من غير فعله، وبذلك يتسق الاحتجاج بالحديث، ولا يكون عليه مدخل.

٢- وفي القياس على منافع البضع؛ فإنه لا يسلم الاحتجاج به لمن جعل المنافع غير مضمونة مطلقاً؛ لأنه إذا أكرهها على الزنا لزمه مهرها، كما يمكن الاعتراض على من ضمن الغاصب المنافع مطلقاً - ولو لم يستوفها - بحالة ما إذا حبس الحرة ولم يستوف منفعة البضع، فإنه لا يضمن اتفاقاً، بينما لا يمكن الاعتراض بذلك على أصحاب هذا القول، إذ إنهم جعلوا ضمان المنافع مقصوراً على من استوفاهما، وبذلك تتم الحجّة السالبة من الاعتراضات في هذا القياس لأصحاب هذا القول.

٤- وقد احتجوا في مناقشة القول الأول بحديث: «ليس لعرق ظالم حق»^(١)، فإنهم أعملوا مقتضاه في فروع المسألة؛ فإن غاصب الرقبة من غير استيفاء المنفعة لا يمكن تضمينه أجره المثل تأسيساً على الحديث، لأنه لم يئلف أو يستوف وأن المنافع معدومة على ما سبق بيانه، وأما إن استوفى، أو غصب المنفعة، فإنه يضمنها لأنه استغل ظلاماً.^(٢)

القول الثالث: أن من غصب شيئاً له منفعة تصح إجارتها، فإنه يضمن أجره مثلها مدة بقائها في يده سواء استوفى المنافع أم تركها تذهب، وهو قول الشافعية، والحنابلة، وقول عند المالكية^(٣) وإن الأدلة التي استند إليها أصحاب هذا القول تتمحور في الجملة حول قياس المنافع

(١) صحيح البخاري: ١٠٦/٣، باب من أحيا أرضاً مواتاً بنص: (باب من أحيا أرضاً مواتاً ورأى ذلك علي في أرض الخراب بالكوفة موات وقال عمر: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له» ويروى عن عمرو بن عوف، عن النبي ﷺ وقال: «في غير حق مسلم، وليس لعرق ظالم فيه حق» ويروى فيه عن جابر: عن النبي ﷺ).

(٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، دار الحديث، القاهرة، ١٤٢٥هـ: ١٠٦/٤، بتصرف وزيادة.

(٣) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ: ٣٥٤/٣، كشاف القناع: ١١١/٤، المغني لابن قدامة: ٢١٧/٥ - ٢١٨، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، أبو محمد جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس بن نزار الجذامي السعدي المالكي، تحقيق: أ. د. حميد بن محمد لحمر، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ / ٢٠٠٣م: ٨٦٦/٣.

على الأعيان، واعتبارها أموالاً بنفسها، وجواز أخذ العوض عنها، وأنها متقومة، وقد مضى استيفاء مناقشة ذلك في أدلة القول الأول.

سبب الخلاف:

يبدو جلياً مما سبق استعراضه أن سبب الخلاف في المسألة ومنشأه هو الخلاف في حقيقة المنافع، وهل تعتبر أموالاً بنفسها؟ وهل يتأتى الإتلاف عليها؟ ولكن ابن رشد^(١) - في حديثه عن الخلاف بين القول الأول والثاني دون الثالث - بين للخلاف سبباً آخر إذ قال: (وسبب اختلافهم في هل يرد الغاصب الغلة أو لا يردّها اختلافهم في تعميم قوله ﷺ: «الخراج بالضمان» وقوله ﷺ: «ليس لعرق ظالم حق». وذلك أن قوله ﷺ هذا خرج على سبب، وهو في غلام قيم فيه بعيب، فأراد الذي صرف عليه أن يرد المشتري غلته، وإذا خرج العام على سبب هل يقصر على سببه أم يحمل على عمومته؟ فيه خلاف فقهاء الأمصار مشهور، فمن قصر هاهنا هذا الحكم على سببه، قال: إنما تجب الغلة من قبل الضمان فيما صار إلى الإنسان بشبهة، مثل أن يشتري شيئاً فيستغله فيستحق منه. وأما ما صار إليه بغير وجه شبهة فلا تجوز له الغلة لأنه ظالم، وليس لعرق ظالم حق، فعمم هذا الحديث في الأصل والغلة (أعني: عموم هذا الحديث) وخصص الثاني. وأما من عكس الأمر فعمم قوله ﷺ: «الخراج بالضمان» على أكثر من السبب الذي خرج عليه، وخصص قوله ﷺ: «ليس لعرق ظالم حق» بأن جعل ذلك في الرقبة دون الغلة، قال: لا يرد الغلة الغاصب^(٢)، وظاهر من كلامه أنه يتحدث عن الغاصب الذي استوفى المنافع وقبض أجرها؛ إذ نص على عبارة: (يرد الغاصب الغلة أو لا يردّها)، والرد لا يكون إلا لشيء قد

(١) محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الأندلسي، أبو الوليد: الفيلسوف. من أهل قرطبة عني بكلام أرسطو وترجمه إلى العربية، وزاد عليه زيادات كثيرة. وصنف نحو خمسين كتاباً، منها التحصيل في اختلاف مذاهب العلماء، والحيوان وفصل المقال فيما بين الحكمة والشريعة من الاتصال والضروري في المنطق، ومنهاج الأدلة في الأصول، والمسائل في الحكمة، وتهافت التهافت في الرد على الغزالي، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد في الفقه، وجوامع كتب أرسطاطاليس في الطبيعيات والإلهيات، والكليات في الطب، وشرح أرجوزة ابن سينا في الطب، وكان دمث الأخلاق، حسن الرأي. ويلقب بابن رشد «الحفيد» تمييزاً له عن جدّه أبي الوليد محمد بن أحمد (المتوفى سنة ٥٢٠)، توفي سنة ٥٩٥هـ. الأعلام: ٣١٨/٥. ٣١٩.

(٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: ١٠٦/٤.

قُبُض، وبذلك يكون كلامه محصوراً في الخلاف بين القولين الأول والثاني دون الثالث.

الموازنة والترجيح:

يظهر من خلال استعراض الأدلة ومناقشتها رجحان القول الثاني في بادئ النظر؛ لسلامته من الاعتراضات، وكفاية أدلته، إلا أن للترجيح والاعتماد في العمل والقضاء والفتوى، مسالك أخرى قد يُعدّل لأجلها عن الراجح إلى المرجوح، وهي في حقيقتها لا تخرج عن الأدلة التي اعتبرها الشارع، فمن ذلك تقديم القول الذي جرى به العمل، والترجيح بالعرف والعادة، وترجيح ما كان طريقاً لجلب المصلحة أو درء المفسدة، وقد فصل العلماء القول في ذلك وبيّنوا أسبابه وضوابطه، فمن ذلك: ما جاء في كتاب نور البصر في سياق الكلام عن الأمور التي تقتضي العدول عن المشهور والراجح - بعد تفصيل القول في الترجيح بما جرى به العمل، والترجيح بالعرف والعادة وذكر الأمثلة لذلك - إذ نص على: (وثانيها: أن الأمور التي توجب ترجيح غير المشهور كونه طريقاً لدرء مفسدة. وثالثها: كونه طريقاً لجلب مصلحة إذا عرضت... ووجه ذلك: أن الشريعة جاءت لدفع المفسد وجلب المصالح فضلاً من الله ونعمة، فإذا عرض توقفهما على مقابل المشهور غلب على الظن أن قائل القول المشهور: لو أدرك هذا الزمان الذي توقف فيه جلب المصلحة أو دفع المفسدة على مقابل قوله لم يقل إلا المقابل، ولكن الترجيح بهذين الأمرين لا يعمّ القادر على الترجيح وغيره... بل لا بد هنا من أهلية الترجيح بإتقان الآلات والقواعد، إذ ليست كل مصلحة أو مفسدة تعتبر في نظر الشرع، فلا بد من نظري في ذلك بملكة يميز بها بين المعتبر شرعاً وغير المعتبر، ويعلم بها أن الكليات الخمس ترجح، أعني الدين والنفس والنسب والعقل والمال، وهل هي ضرورية أو حاجية أو تحسينية أو ملحقة بشيء من ذلك، ليُقدّم ما يُقدّم ويؤخّر ما يُؤخّر. وقد تكفل بذلك من أصول الفقه، ومن القواعد التي هي أخص من قواعد الأصول وأعم من الكليات والفقه، ولا بد مع ذلك من فطنة وفقاهة نفس) ثم ذكر أن: (تغيّر الأحكام عند تغير الأسباب ليس خروجاً عن المشهور، بل فيه جري على قاعدة المذهب في المحافظة على مصالح العباد وحفظ أموالهم... وأمثال هذه الاعتبارات فيما جرى به العمل كثيرة، وبالله

تعالى التوفيق^(١)، وقد ساق خلال كلامه من الأمثلة لذلك من المسائل ما فيه شبه بمحل بحثنا. وبتطبيق ذلك على الصور المعاصرة في نزع الملكية وتصرفات جهة الإدارة، فقد تبين أن المفسدة قد تُدرأ فيما تكلم فيه الفقهاء بالتعزير والحبس والعقوبة، وذلك لا يتأتى في حق جهة الإدارة، فلا بد من شيء يحفظ لصاحب الملك حقه، ويدراً عنه الظلم والضرر والأذى، ولا أمثل في سبيل ذلك من العمل بقول من ضَمَّن الغاصب أجره المثل ولو في حال عدم الاستيفاء، ولا سيما أنه مذهب مؤسس على أدلة وأصول معتبرة، وقال به تلة من أجلاء علماء الأمة المجتهدين، وإن من لم يُضْمَن الغاصب أجره مثل ما غصبه، قد راعى أن من ضمن الأحكام المترتبة أن الغاصب يُعزَّر وجوباً^(٢)، ولا يخفى ما في ذلك من الأثر على القول بعدم تضمينه أجره مثل ما غصبه؛ فإن العقوبات والتعزيرات لا تتمحض لحق الله (الحق العام)، بل إن في بعضها ما يكون جبراً للحق الخاص بالعقوبة كما في حد القذف، ولذلك يُعدُّ تعزير الغاصب جزءاً من استيفاء المغصوب حقه، ومُعْنياً - بوجه ما - عن تضمينه أجره المثل، وقد أوردنا ما جاء في المبسوط في تبين ذلك من قوله: (فإن قيل: يسقط اعتبار هذا التفاوت لدفع الظلم والزجر عن إتلاف منافع أموال الناس، ولأن المتلف عليه مظلوم يسقط حقه إذا اعتبر هذا التفاوت، ومراعاة جانب المظلوم أولى من مراعاة جانب الظالم... قلنا: قد أوجبنا للزجر التعزير والحبس...) ^(٣)، ثم إن اعتماد القول بعدم التضمين في صورة نزع الملكية المعاصرة يستلزم مفسدة، وهي أن لجهة الإدارة إخراج المالك من عقاره، وتركه بلا تعويض إلى غير أجل دون أن يترتب على ذلك أي ضمان عليها أو مسؤولية تجاهها، ولا يخفى ما في ذلك من الظلم، ومن تهئية مناخ الفساد في أعمال السلطة، ولذلك فإن الأولى العمل بقول التضمين ولو تركت المنافع تذهب من غير استيفاء؛

(١) نور البصر شرح خطبة المختصر، أبو العباس أحمد بن عبد العزيز بن الرشيد الهلالي الغالي، تحقيق: محمد محمود ولد محمد الأمين، دار يوسف بن تاشفين ومكتبة الإمام مالك، الجمهورية الإسلامية الموريتانية، والعين، الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ: ١٤٢-١٤٥.

(٢) المبسوط: ٨٠/١١، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٤٤٢/٣.

(٣) المبسوط: ٨٠/١١.

حفظاً للمصالح من حفظ الأموال واحترام الملكية الخاصة، ودرءاً لمفسدة الظلم والتعدي. وذلك ما جاء به نظام نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة ووضع اليد المؤقت على العقار، إذ قرّر بقول صريح لا يحتمل التأويل وجوب أجره المثل، بأن نص في المادة السابعة عشرة منه على أنه: «في كل الحالات إذا أخرجت الجهة صاحبة المشروع مالك العقار من عقاره أو منعتة من الانتفاع به قبل تسلم التعويض سواء كان بصورة استثنائية أو غيرها فيعطى أجره المثل عن المدة التي بين الإخلاء وتسلم التعويض...».

والكلام فيما سبق مبني على أساس أن انتقال الملك لا يكون إلا بدفع العوض، وفقاً لما سبق من أدلة وأسباب تقتضي ذلك، وأما لو قلنا بأن انتقال الملك يكون بقرار النزع أو بوضع الجهة النازعة يدها على العقار؛ فإن التكييف الفقهي للتعويض حينئذ يكون متردداً بين أن يكون من الربا، أو يكون من باب التزام الدولة تبرعاً للمنزوع منه.

فمنطلق القول بأنه من الربا: أن المبلغ ثبت ديناً في ذمة الجهة النازعة منذ انتقال الملك، والزيادة على دين ثبت في الذمة لأجل التأخر - ربا، ويرد عليه: أن تلك الزيادة ليس مشروطة أو واجبة على الدولة، وإنما تدفعها من باب الإرفاق بالمنزوع منه والإحسان له، وذلك جائز، لأن رسول الله ﷺ استلف بغيراً وردّ خيراً منه وقال: «إن خياركم أحسنكم قضاءً»^(١)، ولو لم تلتزمها الدولة لَمَا وجب عليها. ويجاب عنه: بأنها واجبة عليها لا من باب التبرع؛ بدليل أن المطالب يدعي بها، فيُحكم له قضاءً، ويردّ عليه: أن الدولة بسلطاتها الثلاث شخصية اعتبارية واحدة ممثلة في الملك، والفصل بين السلطات فيها أقرب للصوري، وهو من باب توزيع الولاية أكثر مما هو فصل بمعناه الحقيقي، بدليل النصوص الواردة في النظام الأساسي للحكم، من أن الملك هو مرجع السلطات الثلاث، وأن الملك هو رئيس مجلس الوزراء، وأن الأنظمة تصدر بأمره^(٢)، وإنما يحكم بها القضاء الإداري ضد جهة الإدارة النازعة؛ لأن المملك عهد إليه بذلك،

(١) رواه البخاري: ٩٩/٣ رقم الحديث: (٢٣٠٥).

(٢) المواد: (٧٠، ٥٦، ٤٤) من النظام الأساسي للحكم الصادر بالأمر الملكي ذي الرقم (٩٠/أ) بتاريخ ٢٧/٠٨/١٤١٢هـ.

وولاه ذلك الشأن، بموجب المادة (١٣/ب) من نظام ديوان المظالم^(١)، فهو حكم بالائتثار بأمر ولي الأمر المتمثل في نص المادة (٢/١٧) من نظام نزع الملكية التي ألزمت بأجرة المثل، لا حكمٌ باستحقاقها مباشرة، ويؤيد ذلك أن الأحكام الصادرة في أجرة المثل عند نزع الملكية أحكاماً بإلغاء القرار الإداري المتمثل في امتناع جهة الإدارة عن تطبيق المادة (٢/١٧) من نظام نزع الملكية، وإجراء مقتضاها بحق المدعي، وأن الدعاوى بذلك تُكيّف على أنها من دعاوى الإلغاء كما سيأتي^(٢)، وعلى ذلك يصح القول بأنها تبرع وإحسان التزمته الدولة، ولا ينفي ذلك أن القضاء يحكم بها.

وتبرع الدولة والتزامها ما لا يجب عليها أمرٌ سائغ وجائز شرعاً، إذا اقترن بتحري العدل، والمساواة بين الرعية، وابتغاء المصلحة العامة، إذ إن تصرف الراعي على رعيته منوط بالمصلحة، ومن ذلك ما يذكره الفقهاء من أحكام إقطاع الأراضي.

ثانياً: الموجب النظامي:

كما كان لمعرفة وتحديد وقت انتقال ملكية العقار المنزوع إلى الجهة النازعة أثرٌ في تكييف استحقاق أجرة المثل فقهاً، فكذلك في النظام فلا بد من بيان وقت انتقال الملك، لأن لحق الملكية آثاراً لها أثر بارز على المسألة، منها الحق في الثمار التي منها أجرة المثل. إذ نصت المادة الثامنة بعد المئة السادسة من نظام المعاملات المدنية على أن: «١- حق الملكية يخول المالك وحده في حدود النظام استعمال الشيء المملوك واستغلاله والتصرف فيه. ٢- لمالك الشيء وحده الحق في كل ثماره ومنتجاته وملحقاته؛ ما لم يوجد نص نظامي أو تصرف يقضي بخلاف ذلك»، إذ

(١) نصت تلك المادة من نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي ذي الرقم (٧٨/م) في ١٩/٩/١٤٢٨هـ، على اختصاص المحاكم الإدارية بالفصل في: «ب- دعاوى إلغاء القرارات الإدارية النهائية التي يقدمها ذوو الشأن، متى كان مرجع الطعن عدم الاختصاص، أو وجود عيب في الشكل، أو عيب في السبب، أو مخالفة النظم واللوائح، أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها، أو إساءة استعمال السلطة، بما في ذلك القرارات التأديبية، والقرارات التي تصدرها اللجان شبه القضائية والمجالس التأديبية. وكذلك القرارات التي تصدرها جمعيات النفع العام - وما في حكمها - المتصلة بنشاطاتها، ويعد في حكم القرار الإداري رفض جهة الإدارة أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه طبقاً للأنظمة واللوائح».

(٢) في المطلب الثاني من المبحث الثالث من هذا الفصل.

إن أجرة المثل معدودة في النظر القانوني من الثمار، وبالتحديد من الثمار المدنية، إذ إن الشراح يقسمون ثمار الشيء إلى: ثمار طبيعية، وصناعية، ومدنية، وتعرف الأخيرة (المدنية) بأنها: الربيع الدوري المتجدد الذي يقتضيه المالك من استثماره للشيء، أي يقبضه من الغير لقاء نقل منفعة الشيء له، وذلك كأجر المساكن والأراضي الزراعية.^(١)، وإن كانت أجرة المثل في سياق البحث هي المنفعة غير المقبوضة، إلا أن أقرب ما يمكن إلحاقها به من التصنيف النظامي هو هذا.

ولبيان وقت انتقال الملك لا بد أولاً من تحديد سببه النظامي، ولذلك سنقسم الكلام هنا إلى استعراض موجز لأسباب كسب الملكية في النظام والقانون، ثم نبين الأسباب التي يمكن إلحاق حالة نزع الملكية بها ويشتهب أن تكون تحتها ونخلص منها إلى السبب المرجح لانتقال الملك نظاماً في نزع الملكية، ثم نبين بناءً عليه وقت انتقاله. إذ إن لذلك التكييف الأثر البارز في معرفة المسائل المتفرعة التي لم ينص عليها النظام، فيتحدد الحكم فيها على بناءً على التكييف والتوصيف الصحيح لأصل المسألة.

تمهيد في تقسيمات أسباب كسب الملكية واختلافها:

عدّد نظامُ المعاملات المدنية أسبابَ كسب الملكية وبين أحكامها في المواد (٦٤١ - ٦٧٢) منه، والأسباب التي ذكرها النظام سبعة، وهي بإيجاز: إحرار المباحات، والضمان، والإرث، والوصية، والالتصاق، والعقد، والشفعة، ثم أتبعها بأثر الحيازة على الملكية، التي عدتها بعضُ القوانين الأخرى سبباً مستقلاً للملكية، ويُقسّم الشراحُ تلك الأسباب إلى تصرفات قانونية؛ وهي ما كان فيها عنصر الإرادة هو العامل الأساسي في حصول الملك كالعقد، وإلى وقائع قانونية وهي ما كان فيها العنصر المادي من الوقائع هو ما له الأثر البارز أو الغالب والأساسي في وجود الملك كالموت في الإرث، كما يقسمونها من حيثية أخرى إلى أسباب منشئة ملك جديد كإحراز المباحات، وأخرى ناقلة للملك، والأخيرة إلى ناقلة للملك بين الأحياء كالعقد ومن الأموات إلى

(١) الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرزاق بن أحمد السنهوري، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

الأحياء كالإرث والوصية.^(١)

غير أن الجدير بالذكر هنا هو أن تعداد الأسباب في النظام وما سواه من القوانين المقارنة ليس على سبيل الحصر وإن قال بذلك بعض الشراح؛ ذلك أن بعض حالات انتقال الملك التي قررها المنظم في هذا النظام أو في أنظمة أخرى لا تدرج تحت تلك الأسباب؛ فملك المنفق عليه للنفقة -مثلاً- لا يمكن إدراجه في أحد تلك الأسباب السبعة، وكذلك ما يُمنح المواطنين من أراضٍ بموجب أنظمة وأوامر خاصة، أو الأحكام والقرارات القضائية المنشئة، واستملاك اللقطة، وملك الدولة للضرائب أو المال المصادر، وإن كان يمكن المجادلة في إلحاق تلك الأمثلة بأحد الأسباب السبعة المذكورة، إلا أن ذلك لا يكون إلا بتكلف شديد وتأويل بعيد.^(٢)

كما أن من المعلوم أن مصادر الالتزام تقابلها أسباب لكسب الملكية،^(٣) وقد يكون النظام وحده مصدراً مباشراً للالتزام، كما نصت على ذلك المادة الستون بعد المئة من نظام المعاملات المدنية، إذ جاء فيها: «الالتزامات التي تنشأ مباشرة عن النظام وحده تسري عليها النصوص النظامية التي أنشأتها»، ومن ثم يكون سبباً مباشراً لكسب الملكية، وإن كان النظام هو السبب المرجعي لكل الأسباب الأخرى، إلا أنه يعد سبباً مستقلاً فيما لا يندرج تحت تلك الأسباب، وذلك مفاد عبارة المنظم آنفة الذكر.

وبعد هذا التمهيد في أسباب كسب الملكية، نستعرض أبرز الاحتمالات التي يمكن أن تكون سبباً لكسب الجهة النازعة للملكية العقار المنزوع؛ حتى يمكن تحديد وقت انتقال الملك، وتلك الأسباب هي: العقد، والضمان، والنظام.

أولاً: العقد:

فأما العقد؛ فإنه وإن بدى في ظاهر الأمر ممكن الانطباق على حالة النزاع من حيث إنه مبادلة

(١) الوسيط في شرح القانون المدني: (١١-٥/٩)، دور الضمان في كسب الملكية تبعاً، محمد سليمان الأحمد، مجلة الشريعة والقانون الصادرة عن كلية القانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة العدد: (١٣) عام (٢٠٠٠م): ٣٥٦-٣٥٣.

(٢) ينظر: دور الضمان في كسب الملكية تبعاً: ٣٥٤-٣٥٨.

(٣) الوسيط في شرح القانون المدني: ٥/٩.

مال بمال- إلا أنه مستبعد للأسباب نفسها التي ذكرناها في الموجب الفقهي، بل إنها هنا أشد ظهوراً؛ من حيث إن نظام المعاملات المدنية نص في المادة الحادية والثلاثين منه على أن: «ينشأ العقد بارتباط الإيجاب بالقبول لإحداث أثر نظامي...»، وليس في حالة نزع الملكية ارتباط إيجاب بقبول، كما يستبعد أيضاً إلحاقه ببيع المكره، ذلك أن نظام المعاملات المدنية عرف الإكراه بنصه في المادة الرابعة والستين منه على أن: «الإكراه تهديد شخص دون حق بوسيلة مادية أو معنوية تخيفه فتحمله على التصرف»، وليس نزع الملكية من ذلك في شيء، فلا تهديد ولا تصرف.

ثانياً: الضمان:

ورد النص على كسب الملكية بالضمان في المادة الرابعة والأربعين بعد المئة السادسة من نظام المعاملات المدنية، إذ نصت على أن: «كل مال وجب التعويض عنه يملكه من لزمه التعويض إذا أدى مثله أو قيمته للمالك الأصلي، وتكون الملكية مستندة إلى وقت سبب التعويض بشرط أن يكون المحل قابلاً لثبوت الملك فيه».

كما جاء في المادة الخامسة والثمانين بعد الألف من القانون المدني الأردني أن: «المضمونات تملك بالضمان ملكاً مستنداً إلى وقت سببه، وبشرط أن يكون المحل قابلاً لثبوت الملك فيه ابتداءً»، وجاء في المذكرة الإيضاحية لها: (إذا غصب أحد مال غيره أو أتلفه أو ألحق بمال غيره ضرراً فإنه يجب عليه ضمان ما أتلفه وتعويض الضرر، وعندئذ يملك المعوض له ذلك العوض، ويملك الغاصب أو المتلف المال الذي غصبه أو أتلفه، ويثبت هذا الملك للمعتدي مستنداً إلى وقت تعديه وضمانه...)^(١)، فيتبين معنى كسب الملكية بالضمان من خلال نص المواد والمذكرة الإيضاحية.^(٢)

وإن أفراد الضمان وعدّه سبباً مستقلاً لكسب الملكية لم يرد في أكثر القوانين العربية، وإنما

(١) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، إعداد المكتب الفني بنقابة المحامين، مطبعة التوفيق، عمّان، ١٩٧٧م: ٦٧٣.

(٢) وينظر: الحقوق العينية، د. يوسف محمد قاسم عبيدات، عالم الكتب الحديث، إربد، الطبعة الثانية، ٢٠٢٠م: ١١٢، ١١١.

كان السابق إليه هو القانون المدني الأردني، ثم تبعه الإماراتي، ثم نظام المعاملات المدنية في المملكة، غير أن الأخير أضاف عما في القانون المدني الأردني النص على اشتراط أداء بدل المعوض عنه من مثل أو قيمة، -فلعله راعى المعاني التي أشرنا لها في الموجب الفقهي- غير أنه نص بعدها على أنه الملكية تكون مستندة إلى وقت سبب التعويض، فهي ملكية بأثر رجعي أو بأثر مستند حسب اختلاف التعبير والاصطلاح، ما يدل -حسب الظاهر- أن ثمار ذلك المال -خلال تلك الفترة ما بين سبب التعويض وأداء البدل- تكون للضامن بما فيها الثمار المدنية، كما أن التصرفات تكون صحيحة ولكنها موقوفة على أداء المثل أو القيمة.

وأما في القوانين الأخرى كمصر والعراق واليمن لم يرد فيها ذلك السبب، ولعل العلة في ذلك أن أكثر استمداد هذه القوانين كان من القوانين الغربية، في حين أن القانون المدني الأردني استمد هذه القاعدة من الفقه وبالأخص من مذهب الحنفية، إذ جاء في المذكرات الإيضاحية لتلك المادة من القانون المدني الأردني: (وقد أضيف التملك بالضمان كسبب من أسباب الملكية في الشريعة، وهو سبب خلت منه القوانين الحديثة)^(١) وقد سبق أن عرضنا لقول الحنفية هذا في الموجب الفقهي.

ولقد تعرض المشرع الأردني لموجة واسعة من النقد في ذلك النص، فكما أن الفقهاء سابقاً أخذوا على الحنفية -في هذه المسألة- أنهم جعلوا الغصب سبباً لكسب الملك، فكذلك الشراح للقوانين المعاصرة، إذ استنكروا أن يكون الفعل غير المشروع سبباً لكسب الملكية وأن تلك القاعدة يمكن لها أن تكون ذريعة لمن أراد تملك مال غيره بلا رضئ منه، وإن كان لأهل تلك القاعدة جوابهم عن تلك النقود؛ فإن جعله سبباً لانتقال الملك كان بحكم الضرورة المحتملة لا تسويغاً للفعل غير المشروع، ولا ممتنع أن يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد، كما أن الحنفية أوجبوا التعزير في حقه، وإن خلفهم ممن تبنى هذا النص القانوني يرتبون المسؤولية الجنائية على مرتكب ذلك الفعل بطبيعة الحال، فلا يمكن أن يتخذ ذريعة لتمكن مال الغير، كما وضعوا لها

(١) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني: ٦٧٢.

شروطاً وقيوداً وضوابط تحد من نطاق تطبيقها، من أبرزها تعذر رد المال بعينه إلى مالكه.^(١) ويظهر للناظر في عموم النقد الموجه لهذه القاعدة والخلاف السابق بين الفقهاء فيها- مدى التشابه بين ذلك النقد وهذا الخلاف، وحسبنا أن نشير إلى أن الحنفية وما تبعهم من القوانين المعاصرة راعوا غاية استقرار المعاملات وحماية الغير -حسن النية- من أن يضارَّ بما لا شأن له فيه، وأن تضطرب المعاملات فتفقد الثقة ويهتز اليقين في التصرفات والعقود، بينما غلب مخالفتهم جانب احترام الملكية وحماية الحق المشروع، فلم يجيزوا أن يكون الفعل غير المشروع سبباً لكسب الملكية أو أن ينتقي ملك إنسان عن ماله بسبب الغصب.

كما كان من جملة الانتقادات الموجهة أن المشرع الأردني أخذ بتلك القاعدة بمعزل عن المنظومة الفقهية التي اشتقت منها، فإن للحنفية نظرية في المعاملات وبناءً فقهياً متكاملًا تقردوا به في تصحيح العقود الفاسدة وإمضاء التصرفات التي منها هذا الفرع، والتي من آثارها اعتبار الملك بأثر رجعي، والتفريق بين الحكم التكليفي من حل الانتفاع أو حرمة وبين الحكم الوضعي من ترتب أثر المعاملة وانتقال الملك، ولهم ضوابطهم الخاصة في كل ذلك. فأخذ هذا الفرع بمعزل عن تلك المنظومة المترابطة كان محل نقد^(٢).

وانطباق سبب الملكية هذا على حالة الغصب والإتلاف هو أظهر ما يمكن التمثيل به وأكثر ما يذكره الشراح، ولا غرو؛ فهو المثال المذكور عند الحنفية الذين استمدت هذه القاعدة من فقهم بالمقام الأول، وهو المثال الوارد في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ويمكن انطباق ذلك السبب في حالات مثل العقود الفاسدة، أو تصرفات الفضولي غير المجازة، أو الإثراء بلا سبب في حال الفوات وتعذر إمكان الرد وإعادة الحال لما كانت عليه. ومن هنا جاء إيراد هذا السبب؛ إذ يمكن في بادئ النظر -ولا سيما إذا استبعدنا العقد لما مر- أن يكون نزاع الملكية أحد

(١) ينظر: الاتجاهات العامة في القانون المدني الأردني دراسة موازنة بالفقه الإسلامي والمدونات العربية، د. محمد وحيد الدين سوار، مكتبة دار الثقافة، عمّان، الطبعة الأولى، ١٩٩٦م: ٢٧٠-٢٧٤. وأيضاً: شرح القانون المدني الحقوق العينية (٢) أسباب كسب الملكية، د. محمد وحيد الدين سوار، مكتبة دار الثقافة، عمّان، الطبعة الأولى، ١٩٩٩م: ٢٧-٣٢.

(٢) المراجع السابقة.

الحالات التي ينطبق عليها كسب الملكية بالضمان؛ من حيث إن الجهة النازعة استمكت العقار فوجب عليها التعويض عنه وعندها تكون الملكية مستندة إلى وقت سبب التعويض وهو قرار النزاع حسب الظاهر، لأنه هو القرار المنشئ للمراكز النظامية، واستخلاصاً من المادة السادسة من نظام نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة ووضع اليد المؤقت على العقار، التي جعلت التبليغ بقرار النزاع أو نشره مانعاً من التصرف فيه وأساساً لتقدير التعويضات.

ولكن مع أنه قد يبدو للوهلة الأولى اندراج حالة النزاع ضمن هذا السبب - من حيث ظاهر الدلالة- إلا أنه أمر مستبعد ومطّرح لأسباب:

١- أنه -وبعد أن استوضحنا أصل استمداده وعرفنا غايته واستعرضنا المذكرة التوضيحية لأول قانون صدر به- وارد في الإلتلاف والغصب بالدرجة الأولى، وليس أي غصب، وإنما غصب المنقولات التي يمكن إلتافها أو تغييبها ويعتريها التغير والتبدل حتى يجب عنها العوض، أما إن كانت على حالتها التي هي عليها، ومن باب أولى لو كان عقاراً فالواجب رد العين اتفاقاً، وقد يلحق بهما -أي الغصب والإلتلاف- العقد الفاسد والكسب بلا سبب وتصرفات الفضولي غير المجازة في حال تعذر الرد كما أشرنا، فأما نزع الملكية للمنفعة العامة فليس من ذلك في شيء، ولذلك لا يستقيم إدراجه في ذلك السبب.

٢- خصوصية الحالة واختلاف طبيعتها وظروفها؛ فلا ينسحب عليها نظام المعاملات المدنية، فهي حالة محكومة بالنظام الإداري وقواعده ولها نظام خاص يتناولها.

٣- أن من أبرز غايات ذلك النص استقرار التصرفات والتعاملات وحماية الغير إذا كان حسن النية، كما أسلفنا، ولا محل لانطباق تلك الغاية على حالة نزع الملكية، إذ إن قرار النزاع منشور، ونشره توقف كل التصرفات الواردة على العقار.

٤- أن لتلك القاعدة شروطاً يبعد معها إلحاق نزع الملكية بها، فإن كان نص النظام لم يشترط لذلك التملك -المكتسب بسبب الضمان- سوى أن يكون قابلاً لثبوت الملك فيه، بالإضافة إلى أداء البديل من مثل أو قيمة إلى المالك الأصلي، وكذلك القانون المدني الأردني مع اقتصاره على

- ذكر الشرط الأول دون الثاني، إلا أن الشراح -بحكم استمداده واستناداً إلى الأصول والقواعد العامة- أضافوا شروطاً أخرى وهي: (١)
- أن يكون المال منقولاً لا عقاراً، وسببوا ذلك باشتراط التسجيل في انتقال ملكية العقار، وإن كنا لا نرى توقف هذا الاشتراط على تلك العلة، وإنما هو مرتبط بالشرط التالي وهو التغيير، فضلاً عن أن نظام المعاملات المدنية في المملكة نص صراحة على انتقال ملكية العقار بالعقد دون ذكر لاشتراط التسجيل. (٢)
- التغيير، لأن المال إذا كان حاضراً وبقياً على الصفة التي كان عليها فالواجب رد عينه اتفاقاً لا التعويض عنه إلا برضى المالك، وأرى التعبير الأدق لهذا الشرط هو الفوات، أو العجز عن الرد؛ يشمل حالة الضياع والتغيير وسائر التصرفات، وهو ما عبر به الفقهاء.
- قبض الضامن للمال الذي ضمنه.
- انتفاء قصد الغش.
- عدم وجود مانع للضمان، مثل أن يكون الإلتلاف بحق، أو يرضى المضرور بالضرر، أو تنتهي الفائدة من التضمين. ولسنا بصدد تحليل تلك الشروط ونقدها وبيان أوجه استمدادها، فليس المقصد من إيراد هذه الشروط إلا التنبيه إلى أن القاعدة ليست على إطلاقها، بل لها قيود وضوابط تُظهر مدى بعد إلحاق حالة نزع الملكية بها.

(١) ينظر: دور الضمان في كسب الملكية تبعاً: ٣٢٠-٣٤٥، وكسب الملكية بالضمان بحث مقارن في الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي، سعد حسين عبد ملحم، مجلة كلية الحقوق جامعة النهرين، المجلد التاسع العدد الثاني ٢٠٠٧م، الصفحات: (٢٤-٥٢): ٤٤ وما بعدها.

(٢) وذلك في المادة الثامنة عشرة بعد المئة الثالثة ونصها: «١- تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري بانعقاد البيع، وذلك دون إدخال بأحكام المواد (الخامسة والخمسين بعد الستمئة) و(السادسة والخمسين بعد الستمئة) و(السابعة والخمسين بعد الستمئة) من هذا النظام...»، وتتص المادة الخامسة والخمسين بعد الستمئة على أن: «تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية في العقار والمنقول بالعقد متى ورد على محل مملوك للمتصرف وفقاً للنصوص النظامية...»، والمادة السادسة والخمسين بعد الستمئة على أنه: «١- إذا كان محل العقد معيَّناً بالذات انتقلت ملكيته بالعقد».

ثالثاً: النظام:

فإذا استبعدنا الضمان كسبب لكسب ملكية العقار المنزوع واستبعدنا العقد كذلك، وكنا قد بينّا قبل أن أسباب كسب الملكية المذكورة في الأنظمة لا على سبيل الحصر؛ فيترجح على ذلك اعتبار النظام وحده سبباً لكسب ملكية العقار المنزوع؛ لأنه لولا نظام نزع الملكية ونصوصه لما كان من سبيل للحكم بانتقال ملكية العقار في صورة استيلاء جهة الإدارة عليه وإنما يكون الواجب حينها رد العقار لا غير، ولذلك فإن النظام وحده هو السبب المباشر في انتقال ملكية العقار المنزوع، فكما أن النظام وحده قد يكون سبباً مباشراً لإنشاء التزام كما نصت المادة الستون بعد المئة من نظام المعاملات المدنية^(١)، فكذلك قد يكون سبباً مباشراً بذاته لكسب الملكية.

وإن نظام نزع الملكية وإن خلا من دلالة صريحة أو نص مباشر يبين وقت انتقال ملك العقار المنزوع ويبين ملكية العقار في الفترة محل الإشكال -وهي الفترة ما بين قرار النزع وتسليم التعويض- إلا أنه لم يخلُ من إشارات تدل على المطلوب، منها: تسميتها بأجرة المثل، وتسمية المنزوع منه مالكاً حتى في الإجراءات والمواد التي تتحدث عن إجراءات لاحقة لصدور قرار النزع، وإثبات الحق في إعادة التقدير بعد مضي سنتين، فكلها إشارات تدل على أن صاحب العقار لا يزال مالكاً له إلى حين تسلّمه العوض عنه، وكما أن الأصل الرجوع إلى أحكام الشريعة في المسائل التي لم يشملها النص النظامي، وقد ترجح في الموجب الفقهي سابقاً أن وقت انتقال الملك هو وقت دفع العوض للأدلة التي سيقى في محلها، فتستصحب دلالاتها حتى في هذا الموضوع. وبعد أن بينا الأساس النظامي لانتقال ملك العقار ووقته إلى الجهة النازعة، ننقل منه ونبني عليه سبب استحقاق أجرة المثل، فلئن أطلنا في ذلك التقديم، فهو لم يكن إلا لضرورته في معرفة الأساس الذي ينبني عليه استحقاق أجرة المثل، ولدوره الهام في تحديد موجبها النظامي، وإن لم تظهر الثمرة في التكييف المفصل في هذا التمهيد والتقديم في بادئ النظر، فإن أثره وثمرته يبرزان في المسائل المتفرعة التي لم ينص عليها النظام، فيتحدد الحكم فيها على التكييف والتوصيف

(١) ونصها: «الالتزامات التي تنشأ مباشرة عن النظام وحده تسري عليها النصوص النظامية التي أنشأتها».

الصحيح لأصل المسألة، فتحديد مالك العقار نظاماً خلال تلك الفترة محل الإشكال هو الأمر الذي تركز عليه معرفة الأحكام.

وعوداً إلى أصل نقطة المبحث، فإن الموجب النظامي لاستحقاق أجره المثل هو النص الخاص بالمقام الأول الوارد في المادة السابعة عشرة من نظام نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة ووضع اليد المؤقت على العقار⁽¹⁾، ولكن أصل ذلك النص والسبب الفقهي (القانوني) من ورائه هو اندراج تلك الحالة في نطاق المسؤولية التقصيرية التي أوردتها المادة العشرون بعد المئة من نظام المعاملات المدنية بنصها على أن: «كل خطأ سبب ضرراً للغير يُلزم من ارتكبه بالتعويض». فقد اجتمعت أركانها في حالة تأخير العوض عن نزع الملكية، من خطأ، وضرر، وعلاقة سببية بينهما، فالخطأ هو منع جهة الإدارة مالك العقار من الانتفاع بملكه دون بذل عوض عنه، بالمخالفة للنصوص القانونية القاطعة الموجبة لفوريّة بذل العوض⁽²⁾، والضرر متمثل فيما فاتته من منافع ذلك العقار وذهابها، والعلاقة بينهما ظاهرة.

وعند ثبوت المسؤولية التقصيرية فالحكم فيها هو التعويض بما يجبر الضرر، على الأسس التي بيّنتها المادتان السادسة والثلاثون بعد المئة والسابعة والثلاثون بعد المئة من نظام المعاملات المدنية، إذ نصت على أن: «يكون التعويض بما يجبر الضرر كاملاً؛ وذلك بإعادة المتضرر إلى الوضع الذي كان فيه أو كان من الممكن أن يكون فيه لولا وقوع الضرر» وعلى أن: «يتحدد الضرر الذي يلتزم المسؤول بالتعويض عنه بقدر ما لحق المتضرر من خسارة وما فاتته من كسب، إذا كان ذلك نتيجةً طبيعيةً للفعل الضار».

إلا أن نظام المعاملات المدنية نفسه نص في بداية فصل الفعل الضار في المادة الثامنة عشرة بعد

(1) ونص الشاهد منها: (2-3) في كل الحالات إذا أخرجت الجهة صاحبة المشروع مالك العقار من عقاره أو منعت من الانتفاع به قبل تسلم التعويض سواء كان بصورة استثنائية أو غيرها فيعطى أجره المثل عن المدة التي بين الإخلاء وتسلم التعويض ما لم يكن سبب تأخير صرف التعويض بسببه. وتقدر أجره المثل اللجنة المنصوص عليها في المادة السابعة من هذا النظام).

(2) كالمادة الخامسة والسبعين بعد المئتين من نظام المعاملات المدني التي نصت على أنه: «1- يجب أن يتمّ الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام في ذمة المدين؛ ما لم يوجد اتفاق أو نص نظامي بخلاف ذلك».

المئة على أنه: «مع مراعاة أحكام المسؤولية الواردة في نصوص نظامية خاصة؛ تسري أحكام هذا الفصل على المسؤولية الناشئة عن الفعل الضار من الشخص ذي الصفة الطبيعية أو الاعتبارية» والنص النظامي الخاص في حالتنا جعل جبر الضرر - عن تأخير تسليم العوض في نزع الملكية - متمثلاً في أجره المثل للعقار المنزوع وهو أخصّ مما نصت عليه المادتان السادسة والثلاثون بعد المئة والسابعة والثلاثون بعد المئة من نظام المعاملات المدنية أنفتا الذكر، فرفع بذلك تفاوت التقديرات في تحديد مقدار الضرر ووصفه وتكييفه. فلم يكن من مساعٍ للاجتهاد في التعويض بما يزيد عن أجره المثل أو ينقص عنها، أو اشتراط قبضها بالفعل أو وجود عقد قائم. وهو - أي جعل التعويض متمثلاً في أجره المثل - من المحاسن التي انفرد بها النظام في المملكة، إذ يجمع بين عدالة التعويض ورفع التفاوت في الاجتهادات واختلاف التقادير لذلك التعويض، وهو الموافق لما قرره الفقهاء، في حين درجت أغلب القوانين المقارنة على تسميته مقابل عدم الانتفاع كما سيأتي.

وترتيب المسؤولية التقصيرية في تلك الحالة، واعتبار الخطأ بتأخير تسليم التعويض بعد حيازة العقار ومنع مالكه منه، وتأسيس ذلك على عدم جواز الحيازة قبل تسليم العوض يبدو جلياً في القوانين المقارنة وأحكامها.

ففي النظام الفرنسي يتولّى قاضٍ متخصص - يسمى قاضي نزع الملكية - نقل الملكية بموجب أمر نزع الملكية كما يتولى تحديد مبلغ التعويض الواجب سداده في حالة عدم الاتفاق أو عدم صدور حكم قضائي بالتعويض، ولا يجوز للجهة حيازة العقار قبل سداد التعويض المقدّر، وهو مبدأ مقرر منذ سنة ١٧٨٩م إلى الآن، فالإدارة لا تملك أن تحوز العقارات المنزوعة ملكيتها إلا بعد سداد التعويض.^(١)

ولقد جاءت جملة من أحكام محكمة النقض في مصر، تؤكد على المعنى نفسه؛ فمنها الحكم الصادر بتاريخ ١٦/١٢/١٩٤٨م إذ نص على أن: «الغصب لا ينقل بذاته ملكية العقار إلى

(١) نزع الملكية للمنفعة العامة بين الشريعة والقانون، د. سعد محمد خليل، دار السلام، مصر، الطبعة الأولى، ١٩٩٣م: ١٥٥-١٥٨.

الغاصب، ولكن إذا استولت جهة الإدارة على عقار دون اتخاذ إجراءات نزع الملكية للمنافع العامة وجرّدت مالكة من حيازته واستولت عليها استيلاءً نهائياً كاملاً، فقاضاها المالك مطالباً بقيمة العقار، كانت دعواه مقبولة، ولا يدفعها أن الملكية لم تنتقل بعد إلى جهة الإدارة فضلاً عما للإدارة أن تنقل الملك إلى جهتها في أي وقت بإصدار مرسوم نزع ملكية أو تخصيصه للمنافع العامة... ولكن يسوغ لجهة الإدارة إلى حين صدور المرسوم أو الحكم النهائي أن تقوم برد العين إلى مالكة إذ إن الملك لا زال لصاحبه ولم يرد عليه إلا واقعة مادية هي الغصب وما نجم عنه من ضرر، والغاصب ملزم برد ما غصب والتعويض عما تخلف عن عدوانه...»، والحكم الصادر في جلسة: ١٩٨٧/٣/٢٣ م، إذ نص على أن: ((الأموال المملوكة للأفراد لا تكتسب صفة الأموال العامة بمجرد تخصيصها بالفعل لمنفعة عامة إلا إذا انتقلت ملكيتها إلى الدولة بأحد أسباب كسب الملكية المنصوص عليها في القانون، أما استيلاء الحكومة على العقار جبراً عن صاحبه دون اتخاذ الإجراءات القانونية التي يوجبها قانون نزع الملكية فيعده بمثابة غصب ليس من شأنه أن ينقل الملكية إلى الغاصب، ويظل صاحب العقار محتفظاً بملكه رغم هذا الاستيلاء، ويكون له الحق في ريعه واسترداده حتى تتخذ إجراءات نزع الملكية قانوناً أو يستحيل رده...))^(١)

وقد جاءت كثير من قوانين الدول المختلفة بتقرير استحقاق مالك العقار لمقابل عدم الانتفاع في حالة نزع الملكية دون صرف التعويض. فقد نصت المادة (١٤) من قانون نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة في مصر رقم (١٠) لسنة ١٩٩٠ م، - المنشور في الجريدة الرسمية عدد (٢٢) ٢١ مايو- على أن: «يكون لذي الشأن الحق في التعويض مقابل عدم الانتفاع بالعقار من تاريخ الاستيلاء الفعلي إلى حين دفع التعويض المستحق عن نزع الملكية». كما جاء في المادة (١٤) من قانون الاستملاك الأردني وتعديلاته رقم (١٢) لسنة ١٩٨٧ م - المنشور على الصفحة (٦٥٥) من عدد الجريدة الرسمية رقم (٣٤٦٨) بتاريخ ١/٤/١٩٨٧ م- ما نصه: «أ. يضاف للتعويض فائدة سنوية مقدارها (٩٪) منه تحتسب من التاريخ المبين في الفقرة (ب) من هذه المادة

(١) المرجع السابق: ١٦٢-١٦٨.

وحتى تاريخ دفعه أو إيداعه. ب. تسري الفائدة المنصوص عليها في الفقرة (أ) من هذه المادة على مبلغ التعويض المستحق للمالك إذا لم يدفع خلال شهر من تاريخ اكتساب قرار المحكمة به الدرجة القطعية أو من تاريخ الاتفاق عليه أو من تاريخ التصديق على الاتفاق في الحالات التي يجب التصديق فيها عليه، على أن يعتبر إيداع مبلغ التعويض خلال تلك المدة لدى مدير التسجيل المختص (بسبب عدم المطالبة به أو لأي سبب آخر يتعلق بالمالك) إبراء لذمة المستملك شريطة أن يعلن عن ذلك الإيداع في صحيفة يومية على الأقل إذا تعذر تبليغ المالك بذلك لأي سبب من الأسباب». ويلاحظ أنه قد راعى مسألة انتقال الملك وأنها لا تكون إلا برضى أو حكم حاكم كما أسلفنا، إلا أنه قد يشكل عليه أنه من قبيل الفائدة الربوية من حيث إن التعويض متمحض في التأخير عن صرف دين ترتب في الذمة مع أن الملك انتقل برضاه، ويؤيد ذلك ما جاء في صدر المادة من تسميتها، وجعلها بنسبة مئوية سنوية من مبلغ التعويض، لا بقدر أجرة المثل لمنافع العقار، ما يعزز الإشكال الوارد عليها. وفي مملكة البحرين نصّت المادة (٢٨) من القانون رقم (٢٩) لسنة ٢٠٠٩م بتاريخ ١٦/٧/٢٠٠٩م على أنه: «... في حالة تأخر صرف التعويض عن المدة المشار إليها في الفقرة السابقة، يكون للمالك وأصحاب الحقوق الحق في تعويض عن عدم الانتفاع بالعقار لمدة التأخير في صرف مبلغ التعويض على أن يتم تقديره من قبل لجنة التثمين...».

المطلب الثاني: الموجب الفقهي والنظامي لاستحقاق أجرة المثل في حال وضع اليد المؤقت.

أولاً: الموجب الفقهي:

لا فرق في مشروعية الإيجاب لأجل المصلحة العامة بين نزع ملكية العين بقيمتها، وبين الإيجاب على استئجارها بأجرة مثلها، - وهو ما يُسمى في النظام محل الدراسة ب: (وضع اليد المؤقت على العقار)، وفي غيره من الأنظمة: (الاستيلاء المؤقت على العقار) - فאלلة واحدة، والمناط هو نفسه، والمنافع تجري مجرى الأعيان في ذلك، جاء في الطرق الحكمية ما نصّه: (إذا قدر أن قوماً اضطروا إلى السكنى في بيت إنسان، لا يجدون سواه، أو النزول في خان مملوك، أو استعارة

ثياب يستدفتون بها، أو رحي للطحن، أو دلو لنزع الماء، أو قدر، أو فأس، أو غير ذلك وجب على صاحبه بذله بلا نزاع، لكن هل له أن يأخذ عليه أجراً؟ فيه قولان للعلماء، وهما وجهان لأصحاب أحمد... والحكم في المعاوضة على المنافع إذا احتاج الناس إليها - كمنافع الدور والطحن والخبز وغير ذلك - حكم المعاوضة على الأعيان. وجماع الأمر: أن مصلحة الناس إذا لم تتم إلا بالتسعير سعر عليهم تسعير عدل، لا وكس ولا شطط، وإذا اندفعت حاجتهم وقامت مصلحتهم بدونه لم يفعل، وبالله التوفيق^(١)

وقد تبين مما سبق أن الموجب الفقهي لاستحقاق أجره المثل - في حال نزع الملكية مع تأخير عوض المنزوع - هو منع المنفعة وحبسها بغير حق عن مالکها، وذهاب المنافع تحت اليد العادية، أو ما يعبر عنه عند البعض بمسألة (منافع المغصوب).

إلا أن سبب وجوب أجره المثل أشد ظهوراً ههنا، من حيث إن قصد الجهة لم يتوجه إلى تملك الرقبة (عين العقار وذاته)، وإنما إلى استغلال منافعه فترة محدودة، وبذلك ينتفي ما قد يرد من إشكال في اعتبار التعويض عن تأخير الثمن يُعدّ تعويضاً عن تأخير دين ترتب في الذمة، إذ إن ذلك الإشكال متفرّع عن القول بأن العقار انتقل إلى الجهة النازعة بمجرد صدور قرار النزاع، وناشئ عما تقدم تفصيله في وقت انتقال ملك العقار المنزوع، وقد فصلنا فيه القول في المطلب السابق وبيننا بطلان الإشكال، إلا أن الإشكال لا يرد أساساً في هذه الحالة؛ فالعقار لا يزال تحت ملك صاحبه ولم ينتقل إلى ملك الجهة أبداً.

وحتى في الخلاف الوارد في مسألة منافع المغصوب ومالية الأعيان وضمانيها، فإن هذه الحالة يكاد الخلاف ينتفي فيها، وتتفق كلمة الجمهور - من المالكية والشافعية والحنابلة - على التضمين، فقد بينا في تفصيل القول الثاني - قول المالكية - أن الغاصب إذا لم يستملك الرقبة، وتوجه قصده إلى غصب المنفعة فإنه يضمن أجره المثل مطلقاً؛ سواء استوفى المنافع أم تركها تذهب،

(١) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية، تحقيق: نايف بن أحمد الحمد، دار عالم الفوائد، مكة المكرمة، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ: ٦٨٣-٦٧٢/٢.

وأنة في حالة الاشتباه بين غصب الرقبة وغصب المنفعة تُعتبر القرائن، وهذه الحالة لا يمكن حملها بحال على غصب الرقبة وتخريجها عليه، إذ إن توجه القصد إلى الاستيلاء على المنفعة دون العين ظاهر، وقد جاء في شرح الزرقاني^(١) ما نصه: (وانظر إذا لم يعلم قصده أو تنازع مع ربها فيه والمتبادر من حال ملتزمي زماننا بمصر قصد غصب المنفعة فقط لأنهم لا ينازعون رب الرزقة في الإفراج وإنما يأمرهم أتباعهم بتبويرها توصلًا إلى زرعها بعد ذلك قهراً على ربها ويرضونه بشيء يسير فعليهم في تبويرها أجره المثل كزرعهم لها)^(٢)، فظاهر من تناولهم للمسألة اعتبار من لم ينازع في ملكية الأرض أنه غاصب للمنفعة لا الرقبة، ومن ثم يضمن أجره المثل للمنافع مدة الاستيلاء، وعليها يمكن تخريج حالة وضع اليد المؤقت على العقار.

ثانياً: الموجب النظامي:

سبق وأن بيّنا - في المطلب السابق عند الحديث عن الموجب النظامي لاستحقاق أجره المثل في حال تأخير عوض العقار المنزوع- أن استحقاق مالك العقار لأجره المثل مؤسس على ثبوت المسؤولية التقصيرية في جانب الجهة النازعة، من حيث إنها أخطأت بمنعها إياه من الانتفاع بملكه دون بذل عوض عنه، ولو أردنا تطبيق ذلك على هذه الحالة (حالة وضع اليد المؤقت على العقار) لواجهنا إشكالاً وهو أن ركن الخطأ منعدم، من حيث إن جهة الإدارة لم تخالف النظام في قرارها أو تصرفها، بل أصدرته تطبيقاً لنص النظام وللحفاظ على المصلحة العامة، ومن ثم يتعدّر وصف ذلك الفعل بالخطأ.

فإن الخطأ - وإن لم تضع أغلب التشريعات تعريفاً له، وعلى التفاوت الحاصل في بيان حقيقته وحدّه، فقد عرفه القانون التونسي والمغربي بأنه: (عبارة عن إهمال ما يجب، أو إتيان ما يجب

(١) عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني، فقيه مالكي، ولد ومات بمصر. من كتبه: شرح مختصر سيدي خليل في الفقه، وشرح العزبة، ورسالة في الكلام على (إذا)، توفّي عام: ١٠٩٩هـ. الأعلام: ٢٧٢/٢.

(٢) شرح الزرقاني على مختصر خليل، عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني المصري، تحقيق: عبد السلام محمد أمين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ: ٢٥٩/٦.

الامتناع عنه دون قصد)، وعرفه بعضهم بأنه: (الإخلال بواجب قانوني)^(١) - إلا أنه مع ذلك لا يمكن وصف استيلاء جهة الإدارة المؤقت على العقار بأنه خطأ قانوني، لأنه تنفيذ لمقتضى القانون فكيف يمكن وصفه بالخطأ؟

وعلى ذلك يترجح إلحاق هذه الحالة في النظر القانوني، بنظرية التعويض على أساس تحمل التبعة أو على أساس المخاطر، دون خطأ؛ فإن ثمة أحوال يتعين معها تضمين جهة الإدارة بصرف النظر عن قيام ركن الخطأ، متى ما قامت بعمل مادي ألحق ضرراً بذوي الشأن، وفلسفة هذه النظرية قائمة على مبدأ التضامن الاجتماعي وحماية الفرد من الضرر الذي يتعدى عليه تفاديه؛ إذ إنه لَمَّا كانت المنفعة عامة شاملة لمجموع أفراد المجتمع فمقتضى العدالة أن يتحمل الغرم من اكتسب النفع، وهو المجتمع ممثلاً في الدولة وجهة الإدارة، إذ (الغرم بالغرم)، وليس من العدل أن يتكلف الغرم ويتحمل الضرر والأذى أحد الأفراد، لا لشيء إلا لأن عقاره صادف موضع الحاجة لجهة الإدارة، دون ارتكاب أي فعل أو إهمال أو تقصير منه.^(٢)

وقد أخذت بهذه النظرية محاكم ديوان المظالم، على تفاوتهم في اعتبارها توسعاً وتضييقاً لنطاقها، وتشدداً وتساهلاً في شروطها، ومن ذلك الحكم الصادر في الدعوى الإدارية رقم (١٠١٠/٧/ق) لعام ١٤٣١هـ، إذ نص - في سياق أسباب تعويض صاحب محل تجاري عمّا أصابه من ضرر جرّاء إغلاق الطريق المؤدي إليه - على أن: ((الأصل أن مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية على سبيل الخطأ إنما تكون بإحدى صورتين: إما عن قرار إداري غير مشروع، أو عن عمل مادي أحدث ضرراً بذوي الشأن، والمبدأ العام بالنسبة لمسؤولية الإدارة عن ذلك يستلزم توافر ثلاثة أركان: ١- ركن الخطأ، ويتمثل في صدور قرار جهة الإدارة بالمخالفة لأحكام النظام. ٢- ركن الضرر وهو الأذى المادي أو المعنوي الذي يلحق صاحب الشأن من صدور القرار.

(١) التعويض عن الربح الفائت في النظام الإداري السعودي وتطبيقاته القضائية، د. عبد الفتاح محمد أبو اليزيد الشراوي، مجلة الشريعة والقانون، فرع جامعة الأزهر بطنطا، العدد: (٢١) الجزء (١)، تاريخه: ٢٠١٦/٧/١١م: ٢٠٤.

(٢) يُنظر للاستزادة في نظرية تحمل التبعة والتعويض على أساس المخاطر: الأساس القانوني للتعويض دراسة مقارنة (رسالة دكتوراه) (٢٠٠٥م)، تالاعقاب الخصاونة، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، كلية الدراسات القانونية العليا، (منشورة على الشبكة العنكبوتية): ٨٩-٦٦.

٣-الإفضاء، وهو ما اصطلح عليه بعلاقة السببية بين الخطأ والضرر. فإذا تقرر من خلال ما سبق أن الإدارة تضمن على أساس الخطأ، فإن ثمة أحوالاً يتعين معها تضمين الجهة الإدارية عن أعمالها بصرف النظر عن قيام ركن الخطأ، وهذا مسلك له اعتبار في الشريعة، وفي النظام كذلك من خلال بعض التنظيمات التي تقضي بالتعويض مع عدم وجود الخطأ من جهة الإدارة؛ كالتعويض الحاصل بسبب نزع الملكية للمصلحة العامة، غير أن هذا الأمر يحصل في نطاق ضيق وفق شروط خاصة تنضم إلى الشروط العامة في المسؤولية وهي كون الضرر محققاً ومنسوباً إلى نشاط الإدارة، ويمكن إجمال الشروط الخاصة في أن يكون الضرر مادياً أدى إلى تلف العقار كلياً أو جزئياً، أو غير مادي وأدى إلى نقص القيمة الاقتصادية للعقار، كما يشترط أن يكون الضرر دائماً بحيث يستمر فترة طويلة غير عادية، وأن يكون الضرر غير عادي بحيث يتجاوز مخاطر الجوار العادية، وهذا في الواقع هو الصفة الرئيسية التي تميز الأضرار التي يجب على الإدارة أن تتحملها على أساس المخاطر، ولذا فلا محل للتعويض إلا إذا خرجت هذه الأضرار عن نطاقها العادي، لتتخذ طابعاً استثنائياً ومجاوراً للمألوف، يقدر ذلك القاضي لِمَا له من سلطة تقديرية في تقدير الضرر باعتباره الخبير الأول في المنازعة القائمة لديه... فيظهر من خلال ما سبق أن للمدعي عليها الحق في العمل الذي قامت به رغم وقوع الضرر على المدعي، وربما وقع على غيره... ولَمَّا كانت المدعى عليها هي السبب فيما حصل للمدعي؛ حيث إن إغلاق الطريق كان لصالحها، فإنه يتعين تعويض المدعي عن الضرر الذي لحق به^(١)، ونلاحظ فيه أنه مثل تلك المسؤولية بحالة نزع الملكية للمنفعة العامة، وجعلها أصلاً مقيساً عليه، وعليه يمكن القول بأن موجب التعويض وسببه في حال وضع اليد أو الاستيلاء المؤقت، هو السبب والموجب نفسه لبذل عوض العقار المنزوع، فكما أن جهة الإدارة لم ترتكب خطأ حينما قامت بنزع الملكية، ومع ذلك وجب التعويض بقيمة العقار، فكذلك يقال في وضع اليد المؤقت، إلا أن الفرق أن الأول

(١) الحكم الصادر في الدعوى الإدارية رقم (١٠١٠/٧/ق) لعام ١٤٢١هـ، منشور: مجموعة المبادئ والأحكام لعام: ١٤٢٧هـ

الصادرة عن مكتب الشؤون الفنية بديوان المظالم: ٨٢/٦.

استملاك عين، والثاني استملاك منفعة.

وبتطبيق تلك النظرية على حالة وضع اليد المؤقت، نجد أنها صادقة تماماً عليها، ولذلك لم يأتِ نظام أو قانون - حسب استقراء الباحث - تناول تلك المسألة إلا ونص على وجوب التعويض، ومن ذلك النظام محل الدراسة (نظام نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة ووضع اليد المؤقت على العقار)، إذ نص في المادة العشرين منه على أنه: «يجوز وضع اليد مؤقتاً على العقارات لقاء تعويض عادل لا يقل عن أجره المثل...».

المبحث الثاني: أسس تقدير أجره المثل: **تمهيد:**

ينطوي هذا المبحث في كثير من مسائله على الجانب الفني الاقتصادي المالي، إذ هو مجال النظر فيه، وله أهله من المختصين، فمعرفة قيمة العقار العادلة أو أجره مثله، وحتى غيره من الأموال، تتوقف على خبرة بالسوق، ومعرفة بمقدار العرض والطلب، وعلم بالطبيعة الاقتصادية للبلد، وكل ذلك ليس من النظر الفقهي القضائي النظامي في شيء، إلا أنه لا يخلو من جوانب عامة وخطوط عريضة - مما سنورده في مطالب هذا المبحث - ينبغي ألا تغيب على الفقيه والمشتغل بالجانب النظامي والفقهي، وأن يلمَّ بها من تولَّى النظر في تلك الدعاوى، ذلك أن القضاء هو الضمانة لعدالة قيمة التعويض، وهو طريق الاعتراض المتاح على نتيجة التقدير، وهو من بيده إلغاء قرار التقدير فيما إذا حاد عن طريق العدل، وأخطأ المقصد المطلوب، ولذلك ينبغي له أن يملك من الأدوات المعرفية والبصيرة بهذا الجانب ما يمكنه من النظر في الخصومة والمنازعة القائمة بشأن التقدير، حتى يحقق العدالة المنشودة، وتُسْتَوْفَى الضمانات المقررة لذوي الشأن، وحتى تتحقق الغاية من إخضاع قرارات الخبرة لرقابة القضاء على مدى صحة الملاءمة، وقد جاء في الحكم الصادر عن محاكم ديوان المظالم في الدعوى رقم (١٠/٨٦٤٤/ق) لعام ١٤٢٣هـ ما نصه: ((وحيث إن من المقرر قضاءً أن تقرير الخبير باعتباره عنصراً من عناصر الإثبات في الدعوى يخضع لتقدير الدائرة ناظرة الموضوع ولها الأخذ برأيه أو طرحه وعدم الالتفات

إليه، ولأن الدائرة لم تطمئن إلى تقرير المحاسب القانوني المنوه عنه وما انتهى إليه في ظل دفع المدعى عليه الأول بشأنه، واستناداً للمادة الثامنة والثلاثين بعد المئة من نظام المرافعات الشرعية التي نصت على أن: «رأي الخبير لا يقيد المحكمة»، الأمر الذي ترى معه الدائرة عدم الأخذ بالنتيجة التي انتهى إليها التقرير المذكور»^(١)، كما نص الحكم الصادر عن محاكم ديوان المظالم في الدعوى رقم (٥٣٩/٤/ق) لعام ١٤٢٩هـ على أنه: ((ولئن جاز لجهة الإدارة نزع ملكية ما تحتاجه من عقارات، فإن هذا الجواز إنما هو استثناء من الأصل الذي كفله وحماه الشرع والنظام؛ وهو احترام الملكية الخاصة ووجوب عدم المساس بها إلا بإذن ورضا صاحبها عملاً بقول النبي ﷺ: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه» كما أن هذا الجواز ليس حقاً مطلقاً لجهة الإدارة بل يجب أن تكون الغاية منه تحقيق المصلحة العامة، كما يجب أن يكون وفق تعويض عادل... وحيث إن المتعين على القضاء في المنازعات المتعلقة بنزع الملكية مراعاة قاعدة أساسية تعتمد في أصلها على الموازنة بين مصلحة جهة الإدارة وحقها في نزع ملكية العقار المملوك ملكية خاصة لتنفيذ ما تحتاجه من مشروعات وخدمات لازمة لضمان حسن سير المرفق العام، وبين حق أرباب الأملاك الخاصة في الحصول على التعويض العادل الذي كفله لهم الشرع والنظام، ولهذا كانت رقابة الملاءمة هنا هي العمل الأصيل للقضاء الإداري للتحقق من قيام هذا التوازن الواجب بين المصلحة العامة واحترام الملكية الخاصة...))^(٢).

ومن الضمانات التي جاءت لتحقيق الرقابة المنضبطة على أقيام التقديرات المتعلقة بنزع الملكية - آلية النظر في التظلمات من قرارات نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة الصادرة عن مجلس القضاء الإداري ذي الرقم (١/١٤٤٠/اثنين وعشرين) بتاريخ ١/٨/١٤٤٠هـ، المعدلة بقراره ذي الرقم (٥/١٤٤١/ثانياً) بتاريخ ١٦/٣/١٤٤١هـ، وإن تلك الآلية وإن كانت واردة في الاعتراضات

(١) الحكم الصادر عن محاكم ديوان المظالم في الدعوى رقم (١٠/٨٦٤٤/ق) لعام ١٤٢٣هـ منشور: مجموعة الأحكام والمبادئ لعام ١٤٢٨هـ الصادرة عن مكتب الشؤون الفنية بديوان المظالم: ٢٢٧/٢.

(٢) الحكم الصادر عن محاكم ديوان المظالم في الدعوى رقم (٤/٥٣٩/ق) لعام ١٤٢٩هـ، منشور: مجموعة الأحكام والمبادئ لعام ١٤٣٠هـ الصادرة عن مكتب الشؤون الفنية بديوان المظالم: ٤/٢٢٧٩.

على تقدير قيمة العقار، إلا أن الأسس التي جاءت بها يمكن تطبيقها على الاعتراضات على تقدير أجره المثل كذلك، إذ نصت على الآتي:

« ١. على المحكمة التحقق - عند نظر دعوى إلغاء محضر تقدير قيمة العقار المقرر نزع ملكيته للمنفعة العامة - من تقديم المتظلم شواهد واقعية تؤيد عدم عدالة التقدير ومن ذلك:

أ. وجود محضر تقدير لعقار مجاور للعقار محل الدعوى يختلف فيه التقدير بما يزيد على (١٠٪) على تقدير قيمة العقار محل الدعوى، مع الأخذ في الحسبان تقارب وقت التقدير وتشابه العقارين في الأوصاف المؤثرة في القيمة.

ب. تقديم تقديرات للعقار محل الدعوى يعدها على الأقل ثلاثة من المقيمين المعتمدين من الجهة المعنية، بشرط أن يكون متوسط تلك التقديرات أكثر من القيمة المقدرة في محضر التقدير بما يزيد على (١٠٪).

٢. للمحكمة التحقق من الشواهد المعنية بطلب ما يأتي:

أ. تقديم بيانات وخرائط من الجهة صاحبة المشروع توضح موقع العقار محل الدعوى والعقارات المجاورة والمشابهة له في المنطقة المقرر نزع الملكية فيها - إن وجدت - وقيمة التقدير لكل منها.

ب. تقديم تقرير من كتابة العدل يتضمن القيم التي بيع بها العقار محل الدعوى - إن وجدت - والعقارات المجاورة والمشابهة له خلال السنتين السابقتين لتاريخ محضر التقدير.

٢. إذا تحققت المحكمة من الشواهد المقدمة ورأت الإحالة إلى أهل الخبرة؛ فيشترط ندب ثلاثة خبراء معتمدين للتقدير».

المطلب الأول: ضوابط تقدير أجره المثل:

للاصول إلى التعويض العادل فإن عملية التقدير يجب أن تتسم بمراعاة اعتبارات معينة، وأن تتخذ في سبيل الوصول للقيمة العادلة الطرق المحددة، وأن يُلاحظ فيها المتغيرات، وما يطرأ من أمور قد تؤثر على قيمة العقار أو منفعته، وتمييز المعبر منها من غير المعبر، ونفصل القول في ذلك وفق المسائل التالية:

المسألة الأولى: محددات قيمة أجرة المثل ومفهوم التعويض العادل:

إن مدار الاعتبارات التي تؤخذ لتقدير القيمة هو العدالة والمساواة، فهي العنصر الذي تتمحور حوله محددات الأجرة، وهي الغاية التي ينشدها الخبراء، حتى لا يُبخس المنزوع منه، ولا يُجعل المال العام عرضة للغبن، وذلك ما جاءت الأنظمة بالتعبير عنه إذ نص النظام الأساسي للحكم في المادة الثامنة عشرة منه على أنه: «لا ينزع من أحد ملكه إلا للمصلحة العامة على أن يعوض المالك تعويضاً عادلاً»، كما نص نظام نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة ووضع اليد المؤقت على العقار في المادة الأولى منه على أنه: «يجوز للوزارات والمصالح الحكومية وغيرها من الأجهزة ذوات الشخصية المعنوية العامة نزع ملكية العقار للمنفعة العامة لقاء تعويض عادل»، ونص في المادة الثانية على أن: «تنظر لجنة التقدير المنصوص عليها في المادة (السابعة) في تعويض صاحبه تعويضاً عادلاً عما قد يلحقه من أضرار».

وإن في عبارة (أجرة المثل) و(قيمة المثل) و(عوض المثل)، المترددة في عبارات الفقهاء دلالة على المعيار الذي تقاس به عدالة التعويض، ألا وهو المماثلة، ويُقصد بها المماثلة في جميع العوامل التي لها أثر على القيمة مما يرغب الناس في العقار أو يزهدهم فيه، ويشهد لذلك قوله تعالى: ﴿وَجَزَاء سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ﴾ (الشورى: ٤٠)، وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِلصَّابِرِينَ﴾ (النحل: ١٢٦)، وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ وَمَنْ قَتَلَ مِنْكُمْ مَتَعِدًا فِجْرًا مِثْلَ مَا قُتِلَ مِنَ النِّعَمِ يَحْكَمْ بِهِ ذَوْأٌ عَدْلٌ مِنْكُمْ هَدِيًّا بَالِغِ الْكُفْبَةِ أَوْ كَهْرًا طَعَامٌ مَسَاكِينَ أَوْ عَدْلٌ ذَلِكَ صِيَامًا لِيَذُوقَ بِأَلِّ أَمْرِهِ عَفَا اللَّهُ عَمَّا سَلَفَ وَمَنْ عَادَ فَيَنْتَقِمُ اللَّهُ مِنْهُ وَاللَّهُ عَزِيزٌ ذُو انْتِقَامٍ﴾ (المائدة: ٩٥)، وقوله تعالى: ﴿وَكُنْتُمْ عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأَذْنَ بِالْأَذْنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ (المائدة: ٤٥)، وما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه سئل عن رجل تزوج امرأة ولم يرض لها صداقاً ولم يدخل بها حتى مات، فقال ابن مسعود: لها مثل صداق نسايتها، لا وكس، ولا شطط، وعليها العدة، ولها الميراث، فقام معقل بن سنان الأشجعي،

فَقَالَ: «قَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي بَرُوعِ بِنْتِ وَاشِقِ امْرَأَةٍ مِمَّا مِثْلَ الَّذِي قَضَيْتَ»، فَفَرِحَ بِهَا ابْنُ مَسْعُودٍ^(١).

وتُعرف قيمة المثل بملاحظة الأسعار السائدة وباعتبار العرض والطلب والعرف ومراعاة الزمان والمكان، وبما استقرت عليه الصفقات -الخالية عن أي اعتبارات خاصة تؤثر على القيمة- للعقارات المماثلة، وقد حددت المادة السادسة عشرة من اللائحة التنفيذية لنظام نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة ووضع اليد المؤقت على العقار طرق التقدير التي تتخذها اللجنة المختصة للوصول إلى قيمة التعويض إذ نصت على أنه: «١- مع مراعاة المعايير والضوابط التي تضعها الهيئة السعودية للمقيمين المعتمدين، على لجنة التقدير الأخذ بطريقة أو أكثر من طرق التقدير، على أن توضح في قرار التقدير الطرق التي أخذت بها، التي من بينها ما يأتي: أ- المقارنة، وذلك باستنتاج قيمة العقار المنزوعة ملكيته عن طريق تحليل أسعار العقارات المماثلة للعقار محل النزع. ب- التكلفة، وذلك بمقارنة كلفة إنشاء عقار جديد مماثل للعقار المنزوعة ملكيته في المواصفات والاستخدام مطروحاً منها قيمة الاستهلاك، وعلى أساس كلفة الإنشاء السائدة وقت صدور قرار بدء إجراءات نزع الملكية. ج- الدخل، وذلك باستنتاج قيمة العقار المنزوعة ملكيته عن طريق حساب الدخل الصافي أو المتوقع للعقار وعلى مدى العمر الإنتاجي الباقى للعقار».

وترد هنا مسألة هي موضع بحث ونظر، وهي: هل يقتضي مفهوم التعويض العادل الزيادة على سعر المثل السائد؟ ذلك ما أتت به بعض التوجهات والاجتهادات بحجة الوضع الاستثنائي لنزع الملكية ومراعاة لعامل الإيجاب، فقد نص الحكم الصادر عن محاكم ديوان المظالم في الدعوى رقم (٢٤٨١/٣/ق) لعام ١٤٣٠هـ على أنه: ((ومن المعلوم أن التعويض العادل لا يكون بالقيمة السوقية فقط، بل لا بد أن يكون زائداً عليها باعتباره نزع ملكية من صاحبها دون رضاه، وإنما مراعاة للمصلحة العامة؛ ما يستلزم زيادة المبلغ بما يوازي مبدأ النزع، فإذا كانت القيمة

(١) سنن الترمذي: ٤٤٢/٣، رقم الحديث: (١١٤٥).

الفعلية للأرض أصلاً زائدةً على مبلغ التقدير قبل اعتبار مبدأ النزع، فإن الزيادة بعد اعتبارها أولى وأحرى...»^(١)، ومما يشهد لذلك عبارة النظام في المادة العشرين منه حينما نص على: «لقاء تعويض عادل لا يقل عن أجره المثل»، فقد يُفهم من عبارة: (لا يقل) أنه تسوغ الزيادة ولو طفيفة على أجره المثل، ونحو تلك العبارة وردت في قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم (٤) (د/٨٨/٠٨/٤) في دورة مؤتمره الرابع، بشأن انتزاع الملكية للمصلحة العامة، إذ نص على أنه: «لا يجوز نزع ملكية العقار للمصلحة العامة إلا بمراعاة الضوابط والشروط الشرعية التالية: ١- أن يكون نزع العقار مقابل تعويض فوري عادل يقدره أهل الخبرة بما لا يقل عن ثمن المثل»^(٢). والذي يظهر -والله أعلم- أنه ينبغي التفريق بين كون العقار المنزوع مسكناً للمنزوع منه أو غير مسكن؛ فإن لم يكن مسكناً له فليس ثمّة ما يقتضي الزيادة عن قيمة المثل في التعويض، إذ لا حكم إلا بسبب، ولا تعويض إلا بموجب، وقد بيّنا من خلال ما استعرضناه في المباحث السابقة من كلام الفقهاء أن مقتضى الشرع هو التعويض بقيمة المثل، لا وكس ولا شطط، وما سوى النزع من أضرار فهي مشمولة بالتعويض بأجره المثل عن منع المنفعة، أو هي أمور لا عبرة لها في ميزان الحقوق والالتزامات، كالأثر المعنوي والنفسي والعاطفي، ولا أثر لذلك في زيادة قيمة التعويض، إلا عند بعض من يرى التعويض عن الضرر المعنوي والأدبي.

وأما في حالة الإخراج من المسكن؛ فيمكن أن يكون لذلك وجهة؛ من حيث إنه يراعى في تقدير جملة الأضرار التي حاقت بمالك العقار، أن من الخسائر المادية التي تكلفها، والأضرار الملموسة التي تكبدها كلفة الانتقال إلى سكن آخر ومشقة البحث عنه، وهو عمل يؤخذ عليه الأجر بمجرد، ولذلك كان تعويضاً مادياً، والمتصفح للأحكام القضائية والمدونات الفقهية والأنظمة واللوائح، لا يجدها تتناول تلك النقطة، لأنه غالباً ما يكون مشمولاً بالتعويض الأصلي عن قيمة العقار،

(١) الحكم الصادر عن محاكم ديوان المظالم في الدعوى رقم (٢/٢٤٨١/ق) لعام ١٤٢٠هـ، منشور: مجموعة الأحكام والمبادئ لعام ١٤٢٤هـ الصادرة عن مكتب الشؤون الفنية بديوان المظالم: ١٤١٧/٣.

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدورة الرابعة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي العدد الرابع: ١٧٩٨/٢.

إذ عادة ما تكون الكلفة المقدرة للانتقال -فيما لو قُدرت- لا تشكّل شيئاً من قيمة التعويض عن العقار نفسه، ولذلك لم تكن محل بحث ونظر؛ إذ إنها في حكم المضمّنة فيه. والمطالع للأحكام القضائية لا يجد أكثرها تطرقت لتلك المسألة؛ لعللة التي ذكرناها، ويقتصرون في تسببها -بصدد حكمهم على صحة تقدير اللجنة المختصة- على التعويض العادل المساوي لمثله، أو المقارب له، ولعل ذلك لأنه مما تتفاوت فيه الآراء والاجتهادات والتقديرات، ولو أُلغيت لأجل ذلك التقديرات لما سَلِمَ تقدير من النقص والإلغاء، وقيمة المثل مهما بُذِلَ من جهود للوصول إليها، فلا يمكن أن تُحدد برقم ثابت قطعيّ، إذ لا يكاد يوجد عقارين متماثلين تماماً من جميع الأوجه والاعتبارات كلها، فهي عملية تقديرية تراعي الموازنة بين عدة معطيات، بل حتى الخبراء أنفسهم يندر أن تتماثل تقديراتهم تماماً.

ولئن كان عدم اعتبار تلك الزيادة صادقاً على حالة التعويض عن العقار، فهو أصدق على حالة التعويض بأجرة المثل، التي هي محل البحث، فحتى السبب المتوهم لأجل اعتبار الزيادة في النزع لا يكون فيها -أي أجرة المثل- سوى في حالة وضع اليد المؤقت فيما لو كان العقار هو مسكن صاحبه.

المسألة الثانية: وقت تقدير القيمة والمدة المعتبرة لاحتساب أجرة المثل:

سبق وأن ذكرنا أن من محددات قيمة التعويض -سواء في تقدير أجرة المثل أو في قيمة العقار- اعتبار الزمان والوقت، فقيمة العقار أو أجرته في وقت ما قد لا تساوي قيمته أو أجرته في وقت آخر، ولذلك عالجت الأنظمة وقت اعتبار قيمة العقار المنزوعة ملكيته، متحرية في ذلك العدالة بما لا يبخس حق الفرد ولا ينتهك حرمة المال العام، إلا أنها لم تعالج -حسب اطلاع الباحث- مثل تلك المسألة في حالة التعويض عن عدم الانتفاع -حسبما تعبر عنه معظم الأنظمة المقارنة- أو حالة التعويض بأجرة المثل -حسبما يعبر عنه النظام في هذه البلد- ولعل ذلك عائد إلى وضوح المسألة في حالة تقدير أجرة المثل؛ إذ إنها لما كانت على فترة ممتدة، هي فترة المنع من التصرف في الملك، وغُلِّدَ يد المالك عن استيفاء منافع ملكه- فإن الوقت الذي يعتبر أساساً

لتقديرها هو تلك الفترة، لأن المنافع تتجدد وتحدث شيئاً فشيئاً، إذ لا سبب يقتضي المصير إلى غيرها أو العدول عن جعلها أساساً لتقدير الأجرة، وإنما الإشكال في تحقيق ما يحصل به المنع لتحديد بداية فترة الاستحقاق، وهو ما نتناوله لاحقاً إن شاء الله^(١).

وتلك الفترة هي الفترة التي حددها النظام في المادة السابعة عشرة منه إذ نص على: «أجرة المثل عن المدة التي بين الإخلاء وتسلم التعويض»، وذلك ما يقتضيه موجبها الفقهي وسببها الشرعي والقانوني وفق ما سبق بيانه في المبحث الأول.

أما الجهة المختصة بتحديد تلك المدة فمحلها عن الحديث عن كيفية تقدير أجره المثل والجهة المختصة بذلك في المطلب التالي.

المسألة الثالثة: إحداث الزوائد في العقار بعد قرار النزاع:

مما يؤثر في قيمة العقار أو أجرته مشتملاته من بناء وغرس وغيرها، وقد يحدث المالك في العقار من التعديلات والتحسينات والزيادات بعد قرار نزعه ما يزيد من قيمته، فهل يعتد بذلك؟ تجيب عن ذلك المادة العاشرة من النظام بنصها على أن: «يتخذ تاريخ نشر قرار الموافقة بالبدء في إجراءات نزع الملكية أساساً لتقدير التعويض، ولا يعتد بما يتم بعد ذلك من تعديلات أو إضافات أو تحسينات أو بناء أو إحياء أو غرس أو نحو ذلك»، ولئن كانت عبارة التعويض في ظاهرها تدل على عوض العقار المنزوع، إلا أنها تشمل بدالاتها وحكمها التعويض بأجرة المثل؛ لأن السبب واحد، والعلة هي نفسها، ذلك أن القصد من تعويض المنزوع هو جبر الضرر وتحقيق العدل، وليس الترتب على حساب المال العام والإثراء من خلاله، فإن مالك العقار لم يعلم بأيلولة عقاره إلى النزاع، فإنه لا قصد لإحداث الزوائد أو التحسينات فيه إلا إرادة استغلال المال العام، والترتب من وراء عملية النزاع، بما يعود بالضرر على عموم المسلمين، وذلك قصد فاسد، ولذلك لم يُعتبر.

ولا نظير لذلك بعينه وبهذه الصورة الخاصة في الموروث الفقهي - حسب اطلاع الباحث - إلا أنه

(١) في المسألة الأولى من المطلب الثالث من المبحث الأول من الفصل الثاني.

له شواهد تعضده وقواعد عامة تشملها، فمن قواعد الفقه: أن صاحب القصد الفاسد يُعامل بنقيض قصده، جاء في إيضاح المسالك: (القاعدة الثانية والثمانون، من الأصول: المعاملة بنقيض المقصود الفاسد...) (١)، كما عبر عنها ابن رجب بقوله: (من أتى بسبب يفيد الملك أو الحل أو يسقط الواجبات على وجه محرم - وكان مما تدعو النفوس إليه - ألغى ذلك السبب وصار وجوده كالعدم ولم يترتب عليه أحكامه) (٢)، ومن شواهد المسألة محل البحث ونظائرها من فروع تلك القاعدة: أن قتل المورث يمنع من الإرث، وأن المطلقة في مرض الموت ترث، وأن تفريق المال المجتمع، أو جمع المتفرق، أو تأخير قبض الدين، فراراً من الزكاة لا يسقطها، وأن السكران بحرام يؤاخذ بتصرفاته كالعاقل (٣)، وبتطبيق ذلك على المسألة محل البحث؛ فإن السياسة الشرعية، وسد الذريعة، ودرء المفسدة، وقطع باب التحايل، كل ذلك يقتضي ضرورة أن يُسنَّ مثل ذلك الحكم؛ فقصد الشارع التعويض العادل وجبر الضرر، ونقيضه القصد الفاسد بإحداث الزيادة تحايلاً عليه وإضراراً بالمجتمع بالتكسب غير المشروع.

وحسنٌ ما أتى به النظام حينما اعتبر تاريخ نشر القرار، لا تاريخ صدوره، لأن القصد الفاسد لا يتأتى في تلك الحالة؛ لأنه لم يعلم بالحال، فلو أحدث في ملكه شيئاً قبل تاريخ نشر القرار - وإن كان بعد صدوره - فإنه يدخل ضمن ما يُقوَّم في تقدير العقار وأجرته.

إلا أن اللائحة التنفيذية للنظام نصت على إجراء ربما أوهم التعارض مع ذلك الحكم، وهو الاختيار المبدئي وإبلاغ ملاك العقارات به، إذ نصت في المادة الثالثة منها على أن: «٢- يكون نزاع الملكية في الحالتين (أ) و (ج) من الفقرة (١) من هذه المادة بعد مراعاة اتخاذ ما يأتي:

(١) إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، أبو العباس أحمد بن يحيى الوئشريسي، تحقيق: أحمد بو طاهر الخطابي، مطبعة فضالة، المحمدية (المغرب)، ١٤٠٠هـ: ٣١٦-٣١٥/١.

(٢) قواعد ابن رجب: ٤٠١/٢-٤٠٥. القاعدة: (١٠٢)

(٣) يُنظر: إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك: ٣١٦-٣١٥/١، وقواعد ابن رجب: ٤٠١/٢-٤٠٥. القاعدة: (١٠٢)، وموسوعة القواعد الفقهية، محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزي، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ: ١٥٠/٢/١.

أ-قيام الجهة المستفيدة بالاختيار المبدئي للمواقع المناسبة مع إبلاغ ملاكها بذلك. ب-... وعلى الجهة صاحبة المشروع إبلاغ ملاك العقارات المشار إليها في الفقرة (أ) أعلاه بما سيتم في شأن عقاراتهم خلال مدة لا تتجاوز (٦) أشهر من تاريخ إبلاغهم بالاختيار المبدئي».

وهذا يعود على قصد النظام بالنقض؛ ذلك أن النظام حينما قرر عدم جواز إحداث شيء من الزوائد أو التحسينات في العقار بعد تاريخ نشر القرار أو الإبلاغ به بقصد منع التحايل، فإن مفهوم عبارته جواز إحداث ذلك قبل النشر والإبلاغ، وبذلك يكون مالك العقار في الفترة ما بين إبلاغه بالاختيار المبدئي إلى حين نشر قرار النزاع في حل مما منع منه النظام، فله خلال تلك الفترة إحداث ما شاء من الزوائد والتحسينات على العقار -مع علمه أو غلبه ظنه بأن العقار سيُنزع بناءً على إبلاغه بالاختيار المبدئي- حتى يزيد من قيمته، إذ لا يشمل حكم النظام بحظر ذلك، من حيث إن إحداثه للزوائد والتحسينات كان قبل نشر القرار.

هذا مقتضى ما تدل عليه ظواهر عبارات النظام ولائحته، والحق أنه ينبغي المصير إلى مقصد النظام وغاياته، دون الوقوف على ظواهره والتقيّد بحرفيّته، ولا سيما إن كان قصده جلياً وغاياته ظاهرة، وذلك ما تقرر في كثير من الأحكام القضائية، فلذلك يمكن القول بأن مالك العقار بعد إبلاغه بالاختيار المبدئي لا يحق له إحداث شيء في العقار أو تحسينه، ولو فعل فإن ذلك لا يدخل في ما يُقوّم في تقدير قيمة العقار وأجرته، لأن علة المنع وسببه منطبق على هذه الحالة، وقد حددت اللائحة مدة لا تتجاوز (٦) أشهر من تاريخ الإبلاغ بالاختيار المبدئي لإبلاغه بما سيتم في شأن عقاره، فإن استقرت على اختيارها المبدئي كان بها، وإلا أبلغته بعدولها عن نزاع العقار، وله إحداث ما شاء بعد ذلك.

المسألة الرابعة: هدم العقار أو نقصه بعد قرار النزاع:

تتمثل صورة هذه المسألة في ضد سابقتها، فلما كان ما يحدثه صاحب العقار من زيادات بعد قرار النزاع محل بحث من حيث تأثيره في تقدير الأجرة واعتباره من عدمه، فكذلك الضد، وهو ما تفعله الجهة النازعة بالعقار من هدم أو إزالة مما يتسبب في نقص قيمة أجرته، ومدى أثر

ذلك وانعكاسه على تقدير أجرة المثل، وهل يكون محل اعتبار أم يلغى؟ إذا استحضرننا ما قررناه سابقاً^(١) من قياس النزاع على الغصب في القدر المشترك وفي ضمان أجرة المثل، واستصبحنا ذلك القياس على هذه المسألة؛ فإن مقتضاه أن الجهة إذا هدمت العقار بعد نزعه فإنها تضمن أجرته بهيئته المبنية إلى حين هدمه، وأما ما بعد الهدم فإنها تضمن أجرة الأرض فضاءً فقط، إذ جاء في كشف القناع: (وإن تلف المغصوب فعليه) أي الغاصب (أجرته إلى) حين (تلفه)؛ لأنه من حين التلف لم تبق له منفعة حتى توجب عليه ضمانها)^(٢).

غير أن ذلك القياس في تلك الصورة بخصوصها لا يستقيم؛ لأنه معارضٌ بأمور تمنع تطبيقه، منها:

أولاً: أنه قياس مع الفارق، فالغاصب حقه التعزير فضلاً عن الضمان، وفي التعزير شيء من استيفاء الحق للمغصوب منه، وردُّ لاعتباره، وذلك منتفٍ في حق الجهة النازعة، ولذلك لا يصح القياس، ولا يمكن استيفاء الحق بتمامه ورفع الظلم بالكلية إلا بالتضمنين بأجرة العقار على هيئته التي كانت حين النزاع.

ثانياً: حتى لو قلنا بانطباق القياس، فإن الاستحسان يحتمّ العدول عنه؛ للسبب نفسه الذي جعلنا لا نعتبر ما يحدثه صاحب العقار من زيادات في المسألة السابقة، من المعاملة بنقيض القصد الفاسد؛ ذلك أن مؤدى تطبيق القياس: أن للجهة النازعة المبادرة إلى هدم العقار مباشرة بعد قرار النزاع دون تسليم التعويض لمالكه؛ لتفرُّ بذلك من التزامها بضمان أجرة العقار الذي نزعته، وتلتفّ بذلك التصرف على نصوص النظام وأحكامه، وفي ذلك من المفسدة الظاهرة ما يوجب مخالفة حكم هذه المسألة لنظيرتها من الغصب؛ درءاً لتلك المفسدة، وحفظاً لحق المنزوع منه.

(١) في المطلب الأول من المبحث الأول من هذا الفصل من البحث.

(٢) كشف القناع: ١١١/٤.

وتلك هي النتيجة التي تؤيدها نصوص النظام، وإن كانت دلالتها غير صريحة في تقرير ذلك، إذ نصت الفقرة الثانية من المادة السادسة من النظام على أن: «يتخذ تاريخ نشر قرار الموافقة بالبدء في إجراءات نزع الملكية أساساً لتقدير التعويض، ولا يعتد بما يتم بعد ذلك من تعديلات أو إضافات أو تحسينات أو بناء أو إحياء أو غرس أو نحو ذلك»، فحينما جعل المنظم تاريخ نشر القرار أساساً لتقدير التعويض، وألغى ما يتم بعده من تغييرات؛ فإن لازمه أن يكون تقدير أجرة المثل للعقار على أساس هيئته التي كان عليها في ذلك التاريخ، ولا يعتد بما حدث بعده سواء كان من مالكة، أو من الجهة النازعة، أو من غيرهم.

المطلب الثاني: كيفية تقدير أجرة المثل والجهة المختصة بذلك:

لقد حدد النظام كيفية التقدير وبيّن سبيل الوصول إليه بأن تسلك الجهة نازعة العقار عدة خطوات مرسومة، بداية من نشر القرار وتشكيل اللجان وآلية عملها والطرق التي تنتهجها حيال تقدير التعويض إلى إصدار قرارها بتحديد مقدارها، وسبيل الاعتراض عليه. فنجد أنه قد فرّق أولاً بين عملية الحصر بتدوين محضر يثبت حالة العقار وما به من موجودات وبناء وغرس وغير ذلك، وبين عملية التقدير، فجعل لكل منهما لجنة مغايرة للأخرى ومستقلة عنها، ولكل منهما تشكيلها الخاص.

فأما لجنة الحصر فقد جاء ذكرها وبيان أحكامها في المادة السادسة من النظام، وأما التقدير في جميع حالاته فقد أوعزه النظام إلى اللجنة التي نص عليها وبيّن تشكيلها في المادة السابعة منه، كما بين في المواد الثلاث التي تليها شيئاً من أحكامها من وقت بدئها وانتهائها من عملها ووجوب دخول العقارات في سبيل تنفيذ مهامها بحضور المالكين والشاغلين أو أحدهما حسب الأحوال أو من يمثلهم، وكيفية انعقادها واتخاذ قراراتها.

كما قد جعل النظام تقدير جميع التعويضات المقررة فيه من اختصاص تلك اللجنة، ومن ذلك تقدير قيمة العقار المنزوع وهو اختصاصها الأصيل، وكذلك تقدير التعويض لأصحاب العقارات المتضررة من المشروع دون أن يُقتطع منها شيء كما في المادة العاشرة (٢)، ومن ذلك تقدير

أجرة المثل، سواء في حالة تأخير تسليم التعويض بعد الإخلاء إذ نصت المادة السابعة عشرة على أنه: «فيعطى أجرة المثل عن المدة التي بين الإخلاء وتسلم التعويض... وتقدر أجرة المثل للجنة المنصوص عليها في المادة (السابعة) من هذا النظام»، أو في حالة وضع اليد المؤقت إذ نصت المادة العشرون على أنه: «يجوز وضع اليد مؤقتاً على العقارات لقاء تعويض عادل لا يقل عن أجرة المثل تحدده لجنة التقدير المشار إليها في المادة (السابعة) من هذا النظام».

وتجدر الإشارة إلى أن قرارات اللجنة بتقدير التعويضات هي قرارات إدارية لها أحكامها من حيث الطعن بدعوى الإلغاء، وتحصّنه بمضي المدد المقررة نظاماً، سواء في حق الفرد، أو في حق الجهة، بل جعل النظام المدة المقررة لإبداء الاعتراض في حق الجهة أقل منه في حق صاحب الشأن مالك العقار المنزوع منه، إذ نص في المادة التاسعة على أن: «٣- تتعقد اللجنة بحضور جميع أعضائها، وتتخذ قراراتها بالأغلبية، وترفعها إلى الجهة صاحبة المشروع لاعتمادها. ويجوز لهذه الجهة ولوزارة المالية والاقتصاد الوطني طلب إعادة التقدير خلال ثلاثين يوماً من تاريخ قرار التقدير...»، ونصت المادة الخامسة عشرة من اللائحة على أنه: «يعد قرار لجنة التقدير نهائياً في حالة انقضاء ثلاثين يوماً من تاريخه دون اعتراض الجهة صاحبة المشروع، أو وزارة المالية على التقدير...»، وقد جاء في الحكم الصادر عن المحاكم الإدارية بديوان المظالم في الدعوى رقم (٤٧٩) لعام ١٤٤١هـ، بمزيد من التفصيل والإسهاب في تلك النقطة، إذ كان ممثل الجهة المدعى عليها قد دفع بعدم تحصّن القرار لأن الجهة لم تعتمد، فجاءت أسباب الحكم بنقض ذلك وتسيب التحصن بالنص الآتي: ((فإن مطالبة المدعين باعتماد محضر التقدير المؤرخ في ١٢/٢/١٤٣٤هـ واستكمال إجراءات الصرف على وفقه، مبني على انعقاد ذلك القرار صحيحاً موافقاً للمشروعية ومتسقاً مع الشرع وصحيح النظام، ثم على استقرار ذلك القرار وتحصّنه، وقد ثبت عند الدائرة صدور ذلك القرار على الوجه الصحيح الخالي من عوارض الإلغاء وعيوب القرار الإداري، إذ صدر ذلك القرار بحضور كامل أعضاء اللجنة ومستكملاً توافقهم، من غير إبداء أي تحفظ، بالموافقة لنظام نزع ملكية العقارات للمنفعة

العامة ووضع اليد المؤقت على العقار حيث نص في الفقرة الثالثة من المادة التاسعة على أن: «تتعقد اللجنة بحضور جميع أعضائها، وتتخذ قراراتها بالأغلبية...»، أما من حيث استقرار ذلك القرار -وقد علم أنه إذا تحسن؛ امتنع سحبه بناءً على قاعدة استقرار القرارات الإدارية المبنية على دواعي المصلحة؛ لئلا تضطرب أعمال جهة الإدارة ويختل استقرارها، وقياساً على سقوط حق الأفراد في طلب الإلغاء لانقضاء ذات الميعاد المقرر، لذا فإن مضي المدد المقررة نظاماً على قرار وُجد صحيحاً ونشأ مستكملاً أركاناً وشروطه يقتضي أن يجعله محترماً وبمناى عن الزعزعة والاضطراب، سواء من الأفراد أو من جهة الإدارة، ومن ثم لا يجوز المساس به - فقد نص ذات النظام في ذات تلك المادة على أن: «تتعقد اللجنة بحضور جميع أعضائها، وتتخذ قراراتها بالأغلبية، وترفعها إلى الجهة صاحبة المشروع لاعتمادها. ويجوز لهذه الجهة... طلب إعادة التقدير خلال ثلاثين يوماً من تاريخ قرار التقدير»، وإذ لم يثبت عند الدائرة تقدم الجهة باعتراضها خلال تلك المدة -على سؤالها ممثل وزارة النقل عن ذلك- فإن القرار إذا قد استتب به حق المدعين واستقر به المركز النظامي لهم وانعقد استحقاقهم لاستكمال إجراءات التعويض بناءً عليه، أما دفع ممثل وزارة النقل بأن القرار لم يعتمد من صاحب الصلاحية ومن ثم لا يكون ثمة قرار متحصن؛ فمردود بأن القرار صادر بإمضاء أعضاء اللجنة، لا باعتماد صاحب الصلاحية، بدليل أن المنظم نص صراحة على تسمية ما انتهت إليه اللجنة بالقرار من ذلك قوله في المادة السالف ذكرها: «...وتتخذ قراراتها بالأغلبية...»، والضمير عائد إلى اللجنة كما أن اتخاذها بالأغلبية يعني نسبة القرار إلى اللجنة لا صاحب الصلاحية، وقوله: «...من تاريخ قرار التقدير...»، والتقدير إنما تم على ما قرره أعضاء اللجنة لا على اعتماد صاحب الصلاحية، وقوله في خاتمة تلك المادة: «...والأخذ بقرار اللجنة الأولى»، ثم إن السياق يحتم ذلك؛ إذ إن المنظم قد أتاح للجهة صاحبة المشروع الاعتراض على القرار بقوله في ذات المادة: «ويجوز لهذه الجهة... طلب إعادة التقدير خلال ثلاثين يوماً من تاريخ قرار التقدير»، فدلالة الإشارة من هذا النص أن الجهة التي لها الاعتراض ليست هي من أصدر القرار، إذ

من المعلوم بالضرورة مغايرة المعترض للمعترض عليه، وإلا للزم أن تكون معترضة على ذاتها وعلى قرار اتخذته هي، وذلك لا يستقيم، إذ لو كانت ستعترض على القرار التي أصدرته هي لَمَا أصدرته ابتداءً، ومن ثم -لو افترضنا أن القرار صادر باعتماد صاحب الصلاحية والحال أنه يمثل الجهة صاحبة المشروع- فلا يكون لإتاحة الاعتراض على القرار معنى، وذلك ما يسان عنه كلام العاقل، وإنما يبقى اعتماد صاحب الصلاحية إجراء تنفيذي واحتياطي للتأكد من سلامة ذلك القرار من العيوب الجسيمة وللاعتراض عليه قبل اعتماده والتحقق من إصداره وفق النظام، وعلى ذلك تقضي الدائرة باستحقاق المدعين لطلبهم في التمسك بمحضر التقدير (ذاك) ^(١)، هذا في حق جهة الإدارة.

وأما في حق صاحب الشأن مالك العقار، فالحال كسائر دعوى إلغاء القرار الإداري، يكون اعتراضه خلال ستين يوماً من تاريخ إبلاغه بالقرار، وفقاً لِمَا نصت عليه المادة الرابعة والعشرون من النظام إذ جاء فيها أنه: «يجوز لأصحاب الشأن التظلم أمام ديوان المظالم من جميع قرارات اللجان والأجهزة الإدارية التي تتخذ وفقاً لهذا النظام، خلال ستين يوماً من تاريخ إبلاغهم بالقرار».

وعلى ذلك فإنه في كل حال -من الأحوال التي يكون فيها التعويض مبنياً على أحكام النظام- يقتصر دور القضاء -في حال الطعن على التقدير- على النظر في الإلغاء، فيما أن يلغي التقدير في حال رأى عدم صحته، أو يرفض الدعوى، ولا يجاوز ذلك إلى الإلزام بتقدير محدد، إذ إن ذلك من اختصاص اللجنة المنصوص عليها نظاماً، وذلك معنى كون القضاء الإداري في دعوى الإلغاء قضاءً ناقصاً، ومقتضى عدم حلول القضاء محل جهة الإدارة في أعمالها؛ بناءً على مبدأ الفصل بين السلطات، إذ أسند التقدير إليها.

هذا في حال قيام الجهة بتشكيل اللجنة وتقديرها للتعويض، أما في حال امتناعها عن ذلك، ومنازعتها في أصل الاستحقاق، فإن ذلك الامتناع يعد في حكم القرار الإداري ومن ثم يفصل

(١) الحكم الصادر عن المحاكم الإدارية بديوان المظالم في الدعوى رقم (٤٧٩) لعام ١٤٤١هـ (غير منشور).

فيه القضاء ويحكم في الاستحقاق من عدمه، دون اللجوء إلى تحديد قيمة التعويض، وقد نص الحكم الصادر عن المحاكم الإدارية بديوان المظالم في الدعوى رقم (٢٩٨٦) لعام ١٤٤٢هـ على أنه: ((فلما كانت المدعية تطلب إلغاء قرار المدعى عليها بامتناعها عن استكمال إجراءات صرف التعويض عن الضرر الذي تسبب به مشروع المدعى عليها، بناءً على المادة العاشرة من نظام نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة ووضع اليد المؤقت على العقار التي تنص على: «تقوم لجنة التقدير بما يأتي: ٢. تقدير قيمة التعويضات لأصحاب العقارات المتضررة من المشروع دون أن يقتطع شيء منها لصالحه، وذلك على أساس الفرق بين قيمة العقار قبل تنفيذ المشروع وقيمه بعده»، وبناءً على أنها هي المتضررة من المشروع، ولما كان الحكم بالإلغاء في ذلك فرعاً عن ثبوت أصل الاستحقاق للتعويض؛ إذ لا محل للحكم بإلغاء قرار المدعى عليها بامتناعها عن تشكيل لجنة لتقدير التعويض ما لم يثبت الاستحقاق للمدعية، وذلك محل نظر القضاء، وأما عمل اللجنة فيقتصر على تقدير قيمة التعويض وفقاً للنص النظامي آنف الذكر))^(١)، كما نص الحكم الصادر عن محاكم الاستئناف الإدارية بديوان المظالم في الاستئناف رقم (٧٨١٧) لعام ١٤٤٠هـ على أن: ((تقرير الاستحقاق النظامي الوارد في المادة يعتبر أمراً قضائياً وليس فنياً كون تقرير الحقوق عند المنازعة من عدمه موكل أمره للقضاء، فالقضاء لم تمنح له السلطة من ولي الأمر للبحث في النزاعات والفصل فيها اعتماداً على الشرع المطهر وما يعهد إليه من أنظمة لإلحاق المنازعات والخصومات ولا يكون ذلك إلا بتقرير الحق المتنازع عليه لأي الطرفين. أما اللجنة الواردة في النظام فدورها يقتصر بالقيام بتقدير التعويض فقط، وفقاً لنص المادة حيث نصت: «وتقدر أجرة المثل اللجنة المنصوص عليها في المادة (السابعة) من هذا النظام»، ونصت المادة السابعة: «تؤلف الجهة صاحبة المشروع لجنة لتقدير التعويض» تماشياً مع عمل السلطة الإدارية وهو القيام بالأعمال القانونية والمادية دون تقرير الحقوق والفصل بين المتنازعين، فاللجنة دورها يأتي بعد تقرير الحق من القضاء))^(٢).

(١) الحكم الصادر عن المحاكم الإدارية بديوان المظالم في الدعوى رقم (٢٩٨٦) لعام ١٤٤٢هـ (غير منشور).

(٢) الحكم الصادر عن محاكم الاستئناف الإدارية بديوان المظالم في الاستئناف رقم (٧٨١٧) لعام ١٤٤٠هـ (غير منشور).

الجهة المختصة بتحديد المدة المشمولة بأجرة المثل.

أما تحديد المدة المشمولة بأجرة المثل فقد اختلفت بشأنه الأحكام، أيكون من تقدير الأجرة فتختص به اللجنة، أم من تقرير أصل الاستحقاق من عدمه فيكون من اختصاص القضاء؟ فبعض الأحكام تنص في منطوقها على تحديد المدة كالحكم الصادر عن المحاكم الإدارية بديوان المظالم في الدعوى رقم (١٤٨٩) لعام ١٤٤٠هـ الذي نص في منطوقه على: ((إلغاء قرار المدعى عليها بالامتناع عن اتخاذ الإجراءات المنصوص عليها في نظام نزع ملكية العقارات... لتقدير أجرة المثل للفترة من تاريخ ١٤٢٣/٣/٥هـ وحتى تاريخ ١٤٢٩/٣/١١هـ...))^(١)، وبعضها يكتفي بإلغاء قرار المدعى عليها بامتناعها دون ذكر المدة المشمولة بأجرة المثل كالحكم الصادر عن المحاكم الإدارية بديوان المظالم في الدعوى رقم (٤٧٩٩) لعام ١٤٤١هـ، إذ نص في منطوقه على: ((إلغاء قرار... بامتناعها عن اتخاذ الإجراءات النظامية المنصوص عليها في المادة (٣/١٧) من نظام نزع الملكية لتقدير أجرة المثل))^(٢).

والظاهر والله أعلم أن الأخرى الاقتصار على إلغاء قرار الامتناع، لأن تحديد المدة من تقدير الأجرة وهو من عمل اللجنة حسبما نص عليه النظام، وبذلك جاء الحكم الصادر عن المحاكم الإدارية بديوان المظالم في الدعوى رقم (٤٠٧) لعام ١٤٤٢هـ الذي ألقى امتناع الجهة عن اتخاذ إجراءات تقدير وصرف أجرة المثل، دون تحديد المدة المشمولة مع أن المدعي حدها في طلبه، ونص -تبريراً لترك تحديد المدة- على الآتي: ((وأما عن تحديد المدعي طلبه بمدة معينة، فلا تعدّ الدائرة محلاً للخصومة والحكم، إذ لا يتأتى أن تتعقد الخصومة بشأن قرار لم يولد بعد، ومن ثم لا يمكن النظر في إغائه؛ لأن ذلك سابق لأوانه، فإن امتناع المدعى عليها أمام الدائرة كان عن مطلق التقدير وتشكيل اللجنة، لا عن تقدير مدة معينة دون غيرها، وإنما كان امتناعها لأجل المنازعة في أصل الاستحقاق، وذلك مدار الدعوى، وهو ما ينحصر النظر فيه،

(١) الحكم الصادر عن المحاكم الإدارية بديوان المظالم في الدعوى رقم (١٤٨٩) لعام ١٤٤٠هـ (غير منشور).

(٢) الحكم الصادر عن المحاكم الإدارية بديوان المظالم في الدعوى رقم (٤٧٩٩) لعام ١٤٤١هـ (غير منشور).

ويتوجه لأجله الحكم بالإلغاء ضد المدعى عليها، أما تحديد مقدار المدة؛ فلم تتخذ الجهة قراراً بشأنه بعد، ولم يتسنى لها أن تدافع عما تراه في ذلك، فشأنه كشأن تحديد مقدار الأجرة، ما يجعل الطلب به سابقاً لأوانه، وإذا صدر به قرار، ثم لم يرضَ به صاحب الشأن، فله الطعن فيه والمنازعة وفقاً للمادة الرابعة والعشرين من نظام نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة ووضع اليد المؤقت على العقار)^(١).

إلا أن محكمة الاستئناف الإدارية نقضت ذلك الحكم وأعادته للدائرة التي أصدرته وعلت بقولها: ((وبما أن الحكم المستأنف حكم بإلغاء قرار الامتناع عن تشكيل اللجنة لتقدير أجرة المثل، ولكن دون تحديد للمدة المستحق فيها أجرة المثل، وفق ما ذكر آنفاً، وبما أن المادة (١٧) من نظام نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة ووضع اليد المؤقت على العقار الصادر بالمرسوم الملكي ذي الرقم (١٥/م) بتاريخ ١١/٣/١٤٢٤هـ نصت على أنه: «في كل الحالات إذا أخرجت الجهة صاحبة المشروع مالك العقار من عقاره أو منعه من الانتفاع به قبل تسلم التعويض سواء كان بصورة استثنائية أو غيرها فيعطى أجرة المثل عن المدة التي بين الإخلاء وتسلم التعويض ما لم يكن سبب تأخير صرف التعويض بسببه»، فإن هذه المادة ذكرت أن أجرة المثل تستحق عن المدة التي بين الإخلاء واستلام التعويض، وبالتالي فلا بد عند الحكم بأجرة المثل من تحديد بداية الاستحقاق ونهايته، وبما أن المستأنف ضده يطلب أجرة المثل عن فترة وضع المستأنفة يدها على عقاره إلى حين تسليمه التعويض، فإن تحديد المدة أضحى محلاً للخصومة، وتابعاً لدعوى استحقاقه أجرة المثل، ولا بد من الفصل فيه؛ حتى لا يكون الحكم مجهلاً أو يتعذر تنفيذه، وليصير الحكم حاسماً للنزاع وفاصلاً في الموضوع، وما نعا لأي اختلاف ينشأ بين الطرفين حيال المدة)^(٢).

(١) الحكم الصادر عن المحاكم الإدارية بديوان المظالم في الدعوى رقم (٤٠٧) لعام ١٤٤٣هـ (غير منشور).

(٢) الحكم الصادر عن محاكم الاستئناف الإدارية بديوان المظالم في الاستئناف رقم (٨٧٤٢) لعام ١٤٤٣هـ (غير منشور).

المبحث الثالث: الاختصاص القضائي بنظر الدعاوى المتعلقة بأجرة المثل

والتكييف النظامي لها:

المطلب الأول: الاختصاص القضائي بنظر الدعاوى المتعلقة بأجرة المثل:

سبق وأن بيّنا أن تحديد مقدار أجرة المثل من اختصاص اللجنة المنصوص عليها في المادة السابعة من نظام نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة ووضع اليد المؤقت على العقار، وأن قرارها بذلك قرارٌ إداري خاضع للطعن والاعتراض أمام المحاكم الإدارية بديوان المظالم، فأما ما سوى ذلك من الدعاوى المتعلقة بأجرة المثل المنصوص عليها في النظام، كالاعتراض على امتناع الجهة عن تشكيل اللجنة لتقديرها، والمنازعة في أصل استحقاقها، سواء كان في حال عدم تسليم عوض العقار بعد الإخلاء، أو في حال وضع اليد المؤقت، أو غير ذلك من التعويضات المنصوص عليها في النظام، فإن ذلك من اختصاص المحاكم الإدارية بديوان المظالم بموجب نص المادة الرابعة والعشرين من النظام التي نصت على أنه: «يجوز لأصحاب الشأن التظلم أمام ديوان المظالم من جميع قرارات اللجان والأجهزة الإدارية التي تتخذ وفقاً لهذا النظام، خلال ستين يوماً من تاريخ إبلاغهم بالقرار»، فذلك نص خاص صريح بتقرير الاختصاص بنظر جميع الدعاوى المتعلقة بإجراءات نزع الملكية -ومنها الدعاوى المتعلقة بأجرة المثل المنصوص عليها فيه- إلى ديوان المظالم ولو كانت الجهة المملوكة للعقار شركة، فإنه قد تحتاج بعض الشركات التي تدير مرفقاً عاماً لنزع ملكية عقار، وقد بين النظام ولائحته الأحكام والإجراءات التي تُتخذ في تلك الحالة، إذ نص المرسوم الملكي ذو الرقم (م/١٥) الصادر بتاريخ ١١/٣/١٤٢٤هـ على: «الموافقة على نظام نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة، ووضع اليد المؤقت على العقار... ثالثاً: دون الإخلال بما تقضي به الأنظمة الأخرى، تطبق أحكام هذا النظام على العقارات التي تحتاج إليها الشركات التي تتولى إدارة أحد المرافق العامة لتنفيذ مشروعاتها، كالكهرباء وشبكات المياه والهاتف والغاز والصرف الصحي والخطوط الحديدية والطرق العامة ونحوها،

وذلك بالقدر الذي يتفق وطبيعة عمل هذه الشركات، على أن يصدر قرار نزع الملكية -وفقاً لهذا النظام- من الوزير المشرف على المرفق العام، وأن تدفع الشركة التي تدير المرفق التعويضات المرتبة على ذلك، وأن تضمن لوائح هذا النظام تفاصيل ما يلزم لتنفيذ ذلك»، ولما نصت عليه المادة الرابعة والعشرون من النظام فإن الاختصاص ينعقد لديوان المظالم في الإجراءات المتعلقة بنزع الملكية، ولو كانت الجهة التي تباشر تلك الإجراءات شركة، وقد جاء بذلك الحكم الصادر عن المحاكم الإدارية بديوان المظالم في الدعوى رقم (١٠٩٦) لعام ١٤٤٢هـ إذ نص على أنه: ((لَمَّا أقام المدعي هذه الدعوى بُغية الحكم بإلغاء قرار المدعى عليها بامتناعها عن اتخاذ الإجراءات النظامية لنزع الملكية ومباشرة تسليم التعويض، فإن هذه الدعوى تكون بناءً على تكييفها النظامي الصحيح من قبيل دعاوى إلغاء القرارات الإدارية، التي تختص المحاكم الإدارية ولائياً بنظرها... ووفقاً للمادة... التي نصت على أنه: «يجوز لأصحاب الشأن التظلم أمام ديوان المظالم من جميع قرارات اللجان والأجهزة الإدارية التي تتخذ وفقاً لهذا النظام، خلال ستين يوماً من تاريخ إبلاغهم بالقرار.»، وبذلك يبطل احتجاج المدعى عليها بأنها شركة، وأن الدعوى عليها خارجة عن اختصاص ديوان المظالم، فإن النظام أوعز الاختصاص بنظر جميع الدعاوى المتعلقة بإجراءات نزع الملكية إلى محاكم ديوان المظالم أيّاً كانت الجهة التي تباشر إجراءاته، وأما استشهاده المدعى عليها بالمادة الحادية والثلاثين من نظام المرافعات الشرعية الصادر بالمرسوم الملكي ذي الرقم (م/١) بتاريخ ١/٢٢/١٤٣٥هـ، فلا يعود على ما قرره بالنقض؛ إذ أسندت المنازعات المتعلقة بالعقار من المنازعة في الملكية أو الحقوق المتصلة بذلك، ونصت في ختام تلك الفقرة على عبارة: (ما لم ينص النظام على خلاف ذلك)، وهذه المنازعة لا تتعلق بملكية العقار؛ فالخصوم متفقون على أيلولة ملك العقار إلى المدعى عليها، وفقاً لنظام نزع الملكية، وإنما قوام المنازعة هو امتناع المدعى عليها عن اتخاذ الإجراءات ومباشرة صرف التعويض، وبذلك يتضح جلياً دخولها في مدلول المادة الثالثة والعشرين^(١) من

(١) خطأ مادي، والمراد بها المادة الرابعة والعشرون.

نظام نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة الآنف ذكرها))^(١).

وإن لم تذكر النصوص وجوب أجره المثل على الشركة مملكة العقار، إلا أن ذلك مستفاد بمفهوم النصوص وفحواها، إذ إنه لمَّا وجب عليها الأصل، وهو عوض العقار، فمن باب أولى أن يكون الفرع وهو أجره المثل واجبة عليها كذلك. وكذلك مستفاد من عبارة المرسوم الملكي: (وأن تدفع الشركة التي تدير المرفق التعويضات المرتبة على ذلك)، فحين عبّر عن التعويضات بالجمع عُرف منه شموله للتعويض بأجره المثل، في الحالات التي نصّ عليها النظام.

المطلب الثاني: التكيف النظامي للدعاوى المتعلقة بأجره المثل:

نص نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي ذي الرقم (٧٨/م) في ١٩/٩/١٤٢٨هـ، على الدعاوى التي تختص بها المحاكم الإدارية وتظهرها، وصنّفها وميّز بعضها عن الآخر في بعض الأحكام، فقد نص في المادة الثالثة عشرة منه على أن: «تختص المحاكم الإدارية بالفصل في الآتي: أ- الدعاوى المتعلقة بالحقوق المقررة في نظم الخدمة المدنية والعسكرية والتقاعد لموظفي ومستخدمي الحكومة والأجهزة ذوات الشخصية المعنوية العامة المستقلة أو ورثتهم والمستحقين عنهم. ب- دعاوى إلغاء القرارات الإدارية النهائية التي يقدمها ذوو الشأن، متى كان مرجع الطعن عدم الاختصاص، أو وجود عيب في الشكل، أو عيب في السبب، أو مخالفة النظم واللوائح، أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها، أو إساءة استعمال السلطة، بما في ذلك القرارات التأديبية، والقرارات التي تصدرها اللجان شبه القضائية والمجالس التأديبية. وكذلك القرارات التي تصدرها جمعيات النفع العام -وما في حكمها- المتصلة بنشاطاتها، ويعد في حكم القرار الإداري رفض جهة الإدارة أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه طبقاً للأنظمة واللوائح. ج- دعاوى التعويض التي يقدمها ذوو الشأن عن قرارات أو أعمال جهة الإدارة. د- الدعاوى المتعلقة بالعقود التي تكون جهة الإدارة طرفاً فيها. هـ- الدعاوى التأديبية التي ترفعها الجهة المختصة. و- المنازعات الإدارية الأخرى».

(١) الحكم الصادر عن المحاكم الإدارية بديوان المظالم في الدعوى رقم (١٠٩٦) لعام ١٤٤٢هـ (غير منشور)

ومحل البحث هنا هو تكييف دعاوى المطالبة بأجرة المثل ضد جهة الإدارة؛ أهي من دعاوى إلغاء القرارات الإدارية، أم هي من دعاوى التعويض عن قرارات وأعمال جهة الإدارة؟ وتظهر ثمرة ذلك في الآثار المترتبة على إلحاق الدعوى بأي من تلك الأصناف، ومن أبرزها: أولاً: سقوط الحق في رفع الدعوى والمطالبة بالتقادم فيما إذا اعتبرناها من دعاوى التعويض، لا إذا كانت من دعاوى الإلغاء، إذ نصت المادة الثامنة من نظام المرافعات أمام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي ذي الرقم (م/٣) بتاريخ ١٤٣٥/١/٢٢هـ، على أنه: «٦- فيما لم يرد به نص خاص، لا تسمع الدعوى المنصوص عليها في الفقرتين (ج، د) من المادة (الثالثة عشرة) من نظام ديوان المظالم بعد مضي عشر سنوات من تاريخ نشوء الحق المدعى به، ما لم يقر المدعى عليه بالحق أو يتقدم المدعي بعذر تقبله المحكمة المختصة».

ثانياً: كون الحكم الابتدائي واجب التدقيق فيما إذا اعتبرت من دعاوى التعويض، إذ نصت المادة الثالثة والثلاثون من نظام المرافعات أمام ديوان المظالم على أن: «٢- تكون الأحكام الصادرة في الدعوى المنصوص عليها في الفقرتين (ج)، (د) من المادة (الثالثة عشرة) من نظام ديوان المظالم على خلاف ما طلبته الجهة الإدارية أو في غير مصلحتها؛ واجبة التدقيق إذا لم يستأنف ممثل تلك الجهة الحكم خلال المدة المقررة...».

ثالثاً: أن القضاء - في حال تكييف الدعوى على أنها من دعاوى إلغاء القرار الإداري وما في حكمه - قضاء ناقص، بمعنى أن الحكم يقتصر على إلغاء القرار أو رفض الدعوى أو عدم قبولها، ولا ينظر فيما عدا ذلك، ولا يحل القضاء فيها محل جهة الإدارة، وقد أشرنا إلى شيء من ذلك في المبحث السابق.

وإن الذي استقر عليه قضاء ديوان المظالم في ذلك - سواء في حالة تأخير التعويض أو وضع اليد المؤقت - أنها من دعاوى الإلغاء المشمولة بالقضرة (ب) من المادة الثالثة عشرة من نظام ديوان المظالم.

وسنده في ذلك ما جاء في المادة من عبارة: «ويعد في حكم القرار الإداري رفض جهة الإدارة أو

امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه طبقاً للأنظمة واللوائح»، ذلك أنه إن كانت جهة الإدارة قد امتنعت عما وجب عليها بموجب نص نظامي، فإن الدعوى تكون مشمولة بذلك النص، ولأن تشكيل اللجنة لتقدير أجرة المثل في الحالات المنصوص عليها نظاماً - قراراً إداري كان من الواجب عليها اتخاذه طبقاً للأنظمة واللوائح، وبذلك كانت من دعاوى إلغاء القرارات الإدارية وما في حكمها.

ولا ينال في ذلك كون الطلب في حقيقته الشرعية تعويض عن عمل جهة الإدارة، إذ إن وصف القرار الإداري وما في حكمه من امتناع، قد يصدق على ذلك فيما إذا نص النظام على إجراءات صرف التعويض وكيفيته وحالاته، فلا يكون ثمة تعارض بين تكييفه قراراً وكونه في الحقيقة الشرعية تعويضاً، وقد أشار الحكم الصادر عن المحاكم الإدارية بديوان المظالم في الدعوى رقم (٢٩٨٦) لعام ١٤٤٢هـ، إلى نحو ذلك، إذ نص على أنه: ((لما أقامت المدعية هذه الدعوى بغية الحكم بإلغاء قرار المدعى عليها بامتناعها عن استكمال الإجراءات النظامية المنصوص عليها في المادة (٣/١٠) من نظام نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة ووضع اليد المؤقت على العقار حيال صرف التعويض لعقارها؛ فإن هذه الدعوى تكون بناءً على تكييفها النظامي الصحيح من قبيل دعاوى إلغاء القرارات الإدارية، التي تختص المحاكم الإدارية ولائياً بنظرها وفقاً للمادة (١٣/ب) من نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧٨) في ١٩/٩/١٤٢٨هـ التي نصت على اختصاص المحاكم الإدارية بالفصل في: «ب- دعاوى إلغاء القرارات الإدارية النهائية التي يقدمها ذوو الشأن... ويعد في حكم القرار الإداري رفض جهة الإدارة أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه طبقاً للأنظمة واللوائح»... وأما عن قبول الدعوى شكلاً؛ فالذي يتبين من طلب المدعية إلغاء قرار المدعى عليها بالامتناع عن استكمال الإجراءات النظامية حيال صرف التعويض لعقارها المتضرر من المشروع، أنه في حقيقته يُعد من قبيل دعاوى إلغاء القرارات الإدارية السلبية المتمثلة في امتناع جهة الإدارة أو رفضها إصدار قرار كان يتعين عليها اتخاذه نظاماً، وإذ تقرر نظاماً أن القرارات الإدارية السلبية لا يتقيد التظلم

منها بميعاد معين، بل يبقى متاحاً ومستمراً مادام امتناع جهة الإدارة قائماً، فإن الدعوى تكون مستوفية لسائر أوضاعها الشكلية المقررة نظاماً، وبناءً على ذلك تقضي الدائرة بقبول الدعوى شكلاً... وإن الطلب في حقيقة موضوعه وأصل علته هو التعويض عن الضرر، وإن اتخذ في إجراءات نظره وفي سبيل تنظيمه شكل القرار، واندرج ضمن دعاوى إلغاء القرار الإداري^(١). ومن الأحكام الصادرة في دعاوى المطالبة بأجرة المثل بذلك التكييف، الحكم الصادر عن المحاكم الإدارية بديوان المظالم في الدعوى رقم (٤٩٧٧) لعام ١٤٤١هـ إذ نص على أنه: ((لما أقام المدعي هذه الدعوى بغية الحكم بإلغاء قرار المدعى عليها بامتناعها عن اتخاذ إجراءات صرف أجرة المثل لعقاره المنزوع منه عن فترة ما بين منعه واستلامه للتعويض؛ فإن هذه الدعوى تكون بناءً على تكييفها النظامي الصحيح من قبيل دعاوى إلغاء القرارات الإدارية، التي تختص المحاكم الإدارية ولائياً بنظرها وفقاً للمادة (١٣/ب) من نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧٨) في ١٩/٩/١٤٢٨هـ التي نصت على اختصاص المحاكم الإدارية بديوان المظالم بالفصل في: «ب- دعاوى إلغاء القرارات الإدارية النهائية التي يقدمها ذوو الشأن... ويعد في حكم القرار الإداري رفض جهة الإدارة أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه طبقاً للأنظمة واللوائح...» وأما عن قبول الدعوى شكلاً: فالذي يتبين من طلب المدعي إلغاء قرار المدعى عليها بالامتناع عن اتخاذ إجراءات صرف أجرة المثل لعقاره المنزوع منه، أنه في حقيقته يعد من قبيل دعاوى إلغاء القرارات الإدارية السلبية المتمثلة في امتناع جهة الإدارة أو رفضها إصدار قرار كان يتعين عليها اتخاذه نظاماً، وإذ تقرر نظاماً أن القرارات الإدارية السلبية لا يتقيد التظلم منها بميعاد معين، بل يبقى متاحاً ومستمراً مادام امتناع جهة الإدارة قائماً، فإن الدعوى تكون مستوفية لسائر أوضاعها الشكلية المقررة نظاماً وبناءً على ذلك تقضي الدائرة بقبول الدعوى شكلاً^(٢).

(١) الحكم الصادر عن المحاكم الإدارية بديوان المظالم في الدعوى رقم (٣٩٨٦) لعام ١٤٤٢هـ (غير منشور)

(٢) الحكم الصادر عن المحاكم الإدارية بديوان المظالم في الدعوى رقم (٤٩٧٧) لعام ١٤٤١هـ (غير منشور)

والكلام فيما سبق من تكييف الدعاوى على أنها من دعاوى الإلغاء صادق فيما إذا كانت من ضمن الحالات المنصوص عليها في نظام نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة ووضع اليد المؤقت على العقار، وصدر قرار وزاري بالنزع، أما إن لم تكن من تلك الحالات، أو لم يصدر قرار بنزع الملكية فإنها تعدّ من دعاوى التعويض لا القرارات؛ لأنها صارت غير مشمولة بأحكام النظام، لأن امتناع الجهة عن صرف التعويض بأجرة المثل حينئذ لا يكون واجباً نص عليه النظام بخصوصه، ومن ثم لا تصدق عليها عبارة النظام: «ويعد في حكم القرار الإداري رفض جهة الإدارة أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه طبقاً للأنظمة واللوائح»، وإنما اعتبرنا ما سلف من حالات ضمن دعاوى الإلغاء لأن النظام نص عليها بخصوصها، ورتّب نظرها بطريق دعوى الإلغاء، وفق ما سبق بيانه، وضابط ذلك هو صدور قرار نزع الملكية من الوزير المختص من عدمه، فإذا صدر كانت جميع الإجراءات المتخذة محكومة بنظام نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة ووضع اليد المؤقت على العقار، وإن لم يصدر صارت ما تباشره جهة الإدارة من إجراءات وتصرفات أعمالاً مادية تخضع لدعاوى التعويض، ويشهد لذلك الأحكام الصادرة بالتعويض بأجرة المثل في غير حالات نزع الملكية ووضع اليد المؤقت، ومنها الحكم الصادر عن المحاكم الإدارية بديوان المظالم في الدعوى رقم (١٧٠٥١) لعام ١٤٤٠هـ، إذ نص على أنه: ((لما أقام المدعي هذه الدعوى مبتغياً من ورائها الحكم بإلزام المدعى عليها تعويضه عن الأضرار المترتبة على منعه من التصرف في عقاره، فإن هذه الدعوى تكون بناءً على تكييفها النظامي الصحيح من قبيل دعاوى التعويض التي يقدمها ذوو الشأن عن قرارات أو أعمال جهة الإدارة، التي تختص المحاكم الإدارية بنظرها وفقاً للمادة (١٣/ج) من نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧٨) في ١٩/٩/١٤٢٨هـ، التي نصت على اختصاصها بالفصل في: «دعاوى التعويض التي يقدمها ذوو الشأن عن قرارات أو أعمال جهة الإدارة»... وإذ قدر الخبير أجرة المثل للأرض محل الدعوى بمبلغ (١٦،٢٤٦) ستة عشر ألفاً ومئتين وستة وأربعين ريالاً، فإن الدائرة تحكم به))^(١)، كما جاء بذلك المعنى الحكم الصادر عن المحاكم

(١) الحكم الصادر عن المحاكم الإدارية بديوان المظالم في الدعوى رقم (١٧٠٥١) لعام ١٤٤٠هـ. (غير منشور)

الإدارية بديوان المظالم في الدعوى رقم (١٠/٣٥٧٥/ق) لعام ١٤٣٦هـ، إذ نص على أنه: ((وبما أن العقار المنزوع لا يكون خاضعاً لنظام نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة ووضع اليد المؤقت على العقار، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٥)، وتاريخ ١١/٣/١٤٢٤هـ إلا بقرار تصدره المدعى عليها بصفتها الجهة المشرفة على المشروع... وبما أن المدعى عليها لم تصدر قراراً بنزع عقار المدعي، وأن غاية عمل المدعى عليها هو الإشراف على أعمال شركة (...)) للتطوير؛ الأمر الذي يكون معه العقار محل الدعوى غير خاضع لنظام نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة ووضع اليد المؤقت على العقار...))^(١).

الفصل الثاني: شروط وحالات استحقاق أجره المثل للعقار

المبحث الأول: شروط استحقاق أجره المثل للعقار:

المطلب الأول: ثبوت الملك التام للعقار محل المطالبة:

من المعلوم ضرورة أنه حتى تصح المطالبة بأجرة المثل لعقار ما، وتتعقد للمطالب الصفة في الدعوى بها، لا بد من أن يثبت أنه المالك لذلك العقار، فالحقوق الناشئة عن الأعيان، وحاصلات الأموال تكون لمالكها، ولذلك كان على من يطالب بأجرة المثل -لأي من أسباب وجوبها- أن يثبت أولاً ملكيته للعقار أمام القاضي المختص بنظر دعواه، ولذلك تقضي الأحكام بعدم قبول الدعوى بالمطالبة بأجرة المثل فيما لا يملكه المدعي من العقار ومن ذلك الحكم الصادر عن المحاكم الإدارية بديوان المظالم في الدعوى رقم (١٤٨٩) لعام ١٤٤٠هـ إذ نص على أنه: ((بما أن المدعي يطالب بأجرة المثل للفترة من تاريخ ١/٥/١٤٢٩هـ وحتى تاريخ ١١/٣/١٤٢٣هـ، وبما أنه قد تبين للدائرة بعد اطلاعها على صك العقار محل الدعوى أن العقار لم ينتقل إلى ملك المدعي إلا بتاريخ ٥/٣/١٤٢٣هـ، مما يتبين معه أن المدعي خلال تلك الفترة لم يكن متملكاً للعقار، مما يعني انعدام تحقق شرط الصفة في المدعي خلال تلك الفترة، وبما أنه من الأمور الأولية المتوجبة على الدائرة بحثها ابتداءً، قبل مضيها في استكمال عناصر الدفاع المتصلة

(١) الحكم الصادر عن المحاكم الإدارية بديوان المظالم في الدعوى رقم (١٠/٣٥٧٥/ق) لعام ١٤٣٦هـ، منشور: مجموعة الأحكام والمبادئ لعام ١٤٣٩هـ الصادرة عن مكتب الشؤون الفنية بديوان المظالم: ٩٥/١.

بموضوع النزاع، والتأكد من صفات الخصوم في الدعوى، بأن تكون مقامة من ذي صفة على ذي صفة، وحيث إن شرط الصفة في طرفي الدعوى يعد من الأمور اللازمة في البحث قبل الدخول في الموضوع، ويجوز للمحكمة التصدي له من تلقاء نفسها، في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، ولو لم يثرها الخصوم، باعتباره شرطاً متصلاً بالنظام العام، الأمر الذي يجعل الدائرة تنتهي إلى عدم قبول طلب المدعي للفترة ما قبل تاريخ ١٤٢٣/٢/٥هـ لعدم تحقق شرط الصفة فيه خلال تلك الفترة، أما بشأن الفترة المتبقية من فترة المطالبة... فإن شرط الصفة يكون قد تحقق في المدعي خلال تلك الفترة، لكونه قد تملك العقار محل الدعوى...^(١)، وتعرض في ذلك المعنى مسائل نوضحها على النحو الآتي:

المسألة الأولى: وجود صك ملكية للعقار محل المطالبة:

إن صكوك ملكية العقار في حقيقتها وثائق صادرة عن الجهة المختصة تثبت بموجبها ملكية العقار لصاحبه، وإن هذا التوثيق أمرٌ مغاير لإنشاء الملك، فإن الملك يوجد بأسبابه المعروفة من موجبات حصوله، ومصادر اكتساب الحق المفصلة في بابها، ولذلك استقرت الأحكام على اعتبار الصكوك كاشفة ومُظهرة للملك لا مُنشأة له^(٢)، ومما يترتب على ذلك؛ أن الحقوق الناشئة عن العقار -كالأجرة- تكون لمالكه من حين ملكه، ولو كان ملكه حاصلًا قبل صدور الصك.

ولكن بما أن الاختصاص بنظر إثبات الملك وشؤون العقار وإصدار حجج الاستحكام وصكوك الملك منعقد للمحاكم العامة وكتابات العدل، فإن القضاء الإداري في محاكم ديوان المظالم

(١) الحكم الصادر عن المحاكم الإدارية بديوان المظالم في الدعوى رقم (١٤٨٩) لعام ١٤٤٠هـ (غير منشور).

(٢) ينظر: الحكم الصادر في الدعوى الإدارية رقم (١٠/٢٤٥١/ق) لعام ١٤٣٥هـ، منشور: مجموعة المبادئ والأحكام لعام: ١٤٢٩هـ الصادرة عن مكتب الشؤون الفنية بديوان المظالم: ٥٠٨/٣، والحكم الصادر في الدعوى الإدارية رقم (٢/٧٣/ق) لعام ١٤٠٦هـ، منشور: مجموعة المبادئ والأحكام للأعوام: ١٤٠٢-١٤٢٦هـ الصادرة عن مكتب الشؤون الفنية بديوان المظالم: ٣٢٠/٩، والحكم الصادر في الدعوى الإدارية رقم (١/٧٥٨/ق) لعام ١٤٠٤هـ، منشور: مجموعة المبادئ والأحكام للأعوام: ١٤٠٢-١٤٢٦هـ الصادرة عن مكتب الشؤون الفنية بديوان المظالم: ٤٥١/٨.

استقر على ألا يحكم للمدعي بأجرة المثل وغيرها من الحقوق الناشئة عن العقار ما لم يثبت ملكه عن طريق تقديم صك ملكه للعقار محل الدعوى، سواء في حال نزع الملكية أو غيره من طلبات التعويض عن أعمال وقرارات جهة الإدارة، ولو قدم المدعي حججاً -غير الصكوك الرسمية- لإثبات ملكه، فإن القضاء الإداري لا ينظر في ذلك لأنه ليس من اختصاصه، ويحكم على ذلك الأساس بعدم قبول الدعوى لرفعها قبل أوانها، جاء في الحكم الصادر عن محاكم الاستئناف الإدارية بديوان المظالم في الاستئناف رقم (٣٥٠٤) لعام ١٤٤١هـ ما نصه: ((ولما كانت الدائرة مصدرة الحكم محل التدقيق أصدرت حكمها برفض الدعوى بناءً على أن صك ملكية المدعي للعقار... صك مؤقت لا يثبت الملك وأن على المدعي إثبات ملكيته للعقار بالطرق النظامية قبل المطالبة بالتعويض... وبما أن صك ملكية المستأنف لم يتوافر بشأنه ثبوت الملكية بصك مستوفي الإجراءات الشرعية والنظامية للتملك فإن دعواه مرفوعة قبل أوانها، وله التقدم باستكمال إجراءات التعويض حينما يُصدر صكاً قابلاً للإفراغ بملكية ثابتة للعقار...))^(١).

والعكس بالعكس، فإن المدعي إذا قدم صك الملكية للعقار محل الدعوى وكان الصك صحيحاً صادراً عن الجهة المختصة مستكتملاً لجميع شروطه وإجراءاته، ولم يُطعن فيه بالتزوير فإن القضاء الإداري في بحث دعاوى المتعلقة بالحقوق الناشئة عن العقار لا ينظر في المنازعة في الملكية أو الدفع بالطعن في صحتها، بل يكتفي بالصك الموثق ويُجري مقتضاه ويبني عليه الحكم، ومن ذلك ما جاء في الحكم الصادر في الدعوى الإدارية رقم (٢/٧٣/ق) لعام ١٤٠٦هـ، إذ نص على: ((ومن حيث إنه بالاطلاع على صك الملكية محل المعارضة... الصادر من محكمة الليث الذي يثبت ملكية المدعي للأرض محل المنازعة الذي ينص فيه على ما يلي: (وقد أُجريت جميع الإجراءات الشرعية والإدارية من الإعلان والكتابة للدوائر ذات العلاقة وورد الجواب من الدوائر ذات العلاقة بعدم المعارضة) مما يفيد أن الصك قد صدر صحيحاً من وقت إنشائه مكتملاً لجميع شروطه واكتسب حجية (الأمر المقضي به) ولا تجوز المنازعة فيه... ومن حيث إنه متى استبان للدائرة حقيقة تملك المدعي للأرض... بموجب صك حائز للحجية والقطعية،

(١) الحكم الصادر عن محاكم الاستئناف الإدارية بديوان المظالم في الاستئناف رقم (٣٥٠٤) لعام ١٤٤١هـ (غير منشور).

فإنه يستحق التعويض المقدر عن أرضه))^(١)، وذلك لعدة اعتبارات منها: احترام حجية الأمر المقضي به، وحفظ مكانة الصكوك، فلو حصل الشك في ملكية حائز الصك، وأهدرت حجّيته؛ لَمَا استقرَّ لأحد ملك، ولأحجم الناس عن شراء العقارات وبيعها، واهتزت الثقة في التعاملات.

المسألة الثانية: ملكية جزء مشاع من العقار:

سبق أن بيّنا أن من شرط صحة المطالبة بأجرة المثل ملك المدعي للعقار محل الدعوى، ولكن لو كان المدعي مالكا لجزء مشاع من عقار مشترك، فهل تصح مطالبته منفرداً بالحق الناشئ عن ذلك العقار؟

وللإجابة عن ذلك لا بد من التفريق بين حالتين في المطالبة بأجرة المثل؛ الأولى: أن تكون دعوى إلغاء قرار إداري وما في حكمه، والثانية: أن تكون دعوى تعويض عن قرارات وأعمال جهة الإدارة، وقد سبق - في مطلب التكييف النظامي للدعاوى المتعلقة بأجرة المثل - بيان الفرق بينهما، وضابط اعتبار الدعوى من أيهما، والآثار المترتبة على ذلك، وذكرنا أنها تعد من دعاوى الإلغاء فيما إذا كانت من ضمن الحالات المنصوص عليها في نظام نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة ووضعت اليد المؤقت على العقار، وصدر قرار وزاري بالنزع، أما إن لم تكن من تلك الحالات، أو لم يصدر قرار بنزع الملكية فإنها تعدّ من دعاوى التعويض لا القرارات، وأن ضابط ذلك هو صدور قرار نزع الملكية من الوزير المختص من عدمه، فإذا صدر كانت جميع الإجراءات المتخذة محكومة بنظام نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة ووضع اليد المؤقت على العقار، وإن لم يصدر صارت ما تباشره جهة الإدارة من إجراءات وتصرفات أعمالاً مادية تخضع لدعاوى التعويض.

فإذا تبين ذلك نقول: أما إن كانت من دعاوى الإلغاء وفي حال دخول العقار في سلسلة إجراءات نزع الملكية المنصوص عليها في النظام فإن دعوى مالك الجزء المشاع من العقار تكون مقبولة، ولا تتجزأ، ذلك أن الطلب في حقيقته هو إلغاء قرار جهة الإدارة بامتناعها عن استكمال الإجراءات

(١) الحكم الصادر في الدعوى الإدارية رقم (٢٢/٢/ق) لعام ١٤٠٦هـ، منشور: مجموعة المبادئ والأحكام للأعوام: ١٤٠٢-

١٤٢٦هـ الصادرة عن مكتب الشؤون الفنية بديوان المظالم: ٢٢٠/٩.

النظامية، وتشكيل اللجنة لتقدير وصرف أجره المثل للعقار محل الدعوى، وعلى ذلك ينص منطوق الأحكام الصادرة في تلك الدعاوى، وإن من يملك أدنى جزء من العقار محل الدعوى، يكون صاحب صفة ومصلحة في إلغاء ذلك القرار، ولا يمكن تجزئة الدعوى أو الحق؛ لأن محل دعاوى الإلغاء هو قرار جهة الإدارة من حيث الصحة وموافقة المشروعية، وسلامته من العيوب الموجبة للإلغاء، وفي هذا ينحصر نظر القضاء في تلك الدعاوى ويقتصر على فحص ذلك الجانب، من حيث إنه قضاء ناقص في دعوى موضوعية عينية، وليست شخصية للحكم بحق المدعي الشخصي، ولو صدر الحكم بالإلغاء فإنه حجة على الكافة، ولذلك؛ فإن المحكمة - في حال الحكم بالإلغاء - لا تكون قد حكمت بحق لم يدع به، أو حكمت بالحق لغير صاحبه، وإنما حكمت بإلغاء قرار جهة الإدارة المتمثل في امتناعها عن تطبيق الإجراءات النظامية لتقدير أجره المثل.

وأما إن كانت من دعاوى التعويض عن قرارات وأعمال جهة الإدارة - بأن لم يصدر قرار من الوزير المختص بنزع ملكية العقار - فإن الصفة لا تنعقد للمدعي مالك الشقص إلا بنسبة القدر الذي يملكه من العقار، ويعلل ذلك الحكم الصادر عن المحاكم الإدارية بديوان المظالم في الدعوى رقم (١٩٠٨) لعام ١٤٤٢هـ بأنه: ((لما كان من شروط قبول الدعوى ونظر الطلب أن تكون مرفوعة من ذي صفة بأن يكون المدعي هو صاحب الحق محل الدعوى حتى يحق له الادعاء به، ويصح الحكم له به، وبما أن المدعى به ومحل المطالبة هو حق حاصل عن عقار يملك المدعي جزءاً مشاعاً منه - حسب الصك المرفق - ولا يملك العقار كله وإنما يملك منه (٨٧.٥٪) سبعة أثمان مشاعة، فإن الحق الناشئ عنه الذي يطالب به في هذه الدعوى، يكون له بنسبة ملكه من العقار لا أكثر، وليس له حق فيما نشأ وحصل من نصيب شريكه، إذ إن الحقوق الناشئة عن الأعيان والأموال والعقارات المشتركة تكون لكل ملاك على قدر نصيبهم منه، إذ نصت المادة (١٠٧٣) من مجلة الأحكام العدلية على أن: «تقسيم حاصلات الأموال المشتركة في شركة الملك بين أصحابهم بنسبة حصصهم...»، وكذلك يذكر الفقهاء أن كراء العقار المشترك يكون بقدر

نصيب الملك منه، ولذلك فإن الدائرة تقضي بعدم قبول الدعوى بالقدر الذي لا يملكه المدعي من العقار بنسبة (١٢.٥٪) الثُّمْن، إذ لم يكن من حقه، فلو حُكِم له به لكان حكم له بحق غيره، ولو حكم به لملك ذلك الشَّخص لكان حكماً لمن لم يدَّع ولم يكن طرفاً في الدعوى، وحكماً بما لم يُطلَب، وفيما عدا ذلك استوفت الدعوى سائر إجراءاتها وأوضاعها الشكلية المقررة شرعاً ونظاماً فهي مقبولة شكلاً^(١).

وبمثل تلك النتيجة أتى نظام المعاملات المدنية؛ إذ نص في المادة العشرين بعد المتئين على أن: «لكل من الشركاء في الدين المشترك المطالبة بقدر حصته فيه...»، من حيث إن أجره المثل - في حال ثبوتها - دين مشترك لملك العقار كلهم.

ويمكن أن يُعزى افتراق الحكم بين الحالتين إلى طبيعة الفرق بين دعاوى الإلغاء ودعاوى القضاء الكامل، من حيث إنها - أي دعاوى الإلغاء - دعوى موضوعية عينية مناط الخصومة فيها هو القرار ذاته من حيث مجانبته للمشروعية^(٢).

المسألة الثالثة: ملكية البناء دون الأرض، والجزء المفرز من العقار:

تبين في بحث المسألة السابقة كيفية التعويض فيما إذا كان ملك العقار مشتركاً على الشيوع، بمعنى أن الشركاء فيه شركاء في كل جزء منه، ولا يستقل أحدهم بجزء منفصل، أو بقسم مفرز منه، وأما إذا توارد الملك على عقار واحد بالتقسيم والفرز، كملك البناء دون الأرض، أو العلو دون السفلى، أو عكس ذلك، أو ملكية الشقق والطوابق من البناء كما شاع في هذا الوقت، فإن التعويض - والحالة تلك - يأخذ منحىً آخر من حيث الاستحقاق والتقدير، وهو محل البحث هنا. وللوصول إلى التصور الأوفى لأحكام هذه المسألة وفروعها، لا بد من التقديم بأمور: أولها: أن التعويض بأجرة المثل - في حال نزع الملكية - فرع عن أصله، وهو التعويض عن أصل

(١) الحكم الصادر عن المحاكم الإدارية بديوان المطالم في الدعوى رقم (١٩٠٨) لعام ١٤٤٢هـ (غير منشور).

(٢) يُنظر للاستزادة في حقيقة دعوى الإلغاء وخصائصها: القضاء الإداري ديوان المطالم في المملكة العربية السعودية قضاء الإلغاء - قضاء التعويض دراسة مقارنة، د. خالد خليل الظاهر، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ/٢٠٠٩م:

١٦٦-١٧٦، ١٧٩.

العقار، وحتى في حال وضع اليد المؤقت فإن استحقاق الأجرة ينعقد لمالك الأصل الذي كان يُعوّض فيما لو نُزعت الملكية، ولذلك فإن أصل المسألة يدور حول أثر الملك المفرض لعموم التعويضات المترتبة على النزاع، وليس للتعويض بأجرة المثل فحسب.

ثانيها: أن صور الفرز كثيرة متشعبة، والأحكام المترتبة عليها، والخلافات الواردة فيها -سواء القديم منها والمعاصر- كذلك، فمنها ملك الأرض دون البناء، وعكسه، والطوابق، والشقق، والعرضات، والعلوّ دون السفلى، وعكسه، والأجزاء المشتركة، وغيرها، وقد تناولتها بحوث مستقلة^(١)، ويمكن أن تبحث جميع تلك الصور وآثارها على مختلف التعويضات المترتبة على نزاع الملكية في بحث مستقل، إذ لا يستوعبها مثل هذا البحث، كما أنها ليست من صلب الموضوع، ولذلك نفتصر من حيث الصور على غالب الوقوع دون النادر، وعلى ما يمكن أن يثمر بحثه في مجال القضاء والفتوى، ومن حيث الأقوال والخلاف على ما سار عليه المنظم، دون الخوض في تفاصيل الخلافات والتخريج على مختلف الأقوال، ومن حيث الأحكام على ما يتعلق بأجرة المثل، لأنها موضوع البحث ومحل الدراسة، إذ يكفي من القلادة ما أحاط بالعنق، وحسبنا أن نشير إلى موطن السؤال، ونسلط الضوء على محل الإشكال.

ثالثها: أن الأصل في سبب استحقاق التعويضات هو ملك الأرض، إذ هي أصل كل العقارات، وما عليها من بناء أو غرس تبع لها وفرع عنها، فإن من يملك القرار يملك الهواء ويملك ما في باطنها من معادن، وهو ما تؤكد المادة التاسعة بعد المئة السادسة من نظام المعاملات المدنية، إذ نصت على أن: «٢- كل من ملك أرضاً ملك ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها علواً وعمقاً؛ ما لم يوجد نص نظامي أو تصرف يقضي بخلاف ذلك».

(١) من ذلك: ملكية الشقق والطوابق الأحكام الفقهية والإجراءات النظامية، بحث مقدم لندوة مركز التميز البحثي، د. عبد الله بن راشد بن حمد الفضلي، ١٤٤٣هـ، وأيضاً: ملكية الشقق والطوابق دراسة فقهية معاصرة، د. هناء بنت ناصر بن عبد الرحمن الأحيدب. منشوران في الشبكة العنكبوتية على الارتباط: <https://rej.org.sa/dim/downloads.php?action=show&id=119>، وكذلك: أحكام ملكية الوحدات العقارية دراسة مقارنة، (بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير) ١٤٢٤هـ)، ماجد بن عبد الله المشوح، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المعهد العالي للقضاء.

إذا تقرر ذلك فيمكن حصر الكلام في هذه المسألة في مالك البناء دون الأرض، وفي الملكية المفترزة للعقار، كما هو في عنوان المسألة.

فأما من يملك البناء دون الأرض، فهي حالة تنشأ لأسباب خاصة، كمن أراد أن يحيي أرضاً ولم يستكمل متطلبات الإحياء الشرعي، أو بنى على أرض لا يعلم أنها مملوكة لغيره، أو آلت له الأرض بشراء أو هبة فبنى عليها، ثم استحققت لغيره فلا يستحق التعويض عن العقار وإنما يعوض عن البناء الذي شيده عليها إن لم يثبت أنه قصد التعدي على ملك الغير، وذلك ما قررته المادة الثانية من نظام نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة ووضع اليد المؤقت على العقار إذ نصت على أنه: «لا يتم التعويض وفقاً لهذا النظام إذا كان العقار المراد اقتطاعه أو اقتطاع جزء منه مما يشترط لتملكه الإحياء ولم يتم إحياءه وقت تخطيط المشروع وفقاً لشروط الإحياء المقررة، على أن تنظر لجنة التقدير المنصوص عليها في المادة السابعة في تعويض صاحبه تعويضاً عادلاً عما قد يلحقه من أضرار»، وبما أن الأصل في التعويضات عن العقار هو ملك الأرض كما تقدم، فإنه لا يستحق أجره المثل.

وأما الملكية المفترزة للعقار فإن ملكية الأرض فيها تكون مشاعة بين مالكي الوحدات المفترزة منه وفقاً لما قرره نظام ملكية الوحدات العقارية وفرزها وإدارتها⁽¹⁾ الصادر بالمرسوم الملكي ذي الرقم (م/٨٥) بتاريخ ١٤٤١/٧/٢هـ، وعليه يكون التعويض بأجرة المثل على قدر نصيب ملكهم منه، وذلك ما قررته المادة العاشرة من النظام آنف الذكر في أصل التعويض إذ نصت على أنه: «إذا اقتضت المصلحة العامة نزع ملكية العقار المشترك أو جزء منه، يكون التعويض لكل مالك بقدر نسبة قيمة ما يملكه من العقار المشترك، ويكون التعويض لصاحب الجزء المنزوع في حال كان المنزوع جزءاً مفترزاً من العقار المشترك».

(١) قرر النظام أن الأرض من الأجزاء المشتركة إذ نص في المادة الأولى منه على أن: «الأجزاء المشتركة: أجزاء من العقار المشترك أو المجمع العقاري معدة للاستعمال المشترك، أو التي تقتضي طبيعتها اشتراك ملكيتها بين ملاك الوحدات العقارية المفترزة، وتشمل: الأرض...»، ثم نص في المادة السابعة منه على أن: «يكون ملاك الوحدات العقارية المفترزة في عقار مشترك واحد شركاء في الأجزاء المشتركة...»، ومن ثم يكونون شركاء في الأرض.

المسألة الرابعة: من اشترى عقاراً ثم تبين مستحقاً لغيره:

من مواطن البحث والنظر فيما يعد من الملكية التامة المستقرة، ومن ثم استحقاق التعويض بأجرة المثل الناشئة عنها، صورةً القابض أو واضع اليد بالشبهة، وهي أن يوؤل إليه العقار بأحد أسباب الملك، ثم يتبين أنه مستحق لغيره، ولحدوث مثل تلك الحالة عوامل عدة مثل إهمال مالكها الأول، والاحتيايل ببيع ما لا يملك، والإحياء غير الشرعي، والغصب، وغيرها، وهي صورة لا تختص بعصر دون آخر وإن اختلفت أشكال وقوعها.

والاستحقاق - بهذا المعنى - بابٌ واسع سطر فيه الفقهاء أحكاماً كثيرة، وأفرده المعاصرون بأبحاث مستقلة، وكما في المسألة السابقة سيقترن البحث هنا على محله وهو ما يستحقه المتملك بالشبهة من التعويض بأجرة المثل عن ذلك العقار، كما سيكتفى بالتخريج على المختار من الأقوال دون التفريع المفصل على ما سواه، إذ إن استيفاء ذلك لا يحتمله هذا البحث ولا يستوعبه، فضلاً على أنه لا يخدم موضوعه وغرضه، وينبغي التنبيه إلى أن الكلام هنا عن صاحب الشبهة كالوارث والمشتري والموهوب، لا المتعدي، أو المشتري من غاصب مع علمه بأنه غاصب^(١)، إذ «ليس لعرقِ ظالمِ حق»^(٢) كما ورد عنه ﷺ.

وللتوصل إلى حكم في ذلك لا بد من تمهيد في بحث أساسه، فإن من المقدمات المستقرة - عند من ضمن الغاصب قيمة المنافع فضلاً عن العين - أن المنافع بذاتها مالٌ، وأن من ملك العين ملك المنفعة في الأصل، وأنه لا ينفك ملك الرقبة عن منافعها سواء على التأييد أو التأييت إلا بأسباب معروفة محصورة، كالوقف - في حالة التأييد - والإجارة - في حالة التأييت -، وقد فصل ابن رجب - رحمه الله - ذلك وعمله في القواعد، ونص على أنه: (لا فائدة في الرقبة المجردة عن المنافع، بل هو ضرر محض... وإن قصد مع ذلك إبقاء الرقبة للورثة أو الإيضاء بها لآخر؛

(١) الشرح الصغير: ٦١٥/٣، ٦١٨-٦١٩، كشف القناع: ٩٩/٤.

(٢) سبق تخريجه.

بطلت الوصية لامتناع أن تكون المنافع كلها لشخص والرقبة لآخر^(١) وكذلك مما يبدو متقرباً عندهم - في تضاعيف كلامهم عن مسألة الاستحقاق - أنه لا يثبت حق في المنافع لغير مالكيها الأصلي المحكوم له، كما لا يتوارد ملكين صحيحين على رقبة واحدة، فالاستحقاق لا يرد إلا على ملك غير مشروع، جاء في كشف القناع: (ومتى انتقلت العين المغصوبة عن يد الغاصب إلى غير المالك لها فالمنتقلة إليه بمنزلة الغاصب في كون المالك يملك تضمينه العين والمنفعة لأنه إن كان عالماً بالحال كان غاصباً وإن كان جاهلاً فلعموم قوله - ﷺ - «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» ولأن العين المغصوبة صارت في يده بغير حق، فملك المالك تضمينه، كما يملك تضمين الغاصب^(٢)).

ولذلك؛ فإن ضمان العين والمنفعة يستقران على الغاصب (ومن في حكمه من وازع اليد العادية، أو المتسبب في نشوء ملك غير مشروع)، وإليه تؤول المطالبة، وإن وازع اليد العادية لا يبرأ بحال من ضمان أجره مثلها حتى تعود إلى صاحبها وترتفع يده العادية أو ما ترتب عليها من أياد - سواء بإجارة أو بيع أو هبة أو إعارة - عن العين المغصوبة، ويرجع المتضرر على صاحب اليد العادية الذي تسبب ابتداءً في حيازة العين لغير مالكيها، ولم يثبت القائلين بضمنان منافع المغصوب لصاحب الشبهة - القابض ببيع أو غيره - حقاً في العقار أو منفعتة.

وعلى ذلك - لو أردنا تخريج حالة وضع اليد في نزع الملكية على ذلك - يكون ضمانها على جهة الإدارة صاحبة المشروع؛ من حيث إنها وضعت يدها العادية على ملك غيرها، وقد بينا أنها بإخراج صاحب العقار ومنعه منه دون تسليم العوض متعدية على ملك غيرها، وإنها بوضع يدها العادية على العقار قد منعت المنافع ووجبت عليها قيمتها، وفق ما قرره المنظم، وهذه المنافع التي منعت تكون حقاً للمحكوم له بالملك، وذلك متوافق مع نص النظام، فإن عبارة: (مالك

(١) قواعد ابن رجب: ٢/٢٨٥.

(٢) كشف القناع: ٤/١٠٠، ٩٩. وينبغي هنا ملاحظة أن كلامه - رحمه الله - في خصوص صورة انتقال العين المغصوبة، لا في عموم مسألة الاستحقاق، فللاستحقاق صور أخرى غيرها، كمن أحياناً يظنها مواتاً فتبين أنها ملك لغيره، ولذلك لا يصح استصحاب كلامه في غير الصورة التي نص عليها.

العقار) الواردة فيه^(١) إنما تصدق على المحكوم له، دون من سواه من واضع اليد على العقار، ولو كان حسن النية.

وأما عند من جعل ضمان المنافع في حالة الاستيفاء أو القصد إلى غصب المنفعة دون الرقبة - وهم المالكية - فإنهم جعلوا الغلة من أجرة أو استعمال أو لبن أو صوف أو ثمرة أو لذي الشبهة إلى يوم الحكم لمدعي العين، بيد أنهم اشترطوا لاستحقاقها أن يكون ذا شبهة بجهله بالغصب (حسن النية بتعبير القانونيين)، وليس هذا فحسب، بل اشترطوا أيضاً أن يكون أدى ثمناً أو نزل منزلة من أدى ثمناً، فإنها تكون للمشتري والمكتري من الغاصب، لا وارثه أو موهوبه أو من أحيا أرضاً يظنها مواتاً، فلا تكون الغلة لكل ذي شبهة^(٢)، والغلة - عندهم - هي ما نتج بالفعل من العين المغصوبة من أجرة أو استعمال أو لبن أو صوف أو ثمرة كما سبق، فليس منها حبس المنفعة، كما سبق تفصيله في بيان الأقوال في منافع المغصوب.

أما واقع القضاء والأحكام الصادرة بهذا الشأن فقد جاءت متسقة مع النتيجة التي أسلفنا ذكرها من حيث عدم استحقاق صاحب الشبهة لشيء من قيمة المنافع، فمن ذلك الحكم الصادر عن المحاكم الإدارية بديوان المظالم في الدعوى رقم (٢٢١٧) لعام ١٤٤١هـ إذ جاء في سياق بحث مطالبة مشتري أرض - كان قد شرع في البناء عليها - بأجرة المثل عنها من إيقافه عن البناء إلى تعويضه بأرض بديلة، والأرض منحها المدعى عليها لشخص وهي مملوكة لآخر، وكان المدعي قد اشتراها من الممنوح خطأً، فنص الحكم في ذلك على أنه: ((وبالنظر في موضوع النزاع تجد الدائرة أن نسبة الخطأ للمدعى عليها لا يقوم على سند صحيح؛ إذ إن ملكية المدعي وردت على ملكية سابقة وتملكه يعتبر تالٍ لتملك المواطن... ومؤدى ذلك عدم استقرار

(١) الفقرة الثالثة من المادة السابعة عشرة من نظام نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة ووضع اليد المؤقت على العقار، ونصها: «في كل الحالات إذا أخرجت الجهة صاحبة المشروع مالك العقار من عقاره أو منعه من الانتفاع به قبل تسلم التعويض سواء كان بصورة استثنائية أو غيرها فيعطى أجرة المثل عن المدة التي بين الإخلاء وتسلم التعويض ما لم يكن سبب تأخير صرف التعويض سببه. وتقدر أجرة المثل اللجنة المنصوص عليها في المادة السابعة من هذا النظام».

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي: ٤٦٤/٢، الشرح الصغير وحاشية الصاوي: ٦١٨/٢.

تلك الملكية منذ شراء المدعي للأرض التي أقام عليها البناء، وخطأ المدعى عليها وإن حصل على ذات العقار إلا أنه لم يقع على المدعي وإنما وقع على المواطن، وإذا كانت ملكية المدعي معارضة بملكية صحيحة تسبقها فإن مطالبته بالتعويض عن منافع البناء لا تقوم على سند صحيح؛ إذ إن المطالبة بالحقوق المتعلقة بالعقار إنما تكون على ملكية صحيحة مستقرة وملك المدعي لم يكن كذلك، والمنافع فرع عن الملك، ومن المقرر أن: (الخراج بالضمان) والمدعي لم يكن مالكاً ضامناً حتى يكون له خراج...^(١).

ونحو ذلك ورد في الحكم الصادر في الدعوى الإدارية رقم (٢١٠٩/١/ق) لعام ١٤٢٦هـ إذ نص على أن: ((الثابت من دعوى المدعي أنه يقيم المطالبة على أساس قيام المدعى عليها بمنح عقاره للغير بطريق الخطأ وقد أدى ذلك إلى حرمان موكله من الانتفاع بها ويطلب تعويضه عن ذلك بأجرة مثل العقار من حين شرائه للعقار وحتى تاريخ تعويضهم بأرض بديلة وحيث إن الدائرة وهي بصدد الفصل في الدعوى تشير إلى أن العقار محل النزاع عبارة عن ثمان قطع قامت المدعى عليها بمنحها لعدد من المواطنين... وجميعها آلت بالبيع إلى المواطن (...). ثم قامت المدعى عليها خطأ بتكرار منحها للأمر (...). في... فألت بالهبة لأحد المواطنين ثم آلت بالشراء لمورث المدعين. وبالنظر في موضوع النزاع وبحث واقعة الخلاف في ضوء ما سبق ذكره تجد الدائرة أن نسبة الخطأ للمدعى عليها لا يقوم على سند صحيح إذ يعتريها ما يسقطها ذلك أن ملكية المدعي وردت على ملكية سابقة، وتملكه يعتبر تالياً لتملك المواطنين الأساسيين ومؤدى ذلك عدم استقرار تلك الملكية منذ شراء مورث المدعين للأرض وحتى تعويضه عنها وخطأ المدعى عليها في الحقيقة وإن حصل على ذات العقار إلا أنه لم يقع على المدعي وإنما وقع على المواطن (...). الذي اشترى العقار من الممنوحين الأصليين، أما وإن ملكية المدعي معارضة بملكية صحيحة تسبقها فلا مناص أن تكون الملكية اللاحقة في أصلها غير صحيحة، وتضحي مطالبته بالتعويض عن أجرة المثل لحرمانه من الانتفاع لا تقوم على سند صحيح إذ إن

(١) الحكم الصادر عن المحاكم الإدارية بديوان المظالم في الدعوى رقم (٢٢١٧) لعام ١٤٤١هـ (غير منشور).

المطالبة بالحقوق المتعلقة بال عقار - والحال ما ذكر - إنما تكون على الملكية الصحيحة المستقرة وملك المدعي لم يكن كذلك الأمر الذي يتبين معه انتفاء خطأ المدعى عليها المنسوب لها في هذه الدعوى طبقاً لقواعد المسؤولية وما حصل للمدعي من تعويض بأرض بديلة يعتبر كافياً وجابراً لما حصل له من ضرر...^(١).

وإذا أردنا معرفة حكم هذه المسألة في النظام^(٢)؛ فالنصوص التي تناولت جوانب المسألة هي المادة الخامسة والثلاثون بعد المئة الثالثة من نظام المعاملات المدنية، وكانت في سياق التزامات البائع من آثار عقد البيع، والمادة السادسة والسبعون بعد المئة السادسة منه، وجاءت في بيان أثر الحيازة على الملكية، إذ نصت أولاهما على أنه: «إذا استحق المبيع كله ولم يُجزَّ المستحقُّ البيع، فللمشتري أن يطلب من البائع الآتي: أ- ثمن المبيع. ب- قيمة الثمار التي ألزِمَ المشتري بردها للمستحق...»، ونصت الأخرى على أن: «١- إذا كان الحائز حسن النية فإنه يملك الثمار التي قبضها مدة حيازته بنية تملكها. ٢- يكون الحائز سيئ النية مسؤولاً عن جميع الثمار التي قبضها والتي قَصُرَ في قبضها وذلك من الوقت الذي أصبح فيه سيئ النية...».

ف نجد الأولى نصت على أن يردَّ البائعُ إلى المشتري (وهو واضح اليد بالشبهة) الثمار التي ألزِمَ المشتري بردها للمستحق، ولكنها لم تبيِّن ما هي الثمار التي يجب أن يردها المشتري إلى المستحق بالمقام الأول، ولم توضِّح الضوابط التي تحدد ما يُلزم المشتري برده للمستحق، وإنما جاء بيان ذلك في المادة الأخرى، التي جعلت رد الثمار في حالة سوء النية، ونصها عن عموم الحيازة بما يشمل المشتري وغيره، إذ عرفت المادة الثالثة والسبعون بعد المئة السادسة الحيازة بأنها: «وضع الشخص يده على الشيء المحوز ظاهراً عليه بمظهر المالك»، وبينت المادة الخامسة والسبعون بعد المئة السادسة ضوابط وصف الحائز بحسن النية بنصها على أن: «١- الحائز

(١) الحكم الصادر في الدعوى الإدارية رقم (١/٢١٠٩/ق) لعام ١٤٢٦هـ، منشور: مجموعة الأحكام والمبادئ لعام ١٤٢٢هـ الصادرة عن مكتب الشؤون الفنية بديوان المظالم: ١٦٤٠/٥.

(٢) تجدر الإشارة إلى أن صدور نظام المعاملات المدنية لاحق لكل الأحكام القضائية الواردة في البحث.

حَسُنُ النية من يجهل أنه يعتدي على حق الغير؛ ما لم يكن الجهل ناشئاً عن خطئه الجسيم. ويُفترض حُسُنُ النية في الحائز ما لم يقيم الدليل على خلاف ذلك. ٢- تزول صفة حسن النية عن الحائز من حين علمه بعيوب سند حيازته، أو بإعلامه بها في صحيفة الدعوى. فلو افترضنا حائزاً لعقار ظاهراً عليه بمظهر المالك، سواء بشراء أو غيره، وصدر قرار بنزع ملكية ذلك العقار، وتأخرت الجهة في صرف التعويض بعد إخراجه منه أو منعه من الانتفاع، فاستُحقت أجره المثل، وأدتها الجهة لهذا الحائز، فإنه يملكها، ولو ظهر المالك الأصلي بعد ذلك وطالب بها.

لكن لو رفع المالك الأصلي دعوى الاستحقاق، وأُعلم بها الحائز قبل قبضه أجره المثل، فهي من حق المالك الأصلي ولو قبضها الحائز بعد ذلك. وقُل مثل ذلك في حال وجوب أجره المثل على جهة في غير حالة نزع الملكية.

وذلك الحكم - أعني تملك الحائز حَسُنُ النية لثمار الشيء المحوز - وارد في أكثر القوانين المقارنة كالمادة (٩٧٨) من القانون المدني المصري، والمادة (١١٩١) من القانون المدني الأردني، ولم أقف على قانون نص على خلافه، ونلاحظ جنوح القوانين والأنظمة إلى قول المالكية في هذه المسألة من حيث أثبتت للحائز (واضع اليد بالشبهة) حقاً في منافع العقار، بخلاف غيرهم ممن نفي حقه فيها مطلقاً، إلا أن المنظم لم يجعلها ليوم الحكم كما قال المالكية، وإنما ليوم زوال وصف حسن النية الذي يتحقق بإعلام الحائز بصحيفة الدعوى، أي قبل الحكم.

المسألة الخامسة: من اشترى أرضاً ومُنِع من استلامها:

من ضمن الحالات التي يتردد فيها صدق الملك واستقراره من عدمه هي حالة ما إذا اشترى أحد عقاراً أو عيناً ومُنِع من استلامها، هل يكون مالكاً لذلك العقار بالعقد فيستحق عنه أجره المثل في حالة حبسه عنه ومنعه من استيفاء منفعته؟ والظاهر من مقتضيات الأدلة ونصوص الفقهاء أنه كذلك؛ إذ إنه موجب العقد، وليس شيء يمنع من وصفه بذلك، ويعلل ذلك بالتفصيل الحكم الصادر عن المحاكم الإدارية بديوان المظالم في الدعوى رقم (١٣٦١) لعام ١٤٤١هـ بنصه على

الآتي: ((أما عن احتجاج المدعى عليها بعدم استحقاق المدعي لأجرة المثل لعدم استتمام الملك للمشتري بعدم إفراغها له وعدم إتمام إجراءات البيع وعدم تمام الحيازة، فباطلة، ولا تعود بالنقض على ما قررناه؛ فبعد أن بيّنا في مستهل أسباب الحكم صحة البيع ومضيّه وفق الأنظمة وخلوه من عوارض الفسخ وسلامته عن موجبات الفساد، نقول: إن المتقرر في الشريعة أن العقد متى ما تم صحيحاً باستتمام الأهلية الشرعية وتلاقى فيه الإيجاب بالقبول بعيداً عن مظنة الإكراه؛ ترتبت آثاره الشرعية عليه، وثبت للمتعاقدين المركز النظامي الناتج عن ذلك العقد، ومن آثار البيع -الذي انعقد صحيحاً في القضية الماثلة- أن ينتقل العوض إلى ملك المشتري، لا سيما وأن البيع انعقد على البت لا الخيار، وأن المشتري قد سلّم الثمن فوراً في مقابل عوض معين، ومقتضى ذلك أن المدعي مالك لتلك الأرض من يوم العقد، فقد قال ابن عمر رضي الله عنهما: «مضت السنة أن ما أدركته الصفقة حياً مجموعاً فهو من مال المبتاع»، وعنه رضي الله عنهما: «كنا نبيع الإبل بالنقيع بالدرهم فتأخذ عنها الدنانير وبالعكس فسألنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: لا بأس أن تؤخذ بسعر يومها ما لم تتفرقا وبينكما شيء» فلو لم يستتم الملك في تلك الإبل قبل قبضها لما جاز بيعها، وصحة التصرف به دليل قاطع على ثبوت الملك له. وفي بيع الخيار -الذي هو أخرى بعدم استتمام الملك- يقول ابن قدامة -رحمه الله- في المغني: (وينتقل الملك إلى المشتري في بيع الخيار بنفس العقد... ولأنه بيع صحيح فنقل الملك عقبيه كالذي لا خيار له، ولأن البيع تملك بدليل قوله: ملكتك، فيثبت به الملك كسائر البيع، يحققه أن التمليك يدل على نقل الملك إلى المشتري ويقتضيه لفظه، والشرع قد اعتبره وقضى بصحته، فيجب أن يعتبره فيما يقتضيه ويدل عليه لفظه... وقولهم: إنه يخرج من ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري، لا يصح؛ لأنه يفضي إلى وجود ملك لا مالك له وهو محال، ويفضي أيضاً إلى ثبوت الملك للبائع في الثمن من غير حصول عوضه، أو إلى نقل ملكه عن المبيع من غير ثبوته في عوضه، وكون العقد معاوضة يأبى ذلك...) وأما القول بأنه موقوف أو قابل للفسخ فمردود بأن البيع -والحال أن الأرض قد أفرغت للمدعي- قد تم بتسليم عَوْضِيّه على البت من دون خيار، وتتمام ذلك النص: (فإن

انتقال الملك إنما ينبني على سببه الناقل له وهو البيع، وذلك لا يختلف بإمضائه وفسخه، فإن إمضاه ليس من المقتضي ولا شرطاً فيه، إذ لو كان كذلك لما ثبت الملك قبله) كما أن القول بذلك يستلزم أن تكون المدعى عليها - بعد قبضها الثمن - مالكة للعوضين وهو باطل، وكلامه ذاك في بيع الخيار، أما وإن البيع في القضية الماثلة قد أبرم ومضى على البت لا على الخيار، والحال أن المشتري سلم الثمن فوراً، فإن انتقال الملك فيه بالعقد يغدو محل اتفاق لا نزاع فيه، لأنه أولى بذلك، وهو ما يؤكد المرادوي - رحمه الله - بقوله في الإنصاف - بشأن عدم جواز بيع المكيل والموزون قبل قبضه - : (ظاهر قوله: لم يجز بيعه. أنه ملكه بالعقد، ولكن هو ممنوع من بيعه قبل قبضه، وهو صحيح وهو المذهب... وحكاة الشيخ تقي الدين - رحمه الله - إجمالاً) وفي ما يجوز التصرف فيه قبل قبضه أولى، يقول البهوتي في كشف القناع: (وماء أي مبيع معين عدا مكيل ونحوه يجوز التصرف فيه قبل قبضه لأن التعيين كالقبض...)، كما يؤكد ذلك ما رتبته الفقهاء من جعل الضمان على المشتري ابتداءً - فيما لم يمنعه البائع من القبض - وما يستلزمه من أن يكون الخراج له لحديث: «الخراج بالضمان» ومن ذلك المنافع التي منع منها، يقول البهوتي في شرح منتهى الإرادات مؤكداً المعنى الذي نحن بصدد بيانه: (وما عدا ذلك - أي ما عدا المكيل والموزون - من ضمان مشتر ولو قبل قبضه لحديث «الخراج بالضمان»، وهذا المبيع ربحه للمشتري فضمانه عليه إلا إن منعه... بائع من قبضه ولو لقبض ثمنه، فعليه ضمانه لأنه كفاصب)، وقد تبين من خلال ما سبق أن حديث: «الخراج بالضمان» لا يشمل الكفاصب ومن في حكمه، أما الآثار المقصودة بعدم تمام الملك فهي منحصرة في: قابلية البيع للانفاسخ في حال تلفه بسماوي، وفي عدم جواز التصرف في المبيع وكونه من ضمان البائع فيما إذا كان مكيلاً أو موزوناً أو نحوهما، وذلك لا أثر له في ثبوت الملك للمشتري، لا سيما وأن الإفراغ قد تم بالفعل والبيع قد مضى والثمن قد سلم، والمبيع معين، كما أن اعتماد المدعى عليها على عدم صدور الصك لا أثر له في ظل ما علم بالفقه واستقرت عليه أحكام القضاء من أن الصك كاشف للملك لا منشئ له، وبناءً على ذلك تقضي الدائرة باستحقاق المدعي لأجرة المثل لتلك الأرض

عن الفترة الممتدة من انعقاد البيع بتاريخ ٢٤/٢/١٤٣٩هـ إلى ورود المعاملة من المدعى عليها إلى كتابة العدل... إذ تنتهي مسؤوليتها وترتفع المطالبة عنها بأداء ما في إمكانها من إجراءات وخروج المعاملة عن دائرة سلطتها، فلا تؤاخذ بما بعد ذلك...»^(١).

إلا أن أحكاماً أخرى قضت بخلاف ذلك وقررت أن من تلك حاله غير مستحق لأجرة المثل، كالحكم الصادر عن محاكم الاستئناف الإدارية بديوان المظالم في الاستئناف رقم (٧٧٠٦) لعام ١٤٤٠هـ إذ نص على أن: ((المدعي أقام دعواه... مطالباً بالحكم بتسليمه قطعة... التي اشتراها من المدعى عليها وبأجرة المثل عن مدة بقائها في حيازتها قبل إقباضه إياها... ويكون من المتعين عليها إتمام إجراءات الإفراغ للمشتري وأن انتظار صدور أمر سامي بإجازة إجراء البيع لا معنى له في ظل صدور الأمر السامي... القاضي ببيع القطع الشاغرة في المخطط فإن من لازم البيع إتمام إجراءاته اللاحقة من الإفراغ وتسليم الأرض للمشتري ولا سيما وأن إجراءات البيع جاءت متوافقة مع التطبيق السليم لأحكام النظام والأمر السامي المشار إليه وأما عن طلب المشتري أجرة المثل عن فترة بقاء العين بيد الأمانة فإن ذلك فرع عن إتمام إجراءات البيع وتام الحيازة وهو ما لم يتحقق، الأمر الذي تنتهي معه الدائرة إلى رفض هذا الطلب))^(٢).

وأما بمنظور النظام فالظاهر حسب ما تدل عليه نصوصه أنه مستحق لها؛ ذلك أن نظام المعاملات المدنية قرر أن ملكية المبيع تنتقل إلى المشتري بانعقاد البيع ولا سيما إذا كان معيناً بالذات^(٣)، وأن: «مالك الشيء وحده الحق في كل ثماره»^(٤)، ومن ثم يكون البائع -الذي امتنع أن

(١) الحكم الصادر عن المحاكم الإدارية بديوان المظالم في الدعوى رقم (١٣٦١) لعام ١٤٤١هـ (غير منشور).

(٢) الحكم الصادر عن محاكم الاستئناف الإدارية بديوان المظالم في الاستئناف رقم (٧٧٠٦) لعام ١٤٤٠هـ (غير منشور).

(٣) إذ نصت المادة الثامنة عشرة بعد المئة الثالثة على أن: «تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري بانعقاد البيع...»، ونصت المادة الخامسة والخمسون بعد المئة السادسة على أن: «تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية في العقار والمنقول بالعقد متى ورد على محل مملوك للمتصرف وفقاً للنصوص النظامية»، والمادة السادسة والخمسون بعد المئة السادسة على أنه: «١- إذا كان محل العقد معيناً بالذات انتقلت ملكيته بالعقد».

(٤) طبقاً لنص المادة الثامنة بعد المئة السادسة.

يسلم المشتري المبيع - حائزاً ملك غيره بغير حق، وعلى ذلك يكون مسؤولاً عن ثماره التي قصر في قبضها، وضامناً لأجرة المثل.

المسألة السادسة: من منح أرضاً ومنع من استيفائها:

كذلك من الحالات التي تستدعي البحث والنظر في تحقق الملكية التامة المستقرة التي يترتب عليها استحقاق التعويض بأجرة المثل عن حبس العقار حالة تأخير جهة الإدارة تسليم أرض ممنوحة، وهي شبيهة بسابقتها إلا أن بينها فرقاً مؤثراً في الحكم على ما سنبينه، ذلك أن منح الأراضي المقدمة من الدولة هي في حقيقة وصفها وتكييفها الشرعي لا تعدو أن تكون هبةً أو إقطاع تملك، وكلاهما يؤول إلى النتيجة نفسها، وليس إقطاع التملك إلا من صور الهبة، وإن من أحكامها المستقرة أنها لا تملك ملكاً تاماً صحيحاً إلا بالقبض والحيازة^(١)، ويقوم مقامها التوثيق وفق النصوص النظامية حسب ما جاء في المادة الثامنة والستين بعد المئة الثالثة من نظام المعاملات المدنية، إذ نصت على أنه: «١- إذا كان الموهوب عقاراً فلا تتعد هبته إلا بتوثيقها وفق النصوص النظامية»، ولذلك؛ فإن وضع اليد على العقار في تلك الحالة لا يترتب عليه استحقاق للممنوح، من حيث إنه ليس مالكاً للعقار، والملك شرط التعويض.

وبذلك جاء الحكم الصادر عن المحاكم الإدارية بديوان المظالم في الدعوى رقم (٢٢٤٨) لعام ١٤٤١هـ إذ نص على أنه: ((لَمَّا كَانَتْ مَطَالِبَةُ الْمُدْعِيَةِ تَدُورُ حَوْلَ التَّعْوِضِ عَنِ حَبْسِ مَنفَعَةِ الْأَرْضِ الْمُنُوْحَةِ لَهَا، وَكَانَ مَنَاطُ اسْتِحْقَاقِ ذَلِكَ هُوَ مَنَعُ الْمَنفَعَةِ وَحَبْسُهَا بِغَيْرِ حَقِّ عَنِ مَالِكِهَا وَذَهَابِ الْمَنَافِعِ تَحْتَ الْيَدِ الْعَادِيَةِ، فَإِنْ ثَبُوتُ الْمَلِكِ وَاسْتِقْرَارُهُ شَرْطٌ لِاسْتِحْقَاقِ التَّعْوِضِ بِأَجْرَةِ الْمَثَلِ عَنِ حَبْسِ الْمَنفَعَةِ، وَإِنْ الْمُدْعِيَةُ فِي الْقَضِيَةِ الْمَائِلَةُ لَمْ يَثْبُتْ لَهَا مَلِكٌ حَتَّى يَوْمِ حِيَازَةِ الْأَرْضِ وَقَبْضِهَا بِصُدُورِ صَكِّ الْمَلِكِيَّةِ، ذَلِكَ أَنَّ الْهَبَةَ وَمَا فِي حَكْمِهَا مِنْ عَقُودِ التَّبَرُّعَاتِ، لَا يَتِمُّ الْمَلِكُ فِيهَا إِلَّا بِالْقَبْضِ وَالْحِيَازَةِ، وَفِي ذَلِكَ يَقُولُ الْبَهْوِيُّ -رَحِمَهُ اللَّهُ-: (وَتَلَزَمُ) الْهَبَةُ (بِقَبْضِهَا بِإِذْنِ وَاهِبٍ)، وَ(لَا) تَلَزَمُ (قَبْلَهُمَا) أَيُّ: قَبْلَ الْقَبْضِ بِإِذْنِ الْوَاهِبِ (وَلَوْ) كَانَتْ الْهَبَةُ (فِي غَيْرِ مَكِيلِ

(١) المبسوط: ٤٨/١٢، كشاف القناع: ٣٠١/٤.

وَنَحْوَهُ) لما روى مالك عن عائشة «أن أبا بكر نحلها جذاذ عشرين وسقاً من ماله بالعالية فلما مرض قال: يا بنية كنت نحلتك جذاذ عشرين وسقاً ولو كنت جدّتيه أو قبضتيه كان ذلك، فإنما هو اليوم مال وارث فاقسموه على كتاب الله تعالى». ثم قال: (ولو اهب) أذن لمتهب في قبض هبة (الرجوع في إذن) قبل القبض لبقاء الملك... (و) لو اهب أيضاً الرجوع في (هبة قبل قبض) لأن عقد الهبة لم يتم فلا يدخل تحت المنع. كما يقول السرخسي -رحمه الله- في المبسوط: (ثم الملك لا يثبت في الهبة بالقبض قبل القبض)، وإذا انتفى ملك الإنسان على عين فلا يعدّ التعدي عليها تعدياً على ملكه ومن ثم ينتفي الضرر المعتبر للتعويض في حقه، وإذا كان رجوع الواهب عن هبته قبل القبض لا يرتب ضماناً أو حقاً ولو طالت مدة ما بين الهبة والرجوع؛ فإن تأخير إقباضها لا يرتب ضماناً من باب أولى، وإن مصادر الحق في الشرع والنظام محددة محصورة ليس منها أن يعرض الإنسان على تأخير ما لم يملكه أو يدفع في مقابله عوضاً، وإلا لكان إثراً بلا سبب، ولما كان مناط التعويض هو استكمال أركان المسؤولية التقصيرية من خطأ وضرر وعلاقة بينهما، وكان ركن الضرر في الدعوى الماثلة منتفياً؛ إذ إن المدعية لو لم تمنح الأرض بحال لما كان عليها ضرر، فكيف بها وقد منحت أرضاً دون عوض. فعلى ذلك ينتفي موجب التعويض)).^(١)

وجاء غيره من الأحكام بخلاف ذلك إذ قضى الحكم الصادر في الدعوى الإدارية رقم (١٠/٢١٦٠/ق) لعام ١٤٢٦هـ بإلزام المدعى عليها بالتعويض بأجرة المثل نتيجة تأخرها في تسليم أرض ممنوحة، مع أنه كيّف الواقعة على أنها هبة إذ نص على: ((أن الأقرب إلى تكييف المنح الصادرة عن ولي الأمر أو غيره أنها هبة، وقد تقرّر فقهاً أن الهبة تتعدّد بالإيجاب والقبول أو بالمعاطاة الدالة عليها وتلزم بالقبض، وهذا ما تحقق للمدعي فبصدور قرار التخصيص حصل الانعقاد بالمعاطاة، كما أن قرار التخصيص أيضاً هو المثبت والمنشئ لحق المدعي، وما يتبعه من إفراغ ليس سوى إجراء لاحق وكاشف عن حق المدعي؛ وبالتالي فإن الدائرة تنتهي إلى أن ركن الخطأ وهو امتناع الجهة المدعى عليها عن استكمال إجراءات منح المدعي قد توافر في

(١) الحكم الصادر عن المحاكم الإدارية بديوان المظالم في الدعوى رقم (٢٢٤٨) لعام ١٤٤١هـ (غير منشور).

هذه الدعوى... ولذا فإن أي تصرف يمنع الإنسان من ملكه وما تحت هذا التصرف على غير هدى من الشرع أو النظام فهو تصرف ممنوع، ويعتبر ضرباً من ضروب الغصب وانتهاكاً لحقوق الملك الخاص، ويلزم المتصرف والمباشر لهذا الخطأ بالتعويض العادل والجابر لذلك، ولما كان الأمر كذلك فإن الظاهر البين من خلال ما كشفت عنه أوراق القضية أن امتناع الجهة المدعى عليها عن استكمال إجراءات منح المدعي يعد ضرباً من ضروب حبس المنتفع عن منفعه، وهو مما يدخل في الغصب المحرمة، وأكل أموال الناس بالباطل، فهو بلا شك تصرف حرم المدعي من الانتفاع بملكه بسائر التصرفات المباحة له من سكنى وبيع وإجارة وغيرها؛ ولذا فإن الضرر الذي أحاط بالمدعي من حرمانه الانتفاع بأرضه بين وظاهر ويتجلى ذلك في أن الجهة المدعى عليها قد فوتت على المدعي انتفاعه بماله، فاستحق تعويضاً قياساً على الإلتلاف فإن حقيقة تقويت المنفعة التي انعقد سبب وجودها، والإلتلاف سبب من أسباب التعويض التي جاءت الأدلة من الكتاب والسنة بمشروعيتها، كما أن تقويت المنفعة التي انعقد سبب وجودها يترتب عليه ضرر، وقواعد الشريعة تقضي أنه: (لا ضرر ولا ضرار)، وأن (الضرر يزال)، ومن هنا فإن ركن الضرر متحقق في حق المدعي... وإذا تقرر هذا فقد نص الفقهاء على أنه إن كان للمغصوب منفعة تصح إجارتها، فعلى الغاصب أجرة مثله مدة مقامه في يده) (١).

ويتوجه في نظر الباحث القول بعدم التعويض في تلك الحالة؛ ذلك أن مورد النزاع هو ملك المدعي للأرض قبل قبضها وحيازتها، وذلك ما لم يحققه الحكم الثاني القاضي بالإلزام، أما الأسباب التي بُني عليها؛ فإنها تدور حول حق من ثبت ملكه وليس ذلك محل الخلاف، وعلى ذلك يتأسس القول بتحقيق ركن الضرر، فإذا لم يثبت الملك فلا يمكن نسبة الضرر إلى مدع لم يملك الأرض التي هي أصل المطالبة كما جاء في عبارة الحكم الأول: (وكان ركن الضرر في الدعوى الماثلة منتفياً؛ إذ إن المدعية لو لم تُمنح الأرض بحال لما كان عليها ضرر، فكيف بها وقد

(١) الحكم الصادر في الدعوى الإدارية رقم (١٠/٢١٦٠/ق) لعام ١٤٣٦هـ، منشور: مجموعة الأحكام والمبادئ لعام ١٤٣٨هـ الصادرة عن مكتب الشؤون الفنية بديوان المظالم: ٢٤٣/٤.

منحت أرضاً دون عوض).

المطلب الثاني: ثبوت وجود منفعة للعقار المنزوع:

مما يشترط للحكم بأجرة المثل أن تكون للمغصوب -وما في حكمه مما وُضعت عليه اليد- منفعةٌ تصح إجارتها، لأن أصل التضمين هو اعتبار مالية المنافع، فإذا لم يكن للمغصوب منفعة فلا سبب للتضمين، وعلى ذلك ينص الفقهاء، حيث جاء في كشاف القناع: (وإن كان للمغصوب منفعة تصح إجارتها يعني إن كان المغصوب مما يؤجر عادة فعلى الغاصب أجرة مثله مدة مقامه في يده... وما لا تصح إجارتها أي لم تجر العادة بإجارتها كغنم وشجر وطير ونحوه مما لا منفعة له تؤجر عادة لم يلزمه أي الغاصب له أجرة؛ لأن منافعه غير متقومة)^(١)، والأصل في عموم العقار أن تكون له منفعة تصح إجارتها، فبذلك جرت عادة الناس قديماً وحديثاً، ولذلك لم يفترض النظام وجود عقار منزوع لا منفعة فيه إذ جاء النص عاماً شاملاً، ولم يفرق بين عقار وآخر، سوى أن عهد إلى اللجنة تقدير قيمة تلك الأجرة حسبما سبق بيانه، إلا أن أحوالاً قد تعرض أحياناً تدعو إلى بحث مسائل تتعلق بهذا المطلب وتجعلها محل نظر، ونبين ذلك في المسائل الآتية:

المسألة الأولى: وجود المنفعة في الأرض الفضاء (البيضاء):

قضت بعض الأحكام الصادرة عن محاكم ديوان المظالم برفض دعاوى المطالبة بأجرة المثل للعقار المنزوع إذ كان أرضاً فضاءً، وعللت ذلك الحكم بأسباب عديدة، أبرزها ما نحن بصدد بحثه، وهو أن المدعي في تلك الحالة لم يتضرر؛ من حيث إن العقار أرض فضاء لا منفعة فيها، ومن ثم لا يكون قد فاته كسب أو لحقته خسارة، فقد نص الحكم الصادر عن محاكم الاستئناف الإدارية بديوان المظالم في الاستئناف رقم (٧٨١٧) لعام ١٤٤٠هـ على الآتي: ((وإنما الحكم بناءً على المادة (٣/١٧) يكون على أساس قواعد التعويض بتطبيق الشروط المنصوص عليها بالمادة من التحقق من الضرر على من نزع عنه العقار تحققاً يقينياً لا احتمالياً من فوات كسب

(١) كشاف القناع: ١١١/٤.

أو لحوق خسارة، فالأرض الفضاء أو البيت المهجور ليس فيها أي احتمالية لفوات كسب أو لحوق خسارة لأن وضعها ثابت سواءً نزع ملكيتها أو لم تنزع... ولما كان ذلك وكان العقار أرض فضاء وبالتالي فإن صاحب العقار لا تنطبق عليه الشروط الواردة في المادة (٣/١٧) مما تنتهي معه الدائرة إلى رفض الدعوى^(١).

إلا أن أحكاماً أخرى قضت بنقيض ذلك، وناقشت محل الخلاف، وفصلت القول فيه، فمنها: الحكم الصادر عن المحاكم الإدارية بديوان المظالم في الدعوى رقم (٢٩٢٥) لعام ١٤٤٢هـ إذ نص على الآتي: ((أما عن استحقاق المدعي لأجرة المثل مع كون عقاره أرضاً فضاءً؛ فلا بد له من ثلاثة شروط: الأول: (ثبوت منعه من الانتفاع بأرضه من قبل الجهة)، والثاني: (كون يد الجهة يد ضمان)، والثالث: (كون العقار له منفعة تصح إجارتها)). فأما الأول: (ثبوت منعه من الانتفاع بأرضه) وحيث نصت الفقرة الثالثة من المادة السابعة عشرة من نظام نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة ووضع اليد المؤقت على العقار الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٥) وتاريخ ١٤٢٤/٣/١١هـ على أنه: «في كل الحالات إذا أخرجت الجهة صاحبة المشروع مالك العقار من عقاره أو منعته من الانتفاع به قبل تسلم التعويض سواء كان بصورة استثنائية أو غيرها فيعطى أجرة المثل عن المدة التي بين الإخلاء وتسلم التعويض ما لم يكن سبب تأخير صرف التعويض بسببه» فقد ذكرت المادة صورتين: الإخراج من العقار، والمنع من الانتفاع به، وهذه الصورة منطبقة على حالة المدعي؛ فإن الجهة تمنعه من الانتفاع من العقار بموجب الفقرة الأولى من المادة السادسة من النظام التي نصت على أنه «لا يجوز تقسيم أرض أو دمج عقار بأخر، أو الترخيص بالبناء في العقارات الواردة في مخطط المشروع المقترح نزع الملكية لأجل تنفيذه، وذلك اعتباراً من تاريخ التبليغ بقرار الموافقة بالبدء في إجراءات نزع الملكية؛ فإن مؤدّى ذلك أن الجهة وضعت يدها على العقار ومنعت مالك الأرض الفضاء من الانتفاع بها من قرار النزع. وأما الثاني: (كون يد الجهة يد ضمان) فقد تقرر أنه ليس للجهة أن تضع يدها

(١) الحكم الصادر عن محاكم الاستئناف الإدارية بديوان المظالم في الاستئناف رقم (٧٨١٧) لعام ١٤٤٠هـ (غير منشور).

على العقار قبل قبضه للثمن؛ لأن ما اشترط القبض لصحته من العقود، لا يصح التصرف فيه قبل القبض؛ لعدم ثبوت الملك؛ وعليه فيكون مستحقاً لأجرة المثل بوضعها يدها على عقاره من جهة أن الفقهاء قرروا أن للضمان أسباباً هي (العقد واليد والإتلاف)، وضمان المدعى عليها بسبب اليد، وما قبض بلا عقد بلا إذن يكون مضموناً كما في الإجارة الفاسدة؛ فتلزمها أجرة المثل لمدة بقاء العقار في يدها قبل العقد؛ لأن المنافع تلفت تحت يدها، قال في الروض المربع (ومن تسلم عيناً بإجارة فاسدة وفرغت المدة، لزمه أجرة المثل) لمدة بقائها في يده سكن أو لم يسكن؛ لأن المنفعة تلفت تحت يده بعوض لم يسلم للمؤجر، فرجع إلى قيمتها). وأما الثالث: (كون العقار له منفعة تصح إيجارها)، والمنفعة - كما عرفها علي حيدر في درر الحكام - هي (الفائدة التي تحصل باستعمال العين)، وقد رتب الفقهاء ضمان المنافع على ما كان له منافع تصح إيجارها، قال في كشاف القناع: (وإن كان للمغصوب منفعة تصح إيجارها) يعني: إن كان المغصوب مما يؤجر عادة (فعلى الغاصب أجرة مثله مدة مقامه في يده) سواءً (استوفى) الغاصب أو غيره (المنافع أو تركها تذهب)؛ لأن كل ما ضمن بالإتلاف جاز أن يضمه بمجرد التلف في يده كالأعيان). وتضمن منافع ما تصح إيجارته في حال الفوات بأن تركت المنافع تذهب سدى، أو حال التفويت بأن يستوفى الغاصب منافعها، قال في المنتهى وشرحه (منافع المغصوب تضمن بالفوات والتفويت)؛ والغصب وإن كان موجباً للضمان، فالموجب غير منحصر فيه، والثابت هنا حكم الغصب لا حقيقته، وبينهما فرق، فلا يلزم من ثبوت الأول ثبوت الثاني؛ ومن هذا يتبين أنه ليس من شرط وجود المنفعة انتفاع مالك العقار بها؛ لأن التفويت - كما قرر العز بن عبد السلام - ضربان: تقويت الإتلاف، وتقويت الحيلولة، وتقويت الأرض الفضاء من قبيل الحيلولة، والأصل أن العقارات لها منفعة تعرف بقيمة أجرتها عند الناس لو أجرت، يستحقها صاحب العقار متى حيل بينه وبين عقاره، وهذا الذي قرره تدخل فيه الأرض الفضاء. كما أن القول باشتراط كون العقار المنزوع معموراً؛ مردود في البحث الدلالي للألفاظ من جهة: أن لفظ (العقار) لغة هو: كل ما لا يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر كالأرض والدار - كما في (م:

١٢٩) من مجلة الأحكام العدلية-، وقد جاء في المادة (٣/١٧) مفرداً محلي باللام وهو من صيغ العموم، فأفاد الشمول لكل العقارات، وأيضاً فإن المقرر أن ما كان عاماً في أشخاص شيء كان عاماً في أحواله؛ فعمومه لأشخاص العقار يستلزم عمومته لأحواله فضاء كان أو معموراً أو غير ذلك. والثابت حيولة المدعى عليها بين المدعي ومنافع عقاره من تاريخ صدور قرار النزاع بتاريخ ١٤٣١/١/٢٧هـ إلى استلامه التعويض بتاريخ ١٤٤٠/٤/٢٣هـ، وعليه فقد ثبت أصل الاستحقاق لأجرة المثل، وقد كان على الجهة تقديرها وإحالتها إلى اللجنة المختصة بموجب المادة (٣/١٧) من نظام النزاع، وحيث امتنعت المدعى عليها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها طبقاً للنظام ولائحته؛ فإن الدائرة تنتهي إلى إلغاء قرارها بالامتناع عن تقدير أجرة المثل...^(١).

ومنها الحكم الصادر عن المحاكم الإدارية بديوان المظالم في الدعوى رقم (١١٥١٤) لعام ١٤٣٧هـ إذ نص على أنه: ((وبما أن أسباب النقص قد بُنيت على أصلين: أولهما: اشتراط تحقق المنفعة في العقار المنزوع، بما يرمي له هذا الأصل من انتفاء المنفعة في عقار المدعي بوصفه أرضاً فضاءً. وهذا مردود من جهة: أن الفقهاء قد رتبوا ضمان المنافع المفضوية على ما تصح إجارته، وحيث قدرت جهة الخبرة أجرة لأرض المدعي بوصفها المتقدم، فإن تقديرها حامل لإثبات تحقق المنفعة في العقار من باب أولى، ويضاهي ذلك ما جرت به العادة من تأجير الأراضي الفضاء. أما الأصل الثاني: فهو تقييد استحقاق ضمان المنفعة بإثبات حبسها عن المالك. وهذا متحقق في الأرض -محل الدعوى- من جهة أن العقار المنزوع ملكيته: إما أن يكون أنقاضاً مقاماً على الأرض، أو أن يكون مجرد أرض فضاء. أما بالنسبة للحالة الأولى: فإن حبس المنفعة لا يتحقق إلا بإخلاء العقار. أما في الحالة الثانية: فإن حبس المنفعة مُتَحَقِّقٌ بمجرد صدور قرار النزاع؛ حيث يمنع المالك بموجبه من استخراج الرخص اللازمة للانتفاع به؛ تطبيقاً لحكم المادة (١/٦) من النظام، والتي نصت على أنه: «لا يجوز تقسيم أرض أو دمج عقار بآخر، أو الترخيص بالبناء في العقارات الواردة في مخطط المشروع المقترح نزع الملكية لأجل تنفيذ، وذلك اعتباراً

(١) الحكم الصادر عن المحاكم الإدارية بديوان المظالم في الدعوى رقم (٢٩٢٥) لعام ١٤٤٢هـ (غير منشور).

من تاريخ التبليغ بقرار الموافقة بالببدء في إجراءات نزاع الملكية». أما التذرع بعدم انتفاع المدعي بالعمارة المنزوع، فإن المنظم قد رتب التعويض على حبس المنفعة، وهي مستحقة للمالك متى كان للعمارة المنزوع منفعة تصح إجارتها، ومرد ذلك إلى أن حرمة المنفعة كحرمة رقبة العين توجب ضمان قيمتها لمالكها بالإتلاف، أما استيفاء المالك للمنفعة أو عزوفه عنها فهي محكومة بمطلق تصرفه. وعليه فإن المحكمة تلتفت عن هذا الدفع^(١).

ويظهر للناظر المتأمل في تلك الأحكام وأسبابها رجحان القول بتضمين الجهة النازعة أجرة المثل عن الأرض الفضاء، وعدم التفريق بينها وبين العمارة المعمور في أصل الاستحقاق؛ إذ إنه لا موجب للتفريق بينهما وإن للأرض منفعة مُنَع منها صاحبها سواء استوفيت قبل النزاع أم لا، فلا أثر -لا شرعاً ولا نظاماً- لعدم استعمال مالك العمارة للمنفعة واستيفائها من عدمه على استحقاقه لأجرة المثل.

المسألة الثانية: وجود منفعة للبناء غير المكتمل أو المتهاك:

كذلك مما تتفاوت فيه الأنظار من حيث وجود المنفعة من عدمها، الدور البوار، والأبنية المتهاكة أو غير المكتملة، وإن من لم يوجب أجرة المثل في الأرض الفضاء -بحجة عدم المنفعة- لم يوجبها كذلك في الدار المهجورة كما نقلنا في الحكم السابق من نصه على أن: ((الأرض الفضاء أو البيت المهجور ليس فيها أي احتمالية لفوات كسب أو لحوق خسارة لأن وضعها ثابت سواء نزع ملكيتها أو لم تنزع))^(٢)، ويقال في مناقشة ذلك ما قيل في المسألة السابقة، لأنه لو ثبت الاستحقاق لأجرة المثل عن الأرض الفضاء، فاستحقاقها في الدور المهجورة والمباني غير المكتملة من باب أولى؛ لأنها محض زيادة، فلو لم يقدر فيها أي نفع، فالأرض باقية ومنفعتها كذلك.

ولكن محل البحث في هذه المسألة: هل يكون لتلك الدور والمباني أثر واعتبار في تقدير أجرة المثل، أم تقدر أجرة الأرض فضاءً بصرف النظر عما عليها من البناء؟ وقد يكون للجانب الفني في

(١) الحكم الصادر عن المحاكم الإدارية بديوان المظالم في الدعوى رقم (١١٥١٤) لعام ١٤٣٧هـ (غير منشور).

(٢) الحكم الصادر عن محاكم الاستئناف الإدارية بديوان المظالم في الاستئناف رقم (٧٨١٧) لعام ١٤٤٠هـ (غير منشور).

تقدير أسعار العقارات أثر على ذلك إلا أن الفقهاء تعرضوا لمثل تلك الحالة. وإن الإجابة على ذلك تؤسس على أصل السبب الذي به استحق صاحبُ العقار التعويضَ، وهو جبر ما لحقه من خسارة وتعويض ما فاته من منافع تعويضاً عادلاً، وعليه؛ فإن كان لتلك المباني أثر في زيادة الأجرة كأن تكون قابلة للترميم والإصلاح وكان لذلك أثر في إقبال الناس إليها وزيادة الرغبة فيها فإن العدل حينئذ أن يكون ذلك في الحسبان، وإن كانت على حالة من الرداءة بحيث لا يمكن الانتفاع منها بحال، أو يكون الانتفاع بها أعظم كلفةً من هدمها واستغلالها من جديد فإن التقدير يكون مقتصرًا على الأرض دون ما عليها من بناء.

وقد نص الفقهاء على نحو ذلك إذ جاء في حاشية بلغة السالك على الشرح الصغير ما نصه: (يقضى للمغصوب منه بكراء الأرض براحاً إذا بنيت واستعملت سواءً كان البناء إنشاءً أو ترميمًا، فيشمل الدار الخبرة يصلحها الغاصب فيقوم الأصل قبل البناء أو الإصلاح بما يؤجر به لمن يصلحه، فيلزم الغاصب والزائد له، كمركب نخر يحتاج لإصلاح غصبه شخص فرمه وأصلحه واستعمله، فينظر فيما كان يؤجر به لمن يصلحه، فيغرمه الغاصب والزائد له بأن يقال كم تساوي أجرته نخرًا لمن يعمره ويستغله؟ فما قيل لزم الغاصب)^(١)، ونحو منه وارد في عقد الجواهر الثمينة^(٢).

المطلب الثالث: ثبوت منع جهة الإدارة مالك العقار من استيفاء منافعه:

تبرز أهمية هذا الشرط من حيث إنه العلة التي يؤسس عليها الاستحقاق، فإن لم يثبت منع فلا استحقاق، فضلاً عن كون تحديد بداية المدة التي تستحق عنها الأجرة يكون من ثبوته، وكثيراً ما يكون إثباته محل نزاع وخلاف، سواء في أصل حصول المنع أم في وقته، ولا سيما أن منع التصرف بالعقار مما لا يظهر للعيان، ولا يدرك بالمشاهدة، ونستعرض شيئاً من ذلك في سرد المسائل الآتية:

(١) الشرح الصغير وحاشية الصاوي: ٥٩٧/٣، ٥٩٨.

(٢) عقد الجواهر الثمينة: ٨٦٦/٣، ٨٦٧.

المسألة الأولى: إصدار قرار النزع والإخلاء من العقار (ما يتحقق به المنع في حال نزع الملكية):
تباشر جهة الإدارة عدة إجراءات في سبيل نزع ملكية العقارات، ومحل البحث هنا عن الأمر الذي يتحقق به المنع من الانتفاع، والإجراء الذي يصدق عليه وصف المنع؛ لما يترتب عليه من الاستحقاق، وتحديد بداية المدة المشمولة بالأجرة، وذلك ظاهر فيما كان مستغلاً بسكن أنه يكون بإخراج مالك العقار منه، ولذلك جاء في صدر المادة (٣/١٧) من النظام: «في كل الحالات إذا أخرجت الجهة صاحبة المشروع مالك العقار من عقاره... فيعطى أجرة المثل عن المدة التي بين الإخلاء...»، أما في الحالة الأخرى فإن المنع يكون بإصدار قرار النزع؛ من حيث إنه بصدوره تتوقف كل التصرفات التي يمكن بها الانتفاع بالعقار، وتكون باطلة، وإن ذلك هو الأثر النظامي المترتب على قرار جهة الإدارة بنزع الملكية، وإلى ذلك تشير المادة السادسة من النظام إذ نصت على أنه: «لا يجوز تقسيم أرض أو دمج عقار بآخر، أو الترخيص بالبناء في العقارات الواردة في مخطط المشروع المقترح نزع الملكية لأجل تنفيذه، وذلك اعتباراً من تاريخ التبليغ بقرار الموافقة بالبدء في إجراءات نزع الملكية».

وبذلك جاءت الأحكام الصادرة بهذا الشأن، فقد نص الحكم الصادر عن المحاكم الإدارية بديوان المظالم في الدعوى رقم (٢٩٢٥) لعام ١٤٤٢هـ على أنه: ((حيث نصت الفقرة الثالثة من المادة السابعة عشرة من نظام نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة ووضع اليد المؤقت على العقار الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٥) وتاريخ ١١/٢/١٤٢٤هـ على أنه: «في كل الحالات إذا أخرجت الجهة صاحبة المشروع مالك العقار من عقاره أو منعه من الانتفاع به قبل تسلم التعويض سواء كان بصورة استثنائية أو غيرها فيعطى أجرة المثل عن المدة التي بين الإخلاء وتسلم التعويض ما لم يكن سبب تأخير صرف التعويض بسببه» فقد ذكرت المادة صورتين: الإخراج من العقار، والمنع من الانتفاع به، وهذه الصورة منطبقة على حالة المدعي؛ فإن الجهة تمنعه من الانتفاع من العقار بموجب الفقرة الأولى من المادة السادسة من النظام التي نصت على أنه: «لا يجوز تقسيم أرض أو دمج عقار بآخر، أو الترخيص بالبناء في العقارات الواردة في

مخطط المشروع المقترح نزع الملكية لأجل تنفيذه، وذلك اعتباراً من تاريخ التبليغ بقرار الموافقة بالبدء في إجراءات نزع الملكية؛ فإن مؤدَى ذلك أن الجهة وضعت يدها على العقار ومنعت مالك الأرض الفضاء من الانتفاع بها من قرار النزاع...»^(١).

كما نص الحكم الصادر عن المحاكم الإدارية بديوان المظالم في الدعوى رقم (١١٥١٤) لعام ١٤٣٧هـ على أن: ((تقييد استحقاق ضمان المنفعة بإثبات حبسها عن المالك... متحقق في الأرض -محل الدعوى- من جهة أن العقار المنزوع ملكيته: إما أن يكون أنقاضاً مقامة على الأرض، أو أن يكون مجرد أرض فضاء. أما بالنسبة للحالة الأولى: فإن حبس المنفعة لا يتحقق إلا بإخلاء العقار. أما في الحالة الثانية: فإن حبس المنفعة مُتَحَقِّقٌ بمجرد صدور قرار النزاع؛ حيث يمنع المالك بموجبه من استخراج الرخص اللازمة للانتفاع به؛ تطبيقاً لحكم المادة (١/٦) من النظام، والتي نصت على أنه: «لا يجوز تقسيم أرض أو دمج عقار بآخر، أو الترخيص بالبناء في العقارات الواردة في مخطط المشروع المقترح نزع الملكية لأجل تنفيذه، وذلك اعتباراً من تاريخ التبليغ بقرار الموافقة بالبدء في إجراءات نزاع الملكية...»^(٢).

ويؤكد على ذلك حكم محكمة الاستئناف الإدارية إذ أيدت حكماً قضى بأجرة المثل للمدعي دون تحديد مدة، وأضافت إليه: اعتباراً من تاريخ ١٢/٤/١٤٣٦هـ وحتى ٢٣/٢/١٤٣٩هـ؛ تأسيساً على أن استحقاق المدعي يبدأ من تاريخ إفصاح الجهة عن إرادتها الملزمة بحصر عقاره وإيقاف بنائه...»^(٣).

المسألة الثانية: الامتناع عن إصدار ما يلزم لاستيفاء منافع العقار:

إن التصرف في العقار والانتفاع به في الواقع المعاصر مشروط دائماً بإجراءات نظامية وتراتيب إدارية سابقة، فلا يمكن لصاحب عقار أن يبني، أو يؤجر، أو يمارس نشاطه التجاري إلا بعد

(١) الحكم الصادر عن المحاكم الإدارية بديوان المظالم في الدعوى رقم (٢٩٢٥) لعام ١٤٤٢هـ (غير منشور).

(٢) الحكم الصادر عن المحاكم الإدارية بديوان المظالم في الدعوى رقم (١١٥١٤) لعام ١٤٣٧هـ (غير منشور).

(٣) الحكم الصادر في الدعوى الإدارية رقم (٧/٨٩٨/ق) لعام ١٤٢٨هـ، منشور: مجموعة الأحكام والمبادئ لعام: ١٤٣٩هـ

الصادرة عن مكتب الشؤون الفنية بديوان المظالم: ١٩٠/٣.

استكمال المسوغات النظامية لذلك، وقد تمتنع جهة الإدارة عن منح صاحب العقار ما يلزم لأن ينتفع به، سواءً كان الامتناع مشروعاً أم لا، فهل يعدّ ذلك موجباً لضمان أجره مثل العقار في حق جهة الإدارة في امتناعها غير المشروع؟ وهل يعد ذلك في حكم غصب المنافع؟ وإذا كان كذلك فمن أي وقت يُنسب ذلك الامتناع لها؟

تكاد تتفق الأحكام الصادرة بذلك الشأن - حسب اطلاع الباحث - على تضمين جهة الإدارة في تلك الحالة، ومعاملتها كما لو باشرت منع المالك من الانتفاع بعقاره، فمن ذلك الحكم الصادر في الدعوى الإدارية رقم (١٠/٢٣/ق) لعام ١٤٣٢هـ، إذ نص على أن: ((الثابت أن إيقاف المدعى عليها العمل بالتصريح الممنوح لوالد المدعين كان في عام ١٤١٥هـ واستمر حتى تأييد الحكم من محكمة الاستئناف ورفع الإيقاف عام ١٤٢٩هـ وخلال تلك الفترة لم تقطع مطالبة والد المدعين حال حياته، ومن ثم أبنائه بعد وفاته وذلك برفع الإيقاف واستمرار العمل بالتصريح، الأمر الذي لا يمكن معه التسليم بأن ما قامت به المدعى عليها لم يكن خطأً، حيث إنها قامت بالإيقاف دون التحقق الكامل من أن المدعي قد تعدى على حرم الطريق، حيث إن إلغاء أو إيقاف العمل بالرخص ليس من صلاحيات وزارة الشؤون البلدية والقروية أو الأمانات أو البلديات التابعة لها... وبناءً على ذلك فإن ما سلكته المدعى عليها في إيقافها رخصة المدعي أصالة ووكالة سلوك خاطئ، فكان الأجدر بها اتباع الإجراءات النظامية للإيقاف... وبناءً عليه فإن ما قامت به المدعى عليها يعتبر تعسفاً وخطأً يستحق عليه المدعون التعويض... فإنه مما لا شك فيه أن فترة الإيقاف التي استمرت قرابة (١٤) عاماً قد ألحقت بعقار المدعين الضرر البالغ والمتمثل في نقص قيمة العقار وفوات استثماره طوال تلك الفترة... فإنه مما تقدم يستبين أن الضرر الذي وقع بالمدعين كان سببه تصرف المدعى عليها في إيقاف دون سلوك المسلك النظامي... وحيث إن الدائرة... قررت نذب خبير... في الدعوى لتقدير أجره المثل... فإن الدائرة تنتهي إلى قناعتها بعدالة تقرير الخبير لأجرة المثل في ضوء ما سبق وهو ما تحكم به))^(١).

(١) الحكم الصادر في الدعوى الإدارية رقم (١٠/٢٣/ق) لعام ١٤٣٢هـ، منشور: مجموعة الأحكام والمبادئ لعام ١٤٣٤هـ الصادرة عن مكتب الشؤون الفنية بديوان المظالم: ٢٥٩٤/٥.

وكذلك الحكم الصادر في الدعوى الإدارية رقم (١/٤٦٩٠/ق) لعام ١٤٢٥هـ، إذ نص -في سياق الحديث عن إغلاق المدعى عليها قصر أفراح وامتناعها عن إصدار الترخيص وتجديده- على أن: ((قرارها بالامتناع عن فتح القصر وتجديد رخصته يكونان حينئذ مشوبين بعيب مخالفة النظام والخطأ في تطبيقه وتأويله ويمسيان حريين بالإلغاء، وتكون الأمانة ملزمة حينئذ بفتح القصر وتجديد رخصته... فلما كانت الأمانة قد أخطأت في امتناعها -وفق ما سبق إيضاحه- وقد لحق المدعي ضرر بسبب ذلك على نحو ما أبين في الوقائع، وكان ثمة علاقة بين الخطأ والضرر: فإن أركان التعويض متوافرة هنا؛ وعليه فإن الأمانة تكون حينئذ ملزمة بتعويض المدعين عما لحقهم من أضرار تمثلت في حرمانهم من أجره القصر))^(١).

وأيضاً الحكم الصادر عن المحاكم الإدارية بديوان المظالم في الدعوى رقم (١٩٠٨) لعام ١٤٤٢هـ، وسنستعرضه مفصلاً -إن شاء الله- في الدراسة التحليلية للأحكام في المبحث الثالث من هذا الفصل.

المسألة الثالثة: المنع من استيفاء المنافع بالعمل المادي:

إذا تبين مما سبق أن جهة الإدارة تضمن أجره المثل بامتناعها عن تمكين مالك العقار من الانتفاع بعقاره بإصدار ما يلزم نظاماً لذلك؛ فإن ما تباشره جهة الإدارة من أعمال مادية تحول دون الانتفاع بالعقار كالتسوير والهدم والإخلاء والاستغلال والإغلاق يرتب في حقها الضمان من باب أولى، وبذلك جاء الحكم الصادر في الدعوى الإدارية رقم (٢/٣٧٧٥/ق) لعام ١٤٣٦هـ، إذ نص على أنه: ((وبما أن الثابت أنه قد تم الانتفاع بالمستشفى وكامل أجهزته الطبية وملحقاته من أراض ومواقف ونحوه، والثابت أن ذلك الانتفاع كان دون مقابل مادي، فإن معاهد الإجماع الشرعي أن المنفعة تقابلها الأجرة، وعليه فإن قيام الجهة الإدارية باستغلال الموقع محل الدعوى دون دفع الأجرة المقابلة يعد تعدياً ولا ريب يوجب قيام الضمان على المنفعة

(١) الحكم الصادر في الدعوى الإدارية رقم (١/٤٦٩٠/ق) لعام ١٤٢٥هـ، منشور: مجموعة الأحكام والمبادئ لعام ١٤٣٠هـ الصادرة عن مكتب الشؤون الفنية بديوان المظالم: ١٧٢٩/٣.

المستغلة))^(١).

وكذلك الحكم الصادر في الدعوى الإدارية رقم (١/٤٢٩٣/ق) لعام ١٤٢٥هـ، إذ نص على أنه: ((لما كان الثابت من أوراق الدعوى أن المدعي قد تبرع للمدعى عليها بالمبنى العائد ملكيته إليه على أن تستخدمه مدة سنة إلا أن المدعى عليها استمرت بالبقاء فيه ولم تخرج منه أو تستأجره من مالكة بعقد إيجار ينظم ما لكل من الطرفين تجاه الآخر، بل بقيت فيه تستخدمه وتستغله دون مستند أو مبرر نظامي يمكنها من ذلك، مما يوجب عليها تعويض صاحب العقار بأجرة مقابل بقائها فيه))^(٢).

وأيضاً الحكم الصادر في الدعوى الإدارية رقم (١٠/٣٧٨/ق) لعام ١٤٢٢هـ، إذ نص على: ((إن الفترة التي يطالب المدعي بالتعويض عنها لم يتمكن فيها من الانتفاع بعقاره وفي نفس الوقت لم تنزع منه ولم ترفع المدعى عليها يدها عن الأرض، بل كانت الأرض معلقة وموقوفة من قبل المدعى عليها... وحيث إن المقرر فقهاً وقضاً أن من غصب أرضاً وتسبب في تعطيل انتفاع مالك الأرض من أرضه، فإنه يجب عليه أن يعرض مالك الأرض عن جميع الفترة التي تم فيها غصب الأرض وتعطيل الانتفاع بها، بأجرة المثل))^(٣).

وإن الحكم بذلك مستقر ولو كانت الجهة بصدد نزع ملكية ذلك العقار، إذ قضى الحكم الصادر في الدعوى الإدارية رقم (٤/٢٠٢/ق) لعام ١٤١١هـ بالتعويض بأجرة المثل على الجهة التي باشرت إزالة محطة محروقات وهدمتها، وذكر - في معرض الرد على القول بأن المدعى عليها قد أزمعت نزع ملكية العقار وأنها بصدد استصدار أمر بهذا النزع وأن إجراءاته مستمرة -

(١) الحكم الصادر في الدعوى الإدارية رقم (٢/٣٧٧٥/ق) لعام ١٤٢٦هـ، منشور: مجموعة الأحكام والمبادئ لعام: ١٤٢٩هـ الصادرة عن مكتب الشؤون الفنية بديوان المظالم: ٤٥٠/٣.

(٢) الحكم الصادر في الدعوى الإدارية رقم (١/٤٢٩٣/ق) لعام ١٤٢٥هـ، منشور: مجموعة الأحكام والمبادئ لعام: ١٤٢٧هـ الصادرة عن مكتب الشؤون الفنية بديوان المظالم: ٢٠٥٣/٤.

(٣) الحكم الصادر في الدعوى الإدارية رقم (١٠/٣٧٨/ق) لعام ١٤٢٢هـ، منشور: مجموعة الأحكام والمبادئ لعام: ١٤٢٣هـ الصادرة عن مكتب الشؤون الفنية بديوان المظالم: ١٠٥٧/٣.

أنه: ((كان على المدعى عليها عمل ما لديها من إجراءات مبدئية وعرض أمر النزاع للجهات المختصة، وترك المدعي يتصرف في ملكه حتى يرد ما يفيد الموافقة على نزع المحطة وفق التعليمات، أما وقد خالفت ذلك فإنها تتحمل تبعته...))^(١).

المبحث الثاني: حالات استحقاق أجره المثل للعقار:

المطلب الأول: نزع ملكية العقار للمنفعة العامة مع تأخير العوض:

نستعرض في هذا المطلب الحالة الأولى التي قرر النظام استحقاق أجره المثل فيها، وهي ما جاء في المادة السابعة عشرة منه إذ نص على أنه: «في كل الحالات إذا أخرجت الجهة صاحبة المشروع مالك العقار من عقاره أو منعه من الانتفاع به قبل تسلم التعويض سواءً كان بصورة استثنائية أو غيرها فيعطى أجره المثل عن المدة التي بين الإخلاء وتسلم التعويض»، ونتطرق لما يعرض لها من مسائل تستدعي البحث والنظر وفق التفصيل الآتي:

المسألة الأولى: امتناع المطالب من استلام التعويض وأثره على تقدير الأجر المستحقة:

عندما قرر النظام استحقاق مالك العقار لأجره المثل استثنى من ذلك ما إذا كان سبب تأخير صرف التعويض يعود إليه، حسب نصه الآنف ذكره، وأصل ذلك ظاهر، من حيث إنه لم يستحق تلك الأجر إلا لأن الجهة وضعت يدها العادية على ملكه ومنعته من الانتفاع به دون تسليم عوض ونقل ملكية العقار إليها نقلاً مشروعاً، فإذا كان هو سبب تأخير صرف التعويض فقد انتفت المسؤولية عن الجهة النازعة، إذ إنها أدت ما وجب عليها، بيد أن مالك العقار ممتنع عن استلامه.

ومن أبرز ما يشكل في تلك الحالة المنازعة في سبب التأخير، بأن تدعي الجهة النازعة أن مالك العقار هو السبب، وينكر هو ذلك، والذي يظهر -والله أعلم- أن القول قول مالك العقار ما لم تثبت الجهة ادعاءها بالبينة؛ ذلك أن جميع الإجراءات المتعلقة بنزع الملكية، وتقدير التعويضات،

(١) الحكم الصادر في الدعوى الإدارية رقم (٢٠٢/٤/ق) لعام ١٤١١هـ، منشور: مجموعة الأحكام والمبادئ للأعوام: ١٤٠٢-

١٤٢٦هـ الصادرة عن مكتب الشؤون الفنية بديوان المظالم: ٢٥٩/١٠.

وصرف المستحقات مناطةً بالجهة النازعة، ومن ثم فإن عبء إثبات أن سبب التأخير هو مالك العقار يقع على عاتقها، ويؤيد ذلك عبارة النظام التي جعلت الأصل في جميع الحالات أن يُعطى المالك الأجرة، والاستثناء أن يكون هو سبب التأخير، ومن ثم يكون من يدعي خلاف الأصل مطالباً بالبينة.

ويتفرع عن ذلك مسألة أخرى وهي ما إذا كان سبب تأخير تسليم التعويض عائداً إلى عدم القناعة بمقداره، والمنازعة في عدالته، واعتراض المالك عليه. وهل يصح لذلك نسبة سبب التأخير إلى المالك؟

والظاهر أن مجرد اعتراض مالك العقار على قيمة التعويض لا يجعله سبباً في تأخير تسليمه؛ إذ يمكن للجهة النازعة تسليم التعويض ولو كان معترضاً، كما يمكنه استلامه ولو لم يرضَ بالتقدير، أما إذا أرادت الجهة تسليمه، وباشرت ما يمكنها من إجراءات لذلك، وامتنع هو عن استلامه فلا شك أن نسبة سبب التأخير إليه صحيحة، فالمسؤولية على الممتنع منهما بصرف النظر عن الاعتراض من عدمه.

وهو المستفاد من نظام المعاملات المدنية إذ نص في المادة الثالثة والسبعين بعد المئتين منه على أنه: «٢- إذا كان الدين متنازعاً في جزءٍ منه وقبِلَ الدائن أن يستوفي الجزء المعترف به فليس للمدين أن يرفض الوفاء بهذا الجزء»، ذلك أن المبلغ الذي قدرته الجهة ابتداءً ولم يرضَ به المالك، هو الجزء المعترف به والمتفق عليه من الدين، وأما محل النزاع فينحصر فيما زاد عنه. ومنازعتها في هذا المقدار الزائد لا يسوّغ رفضها الوفاء بذلك الجزء حسب نص النظام.

وقد جاء الحكم الصادر في الدعوى الإدارية رقم (١/٩٠/ق) لعام ١٤٢٨هـ، بعدم اعتبار اعتراض المدعي على التقدير سبباً يمكن بمجرده أن ينسب التأخير إليه، إذ نص على أنه: ((وقد دفعت المدعى عليها بأن سبب تأخير صرف التعويض كان بسبب يعود للمدعي عندما قام بالاعتراض على تقدير اللجنة، إلا أن الدائرة لا تسلم للجهة بذلك؛ فإن النظام قد كفل لصاحب العقار حق الاعتراض على التقدير، وقد ثبت بالأحكام المؤيدة من محكمة الاستئناف

قلة التقديرات السابقة وحق المدعي في زيادة التقدير، وعليه فلم يكن اعتراض المدعي على تلك التقديرات من باب المماطلة ونحو ذلك بل كان لحق مشروع له، ولو أن الجهة قدرت التقدير العادل في ابتداء الأمر وتم صرف المبلغ في حينه لما تسبب ذلك باستنزاف المال العام وتحمل أجرة المثل لتلك السنوات، الأمر الذي يتبين معه بطلان امتناع المدعي عليها عن صرف أجرة المثل لعقار المدعي...^(١).

وفهم من الحكم - عند إشارته إلى قلة التقديرات السابقة وحق المدعي في زيادة التقدير - أنه لو كان التقدير صحيحاً لما كان للمدعي حق في المطالبة، ولصَدَق ادعاء المدعي عليها بأنه هو سبب التأخير، إلا أنه لم يصرح بذلك، ولا يلزم عنه ضرورة، والظاهر منه - حينما نص على أن اعتراض المدعي على تلك التقديرات لم يكن من باب المماطلة - أن مدار المسألة على مماطلة المالك في استلام التعويض، وهو المناط الذي يتعلق به سقوط حقه، فإذا ما ثبتت مماطلته وامتناعه عن الاستلام سقط حقه في المطالبة بأجرة المثل، وارتفعت المسؤولية عن جهة الإدارة نازعة العقار.

المسألة الثانية: تسليم التعويض على أكثر من دفعة وأثر ذلك:

لَمَّا كان تسليم التعويض هو ما تنقطع به المدة المقدرة لأجرة المثل المستحقة عن العقار المنزوع؛ فإن من الأسئلة الواردة على ذلك: ماذا لو سلمت الجهة التعويض على دفعات متفرقة؟ أيكون تسليم أدنى مقدار من التعويض كافياً لارتضاع ضمان أجرة المثل عنها، أم يلزم تسليمه كاملاً، أم بنسبة محددة، أم يتجزأ الضمان بقدر ما أدت منه؟

وبما أن سبب استحقاق الأجرة هو وضع الجهة يدها على العقار والمنع منه مع بقاءه في ملك صاحبه، وأنه - أي الملك - لا ينتقل إلى الجهة النازعة إلا بتسليم العوض، فإن مبنى هذه المسألة على تجزؤ الملك وانتقاله بنسبة ما دُفع من العوض؛ فإن قلنا: إن الملك لا ينتقل إلا دفعة واحدة

(١) الحكم الصادر في الدعوى الإدارية رقم (١/٩٠/ق) لعام ١٤٢٨هـ، منشور: مجموعة الأحكام والمبادئ لعام ١٤٢٩هـ الصادرة عن مكتب الشؤون الفنية بديوان المظالم: ١٦١/٣.

بتسليم العوضِ كُلِّهِ كاملاً؛ فالأجرة عن العقار كاملاً مستحقة إلى ذلك، وإن قلنا: إنه ينتقل من الملك بقدر ما أدَّى من الثمن؛ فإن الأجرة تُستحقُّ بنسبة ما بقي من ملك صاحب العقار لعقاره، فلو أدَّت الجهة نصف العوض فهو مستحقُّ لنصف أجرة المثل إلى حين أدائها النصف الآخر، وهكذا.

ولتحديد ما إذا كان الملك يتجزأ ويتبعض بقدر ما أدت الجهة، أو أنه لا ينتقل إلا جملة واحدة؛ لا بد من البحث فيما يناظر ذلك من أحكام الشرع وفروع الفقه، ولا أشبه بتلك الحالة من مسألة حصول العتق للمكاتب، لأن حصول الأثر - وهو العتق - في الكتابة موقوف على الأداء، كما أن حصول الأثر في مسألتنا - وهو انتقال الملك - متوقف على دفع العوض في نزع الملكية، دون سائر العقود التي يترتب أثرها بالصيغة.

وبشأن المكاتب؛ استقرت أقوال المذاهب الأربعة المتبوعة، وجمهور العلماء على أنه رقيق ما لم يؤدِّ نجوم الكتابة كاملة، فإن عجز عن ذلك عاد رقيقاً قنّاً ليس فيه شائبة حرية وإن كان قد أدَّى منها أكثرها^(١)، واستندوا في ذلك إلى حديث: «المكاتبُ عبدٌ ما بقيَ عليه من مكاتبته درهم»^(٢)، وأيضاً إلى حديث: «أيُّما مكاتبٍ كُوتِبَ على ألفٍ أو قِيَّةً فأدّاها إلا عشرة أواقٍ فهو عبدٌ، وأيُّما مكاتبٍ كُوتِبَ على مائة دينارٍ، فأدّاها إلا عشرةً دنائيرٍ فهو عبدٌ»^(٣).

وللعلماء أقوال أخرى مروية في ذلك، فقليل إنه يعتق بنفس الكتابة، وقيل إنه يعتق منه بقدر ما

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين: ١١٢، ٩٩/٦، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي: ٣٩٨/٤، المجموع: ٢٩/١٦، كشاف القناع: ٥٦١، ٥٥٦، ٥٤٣/٤.

(٢) أخرجه أبو داود في السنن من رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بلفظ: (عَنْ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: «الْمَكَاتِبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ مَكَاتِبَتِهِ دَرَاهِمٌ») سنن أبي داود: ٢٠/٤، رقم الحديث: (٢٩٢٦). وقال فيه ابن حجر: (وقال الشافعي في حديث عمرو بن شعيب: لَا أَعْلَمُ أَحَدًا رَوَى هَذَا إِلَّا عَمْرُو بْنُ شُعَيْبٍ، وَلَمْ أَرْ مَنْ رَضِيَتْ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ بِثَبْتِهِ، وَعَلَى هَذَا فَتَيَا الْمَفْتَيْنِ). التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، تحقيق: أبو عاصم حسن بن عباس بن قطب، مؤسسة قرطبية، مصر، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ: ٣٩٨/٤.

ورواه مالك في الموطأ موقوفاً على ابن عمر رضي الله عنهما بلفظ: (عَنْ نَافِعٍ: أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَمْرٍو كَانَ يَقُولُ: الْمَكَاتِبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ شَيْءٌ) الموطأ: ١١٤٦/٥، برقم (٢٩١٨).

(٣) أخرجه الحاكم بهذا اللفظ وصححه، المستدرک على الصحيحين: ٢٢٧/٢، برقم (٢٨٦٣).

أدى، وقيل إنه يعتق إن أدى النصف فأكثر، وقيل إن أدى الثلث^(١)، ويظهر أن القول بحصول العتق بأداء الثلث أو النصف استحساناً، إذ إنه لا يجري على وفق قاعدة أو نص أو قياس، إلا أن ابن رشد عزا ذلك إلى روايات عن الصحابة رضي الله عنهم ورجح أن تكون في ذلك سنة بلغتهم^(٢). وإذا أردنا تخريج مسألتنا على قول الجمهور؛ فإن أجره المثل كلها لازمة على الجهة النازعة إلى حين أداء العوض كاملاً، ولو أدت خلال المدة أكثره، ذلك أن الشرع حينما رتب الأثر -وهو العتق- على دفع مال، فإن ذلك الأثر لا يتحقق ولا جزء منه إلا بأداء كل المال، لا بعضه، ولو بلغ المؤدى ما بلغ، وما دام أن انتقال الملك في مسألتنا أثر لدفع مال -وهو عوض العقار المنزوع- فلا ينتقل ولا جزء منه ما لم تدفع الجهة النازعة المبلغ كله، وإنها والحال أنها دفعت جزءاً من العوض لا تزال واطعة يدها على ملك غيرها، فيجب عليها أجره المثل، إذ إن مناط استحقاقها باقٍ حتى تسليم العوض كاملاً.

فيكون حال الجهة كحال المكاتب، من حيث إنه لا يعتق إلا بأداء كل ما عليه، وأنه يبقى عبداً ما بقي عليه أدنى جزء من المكاتبه، وقد يقال: إن مسألتنا أولى؛ من حيث إن الشارع متشوّف للعتق والحرية، ومع ذلك حكم ببقاء العبد رِقاً لا شائبة فيه -مع إمكان تبويض رِقّه- ما بقي عليه شيء من مال المكاتبه، إذ كان العتق أثراً لأداء المال كاملاً، فلا يحصل الأثر دون سببه. إلا أنه يرد على ذلك القياس: أنه قياس مع الفارق؛ إذ إن القسط المؤدى في مسألتنا إذا لم يقابل جزءاً من الملك ولم يحصل به انتقال شيء منه؛ فإنه يقع في مقابل العدم، بخلاف الكتابة، فإن ماله مالٌ سيده في الأصل، وفي المال فيما إذا لم يؤدِّ كامل نجوم الكتابة، فلا يقع ما أداه ابتداءً في مقابل العدم.

ولأننا إنما قلنا إن الملك لا ينتقل بمجرد النزاع؛ لانتفاء ما يقتضي انتقاله، ولأن الحكم بانتقال الملك دون عوض أو رضا ظلم، وفي حال أداء البعض تنتفي العلة بمقدار ما أدى، فإن انتقال الملك

(١) بداية المجتهد: ١/١٦١، ١٦٢.

(٢) المرجع السابق.

حصل سببه بقسطه، ولا مانع من التبويض.

كما يرد عليه أن النص الذي أسس عليه الحكم في الكتابة يظهر اختصاصه بها؛ من حيث إن الكتابة مشروعة على خلاف القياس، وعلى خلاف القواعد والأصول، إذ إن العبد ليس أهلاً للتعاقد والملك، وعقد الكتابة استثناء من ذلك.

ومن جهة دلالة اللفظ الوارد في النظام، فإن مقتضاه أنه لا بد من تسليم التبويض كاملاً لارتفاع ضمان الأجرة؛ لأن دلالة المطابقة إنما تصدق على كل التبويض بكامل أجزائه، لا على جزء -ولو كثير- منه، فالتبويض اسم لمجموع أجزاء مسمّاه، ومن ثم لا يصدق عليه أنه (تسلم التبويض) إلا باستلامه كاملاً، وذلك نظير ما قرره الفقهاء من أن من حلف أن يأكل رغيفاً فإنه لا يبرّ إلا بأكله كله، لا بجزء منه^(١)، وكذلك أن الحامل لا تنقض عدتها إلا بوضع جميع الحمل لا بعضه أو جزء منه فهماً من قوله تعالى: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجُوهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ (الطلاق: ٤)، لأن الحمل اسم لجميع ما في البطن^(٢).

وبعد، فإن المسألة تبقى محل نظر، وللمنظم مندوحة في تلك الأقوال، ولعل الأقيس منها في مسألتنا، والأقرب للموازنة، والأعدل في توزيع المسؤولية، هو التبويض بالنسبة.

المسألة الثالثة: المطالبة بالأجرة قبل استلام التبويض عن العقار المنزوع:

جعل المنظم استحقاق مالك العقار لأجرة المثل في هذه الحالة إلى استلامه التبويض، ومحل البحث هنا هو الإجراء المتخذ فيما إذا تقدم مالك العقار بدعواه بالمطالبة بأجرة المثل قبل استلامه التبويض، من حيث قبول نظر الدعوى من عدمه.

وعند النظر في ذلك؛ فإن الجهة لا يتأتى لها تقدير الأجرة وتشكيل لجنة لأجل ذلك، ما لم تنحصر المدة وتتحدد، حتى يتسنى لها ذلك، أما وإن المدة ما زالت ممتدة، فلا يمكن للجهة حينها تقدير الأجرة لفترة مجهولة، وعليه تكون الدعوى مرفوعة قبل أوانها فلا تقبل.

(١) حاشية ابن عابدين: ٧٣١/٣، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي: ١٤٢/٢، المجموع: ١٠١/١٨، بداية المجتهد: ١٧٨/٢.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٥١١/٣، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي: ٤٧٤/٢.

وبذلك جاء الحكم الصادر في الدعوى الإدارية رقم (١/١٢٧١/ق) لعام ١٤٣٨هـ، إذ نص على أنه: ((وبما أن الثابت من خلال وقائع الدعوى أن المدعين لم يصدر قرار نزع على أرض مورثهم، وعليه لم يستلموا مبلغ التعويض عن الجزء المنزوع من عقار مورثهم، حيث إن فترة المطالبة ما زالت مستمرة ولم تنحصر بعد، وبناءً على ما جاء به المنظم بأن يكون التعويض عن أجره المثل بعد تسلم صاحب الشأن مبلغ التعويض عن الجزء المنزوع، وبما أن ذلك قد انتهى في هذه الدعوى بموجب ما أفاد به وكيل المدعين في جلسة النطق بالحكم، وبما أن عدم اتباع هذه الإجراءات يجعل الدعوى غير مستوفية لأوجه قبولها؛ ما تنتهي معه الدائرة إلى حكمها المختوم أدناه؛ لرفعها قبل الأوان. لذلك حكمت الدائرة: بعدم قبول الدعوى))^(١).

المسألة الرابعة: نزع ملكية جزء من العقار وأثر ذلك حيال تقدير أجره المثل المستحقة:

بيّنت المادة الحادية عشرة من النظام الإجراءات المتبعة في حالة نزع جزء من العقار من حيث تحديد مقدار المنزوع وتقدير التعويض عنه، وحاصلها أن النزع إذا أدى إلى تعذر الانتفاع بشيء من العقار، فإن ما تعذر الانتفاع منه -أرضاً أو بناءً أو غراساً- يُضم إلى المنزوع.

إذ نصت على أنه: «إذا اقتصر نزع الملكية على جزء من العقار فيتبع ما يأتي:

١- تقدر قيمة مساحة الأرض المقرر نزع ملكيتها والبناء والغراس المقام على هذه المساحة إذا كان الجزء الباقي من الأرض أو البناء أو الغراس قابلاً للانتفاع به وفق التعليمات الفنية المطبقة في المنطقة، وتضاف إلى هذه القيمة تكاليف إصلاح وترميم الجزء المتبقي من البناء.

٢- تقدر قيمة مساحة الأرض المقرر نزع ملكيتها فقط وقيمة كامل البناء أو الغراس إذا كان الجزء الباقي من البناء أو الغراس بعد اقتطاع ما يحتاجه المشروع غير قابل للانتفاع به وكان الجزء الباقي من الأرض بعد الاقتطاع قابلاً للانتفاع به وفق التعليمات الفنية المطبقة في المنطقة، على أن تتولى الجهة صاحبة المشروع هدم الجزء الباقي من البناء.

(١) الحكم الصادر في الدعوى الإدارية رقم (١/١٢٧١/ق) لعام ١٤٣٨هـ، منشور: مجموعة الأحكام والمبادئ لعام: ١٤٣٩هـ

الصادرة عن مكتب الشؤون الفنية بديوان المظالم: ٤٧/١.

٣- تقدر قيمة كامل العقار أرضاً وبناءً وغراساً إذا كان الجزء الباقي من أرض العقار بعد اقتطاع ما يحتاجه المشروع غير صالح للانتفاع به وفق التعليمات الفنية المطبقة في المنطقة، أو كانت تكاليف إصلاح الجزء الباقي من العقار لتساوي أو تفوق قيمة هذا الجزء. ويعود تقدير قابلية الجزء الباقي من العقار للانتفاع به أو وجود الضرر إلى لجنة من الأمانة أو البلدية المختصة مع إشراك مندوب أو أكثر من وزارة الزراعة والمياه إذا كانت الأرض زراعية، وذلك لتحديد مدى الانتفاع من الغراس المتبقي من عدمه أو وجود الضرر فيه».

أما بشأن التعويض بأجرة المثل في تلك الحالة إذا تأخر تسليم التعويض؛ فلم يتطرق له النظام ولا لآئحته التنفيذية، فليس فيه ما يستدعي التنصيص على أحكامه، فأجرة المثل في حال وجوبها تُقدّر لما تقرر نزعها من العقار، دون ما سواه، إلا إذا أدت إجراءات النزاع إلى تعطيل انتفاع مالك العقار بالجزء غير المنزوع، فتتظر وفق ما ذكرناه في المطلب الثالث من المبحث الأول من هذا الفصل.

ومما يتعلق بهذه المسألة اقتطاع الجهة شيئاً من العقار لتحديد وتنفيذ شبكات الطرق الرئيسية أو لصالح التخطيط، ففي بعض الحالات لا يعوض مالك العقار عما يقتطع إذا كان من ضمن النسبة النظامية، والنسبة النظامية حسبما عرفتها المادة الأولى من اللائحة هي: «المساحة المجانية التي تقتطع من كامل مساحة الأرض المطلوب تخطيطها لخدمتها»، وذلك على نحو التفصيل الوارد في المادة الثالثة من النظام إذ نصت على أنه: «يستحق التعويض عما يتم اقتطاعه لتحديد وتنفيذ شبكات الطرق الرئيسية أو لصالح التخطيط وفقاً لما يأتي:

أولاً: بالنسبة لما هو واقع داخل حدود حماية التنمية:

أ- الأراضي التي سبق أخذ النسبة النظامية التي تقتطع مجاناً منها يعوض المالك عما يقتطع منها بعد ذلك.

ب- الأراضي التي سبق أخذ جزء من النسبة النظامية منها لا يعوض المالك عما يقتطع منها بعد ذلك إذا لم يتجاوز الاقتطاع السابق واللاحق النسبة النظامية، وبشرط أن يكون الباقي

منها بعد الاقتطاع السابق واللاحق عشرة آلاف متر مربع فأكثر، ويعوض عن الفرق إن قلت مساحة الباقي منها عن ذلك.

ج- الأراضي التي لم يسبق أخذ النسبة النظامية منها لا يعوض المالك عما يقتطع منها إذا لم يتجاوز المقتطع النسبة النظامية وبشرط أن يكون الباقي منها بعد الاقتطاع عشرة آلاف متر مربع فأكثر، ويعوض عن الفرق إن قلت مساحة الباقي منها عن ذلك.

د- إذا طلب مالك الأرض تقسيمها أو تخطيطها وفقاً لما تقرره الأنظمة والتعليمات لا يعوض عما يقتطع منها لذلك، ما لم يتجاوز الاقتطاع السابق إن وجد واللاحق النسبة النظامية لكامل المساحة، إلا إذا كان تجاوزها قد تم بناءً على طلب المالك.

هـ- إذا طلب مالك القطعة المفروزة من أرض سبق تخطيطها تقسيمها إلى قطع أصغر وتطلب ذلك فتح شارع أو أكثر لخدمتها فلا يعوض عن ذلك.

و- أراضي المباني والمزارع بغض النظر عن مساحاتها يتم التعويض عن المساحات التي تقتطع منها، كما يتم التعويض عن المباني والغرس. وفي حالة طلب مالكيها تقسيمها أو تخطيطها وفقاً لما تقرره الأنظمة والتعليمات لا يعوض عما يقتطع منها لذلك في حدود النسبة النظامية، كما لا يعوض إذا كان تجاوزها قد تم بناءً على طلب المالك.

ثانياً: بالنسبة لما هو واقع خارج حدود حماية التنمية:

أ- الأراضي التي لا تزيد مساحاتها على عشرة آلاف متر مربع، والمباني، والمزارع - بغض النظر عن مساحاتها- يتم التعويض عن المساحات التي تقتطع منها، كما يتم التعويض عن المباني والغرس. ولا يتم التعويض عن المقتطع منها لصالح تقسيمها وفقاً لما تقرره الأنظمة والتعليمات إذا طلب المالك ذلك، وذلك في حدود النسبة النظامية المقررة لما هو داخل حدود حماية التنمية. ما لم يكن تجاوزها قد تم بناءً على طلب المالك.

ب- الأراضي التي تزيد مساحاتها على عشرة آلاف متر مربع، لا يتم التعويض عما يقتطع منها للطرق الرئيسية في حدود ما نسبته (١٢٪) من مساحاتها، وبشرط أن يكون الباقي منها بعد

الاقطاع عشرة آلاف متر مربع فأكثر. ويعوض عن الفرق إن قلت مساحة الباقي منها عن ذلك. وفي حالة تخطيطها وفقاً لما تقرره الأنظمة والتعليمات تطبق عليها الفقرات (ب، د، هـ) من البند أولاً.

ثالثاً: بالنسبة للمدن والقرى والهجر التي لا يوجد لها حد حماية تنمية: تقوم وزارة الشؤون البلدية والقروية بوضع تعليمات حول ما يتم بشأنها من حيث التخطيط والبناء فيها، وهذه التعليمات تحدد حد حماية التنمية بالنسبة لها بحيث يبنى عليه في التفرقة المذكورة آنفاً.

وإذا تقرر عدم استحقاق التعويض عن المقتطع فإنه لا يستحق أجره المثل عنه من باب أولى؛ لأنها فرع عن أصل التعويض، إلا إذا أدت الإجراءات إلى تعطيل الانتفاع بكامل العقار كما ذكرنا.

المسألة الخامسة: عدول الجهة عن قرار نزع الملكية وما يترتب عليه:

إذا قررت جهة الإدارة نزع عقار ما، ثم بدا لها استغناؤها عنه، فأما إذا سلّمت الجهة التعويض قبل إخلاء العقار أو منع صاحبه من الانتفاع به؛ فذلك خارج عن محل بحثنا؛ إذ لا يجب عليها في تلك الحالة أجره مثل، وقد عالج النظام تلك الحالة من خلال المادة التاسعة عشرة منه، إذ نص على أنه: «إذا استغنت الجهة صاحبة المشروع عن كامل عقار سبق نزع ملكيته أو جزء منه قابل للانتفاع به حسب التعليمات الفنية المطبقة في المنطقة ولا يمكن تخصيصه لمشروع آخر ذي نفع عام فيحق لمن نزعت الملكية منه أو ورثته استرداده خلال ستة أشهر من تاريخ التبليغ بذلك لقاء إعادة التعويض المدفوع».

وأما إذا لم تسلم التعويض بعد إخلاء العقار أو منع صاحبه من الانتفاع به، ثم استغنت عنه وأبقتة في ملك صاحبه؛ فإنها تعدّ واصمةً يدها على العقار خلال تلك المدة، وتعامل وفق أحكام وضع اليد المؤقت على العقار المبيّنة في المواد: العشرين إلى الثالثة والعشرين من النظام، ومن ذلك وجوب التعويض بما لا يقل عن أجره المثل.

وقد نص الحكم الصادر في الدعوى الإدارية رقم (٧/٨٩٨/ق) لعام ١٤٢٨هـ، على أنه: ((فبما أن المدعي يطلب إلغاء قرار المدعي عليها بالامتناع عن اتخاذ الإجراءات النظامية الخاصة بتعويضه عن وضع يدها المؤقت على عقاره من تاريخ ٢٠/١٠/١٤٢٤هـ حتى تاريخ ٢٣/٢/١٤٢٩هـ... وبما أن الثابت أن المدعي عليها وضعت يدها على عقار المدعي من تاريخ ٢٠/١٠/١٤٢٤هـ حتى تاريخ ٢٣/٢/١٤٢٩هـ، ومن ثم أفصحت بأن عقار المدعي خارج منطقة العمل، وأنها ليست بحاجة إلى نزعه، وبناءً عليه رفعت يدها عن عقاره؛ وحيث إن المدعي عليها لم تسلك الطرق المرسومة لها نظاماً بعرض طلب المدعي على اللجنة المنصوص عليها في المادة السابعة؛ تبعاً لما ورد في المادة العشرين آنفة الذكر، ما تنتهي معه الدائرة إلى حكمها المختوم أدناه... لذلك حكمت الدائرة: بإلغاء قرار الإدارة العامة للطرق والنقل بمنطقة القصيم بالامتناع عن اتخاذ الإجراءات المنصوص عليها في المادة العشرين من نظام نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة ووضع اليد المؤقت على العقار، بهدف تعويض المدعي (...)) عن فترة وضع اليد المؤقت على عقاره (...))، ثم حكمت محكمة الاستئناف الإدارية بتأييد الحكم فيما انتهى إليه من قضاء مع تعديل منطوقه، بأن أضافت إليه: ((اعتباراً من تاريخ ١٢/٤/١٤٢٦هـ وحتى ٢٣/٢/١٤٢٩هـ؛ تأسيساً على أن استحقاق المدعي يبدأ من تاريخ إفصاح الجهة عن إرادتها الملزمة بحصر عقاره وإيقاف بنائه، حتى تاريخ إبلاغه بإلغاء نزع ملكية العقار منه))^(١).

المطلب الثاني: وضع اليد المؤقت على العقار:

المسألة الأولى: أسباب وضع اليد المؤقت على العقار:

إن وضع اليد المؤقت على العقار كنزع الملكية من حيث إنه يكون جبراً دون رضا المالك، أو إبرام عقد معه، ولذلك كان مقصوداً على دواعي الضرورة التي تقتضيها المصلحة العامة، إذ نص النظام في المادة العشرين منه على أنه: «يجوز وضع اليد مؤقتاً على العقارات... وذلك في حالات

(١) الحكم الصادر في الدعوى الإدارية رقم (٧/٨٩٨/ق) لعام ١٤٢٨هـ، منشور: مجموعة الأحكام والمبادئ لعام: ١٤٢٩هـ

الصادرة عن مكتب الشؤون الفنية بديوان المظالم: ١٩٠/٣.

الطوارئ والكوارث والأوبئة وما شابهها، أو لتنفيذ مشروع ذي نفع عام عاجل يتوقف على وضع اليد المؤقت على العقار المذكور ولا يوجد بديل سواه».

ف نجد أن الأسباب التي حددها النظام لوضع اليد المؤقت تتسم بالاستعجال والضرورة، ومفهومه أنه لو لم تكن ثمة ضرورة داعية إلى ذلك، فلا يجوز وضع اليد المؤقت على العقار دون رضا مالكة، وإذا أرادت الجهة استئجاره فلها ذلك بالتراضي مع المالك، والنظام الحاكم آنذاك هو نظام استئجار الدولة للعقار الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٦١) بتاريخ ١٨/٩/١٤٢٧هـ.

المسألة الثانية: المدة المحددة نظاماً لوضع اليد المؤقت على العقار:

منح النظام الجهة مدة تبلغ ثلاث سنين، لوضع اليد على العقار، حينما نص في المادة الحادية والعشرين منه على أن: «تحدد المدة القصوى لوضع اليد المؤقت بما لا يتجاوز ثلاث سنوات...»، وإذا اضطرت الجهة للزيادة على تلك المدة فيجب عليها حينئذ أن تتخذ إجراءات نزع الملكية، إذ نصت المادة الثانية والعشرون من النظام على أنه: «إذا رأت الجهة المعنية أن المدة القصوى لوضع اليد المؤقت غير كافية فعليها أن تتفق مع المالك على تحديد مدة جديدة قبل نهاية المدة بفترة كافية، فإذا تعذر الاتفاق معه على ذلك فيخلى العقار».

وتحديد تلك المدة استحساناً وسياسةً شرعية، وقد يُعزى إلى أن أسباب وضع اليد المؤقت ودواعيه لا تمضي عليها ثلاث سنين إلا وقد ارتفع موجبها في الغالب الأعم، ولم يكن المنظم في المملكة الأول في التنصيص على تلك المدة أو المنفرد بها، فقد استحسن تلك المدة المنظم المصري إذ نص في المادة السادسة عشرة من قانون رقم (١٠) لسنة ١٩٩٠م بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة على أن: «تحدد مدة الاستيلاء المؤقت على العقار بانتهاء الغرض المستولى عليه من أجله أو بثلاث سنوات من تاريخ الاستيلاء الفعلي أيهما أقرب ويجب إعادة العقار في نهاية هذه المدة بالحالة التي كان عليها وقت الاستيلاء مع تعويض عن كل تلف أو نقص في قيمته. وإذا دعت الضرورة إلى مد مدة الثلاث السنوات المذكورة وتعذر الاتفاق مع ذوي الشأن على ذلك، وجب على الجهة المختصة أن تتخذ قبل مضي هذه المدة بوقت كاف إجراءات نزع الملكية...».

المسألة الثالثة: الأضرار المترتبة على وضع اليد المؤقت على العقار:

عندما تضع الجهة يدها على عقار وتستغله فترة، فإن ما يلحق مالكه من ضرر ليس مقتصرًا على فوات منفعه لتلك الفترة، بل تمتد إلى ما لحق العقار من أضرار أخرى أدت إلى نقص قيمته، وقد ضمّنها النظام ذلك فوق أجره المثل إذ نص في المادة الثالثة والعشرين منه على أن: «تقوم الجهة صاحبة المشروع بتعويض مالك العقار محل وضع اليد المؤقت عن الأضرار الناتجة عن ذلك»، كما أكد النظام ولأئحته التنفيذية على الضمانات التي تحفظ لمالك العقار ذلك الحق بأن نصت المادة العشرون منه على أنه: «٣- لا تجوز إزالة المنشآت أو المباني إلا بعد انتهاء الإجراءات الخاصة بتقدير التعويضات المستحقة عنها»، ونصت المادة الثالثة والعشرون من اللائحة على أن: «٢- على الجهة الحكومية -قبل وضع اليد المؤقت على العقار- أن تعد محضر وصف وحصر للعقار المراد وضع اليد عليه، وتسلم صورة منه لأصحاب الشأن من المالكين والشاغلين أو من يمثلهم؛ وذلك لمطابقتها مع حالة العقار عند انتهاء المدة المحددة لوضع اليد. ٣- يتم تقدير التعويض المستحق عن مدة وضع اليد المؤقت على العقار من قبل لجنة التقدير، وبشرط ألا يقل التعويض عن أجره المثل، بالإضافة إلى ما يترتب على ذلك من تكاليف...».

وقد جاء الحكم الصادر في الدعوى الإدارية رقم (٧/٨٩٨/ق) لعام ١٤٢٨هـ، مشيراً إلى ذلك المعنى حينما نص على: ((وتشير الدائرة إلى أن هناك فرقاً بين أجره المثل وبين التعويض العادل، ففي حالة وضع اليد المؤقت على العقار مدة معينة، فإن النظام نص على تعويض عادل لا يقل عن أجره المثل، وقد راعى المنظم ذلك بالنص على التعويض في حال وضع اليد المؤقت بدلاً عن أجره المثل؛ ذلك أنه في حالة النزاع، يتم انتقال ملكية العقار من الملكية الخاصة إلى ملكية الجهة النازعة له، ولا يملك المنزوع عقاره أي تصرف فيه بعد قرار النزاع، أما في حالة وضع اليد المؤقت، فإن العقار يظل تحت ملك صاحبه، إلا أنه لا يستطيع التصرف فيه بالبيع أو الإجارة أو الاستفادة منه بأي حال، فالضرر واقع حتماً إما بإخراجه من عقاره، أو نقص سعر العقار، أو غير ذلك من الأسباب، وهنا راعى المنظم ذلك، ووضع له التعويض العادل بدلاً من

أجرة المثل))^(١).

المبحث الثالث: دراسة تحليلية لأحكام القضاء الإداري بشأن التعويض بأجرة المثل للعقار:

الحكم الأول: الحكم الصادر عن محاكم الاستئناف الإدارية بديوان المظالم في الاستئناف رقم (٧٨١٧) لعام ١٤٤٠هـ:

((تتلخص الدعوى في طلب المدعي الحكم له بأجرة المثل لأرضه المنزوعة ملكيتها للمنفعة العامة إلى حين استلامه التعويض، وقد قضى الحكم الابتدائي باستحقاقه لذلك، بيد أن محكمة الاستئناف نقضت الحكم وحكمت برفض الدعوى؛ لجملة من الأسباب أبرزها انتفاء المنفعة في العقار المنزوع، وقد نص الحكم في أسبابه -بعد تقرير المسائل الأولية من الاختصاص وشروط القبول- على الآتي: أما عن الموضوع فإنه كانت المادة (٣/١٧) من نظام نزع ملكية العقار على الدائرة نصت على الشروط الواجبة لاستحقاق أجرة المثل من إخراج مالك العقار من عقاره أو منع الجهة نازعة العقار إياه من الانتفاع به كأن يكون مستقراً فيه بسكن أو تأجير أو زراعة أو سقي أو نحو ذلك لأن استحقاق أجرة المثل لا يكون إلا لمن يملك منفعة يستحق الأجرة مقابلها لفوات منفعة انعقد سبب وجودها فأجرة المثل ليس سببها التأخر عن صرف التعويض والذي عالجته المادة (١٨) من النظام ولما كان المدعي يطلب في دعواه تعويضه بأجرة المثل نتيجة نزع ملكية عقاره ولما كانت أجرة المثل مصطلح اجتهادي لحالات خاصة ومحددة للتعويض عن استغلال العقار بدون مسوغ شرعي إما عن طريق وضع اليد أو الغصب أو في حالة عدم الاتفاق على مقدار الأجرة أو تعذر إثباتها، يقول ابن تيمية: (عوض المثل كثير الدوران في كلام العلماء مثل قولهم: قيمة المثل، وأجرة المثل، ومهر المثل، ونحو ذلك، ويحتاج إليه فيما يضمن بالإتلاف من النفوس والأموال والأبضاع والمنافع). ولما كانت العلاقة بين صاحب العقار والجهة نازعة العقار ليست أجرة ولا غصباً لأن الغصب لغة أخذ الشيء ظلماً، أو قهراً جهاراً.

(١) الحكم الصادر في الدعوى الإدارية رقم (٧/٨٩٨) لعام ١٤٢٨هـ، منشور: مجموعة الأحكام والمبادئ لعام: ١٤٣٩هـ الصادرة عن مكتب الشؤون الفنية بديوان المظالم: ١٩٠/٣.

وفي الاصطلاح: الاستيلاء على حق الغير من مال أو اختصاص عدواناً، أي على وجه التعدي أو القهر بغير حق. مغني المحتاج: (٢/٢٧٥)، كشف القناع: (٤/٨٣)، المغني: (٥/٢٢٠). وهو محرم في القرآن والسنة والإجماع. المغني: (٥/٢٢٠)، كشف القناع: (٤/٨٣). وهذا لا يمكن تصوره في نزع الملكية لأن الهدف من نزع الملكية المصلحة العامة وهو يتنافى أصلاً مع عمل الجهات الإدارية التي تسعى إلى إشباع حاجات الأفراد أصلاً مع عمل الجهات الإدارية التي تسعى إلى إشباع حاجات الأفراد. فنزع الملكية لا يكون إلا للمصلحة العامة، فيجبر الشخص على المعاوضة عن شيء من أملاكه، للحاجة إليه في توسعة طريق عام، أو إنشاء مرفق، ونحو ذلك، ونزع الملكية يتم من خلال السلطان أو نائبه، فيقوم بمساومة أهل العقار، فإن رضوا بثمن معقول تم ذلك، ويدل لهذا فعل النبي ﷺ عندما أراد بناء مسجده، فعن أنس رضي الله عنه قال: «أمر النبي ﷺ ببناء المسجد، فقال: يا بني النجار، تأمنوني بحائطكم هذا، قالوا: لا والله، لا نطلب ثمنه إلا إلى الله...» وإن امتنعوا من بيعه فإنه يثمن تحصيلاً للمصلحة العامة مع حفظ حق المالك بتعويضه عن ملكه بالعوض العادل، ويدل لهذا ما حصل عند توسعة المسجد الحرام في خلافة عمر وعثمان رضي الله عنهما عندما ضاق المسجد بالمصلين والطائفين، فقد اشترى عمر وعثمان رضي الله عنهما الدور المحيطة بالمسجد، ومن أبي من أصحاب الدور أن يبيع ثمن داره، ثم رصد ثمنها في خزانة الكعبة، جاء في مجلة الأحكام العدلية (٥٤): «لدى الحاجة يؤخذ ملك كائن من كان بالقيمة بأمر السلطان». وقد أصدر مجمع الفقه الإسلامي الدولي قراره رقم (٢٩) (٤/٤) «بجواز نزع ملكية العقار للمصلحة العامة وفق ضوابط وشروط، منها: أن يكون نزع العقار مقابل تعويض فوري عادل يقدره أهل الخبرة بما لا يقل عن ثمن المثل، وأن يكون النزع للمصلحة العامة التي تدعو إليها ضرورة عامة أو حاجة عامة تنزل منزلتها كالمساجد والطرق والجسور» فقياس نزع الملكية للمصلحة العامة على الغصب في الأحكام والتي منها أجره المثل قياس غير صحيح لاختلاف العلة فيهما فعلة نزع الملكية المصلحة العامة أما في الغصب فهي مصلحة خاصة محضة مما يبطل معه اعتبار التعويض عن أجره المثل الوارد في المادة (٣/١٧)

في كل الأحوال دون التحقق من الشروط وأجرة المثل لا تكون إلا في الحالات التي ذكرت وليس منها نزع الملكية أو البيع الجبري للمصلحة العامة مما تكون معه حقيقة الدعوى بأجرة المثل هو التعويض عن خطأ الإدارة عن عدم صرفها للتعويض والتأخر فيه والتسبب بالأضرار التي حصلت عليه ولا يغير هذه الحقيقة أن النظام سماها أجرة مثل فالعبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني وبالتالي فإن النظر في الدعوى المتعلقة بالمطالبة بأجرة المثل وفقاً لنص المادة (٣/١٧) التي نصت على: «في كل الحالات إذا أخرجت الجهة صاحبة المشروع مالك العقار من عقاره أو منعه من الانتفاع به قبل تسلم التعويض سواء كان بصورة استثنائية أو غيرها فيعطى أجرة المثل عن المدة التي بين الإخلاء وتسلم التعويض ما لم يكن سبب تأخير صرف التعويض بسببه وتقدر أجرة المثل للجنة المنصوص عليها في المادة السابعة من هذا النظام» يكون على أساس التعويض بناءً على قواعد مسؤولية الإدارة عن أعمالها وليس على أساس أنها أجرة مثل التي نص عليها الفقهاء وبناءً على ذلك فإن من المستقر عليه لدى الفقهاء عدم جواز استحقاق أجرة المثل عن التعويض باعتباره مبلغاً زائداً عن التعويض كون الجهة الإدارية تعتبر مدينة للمضرور وعند الحكم له فإنه لا يستحق إلا المبلغ المترتب في ذمة الجهة الإدارية والحكم كاشف لحقيقة شغول ذمة المدعى عليها بالمبلغ من حين تسببها بالضرر وعند الحكم له بمبلغ أجرة المثل فإن هذا المبلغ يكون زيادة عن مبلغ الدين ويدخل في قاعدة: (كل قرض جر نفعاً فهو حرام) فأجرة المثل من ناحية الاستحقاق الشرعي لا تجوز ولكن لما نص النظام على تقرير التعويض بالشروط المذكورة بالمادة من قبيل المساعدة لمن نزع عنه عقاره ومراعاة لحالته فإنه صار استحقاقاً نظامياً، واجب على الجهة نازعة العقار الالتزام به لمن نزع منه العقار، مما ينتفي معه تطبيق نصوص الغصب على نزع الملكية وما يتبعه من لزومية الحكم بأجرة المثل وإنما الحكم بناءً على المادة (٣/١٧) يكون على أساس قواعد التعويض بتطبيق الشروط المنصوص عليها بالمادة من التحقق من الضرر على من نزع عنه العقار تحققاً يقينياً لا احتمالياً من فوات كسب أو لحوق خسارة للأرض الفضاء أو البيت المهجور ليس فيها أي

احتمالية لفوات كسب أو لحوق خسارة لأن وضعها ثابت سواء نزع ملكيتها أو لم تنزع كما أن القول أن كل مغصوب يستحق أجره المثل على إطلاقه ليس أمراً مسلم به في الفقه الإسلامي فقد قال المالكية: (للمغصوب منه غلة مغصوب مستعمل إذا استعمله الغاصب أو أكرامه، سواء كان عبداً أو دابة أو أرضاً أو غير ذلك على المشهور، فإذا لم يستعمل فلا شيء عليه ولو فوت على ربه استعماله، إلا إذا نشأ من غير استعمال كلبن وصوف وثمر) ... ولما كان ذلك وكان العقار أرض فضاء وبالتالي فإن صاحب العقار لا تنطبق عليه الشروط الواردة في المادة (٣/١٧) مما تنتهي معه الدائرة إلى رفض الدعوى)).

ويلاحظ في الحكم عدة أمور:

أولاً: حينما نص على أن: ((المادة (٣/١٧) من نظام نزع ملكية العقار على الدائرة نصت على الشروط الواجبة لاستحقاق أجره المثل من إخراج مالك العقار من عقاره أو منع الجهة نازعة العقار إياه من الانتفاع به كأن يكون مستقراً فيه بسكن أو تأجير أو زراعة أو سقي أو نحو ذلك))، فإنه يوحى إلى القارئ بأن النظام نص على ذلك، والحال أن اشتراط الاستقرار بالسكن أو التأجير ونحوه اجتهاد من الدائرة في تفسير المادة، ولم تشترط المادة ذلك، وذلك استدلال بمحل النزاع، إذ إن اشتراط ذلك لا يسلم به من يخالفهم.

ثانياً: حينما نص على أن: ((أجره المثل ليس سببها التأخر عن صرف التعويض والذي عالجهته المادة (١٨) من النظام))، فيه مخالفة لما بعده من نصه على أن: ((مما تكون معه حقيقة الدعوى بأجره المثل هو التعويض عن خطأ الإدارة عن عدم صرفها للتعويض والتأخر فيه والتسبب بالأضرار التي حصلت عليه))، وأيضاً كون المادة (١٨) تناولت حكماً من أحكام تأخر التعويض لا يلزم عنه ضرورة ألا يترتب على التأخر حكم آخر، فالسبب قد يكون له أكثر من أثر. ثالثاً: الحكم فرّق بين الغصب ونزع الملكية في نقطة الإباحة واستطرد في بيان حل نزع الملكية ومشروعيته بما لا يصب في محل النزاع، ونص على اختلاف الغاية والباعث والمقصد لكل منهما، وسمّى ذلك علة، بأن ذكر: ((فقياس نزع الملكية للمصلحة العامة على الغصب في

الأحكام والتي منها أجره المثل قياس غير صحيح لاختلاف العلة فيهما فعلة نزع الملكية المصلحة العامة أما في الغصب فهي مصلحة خاصة محضة) ، وإن من قاسها على الغصب لا يناع في شيء من ذلك، وإنما يبني القياس لاتفاقهما في مناط الضمان وعلته، على نحو ما أوضحناه في صلب البحث.

رابعاً: أن الحكم نص على أن: ((حقيقة الدعوى بأجره المثل هو التعويض عن خطأ الإدارة عن عدم صرفها للتعويض والتأخر فيه والتسبب بالأضرار التي حصلت عليه ولا يغير هذه الحقيقة أن النظام سماها أجره مثل...)) ولم يبيّن ما هي الأضرار، فإن كان المعني بها منفعة العقار الفائتة - وهو المتبادر إلى الذهن من نصوص النظام ومن واقع الحال-؛ فذلك يعود بالنقض على نفيه أن يكون التعويض هو أجره المثل؛ إذ ليس ضمان أجره المثل إلا جبراً للفائت من المنفعة، وإن كان المراد بها أضراراً أخرى، فلا بد من ذكرها.

ثم إن التفريق بين أن يكون التعويض على أساس قواعد مسؤولية جهة الإدارة عن أعمالها وبين أن يكون من التخريج على ما دونه الفقهاء من أحكام أجره المثل - لا ثمرة له؛ ذلك أنهما وسيلتان إلى غاية واحدة، وهي إصابة الحق في الوقائع المنظورة، والحكم فيها بحكم الله، وليست تلك القواعد دليلاً بذاتها، وإنما حالها كحال القواعد الفقهية، تجمع المتفرق من الفروع تحت المناط المشترك، لتيسير الوصول إلى الحكم، ولا سيما أن تلك القاعدة تنطوي على قدر من المرونة في إلحاق الوقائع بها؛ من حيث إنها مفرقة في العموم، ومن حيث ما اشتملت عليه من إجمال سواء في معنى الخطأ وضوابطه، وكذلك في معنى الضرر وضوابطه، وليس من حكم نص الفقهاء على وجوب الضمان فيه - إلا ويمكن تطبيق تلك القواعد عليه.

خامساً: نجد أن الحكم كيف التعويض بأجره المثل على أنه ربا، وأنه يدخل في قاعدة: (كل قرض جر نفعاً فهو حرام)، من حيث إن مبلغ التعويض عن نزع العقار ثابت في ذمة الجهة، وأن تضمينها أجره المثل زيادة على الدين من أجل التأخر، وذلك مؤسس على أن انتقال الملك يكون بالنزع، لا بتسليم التعويض، وقد فصلنا القول في ذلك، ولكن يرد عليه: أن ذلك لازم سواء

كيفية بأجرة المثل أم أوجبتها على أساس مسؤولية جهة الإدارة عن أعمالها كما نص عليه الحكم، ولكنه في سبيل الخروج من ذلك الإشكال استدرك بالنص: ((ولكن لما نص النظام على تقرير التعويض بالشروط المذكورة بالمادة من قبيل المساعدة لمن نزع عنه عقاره ومراعاة لحالته فإنه صار استحقاقاً نظامياً واجب على الجهة نازعة العقار الالتزام به لمن نزع منه العقار))، فجعله من باب التبرع والإحسان الذي ألزم به النظام، لا من العوض المستحق شرعاً، وقد تناولنا ذلك بالتفصيل، إلا أن ذلك يتناقض مع تخصيصها بما كان المدعي ينتفع به بسكن أو نحوه، كما يتناقض مع نصه السابق بأن: ((حقيقة الدعوى بأجرة المثل هو التعويض عن خطأ الإدارة عن عدم صرفها للتعويض والتأخر فيه والتسبب بالأضرار التي حصلت عليه)).

سادساً: نص الحكم على أن شرط الحكم بأجرة المثل: ((التحقق من الضرر على من نزع عنه العقار تحققاً يقينياً لا احتمالياً من فوات كسب أو لحوق خسارة فالأرض الفضاء أو البيت المهجور ليس فيها أي احتمالية لفوات كسب أو لحوق خسارة لأن وضعها ثابت سواء نزعت ملكيتها أو لم تنزع))، ونفيه لمطلق احتمال فوات الكسب أو لحوق الخسارة في الأرض الفضاء مخالف للواقع من تعاملات الناس على مر الأزمنة، فلم يزل الناس ينتفعون بالأراضي بمختلف السبل، سواء بزراعتها أو تأجيرها أو غير ذلك. وإن كان المقصود إمكان ألا ينتفع بها مالكاها؛ فذلك صادق على العقار المعمور كذلك، وإن كان المراد أن الأرض الفضاء تقل منفعتها عن الدار المعمورة، وأن في استيفاء منفعتها كلفة؛ فذلك مسلم به، ولكن لا يمنع من استحقاق الأجرة؛ إذ إن لذلك أثر في ما هو معلوم من التفاوت الكثير بين أجرة الدار المعمورة وأجرة الأرض الفضاء، وذلك مقدر في الحساب عند الحكم له بها، وإن كان المقصود أنه لم يكن مستوفياً للمنفعة حين النزع، فذلك تحكّم؛ إذ إن ذلك الاشتراط لا دليل عليه، ولا يتوقف عليه وصف الضرر، فمن لم يكن مستغلاً لعقاره حين النزع متضرراً بالفئات من المنفعة، كما أنه مناقض لوصف المنع في نص المادة، فالمنع حاصل سواء أكان مستغلاً للعقار قبل النزع أم لا.

سابعاً: ذكر الحكم أن: ((القول إن كل مغبوب يستحق أجرة المثل على إطلاقه ليس أمراً مسلماً

به في الفقه الإسلامي، فقد قال المالكية: للمغصوب منه غلة مغصوب مستعمل إذا استعمله الغاصب أو أكراه، سواء كان عبداً أو دابةً أو أرضاً أو غير ذلك على المشهور، فإذا لم يستعمل فلا شيء عليه ولو فوت على ربه استعماله...))، ويلاحظ أن الحكم ساق ذلك النص في جملة الأسباب التي يرفض بها استحقاق أجره المثل عن الأرض الفضاء دون المستغل من المعمور، وإن ذلك القول الذي ساقه الحكم يعتبر أن المنافع غير مضمونة دون تفريق بين المهجور والمعمور، كما أوضحناه سابقاً، فلا يستقيم به الاحتجاج في الأرض الفضاء دون المعمور من العقار، ولو التزم ذلك القول لَمَا صح الحكم بأجرة المثل في المنزوع من الدور التي يسكنها أصحابها.

ثم إن إيراد القول في معرض الرد دون الأخذ به والاستدلال له احتجاجاً بالخلاف، وهو منكر في مقام التمسك والعمل والفتيا، فضلاً عن مقام القضاء والحكم، فإما أن يكون آخذاً بالقول فيلتزم لوازمه، ويُسأل عن دليله، أو تاركاً له فلا يصح له الاحتجاج به.

وقد عرضنا سابقاً لجملة من الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية (الابتدائية) بديوان المظالم، التي انتهت إلى نقيض ما انتهى إليه هذا الحكم، ومنها أيضاً - ما لم نوردده مما صدر عن محاكم الاستئناف الإدارية - الحكم الصادر في الاستئناف رقم (٧١٣٠) لعام ١٤٤٠هـ إذ احتجت المدعى عليها في صحيفة الاستئناف بأن عقار المدعي أرض فضاء، وأنه لم يكن منتفعاً بها بسكن أو زرع أو نحوه، فلا ضرر، ثم نص الحكم - في سياق الرد على ذلك - على أن: ((كون أرضه فضاء لا يمنع أيضاً من استحقاقه لأجرة المثل لأن المادة (٣/١٧) من نظام نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة لم تشترط لاستحقاق أجره المثل ألا تكون الأرض فضاء وأن تكون الأرض عند النزع مما ينتفع بها المدعي بالسكن أو التأجير أو الزراعة)).

الحكم الثاني: الحكم الصادر عن المحاكم الإدارية بديوان المظالم في الدعوى رقم (١٩٠٨) لعام ١٤٤٢هـ.

تتلخص الدعوى في أن المدعي طلب من المدعى عليها إصدار مخطط تنظيمي (سكني-تجاري) لعقاره، فامتعت عن ذلك، حتى رفع دعوى ضدها لإلغاء ذلك الامتاع، فصدر الحكم له بذلك،

ثم تقدم في هذه الدعوى بطلب أجرة المثل للعقار من حين منعه إلى إصدار المخطط، فقضى الحكم بإلزامها بذلك مدة امتناعها وجاء في أسبابه:

((وأما عن موضوع الدعوى، فإن المدعي يملك نصيب (٨٧.٥٪) سبعة أثمان مشاعة من عقار بموجب الصك ذي الرقم (...). الصادر عن كتابة العدل الأولى بجدة بتاريخ ١٤٢٧/٨/٩هـ، وإن مقتضى الملكية الخاصة وحرمتها، أن يتصرف المالك في ملكه على النحو الذي يريده في إطار المباح شرعاً ونظاماً، فقد نص النظام الأساسي للحكم الصادر بالأمر الملكي ذي الرقم (٩٠/أ) بتاريخ ١٤١٢/٨/٢٧هـ في مادته الثامنة عشرة على أن: «تكفل الدولة حرية الملكية الخاصة وحرمتها...»، وإن حق الملكية يخول صاحبه حرية التصرف في ملكه، ولذلك يجب حمايتها من أي إجراء أو قرار من شأنه المساس بهذه الملكية أو الحد من استغلالها أو تقييد التصرف بها، فهذا هو الأصل، والاستثناء من ذلك أن يُمنع المالك من التصرف في ملكه أو يقيّد ويخصص استعماله وطريقة الانتفاع به، إلا أن السياسة الشرعية اقتضت - بسبب الأحوال الحادثة والظروف المعاصرة وابتغاء المصلحة العامة -، أن ينقلب ذلك الأصل استثناءً، والاستثناء أصلاً، في شأن التصرف في العقارات، فأصبح المالك لا يمكنه التصرف في عقاره وإجراء التصرفات عليه والانتفاع به والبناء عليه، إلا بعد استكمال المسوّغات النظامية لذلك من الجهات الإدارية كل في الشأن الذي تختص به، وإلا بعد اتخاذ الجهة المختصة الترتيب اللازمة، وموافقته على الإجراءات المطلوبة، كإصدار تراخيص البناء وصكوك الملكية، ومن ذلك إصدار المخطط التنظيمي (الكروكي) للغرض المعين، فإن صاحب العقار لا يمكنه تحديث صك الملكية وما يتبعه من وجوه الانتفاع بالعقار إلا بعد إصدار المخطط التنظيمي المطلوب للغرض المعين (سكني-تجاري) في هذه الدعوى، ولذلك، وبما أن هذا الحظر العام كان استثناءً من الأصل لأسباب محصورة، فإنه يجب على الجهات الإدارية ألا تمنع أحداً من حقه إلا في أضيق الحدود وللأسباب الظاهرة المشروعة التي نصت عليها الأنظمة والأوامر، إنزالاً للاستثناء والأصل محل كل منهما، فإن للإمام تقييد المباح، ولكن (تصرف الإمام على الرعيّة منوط

بالمصلحة)، وإنها بامتناعها عن منح أي مالك ما يلزمه للتمكن من التصرف في ملكه بغير حق تكون خاطئة ومسؤولة عن امتناعها ذلك، وضامنة لما ترتب عليه من ضرر، إذ يكون امتناعها في حكم غصب المنافع، هذا، ولما كان المدعي قد تقدم للمدعى عليها بالمعاملة المقيدة بالرقم (...) بتاريخ ٢٩/١١/١٤٢٧هـ لاستصدار مخطط تنظيمي (سكني-تجاري) للعقار، واستفرد الوُسع في سبيل ذلك واستنفد ما في يده من السبل لأجل إصداره، فامتعت المدعى عليها عن إجابة طلبه؛ فإنه بذلك قد أعذر إلى خصيمته، وأقام الحجة عليها، ونفى عن نفسه التفریط في استخلاص حقه، ثم إنه بعد ذلك رفع دعوى أمام المحكمة الإدارية بمحافضة جدة لإلغاء قرارها ذلك، وقُيِّدَت دعواه بالرقم (...) لعام ١٤٢٨هـ وتبين من خلال أسباب الحكم ونتيجته - المؤيدة بحكم محكمة الاستئناف سالف الذكر - أن المدعى عليها كانت مخطئة في امتناعها، وبذلك يتبين بطلان دفع المدعى عليها بأنها لم تخطئ في تصرفها بحجة أن المنطقة عشوائية، إذ إن ادعاءها بذلك مناقضة للحكم السابق بإلغاء قرارها، وإنكار لحجية الأمر المقضي، وقد تضمن الحكم في أسبابه الرد على احتجاجها ذلك إذ نص على أنه: ((بما أن الثابت أن المدعى عليها امتعت عن منح المدعي كروكي تنظيمي -سكني تجاري-، مدعية أن المخطط الذي يقع عليه عقار المدعي سكني فقط، ويعتبر ذلك مجرد ادعاء يعوزه الدليل المثبت والذي لا تعجز عن إثباته المدعى عليها حيث لم تقدم المدعى عليها نسخة من وثيقة المخطط، أو كروكيات المجاورين، علاوة على أن المدعي قدم صوراً فوتوغرافية لمحللات تجارية تقع على نفس الشارع الذي يقع عليه عقاره، وعقب ممثل المدعى عليها على ذلك بأنه لا يوجد كروكيات للعقارات الواقعة نفس الشارع كونها منطقة عشوائية، ولذا فإن ما تقدم يثبت وقوع عقار المدعي على شارع تجاري، وليس سكني كما ذكرت المدعى عليها، ومما يؤكد اضطراب المدعى عليها في هذا الشأن هو أن المدعى عليها أصدرت للمدعي كروكي تنظيمي -سكني تجاري- كما هو ثابت من الكروكي الصادر بتاريخ ٤/١/١٤١٥هـ، وهذا يدل على أنه لا توجد ضوابط نظامية لذلك تعتمد عليها المدعى عليها، وهو ما يؤكد أن امتناعها عن إصدار كروكي تنظيمي -سكني تجاري- إنما

هو تحكم بلا دليل يؤيده من النظام، ويؤيد ذلك ما طلبته الدائرة من ممثل المدعى عليها تقديم نسخة من وثيقة المخطط الأساسي أو كروكيات تنظيمية للمجاورين تفيد أن الموقع عبارة عن منطقة سكنية، فلم يقدم سوى كروكيات تنظيمية لعقارات غير مجاورة لعقار المدعى ولا تقع على نفس العقار، وبما أن امتناع المدعى عليها عن إصدار كروكي تنظيمي -سكني تجاري- دون مستند شرعي أو نظامي معيب يستوجب إلغاؤه، وبذلك تقضي) ، وإن خطأها ذلك أورت ضرراً بأن أدى إلى تعذر انتفاع المدعي بملكه طيلة تلك الفترة، ولذلك؛ وجب عليها التعويض بجبر الضرر، وضمنان الفأنت، فإن الله سبحانه قد قال: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ...﴾ والمعنى الجامع لتلك الآية كل ما كان فيه تجاوز لحق الله أو حق العباد في التعاملات، وقد روي عن رسول الله ﷺ قوله: «لا ضرر ولا ضرار»، ورتب العلماء على ذلك القاعدة الكلية الكبرى التي تنص على أن: (الضرر يزال)، وعلى ذلك أسس العلماء عدداً من الأحكام والفروع لضمنان الحقوق ورفع الظلم وجبر الضرر، ومن ذلك تضيمنهم الغاصب أجرة مثل ما غصبه مدة بقائه في يده، فضلاً عن ضمان عينه ونقصها، إذ يقول ﷺ: «ليس لعرق ظالم حق» ويقول: «من اقتطع شبراً من الأرض ظلماً طوقه الله إياه يوم القيامة من سبع أرضين» ومقتضى ذلك تضيمنه؛ رافعاً للظلم وجبراً للضرر، وفي ذلك يقول البهوتي -رحمه الله- في كشف القناع: (وإن كان للمغصوب منفعة تصح إجارتها... فعلى الغاصب أجرة مثله مدة مقامه في يده سواء استوفى... المنافع أو تركها تذهب) وفي موضع آخر: (وعليه أجزتها أي أجرة مثل الأرض مدة احتباسها، لأن منافعها ذهبت تحت يده العادية، فكان عليه عوضها كالأعيان) كما يقول في شرح منتهى الإرادات: (وما سحت إجارتها من مغصوب ومقبوض بعقد فاسد... فعلى قابض وغاصب.. أجرة مثله مدة بقائه بيده فتضمن منافعه بالفوات والتفويت أي سواء استوفى المنافع أو تركها تذهب... ولأن المنفعة مال متقوم فوجب ضمانه كالعين)، ويعلل ذلك ابن قدامة -رحمه الله- بقوله في الشرح الكبير: (لأنه أُلّف متقوماً فوجب ضمانه كالأعيان أو نقول: مال متقوم مغصوب فوجب ضمانه كالعين)، وإن الناظر المتأمل في تلك النصوص وما بُنيت عليه، ليجد أن العلة التي بها يتعلق

الحكم، والمناط الذي عليه يدور التضمين، هو مطلق منع المنفعة وحبسها بغير حق عن مالكةا وذهاب المنافع تحت اليد العادية. وَمَنَعُ المدعى عليها المدعي من المخطط التنظيمي المطلوب، وامتناعها عن منحه ما يلزم للانتفاع بملكه دون سبب مشروع يعدّ من ذلك، وفقاً لما سبق بيانه، وإن التعويض العادل الذي يكون في مثل تلك الحالة هو أجرة المثل المقدرة لفترة الامتناع غير المشروع وفقاً لما قرره الفقهاء، ولما اقتضته قواعد المسؤولية، وما جرت به الأحكام، إذ هو مقدار الضرر النازل بالمدعي، وهو مقدار ما فوّتته المدعى عليها، وأما عن المدة التي يشملها التعويض فإنها الممتدة من تقدّم المدعي بطلبه للمدعى عليها بالمعاملة المقيدة بالرقم (...). بتاريخ ٢٩/١١/١٤٢٧هـ، إذ هو التاريخ الذي يمكن منه نسبة الامتناع غير المشروع -وهو مناط التضمين- للمدعى عليها... فتلك هي بداية المدة، وتمتد حتى صدور حكم محكمة الاستئناف المذكور سلفاً- ٢٦/١/١٤٤١هـ، إذ كان هو الراجع لامتناع المدعى عليها، وأما ما بعد ذلك فلا تعدّه الدائرة ضمن الفترة المشمولة بالتعويض، فلم يثبت أنها امتنعت عن تنفيذ الحكم، ولا يمكن نسبة ذلك إليها في حين أنه لا يعلم متى تبلفت بالحكم، والحال أن دراسة المعاملة وتنفيذ الطلب يستغرق وقتاً، وأن إصدارها للمخطط التنظيمي المطلوب بعد ذلك يدل على امتثالها للحكم وتنفيذها للطلب، وأجرة المثل للعقار محل الدعوى قدرها أهل الخبرة... ليكون مقدار ما يستحقه المدعي (٧٥، ١٩١، ٢٠٤) مئتين وأربعة آلاف ومئة وواحد وتسعين ريالاً وخمساً وسبعين هللة، وهو ما تقضي به الدائرة للمدعي)).

ويلاحظ في الحكم أمور:

أولاً: أنه أكد على أن العلة في ضمان المنافع هي مطلق منعها بغير حق عن مالكةا، وأن ذلك لا يختص بالغصب، حينما نص على أن: ((الناظر المتأمل في تلك النصوص وما بُنيت عليه، ليجد أن العلة التي بها يتعلق الحكم، والمناط الذي عليه يدور التضمين، هو مطلق منع المنفعة وحبسها بغير حق عن مالكةا وذهاب المنافع تحت اليد العادية. وَمَنَعُ المدعى عليها المدعي من المخطط التنظيمي المطلوب، وامتناعها عن منحه ما يلزم للانتفاع بملكه دون سبب مشروع يعدّ

من ذلك)).

ثانياً: في سبيل تحقيق المناط -المذكور آنفاً- نجد الحكم استطرد في بيان حال الواقع، وقدم لذلك بمقدمة طويلة من أن تمكين مالك العقار من الاستفادة منه منوطٌ بجهة الإدارة، وأنها بذلك مسؤولة عن أي خطأ من جانبها يؤدي إلى منع ملك العقار من الانتفاع به، كل ذلك في سبيل تحقيق المناط بإثبات نسبة المنع غير المشروع إلى المدعى عليها، وذلك حينما نص على أنه: ((أصبح المالك لا يمكنه التصرف في عقاره وإجراء التصرفات عليه والانتفاع به والبناء عليه، إلا بعد استكمال المسوّغات النظامية لذلك من الجهات الإدارية كل في الشأن الذي تختص به، وإلا بعد اتخاذ الجهة المختصة الترتيب اللازمة، وموافقته على الإجراءات المطلوبة، كإصدار تراخيص البناء وصكوك الملكية، ومن ذلك إصدار المخطط التنظيمي (الكروكي) للفرض المعين، فإن صاحب العقار لا يمكنه تحديث صك الملكية وما يتبعه من وجوه الانتفاع بالعقار إلا بعد إصدار المخطط التنظيمي المطلوب للفرض المعين (سكني-تجاري) في هذه الدعوى... وإنها بامتناعها عن منح أي مالك ما يلزمه للتمكن من التصرف في ملكه بغير حق تكون خاطئة ومسؤولة عن امتناعها ذلك، وضامنة لما ترتب عليه من ضرر، إذ يكون امتناعها في حكم غصب المنافع)).

ثالثاً: أنه نبّه إلى أن السياسة الشرعية والأنظمة، إذا قيّدت المباح فإنها تقصر على أضيق ما تصدق عليه ولا تُوسّع دلالاتها، بأن ذكر أن الأصل أن يتمكن مالك العقار من التصرف فيه والانتفاع به بكل وجوه الانتفاع وأنواع التصرفات دون الحيلولة بينه وبين ذلك، وذكر أن: ((الاستثناء من ذلك أن يُمنع المالك من التصرف في ملكه أو يقيّد ويخصص استعماله وطريقة الانتفاع به، إلا أن السياسة الشرعية اقتضت -بسبب الأحوال الحادثة والظروف المعاصرة وابتغاء المصلحة العامة-، أن ينقلب ذلك الأصل استثناءً، والاستثناء أصلاً، في شأن التصرف في العقارات، فأصبح المالك لا يمكنه التصرف في عقاره وإجراء التصرفات عليه والانتفاع به والبناء عليه، إلا بعد استكمال المسوّغات النظامية لذلك... ولذلك، وبما أن هذا الحظر العام

كان استثناءً من الأصل لأسباب محصورة، فإنه يجب على الجهات الإدارية ألا تمنع أحداً من حقه إلا في أضيق الحدود وللأسباب الظاهرة المشروعة التي نصت عليها الأنظمة والأوامر، إنزائاً للاستثناء والأصل محل كل منهما، فإن للإمام تقييد المباح، ولكن (تصرف الإمام على الرعيّة منوط بالمصلحة) (...)).

رابعاً: أن الحكم اعتمد - في اعتبار امتناع المدعى عليها غير مشروع، وفي إثبات ركن الخطأ ونسبته إليها - على الحكم السابق الصادر بإلغاء قرار امتناعها ذلك، واستند إلى أسبابه في ذلك، إذ جاء فيه: ((ثم إنه بعد ذلك رفع دعوى أمام المحكمة الإدارية بمحافظه جدة لإلغاء قرارها ذلك، وقُيِّدَت دعواه بالرقم (...). لعام ١٤٢٨هـ وتبين من خلال أسباب الحكم ونتيجته - المؤيدة بحكم محكمة الاستئناف سالف الذكر - أن المدعى عليها كانت مخطئة في امتناعها، وبذلك يتبين بطلان دفع المدعى عليها بأنها لم تخطئ في تصرفها بحجة أن المنطقة عشوائية، إذ إن ادعاءها بذلك مناقضة للحكم السابق بإلغاء قرارها، وإنكار لحجية الأمر المقضي، وقد تضمن الحكم في أسبابه الرد على احتجاجها ذلك))، وذلك باعتبار أن الحكم بإلغاء القرار الإداري حجة تُثبت خطأ جهة الإدارة، إلا أن ذلك ليس على إطلاقه، فقد يصدر الحكم بإلغاء القرار الإداري، ولا يُنسب به لجهة الإدارة خطأً يوجب التعويض (الضمان)، ولذلك نجد الحكم قد ساق أسباب الحكم السابق وأكد على ما تضمنته، ولم يكتفِ بنتيجته.

الخاتمة:

وبعد، فهذا جهد المقلِّ ونظر القاصر، عسى أن يجد من القارئ المسامحة والمعدرة، سائلاً المولى عز وجل أن يبارك فيه وينفع به، سبحانه أكرم من سئل وأجود من أعطى وما بغل، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

وفي الختام نستعرض أهم ما ظهر للباحث من نتائج وتوصيات تمخض البحث عنها، وأسفرت عنها فصوله ومسائله فيما يلي:

النتائج:

- أن سبب استحقاق أجره المثل وموجبها هو وضع جهة الإدارة يدها على ملك محترم، ومنعها المنافع عن صاحبها، باعتبار أن الملك لم ينتقل إلا بدفع العوض، وعلى ذلك يؤسس النظر في المسائل المتعلقة بها.
- أن تقدير أجره المثل يخضع لأسس متعددة مدارها الوصول إلى القيمة العادلة لها، ويحدد ذلك بمعطيات وعوامل كثيرة، ومرجع ذلك إلى أهل الخبرة، ومراقبة صحته منوطة بالقضاء.
- أن دعاوى المطالبة بأجره المثل إما أن تكون ناشئة عن قرار بنزع الملكية، أو لا، فإن صدر بشأن العقار قرار بالنزع؛ فهي من دعاوى إلغاء القرار الإداري، وتتنظر على ضوء ذلك، وإلا كانت من دعاوى التعويض عن أعمال جهة الإدارة، وفي كل يختص القضاء الإداري ممثلاً في المحاكم الإدارية بديوان المظالم بنظر تلك القضايا ما دامت ضد جهة الإدارة، أو متعلقة بقرار نزع ملكية.
- يشترط للحكم بأجره المثل التيقن من ملك المدعي بها للعقار محل الدعوى، ملكاً تاماً مثبتاً بالوثائق الرسمية، لا منازعة فيه.
- لا فرق بين عقار وآخر في أصل الاستحقاق، سواء كان أرضاً فضاءً، أو غرساً، أو معموراً ببناء، وإنما الفرق في مقدار الاستحقاق، كما لا يشترط أن يكون مالك العقار مستغلاً له أو منتفعاً به قبل حصول موجب استحقاقها.
- منع جهة الإدارة ملك العقار من منفعه ليس محصوراً في صورة معينة أو عمل محدد، فقد يكون بإجراء نظامي يترتب عليه إيقاف التصرف، وتعطيل الانتفاع، كقرار النزع، أو الامتناع عن إجراءات نظامية معينة، وقد يكون بعمل مادي.

التوصيات:

- يوصي الباحث - عند إعادة النظر في النظام ولائحته وإزماع تعديل شيء منهما فيما يتعلق بأجرة المثل - أن يُتَقَصَّى ما قد يتفرع من مسائل وما يحدث من الحالات، ثم يشملها بنصوص تقطع النزاع، وتحسم مادة الخلاف، سداً للثغرات والفراغات التشريعية.
- إدراك المشتغلين بالشأن القضائي والفقهي والتنظيمي ما بُنِيَتْ عليه الأحكام من أسباب، ومعرفة مناط الحكم في المسائل، دون الوقوف على حرفية النصوص، والجمود على الفروع، لِمَا لذلك من أثر في معرفة أحكام المسائل المتفرعة التي لم يشملها النص الشرعي أو النظامي.
- معرفة الواقع بقدر ما يدرك به تحقيق المناط على الوجه الصحيح.
- عقد ندوات اجتهاد جماعي في مسائل مشكلة تحتاج إلى ذلك، مثل تقسيط التعويض وأثره على استحقاق أجرة المثل، وأثر ما تحدثه جهة الإدارة من تغييرات بعد النزاع، وما يحصل به المنع في الصور المعاصرة، ولا سيما أنها مسائل تستدعي استحساناً يعدل بها عمّا نص عليه الفقهاء في نظائرها، أو أنها نوازل لم يكن لهم فيها كلام.
- أن تتولى المحكمة الإدارية العليا إصدار مبادئ تقطع بها تفاوت الاجتهادات على صعيد محاكم الاستئناف الإدارية.
- ضبط تصرفات جهة الإدارة والتزامها بالأنظمة واللوائح بالنظام، وتمكينها بالمعرفة الشرعية والنظامية؛ لتتفادى النزاعات، وهدر المال العام، ولتجد من الحلول والمخارج ما تحفظ به الحقوق وتدرأ من جانبها الظلم.

بحث محكم

مدى مسؤولية الإدارة عن أوجه عدم المشروعية الخارجية للقرار الإداري؛ دراسة تحليلية في ضوء أحكام ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية

د. أيمن محمد فتحي رميس

أستاذ القانون الإداري المشارك بمعهد الإدارة العامة

الملخص

يهدف هذا البحث إلى تحديد مسؤولية الإدارة عن أوجه عدم المشروعية الخارجية للقرار الإداري، من خلال تحليل عيبي عدم الاختصاص والشكل والإجراءات، حيث تثير هذا العيوب العديد من الأسئلة التي تطرح مشكلة البحث، والتي تتمحور حول أساس الاستقرار بعدم مسؤولية الإدارة عن تلك العيوب، ومدى صلاحيتها كمبرر للتعويض. حيث اتسمت غالبية المعالجات القانونية للموضوع بالضبابية وعدم التناهي إلى كافة عناصره، وتباين الأحكام القضائية وترددتها في الوقت الذي تمثل فيه دعوى التعويض طوق النجاة الأخير للمضروب من قرارات الإدارة، فتلامس دعوى الإلغاء أهمية وتتجاوزها تأثيراً في التزام الجهات الحكومية بالأنظمة واللوائح؛ خشية الانتقاص من مواردها المالية التي تعتمد عليها في تقديم خدماتها وتأمين احتياجاتها. وقد اعتمد البحث في تناوله للموضوع المنهج الوصفي التحليلي المدعم بالتطبيقات العملية لأحكام ديوان المظالم، وتم تقسيمه إلى مبحثين، تناول الأول: عدم مسؤولية الإدارة عن أوجه عدم المشروعية الخارجية للقرار الإداري، وتناول الثاني: مسؤولية الإدارة عن أوجه عدم المشروعية الخارجية للقرار الإداري. وخلص البحث إلى نتائج أهمها: أن ترسيخ مبدأ المشروعية بإلغاء القرار الإداري المعيب بأوجه الإلغاء الخارجية لا يستلزم منه ضرورة

التعويض، فعيب عدم الاختصاص البسيط يصلح كسبب للإلغاء ولا يصلح كمبرر للتعويض، وعيب عدم الاختصاص الجسيم يصلح كسبب للإلغاء ولا يصلح في كل أحواله كمبرر للتعويض، وعيب الشكل والإجراء الثانوي لا يصلح كسبب للإلغاء ولا يصلح كمبرر للتعويض، وعيب الشكل والإجراء الجوهرى يصلح كسبب للإلغاء ولا يصلح في كل صوره كمبرر للتعويض. وقد خُتم البحث بعدة توصيات في مقدمتها: التسليم بتوافر ركن الخطأ في دعوى التعويض التالية لحكم الإلغاء، وإعمال مبدأ الفصل بين السلطات في تقرير مسؤولية الإدارة عند اغتصابها لأعمال السلطتين التشريعية والقضائية، وإعمال فكرة الأثر الحاسم في تقرير مسؤولية الإدارة عن عيب الإجراء الجوهرى.

الكلمات المفتاحية: القرار الإداري- عيب عدم الاختصاص- عيب الشكل- المسؤولية الإدارية- التعويض- عيوب المشروعية الخارجية.

مقدمة

تعتبر دعوى المسؤولية الإدارية أو دعوى التعويض من أهم دعاوى القضاء الكامل حيث يتمتع فيها القاضي الإداري بسلطات واسعة، بالمقابل مع دعوى الإلغاء التي تقتصر فيها سلطة القاضي -من حيث المبدأ- على إلغاء القرار فقط، إذا كان مشوباً بعيب من عيوب عدم المشروعية، ودعوى التعويض دعوى شخصية يرفعها ذو الشأن إلى القاضي للحصول على حكم بإلزام الإدارة بأن تؤدي إليه مبلغاً مالياً عن الأضرار التي أصابته نتيجة أعمالها وتصرفاتها الخاطئة غالباً وغير الخاطئة أحياناً.

وتزداد أهمية دعوى التعويض مع ازدياد تدخل الدولة الحديثة في كافة الميادين والأنشطة، وبخاصة تلك التي كانت محجوزة للأفراد، مما أدى بالتبعية إلى زيادة حجم الأضرار وتوسعها؛ وانعكس ذلك على دعوى التعويض فتبوأ مكان الصدارة في القضاء الإداري، وقد كانت الشريعة الإسلامية سباقة في إقرار الحق في التعويض، دلت على ذلك الأحاديث النبوية، ومنه قوله ﷺ

بأنه: «لا ضَرَر ولا ضِرَار»، والقواعد الفقهية، ومنه بأن: (الضرر يزال)، في الوقت الذي كانت فيه أنظمة قضائية أخرى تترنح في عدم مسؤولية الإدارة ارتباطاً بالنظرية الشيوعية، وأن السلطة تآبى الخضوع للمسؤولية.

وإذا كانت دعوى التعويض تطل كافة تصرفات الإدارة القانونية وأعمالها المادية، إلا أنه تبقى ذات أهمية بالغة في مواجهة القرار الإداري، باعتباره الوسيلة الأكثر تطبيقاً في الواقع العملي، والذي تلجأ إليه الإدارة في تسيير أنشطتها وتقديم خدماتها بإرادتها المنفردة، لذلك كان منطقياً أن تكون جُل دعاوى التعويض المعروضة على القضاء الإداري مبنية على قرارات الإدارة. ودعوى التعويض هي الوسيلة المباشرة في جبر الأضرار الناتجة عن القرارات الإدارية المييبة، فالحكم بالإلغاء لا يكفل تغطية كافة الآثار الناجمة عن القرار، وقد يعجز عن محو تلك الآثار حال استحالة تداركها، وقد يتحصن القرار ضد الإلغاء بفوات مواعيد الطعن عليه؛ وهنا تبرز دعوى التعويض كطوق النجاة الأخير للمضروب من القرار الإداري المييب.

ولا شك أن دعوى التعويض تحقق مبدأ العدالة القضائية، وتحول دون استبداد الإدارة بقرارات غير مشروعة، حيث تشكل ضغطاً مباشراً على الجهات الحكومية بالالتزام بالأنظمة واللوائح، فالجهات الحكومية قد لا تعبأ بأحكام الإلغاء، بقدر ما تعبأ بأحكام التعويض، لما لهذه الأخيرة من التأثير على ماليتها، والانتقاص من قدرتها على تقديم خدماتها أو تلبية احتياجاتها. والأصل في إطار المسؤولية على أساس الخطأ، أن الإدارة لا تسأل عن قراراتها المشروعة، إذ إن المناطق في مسؤولية الإدارة بالتعويض هو تحقق ركن الخطأ في القرار، ولا يستقيم هذا الركن إذا كان القرار الإداري مشروعاً من الناحية النظامية، ولا سيما إذا تأكدت مشروعيته برفض دعوى الإلغاء، وبالمقابل تُسأل الإدارة بالتعويض عن قراراتها غير المشروعة ولا سيما تلك التي حكم القضاء بإلغائها.

ويحكم القاضي بإلغاء القرار إذا كان معيباً بعبء من عيوب عدم المشروعية، وقد حدد المنظم أوجه عدم مشروعية القرار، وفيها نصت الفقرة (ب) من المادة (١٣) من نظام ديوان المظالم

على أن: «تختص المحاكم الإدارية بالفصل في دعاوى إلغاء القرارات الإدارية النهائية التي يقدمها ذوو الشأن، متى كان مرجع الطعن عدم الاختصاص، أو وجود عيب في الشكل، أو عيب في السبب، أو مخالفة النظم واللوائح، أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها، أو إساءة استعمال السلطة، بما في ذلك القرارات التأديبية، والقرارات التي تصدرها اللجان شبه القضائية والمجالس التأديبية. وكذلك القرارات التي تصدرها جمعيات النفع العام - وما في حكمها - المتصلة بنشاطاتها، ويعد في حكم القرار الإداري رفض جهة الإدارة أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه طبقاً للأنظمة واللوائح» وعلى ذلك تصلح كافة أوجه عدم المشروعية المحددة نظاماً كمبرر للتعويض، بمعنى أن القرار الإداري متى كان معيباً تحقق معه ركن الخطأ الذي هو أساس مسؤولية الإدارة، ولكن السؤال الذي يثار في هذا الصدد عن مدى الموافقة بين النتيجة المنطقية في انعقاد مسؤولية الإدارة حال عدم مشروعية القرار في جانب والواقع العملي أمام القاضي الإداري في جانب آخر، إذ إن المتبادر للتو، أن مجرد إلغاء القرار ينهض مبرراً للتعويض.

والحقيقة أن الواقع العملي لا يطابق النتيجة المنطقية في تقرير مسؤولية الإدارة عن قراراتها غير المشروعة، وذلك لسببين، فأما الأول: فإن دعوى التعويض تتطلب بالإضافة إلى ركن الخطأ توافر ركني الضرر وعلاقة السببية، وأما الثاني: فإن أوجه عدم مشروعية القرار الإداري ليست على السواء في تقرير مسؤولية الإدارة، حيث استقر الفقه والقضاء على تصنيف تلك الأوجه إلى نوعين، النوع الأول: أوجه عدم المشروعية الداخلية أو الموضوعية وهي التي تبرر التعويض، والنوع الثاني: أوجه عدم المشروعية الخارجية أو الشكلية ولا تبرر التعويض، غير أن هذا التقسيم يعوزه المزيد من البحث والتحليل، وقد وقع اختياري على النوع الثاني من تلك الأوجه ليكون محلاً للبحث حيث يثير العديد من الأسئلة.

إشكالية البحث: تتحدد إشكالية البحث من خلال طرح الأسئلة التالية:

- ما هو أساس الاستقرار القضائي لعدم مسؤولية الإدارة عن عيوب المشروعية الخارجية للقرار الإداري.
- مدى كفاية التسبب القضائي لرفض التعويض عن أوجه عدم المشروعية الخارجية للقرار الإداري.
- ما هو أثر الحكم القضائي الصادر بإلغاء القرار على الفصل في دعوى التعويض.
- مدى صلاحية أوجه عدم المشروعية الخارجية للقرار الإداري كمبرر للحكم بالتعويض.

أهمية البحث: تظهر أهمية البحث من جانبين نظري وعلمي:

- فعلى الجانب النظري: اتسمت المعالجات القانونية حول موضوع البحث بالضبابية، وعدم التناهي إلى كافة عناصره، حيث لم يحتل في المؤلفات العامة أو المتخصصة سوى سطور معدودة وإشارات محدودة على أهميته.
- وعلى الجانب العملي: تباينت أحكام ديوان المظالم في التطبيقات العملية بالتعويض عن أوجه الإلغاء الخارجية للقرارات الإدارية، وقد صاحب بعضاً منها قصور في التسبب وفساد في الاستدلال.

أهداف البحث:

يسعى هذا البحث إلى تحقيق الأهداف التالية:

- تكريس قاعدة عدم مسؤولية الإدارة عن أوجه عدم المشروعية الخارجية للقرار الإداري.
- تحليل حالات عدم الاختصاص الجسيم في القرار الإداري وبحث مدى مسؤولية الإدارة عنها.
- تقصي عيب الشكل والإجراء الجوهرية في القرار الإداري ومدى صلاحيته كمبرر لمسؤولية الإدارة.
- بيان الأفكار القانونية في تقرير مسؤولية الإدارة عن أوجه عدم المشروعية الخارجية للقرار الإداري.
- تقديم توصيات في دعوى التعويض عن أوجه عدم المشروعية الخارجية للقرار الإداري.

منهجية البحث:

يعتمد هذا البحث على المنهج الوصفي التحليلي من خلال جمع المعلومات المرتبطة بموضوعه وتحليلها واستخلاص نتائجها، مع تعزيز البحث بالجانب التطبيقي بمتابعة أحكام ديوان المظالم حول موضوع البحث والتعليق عليها؛ بهدف إيجاد حلول للقضايا العملية التي تعرض على الديوان.

خطة البحث:

تحقيقاً لأهداف البحث، فقد تم تقسيمه إلى مبحثين، تناول الأول: عدم مسؤولية الإدارة عن أوجه عدم المشروعية الخارجية للقرار الإداري، وتناول الثاني: مسؤولية الإدارة عن أوجه عدم المشروعية الخارجية للقرار الإداري. وينتهي البحث بالخاتمة التي تتناول أهم النتائج والتوصيات متبوعة بقائمة أهم المراجع.

المبحث الأول: عدم مسؤولية الإدارة عن أوجه عدم المشروعية الخارجية للقرار الإداري:

المستقر في كتب الفقه وأحكام القضاء، أن أوجه عدم المشروعية الخارجية للقرار الإداري لا تصلح كأساس للحكم بالتعويض في مواجهة الإدارة، وتوصف هذه الأوجه بالخارجية أو الظاهرية أو غير الموضوعية، إذ هي تحدد المظهر الخارجي للإرادة المتجسدة في القرار الإداري دون أن تكون موضوع الإرادة ذاتها. ويعرفها بعضهم ارتباطاً بعدم التعويض عنها، بأنها الأركان التي لا يترتب عليها التعويض عن القرار الإداري، في حالة وجود مخالفة بسيطة تتعلق بها^(١). وتتمثل تلك الأوجه في عيب عدم الاختصاص وعيب الشكل والإجراءات، ومما يلزم معه تحديد تلك الأوجه بدقة وبيان الأساس القانوني لعدم مسؤولية الإدارة عنها، هذا ما نتناوله في المطلبين التاليين.

(١) الطهراوي، هاني بن علي (١٤٣٧هـ). الطبعة الأولى، الناشر مكتب المحامي كاتب الشمري، الرياض، ص ١٤٠.

المطلب الأول: أوجه عدم المشروعية الخارجية التي لا تبرر مسؤولية الإدارة:

عيب عدم الاختصاص البسيط:

إن فكرة تحديد اختصاصات معينه لرجال الإدارة هي نتيجة من نتائج مبدأ الفصل بين السلطات، الذي يقتضي أن تباشر كل سلطة الاختصاص المسند إليها وفقاً لأحكام الدستور، فلا تعدي سلطة في مزاولة نشاطها على اختصاص سلطة أخرى، هذا المبدأ لا يقتصر على تحديد اختصاصات السلطات العامة الثلاث (التشريعية والتنفيذية والقضائية) فقط، وإنما يستتبع أيضاً توزيع الاختصاصات في نطاق السلطة الواحدة أيضاً^(١).

وفكرة الاختصاص هي من إحدى أهم الأفكار الرئيسية في القانون العام، بل هي من أسسه، كونها مشروطة لمصلحة الإدارة نفسها، حتى يستطيع رجل الإدارة أن يتفرغ لنوع من الأعمال، الذي يجيده بمضي الزمن، فيتحقق بذلك سرعة إنجاز الأعمال الإدارية، وهي مشروطة أيضاً لمصلحة الأفراد وذلك لتحديد المسؤولية وسهولة توجيه الأفراد في أقسام متعددة^(٢).

ويعد الاختصاص مجموعة الصلاحيات التي تسمح للموظف القيام ببعض الأعمال القانونية في إطار الوظيفة العامة، وعلى هذا الأساس يجب أن يصدر القرار من الموظف الذي حدده المشرع في حدود الاختصاص المخول، فالاختصاص في مجال القرارات الإدارية هي بمثابة ولاية الإدارة على القيام ببعض الأعمال القانونية لذا تكون مشوبة بعيب عدم الاختصاص إذا صدرت ممن لا ولاية له بإصداره^(٣).

والاختصاص يعني السلطة أو الصلاحية القانونية التي يتمتع بها متخذ القرار في إصدار قراره من الناحية النوعية والزمانية والمكانية^(٤)، والاختصاص يحمل معنى القدرة أو الصلاحية

(١) الشويكي، عمر محمد (٢٠٠٧). القضاء الإداري، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص ٢٦١.

(٢) الطماوي، سليمان محمد (١٩٨٦). الوجيز في القانون الإداري، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، ص ٥٩٣.

(٣) الجباري، نزار عبدالقادر أحمد (١٤٣٩هـ) عيب عدم الاختصاص في القرار الإداري والرقابة القضائية عليه، دراسة تحليلية، الطبعة الأولى، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، ص ٢.

(٤) السناري، محمد عبدالعال (٢٠٠٤م). أصول القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٣٩٧.

أو الأهلية المعترف بها لبعض الأشخاص أو الهيئات من قبل المشرع، فهي ليست أي قدرة أو صلاحية؛ وإنما هي القدرة أو الصلاحية القانونية، أي التي تجد سنداً لها في القانون، ويؤخذ القانون هنا بمعناه الواسع^(١).

ويعتبر عيب عدم الاختصاص من أقدم العيوب التي ظهرت في القضاء الإداري ومنه تفرعت سائر العيوب الأخرى. إذ يتعين على كل جهة إدارية أو موظف أن يلتزم بمباشرة الأعمال التي تحددت أو تخصصت له سواء كان هذا الاختصاص شخصياً، أو موضوعياً، أو زمانياً، أو مكانياً، وإلا كان القرار معيباً بعبء عدم الاختصاص إذ إن مباشرة الموظف الإداري للاختصاصات المحددة له يُعد شرطاً من شروط صحة القرار الذي يصدر عنه^(٢)، ويرى بعضهم أن عيب عدم الاختصاص ليس فقط أقدم عيوب القرار الإداري ظهوراً بل إن هذا العيب هو الباعث على إنشاء القضاء الإداري؛ فقد كانت أوائل الأحكام التي أصدرها القضاء الإداري الفرنسي مبنية على عدم اختصاص مصدرى القرارات الإدارية المطعون بعدم مشروعيتها أمامه^(٣).

وعلى ذلك فإن عيب عدم الاختصاص يعني عدم القدرة على مباشرة عمل قانوني معين؛ لأن المشرع جعله من سلطة هيئة أو فرد آخر^(٤)، أو عدم القدرة على ممارسة عمل قانوني لكونه من اختصاص عضو آخر^(٥)، أو هو عدم أهلية الأشخاص الطبيعية أو الاعتبارية لاتخاذ قرار باسم شخص عام^(٦)، أو صدور القرار الإداري من غير صاحب الصلاحية الأصلية أو المفوض تفويضاً

(١) السيد، حمدي أبو النور (٢٠٠٨م). مظاهر النشاط الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ١٤٦.

(٢) ديوان المظالم، رقم القضية (٧/٧٩٧٥/ق) لعام ١٤٢٩هـ، رقم الحكم الابتدائي (٢٤/١/د/١٢٨) لعام ١٤٣٠هـ، رقم حكم الاستئناف (٥/٨٩/س) لعام ١٤٣١هـ، تاريخ الجلسة ١/٢/١٤٣١هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٣١هـ، المجلد الثالث، ص ١٥٢٨.

(٣) السماعنة، سمير عبدالله (٢٠١٥م). عيب عدم الاختصاص وأثره في القرار الإداري، رسالة ماجستير، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، م ٤٢، ٤٤، ٢٤، ص ٧٨٣.

(٤) الطماوي، سليمان محمد (١٩٧٦م). القضاء الإداري، الكتاب الأول، قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي، القاهرة، ص ٦٧٩.

(٥) بسيوني، عبدالغني (١٩٩١م). القانون الإداري دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقاته في مصر، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص ٤٦٣.

(٦) بوزيد، الدين الجليلي (١٤٣٩م). القضاء الإداري، أحكام المنازعات الإدارية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، الجزء الأول، دار الكتاب الجامعي، الرياض، ص ١٦٦.

صحيحاً لإصداره مخالفة بذلك السلطة أو الصلاحيات المحددة له بموجب الأنظمة واللوائح^(١). ولما كانت القواعد التي تحدد أصحاب الصلاحية وتبين اختصاصاتهم من النظام العام؛ فمنطقياً أن يعطف ذلك على عيب عدم الاختصاص فيكون من النظام العام؛ حيث تتعرض له المحكمة من تلقاء نفسها، ولا يصححه اتفاق الخصوم، ويثار الدفع به في أي مرحلة من مراحل التقاضي دون الاحتجاج بقاعدة حظر ابداء طلبات جديدة في الدعوى.

وقد درج الفقه وأحكام القضاء على تقسيم عيب عدم الاختصاص إلى درجتين، عيب عدم اختصاص جسيم، وعيب عدم اختصاص بسيط، ويقصد بعدم الاختصاص البسيط عدم قدرة الموظف على إتمام عمل قانوني معين كان من المفروض اتمامه بواسطة موظف آخر داخل السلطة الإدارية أو هو مخالفة قواعد الاختصاص في نطاق الوظيفة الإدارية. ويقع عيب عدم الاختصاص البسيط داخل السلطة التنفيذية وبين إدارتها وموظفيها، ويقصد به مخالفة قواعد توزيع الاختصاص في مجال الوظيفة الإدارية، فإذا ما وقع تعدي من هيئة أو إدارة أو موظف لهذه الحدود فعندئذ تكون القرارات الصادرة في هذه الحالة مشوبة بعيب عدم الاختصاص البسيط^(٢).

وعيب عدم الاختصاص البسيط هو الأكثر شيوعاً في العمل والأقل خطورة من حيث الآثار التي تترتب عليه^(٣)، حيث لا يمس مبدأ الفصل بين السلطات، وإنما يحمل التجاوز في اختصاصات السلطات الإدارية فيما بينها فقط، والقرار المعيب بعيب عدم الاختصاص البسيط هو قرار إداري حائز لمقوماته النظامية. وفيه يبلغ العيب مبلغاً بسيطاً لا يصل به إلى حد الانعدام، بل إلى

(١) شفيق، علي (١٤٢٢هـ). الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في المملكة العربية السعودية، دراسة تحليلية مقارنة، مطبوعات معهد الإدارة العامة، الرياض، ص ١٣٣.

(٢) خليفه، عبدالعزيز عبد المنعم (٢٠٠٤م). دعوى إلغاء القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص ٤٠.

(٣) خليفه، عبدالعزيز عبد المنعم (٢٠٠٢م). أوجه الطعن بإلغاء القرار الإداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة المصري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص ٤٧.

حد وصفه بعدم المشروعية الموجبة للإلغاء من القضاء لمخالفته قواعد الاختصاص^(١). وأوضاع هذا العيب متعددة: فقد يكون مرجعه إلى اعتداء سلطة إدارية على اختصاص سلطة إدارية أخرى لا تربطها بها علاقة تبعية أو إشراف، وقد يتمثل العيب في اعتداء المرؤوس على اختصاصات رئيسه، أو العكس باعتداء الرئيس على اختصاصات مرؤوسيه، واعتداء موظف على صلاحيات موظف آخر مواز له في السلم الإداري، ومنه اعتداء إدارة على اختصاصات إدارة أخرى موازية لها، واعتداء السلطة المركزية على اختصاصات الهيئات اللامركزية، أو صدور القرار الإداري خارج نطاق الاختصاص المكاني، أو الزماني لمصدر القرار، وقد يكون مرجعه إلى عيب في تفويض السلطة أو حلول سلطة محل أخرى^(٢).

وعيب عدم الاختصاص البسيط لا يؤدي إلى انعدام القرار الإداري كما يحدث في العيب الجسيم، وإنما يجعله قابلاً للإلغاء فقط، فالقرار الإداري يبقى محتفظاً بمقوماته كقرار إداري، ويبقى نافذاً حتى يُصدر القضاء حكمه بالإلغاء، ولذا فإن القرار المشوب بعيب عدم الاختصاص البسيط يتحصن من الطعن بعد فوات مدة الستين يوماً المحددة للطعن بالإلغاء^(٣). والمستقر عليه أن عيب عدم الاختصاص البسيط وإن كان ينهض كسبب للإلغاء فإنه لا يصلح كأساس للحكم بالتعويض^(٤).

عيب الشكل والإجراء الثانوي:

يقصد بشكل القرار الإداري المظهر الخارجي للقرار أو القالب الذي يفرغ فيه، ومنه كتابة القرار أو تسميته أو ذكر رقم وتاريخه، أو التوقيع عليه، أما الإجراءات فيقصد بها المراحل والخطوات التي يتعين مرور القرار بها من لحظة التفكير فيه حتى إصداره، كدعوة ذي الشأن

(١) عباينة، محمود أحمد (١٤٤٢هـ). القضاء الإداري وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية، مطبوعات معهد الإدارة العامة، الرياض، ص ١٠٤ وما بعدها.

(٢) الطماوي، سليمان محمد (٢٠٠٦م). النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، ص ٢٤٤ وما بعدها.

(٣) راضي، مازن ليلو (٢٠١٥م). القضاء الإداري، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ص ٢٤١.

(٤) عكاشة، حمدي ياسين (١٩٨٧م). القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ص ٤٥٤.

لسماع أقواله أو اجراء تحقيق أو أخذ الرأي أو الاستشارة أو العرض على بعض اللجان، أو محاولة الاتفاق الودي لحسم بعض النزاعات قبل صدور قرار الإدارة فيها.

وقواعد الشكل في إصدار القرارات الإدارية على جانب كبير من الأهمية، وهي بالإضافة إلى قواعد الاختصاص، تقوم كحاجز وموازن لسلطات الإدارة الخطيرة في مجال القرارات الإدارية، فإذا كانت الإدارة تتمتع في هذا الخصوص بامتيازات خطيرة فإن عليها أن تسلك بدقة السبيل الذي ترسمه القوانين واللوائح لإصدار تلك القرارات، وبهذا تكون قواعد الشكل والإجراءات في إصدار القرارات الإدارية، مقصوداً بها حماية المصلحة العامة، ومصالحة الأفراد على السواء وذلك بتجنب الإدارة مواطن الزلل والتسرع، ومنحها فرصة معقولة للتروي والتدبر، ودراسة وجهات النظر المختلفة، فنقل القرارات الطائشة والمبتسرة^(١)، وبالتالي يجب ألا تكون تلك الإجراءات عقبة تهدف إلى إضفاء البطلان على كل قرار صادر من جهة الإدارة^(٢).

وعلى ذلك كان الأصل في إصدار القرار الإداري أنه لا يخضع لشكليات أو إجراءات معينة ما لم يقرر المشرع وجوب التزام الإدارة في إصدار قرارها بأشكال محددة، عندها يصبح مصدر القرار ملزماً باتباع ذلك الشكل وإلا كان قراره معيباً بعيب الشكل، فلا يكفي صدور القرار من صاحب الاختصاص وإنما لا بد من مراعاة الشكلية التي يتطلبها المشرع^(٣)، ويرتبط هذا الأصل بسرعة العمل الإداري وتطوره، وخشية أن يكون في تلك القيود ما يفوت المصلحة العامة، وهكذا استقر ديوان المظالم والقضاء الإداري المقارن^(٤).

(١) الطماوي، سليمان محمد: المرجع السابق، ص ٢٥٢

(٢) حمادة، حمادة عبدالرازق (١٤٣٩هـ). القضاء الإداري السعودي، مكتبة المنتبي، الدمام، ص ٢٧٤.

(٣) السويلمي، صفاء محمود والكساسبة، عبدالرؤف أحمد والضلعين، أحمد عارف (٢٠١٢م). عيب الشكل وأثره في القرار الإداري، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، جامعة اليرموك، الأردن، المجلد ٤٠، الملحق ١، ص ١٠١٢، الحلو، ماجد راغب (٢٠٠٠). القضاء الإداري منشأة المعارف، الإسكندرية، ص ٣٧٥.

(٤) القضية رقم ١/٤٩٧/ق لعام ١٤٠٠، الحكم رقم ٨٦/٦ لعام ١٤٠١هـ، مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية الصادرة عن ديوان المظالم بالملكة العربية السعودية، ص ٢٩١، وفي نفس المعنى حكم الإدارية العليا في مصر في الطعن رقم ٢٢١ لسنة ٩ ق إدارية عليا جلسة ٢٢/٣/١٩٧٠م، مجموعة المجلس، سنة ١٥، ص ٢٤٤، وفي نفس المعنى أيضاً حكم مجلس الدولة الفرنسي C.E. 24 Avril 1964. sieur Delahaye. actualité Juridique droit administratif. 11.303 Rec. P. 243

وعلى ذلك يعرف عيب الشكل بأنه عدم التزام جهة الإدارة اتباع الشكليات والقواعد الإجرائية أو الشكلية التي نصت عليها الأنظمة واللوائح في إصدار القرارات الإدارية^(١)، أو صدور القرار الإداري دون مراعاة الإدارة للشكليات أو الإجراءات التي نص عليها القانون، سواء أن الإدارة تجاهلت تماماً تلك الشكليات أو الإجراءات أو أنها نفذتها بطريقة ناقصة وغير مكتملة^(٢). واستخلاً لما سبق، فقد استقر الفقه وأحكام القضاء على تقسيم عيب الشكل إلى صورتين، عيب الشكل الثانوي، وعيب الشكل الجوهرية، واعتبر بعضهم أن أساس التفرقة مبني على درجة الجسامة في عيب الشكل الذي تجاهلته الإدارة، فإذا كان جسيماً بحيث يؤدي تجنبه إلى التأثير في القرار وبغير مضمونه اعتبر الشكل جوهرياً، أما إذا لم تصل مخالفة الشكل إلى هذه الدرجة من الجسامة عد شكلاً ثانوياً^(٣). وقد انتقد بعضهم ذلك لأنه يوجب البحث عن معيار آخر للقول متى تعد مخالفة الشكل جسيمة ومن ثم تعد جوهرية ويبطل القرار، ومتى تعد غير جسيمة ولا يؤثر غيابها على صحة القرار^(٤).

على أن أبرز المحاولات التي عد فيها القضاء الإداري الإجراءات أو الشكل ثانوياً، هي ما إذا كان الشكل أو الإجراء الذي تم إغفاله مقررًا لمصلحة جهة الإدارة لا لمصلحة الأفراد، وكذلك إذا كان غير مؤثر في مضمون القرار، ولم يلق المعيار الأول صدى كبير في أحكام القضاء الإداري المقارن؛ باعتبار دعوى الإلغاء دعوى موضوعية. أما المعيار الثاني، وهو الأكثر تطبيقاً بوصفه الأقرب إلى طبيعة القضاء الإداري الميال كثيراً إلى الجانب الموضوعي في دعوى الإلغاء، فإن كان الإجراء أو الشكل يُحتمل أن يؤثر في مضمون القرار فيما لو تم استيفاؤه حسب تقدير القاضي،

(١) عبد الوهاب، محمد رفعت وعثمان، حسين عثمان محمد (٢٠٠٠م). القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٢٣.

(٢) القضية رقم (١٤٩٧/١/ق) لعام ١٤٠٠هـ، الحكم رقم (٨٦/٦) لعام ١٤٠١هـ، مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية الصادرة عن ديوان المظالم بالمملكة العربية السعودية، ص ٢٩١، وفي نفس المعنى حكم الإدارية العليا في مصر في الطعن رقم ٢٢١ لسنة ٩ ق إدارية عليا جلسة ٢٢/٣/١٩٧٠م، مجموعة المجلس، سنة ١٥، ص ٢٤٤، وفي نفس المعنى أيضاً حكم مجلس الدولة الفرنسي، C.E. 24 Avril 1964. sieur Delahaye. actualité Juridique droit administratif. 11.303 Rec. P. 243

(٣) حسن، عبد الفتاح (١٩٨٢م) قضاء الإلغاء، مكتبة الجلاء، القاهرة، ص ٣٥٥

(٤) خليفه، عبدالعزيز عبد المنعم: أوجه الطعن بإلغاء القرار الإداري، مرجع سابق، ص ١٢٩

أضحى إغفاله سبباً في بطلان القرار، بخلاف ما إذا كان إغفاله لا يؤثر في المضمون، فلا يلفت القاضي -والحالة هذه- إلى طلب الإلغاء حتى مع مخالفة القرار لنص القانون^(١).
والذي يترجح لدينا أن الشكل الثانوي هو الشكل الذي لم يوجبه المنظم أو لم يرتب البطلان جزاء تخلفه أو كان إغفاله لا يؤدي إلى الإخلال بالمصلحة العامة أو مصالح الأفراد، أو كان غيابه لا يؤثر في مضمون القرار، بمعنى أن القرار كان سيصدر بنفس المضمون حال اتباع الإدارة للشكل الذي أغلفته. ويمكن التمثيل للشكليات الثانوية بالإجراءات التحفظية التي تترك للإدارة للقيام بها بمناسبة إصدار بعض القرارات الإدارية، ومن ذلك الشكليات المقررة لمصلحة الإدارة بهدف تحسين العمل، والشكليات التي تضعها الإدارة بنفسها لتنظيم العمل الداخلي في المرافق قبل إصدار القرارات الإدارية.

والمستقر أن إغفال الشكل والإجراء الثانوي لا يصلح سبباً للإلغاء ولا يصلح أيضاً كأساس للتعويض، حيث لا يجوز لصاحب الشأن التمسك بتخلف الشكل الثانوي المنظم لمصلحة الإدارة توصلاً إلى إلغاء القرار الصادر بشأنه أو المطالبة بالتعويض عنه، والعلة أن ذلك لا ينتقص من الضمانات المقررة للمخاطب بالقرار أو يمس بمصلحة شخصية له؛ وهنا يبرز التمايز بين عيب عدم الاختصاص البسيط الذي يصلح كسبب للإلغاء ولا يصلح كأساس للتعويض، وعيب الشكل الثانوي الذي لا يصلح كسبب للإلغاء ولا يصلح أيضاً كأساس للتعويض.

المطلب الثاني: أساس عدم مسؤولية الإدارة عن أوجه عدم المشروعية الخارجية:

تكريس مبدأ عدم مسؤولية الإدارة عن أوجه عدم المشروعية الخارجية للقرار الإداري: إن كل وجه من وجوه عدم المشروعية يكون كافياً بذاته لتقرير إلغاء القرار، ويتحقق معه خطأ الإدارة إلا أنه ليس من المحتم أن يحكم لصاحبة بالتعويض، حيث إنه يتعين أن يكون العيب الذي لحق بالقرار على درجة من الجسامه تبرر الحكم على الإدارة بالتعويض، بحسب ظروف كل دعوى، فعيب عدم الاختصاص والعيب المتعلق بشكل القرار وإجراءاته لا يُرتبان مسؤولية جهة

(١) الصمعاني، وليد بن محمد بن صالح (١٤٣٦هـ). السلطة التقديرية للقاضي الإداري، دراسة تأصيلية تطبيقية، الطبعة الأولى، دار الميمان للنشر والتوزيع، الجزء الثاني، الرياض، ص ٧٩ وما بعدها.

الإدارة حتى وإن ثبت الضرر؛ حيث جرى القضاء على منح قاضي الموضوع سلطة النظر في طبيعة المخالفة المتعلقة بالاختصاص أو الشكل، فإذا قدر أنها لا تنال من صحة القرار موضوعاً لم تصلح أساساً للتعويض لأن لجهة الإدارة تصحيح الأمر وإعادة إصدار القرار من جديد بمضمون القرار السابق^(١).

ويؤكد بعضهم، بأن أوجه عدم المشروعية الخارجية للقرار الإداري لا تبرر مسؤولية الإدارة، فإذا كانت تلك الأوجه تبرر إلغاء القرار فإنه ليس من المحتم أن تكون مصدراً لمسؤولية الإدارة المدنية، ذلك أن مخالفة المشروعية الخارجية، أي مخالفة قواعد الاختصاص أو الإجراءات أو الشكل، لا يحول دون أن تصدر الإدارة قراراً جديداً بذات مضمون القرار الملغى، وذلك بعد مراعاة قواعد الاختصاص والإجراءات والشكل التي أدت مخالفتها إلى إلغاء القرار الإداري^(٢). ويؤكد بعضهم الآخر أن كل عيوب القرار الإداري لا يمكن أن يثير المسؤولية الإدارية، فإنه وإن كان هناك اتفاق على أن عيوب السبب والمحل والغاية كما تكون سبباً للإلغاء تكون سبباً للتعويض، فإن تخلف الاختصاص أو الشكل لا يؤديان إلى التعويض حيث لا يمسان القرار إلا في الشكل، والقرار كان سيتلبس بالصحة لو كانت الإدارة قد راعتها أثناء إصدار القرار^(٣)، ومن باب أولى فإن مسؤولية الإدارة لا تتعدى عن عيب عدم الاختصاص وعيب الشكل والإجراءات في حالة القوة القاهرة أو الظروف الاستثنائية، أو إذا تنازل عن التمسك بالشكل من شرع لمصلحته، أو كان صاحب الشأن هو الذي تسبب بفعله في عدم مراعاته.

وقد صاحب الاستقرار الفقهي استقراراً قضائياً حيث قضى ديوان المظالم: ((ومن حيث إنه ولئن كان مناط مسؤولية الإدارة عن قراراتها يقوم على توافر ثلاثة عناصر تتمثل في الخطأ

(١) الطماوي، سليمان محمد (١٩٨٦م). قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام، دار الفكر العربي، القاهرة، ص ٤٢٥ وما بعدها.

(٢) عدو، عبدالقادر (٢٠١٠م). ضمانات تنفيذ الأحكام الإدارية ضد الإدارة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص ٤٥.

(٣) العجمي، حمدي محمد وذنيبات، محمد جمال (١٤٤١هـ). الوسيط في القضاء الإداري في المملكة العربية السعودية، دار الإجادة، الرياض، ص ٢١٦ وما بعدها.

من جانبها بأن يكون القرار غير مشروع لعب من العيوب وأن يحق بصاحب الشأن ضرر وتقوم علاقة سببية بين الخطأ والضرر، إلا أن المستقر في الفقه والقضاء الإداري أن عيبي الاختصاص والشكل اللذين قد يشوبان القرار فيؤديان إلى إلغائه لا يصلحان حتماً وبالضرورة أساساً للتعويض ما لم يكن هذان العيبان مؤثرين في موضوع القرار، فإذا كان القرار سليماً في مضمونه محمولاً على أسبابه المبررة ووقائعه الثابتة رغم مخالفته قاعدة الاختصاص أو الشكل فإنه لا يكون ثمة محل لمسائلة الجهة التي أصدرته والقضاء عليها بالتعويض لأن القرار كان يصدر على أي حال بذات المضمون لو أن تلك القاعدة قد روعيت^(١))).

ومن قضائه أيضاً: ((تقرر في الفقه والقضاء الإداريين أن عيبي الاختصاص أو الشكل اللذين قد يشوبا القرار فيؤديان إلى إلغائه لا يصلحان حتماً وبالضرورة أساساً للتعويض ما لم يكن هذا العيبان مؤثرين في موضوع القرار، فإذا كان القرار سليماً في مضمونه محمولاً على أسبابه المبررة رغم مخالفته قاعدة الاختصاص أو الشكل فإنه لا يكون ثمة محل لمسائلة الجهة التي أصدرت هذا القرار عنه والقضاء عليها بالتعويض؛ لأن القرار كان سيصدر على أية حال بهذا المضمون لو أن تلك القاعدة قد روعيت^(٢))). ومن قضائه كذلك: ((وأما بخصوص موضوع الدعوى فإن لما كان من المستقر عليه فقهاً وقضاً على أن عيب الشكل إذا كان ثانوياً يمكن لجهة الإدارة أن تعيد تصحيح القرار وفقاً للشكل المطلوب فلا يحكم بالتعويض^(٣))).

- (١) حكم ديوان المظالم، رقم القضية الابتدائية (٢/٢٢٧٩/ق) لعام ١٤٣٠هـ، رقم الحكم الابتدائي (١٠/د/٢٦٤) لعام ١٤٢١هـ، رقم قضية الاستئناف (٦/١٨٢٦/ق) لعام ١٤٢١هـ، رقم حكم الاستئناف (١٣/إس/٢) لعام ١٤٢٢هـ، تاريخ الجلسة ١٩/١٠/١٤٢٢هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٢٢هـ، المجلد الخامس، ص ١٦٦٢ وما بعدها، راجع أيضاً حكم الديوان في القضية رقم ١٤٢٢/٣/٩٧هـ، رقم الحكم الابتدائي (٦/د/٢٩/ف) لعام ١٤٢٢هـ، رقم حكم هيئة التدقيق (١/ت/٢٦٧) لعام ١٤٢٢هـ، جلسة ١١/١١/١٤٢٢هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٢٢هـ، المجلد ١١، ص ٣٩ وما بعدها.
- (٢) حكم ديوان المظالم رقم (٦/د/٢٩/ف) لعام ١٤٢٢هـ، في القضية رقم (٣/٩٧/ق) لعام ١٤٢٢هـ، المؤيد بحكم هيئة التدقيق رقم (١/ت/٢٦٧) لعام ١٤٢٢هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية للأعوام من ١٤٠٣-١٤٢٧هـ، المجلد ١١
- (٣) حكم ديوان المظالم رقم (١٣٢/د/٨/١) لعام ١٤٢١هـ، المؤيد بالاستئناف بالحكم رقم (٣/إس/٢٩٤) لعام ١٤٢٢هـ. حكم غير منشور.

واستخلاصاً لما سبق، يمكن القول بأنه لا يوجد تلازم ضروري بين عيوب عدم المشروعية الخارجية للقرار الإداري (عيب عدم الاختصاص وعيب الشكل والإجراء) وبين مسؤولية الإدارة، وأن عدم مسؤولية الإدارة فيها يؤسس على سببين، الأول: أن في مقدور الإدارة أن تتدارك العيوب الخارجية دون أن يكون لذلك تأثير على مضمون القرار أو سببه، والثاني: فحتمية وقوع الضرر في جميع الأحوال سواء بالقرار المعيب أو القرار الصحيح، فالضرر متصل لا محالة بالمضروب في الحالين. والقاعدة العامة أنه لا يجوز التعويض لمجرد مخالفة الإجراءات القانونية الشكلية التي لا تلحق بالمدعي ضرراً^(١).

وقد رأى بعضهم عدم تأييده للاستقرار القضائي، وانتهى إلى ضرورة أن يكون هناك تلازم حتمي بين عدم المشروعية الشكلية والتي ينجم عنها ضرر يصيب الأفراد وبين التعويض^(٢)، وقد نقل بعضهم الآخر تأييده لهذا الرأي ودعمه بما هو مستقر من قواعد في القانون المدني بأن كل إضرار بالغير يلزم فاعله بالتعويض، ومن باب أولى أن تتحمل الإدارة خطأها وإن كان يسيراً ما دام أن خطأها نجم عنه ضرر للغير^(٣).

والواقع أن هذا الرأي مبني على قصور في فهم الأسس التي يقوم عليها الاستقرار القضائي، فعدم صلاحية أوجه عدم المشروعية الخارجية للتعويض لا يُكتفى فيه بأن للإدارة أن تتدارك الخطأ بإصدار قرار صحيح، وإنما يقوم أيضاً على انفصال رابطة السببية بين الخطأ والضرر، كما لا نوافق على اقتباس قواعد المسؤولية في نطاق القانون المدني ونسخها بالتطابق إلى قواعد القانون الإداري؛ لاختلاف المصالح وطبيعة الروابط وذاتية واستقلال القانون الإداري عن فروع القانون الأخرى.

(١) الطباخ، شريف أحمد (٢٠٠٦م). التعويض الإداري في ضوء الفقه وأحكام المحكمة الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص ٢٩.

(٢) ينسب هذا الرأي إلى شطناوي، علي خطار (٢٠٠٨). مسؤولية الإدارة العامة عن أعمالها الضارة، دار وائل للنشر، عمان، ص ٢١٢.

(٣) عبدالعزيز، نايف بن فيصل (٢٠١٧م). التعويض عن القرارات الإدارية المعيبة في نظام ديوان المظالم (دراسة مقارنة)، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، المجلد ٧، العدد ٦٤ شهر ديسمبر، ص ٧٠٤، أبو الهوى، ندى محمد أمين (٢٠١٠م). مسؤولية الإدارة بالتعويض عن القرارات الإدارية غير المشروعة، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق الأردن، ص ٢٩ وما بعدها.

أثر الحكم القضائي الصادر بإلغاء القرار على الفصل في دعوى التعويض:

إذا حكمت دائرة الإلغاء بعدم مشروعية القرار فهل يكون لدائرة التعويض أن تفحص مشروعية القرار مرة أخرى، بمعنى هل تسلم دائرة التعويض بتوافر ركن الخطأ بناءً على حكم الإلغاء أم لا؟ باستقراء الأحكام الصادرة عن ديوان المظالم في هذا الصدد، يتبين وجود اتجاهين على النحو التالي:

الاتجاه الأول: يعطي لدائرة التعويض الحق في فحص مشروعية القرار مرة أخرى، ومن هذه الاجتهادات قضاء الديوان بأن: «إلغاء أي قرار لا يعد دليلاً على اكتمال وتحقيق ركن الخطأ في حق جهة الإدارة في دعوى التعويض، ولما كان استخلاص الخطأ الموجب للمسؤولية؛ مما يدخل في حدود السلطة التقديرية للدائرة ناظرة الموضوع مما يتيح لها التحقق من المبررات التي دعت إلى إصدار القرار، وحيث إن المدعى عليها قد سببت قرارها في دعوى الإلغاء السابقة بسبب لم يكن وافياً في نظر الدائرة ناظرة دعوى الإلغاء إلا أنها وفي هذه الدعوى تكون كافية لدفع المسؤولية التقصيرية عن المدعى عليها^(١)».

ومن ذلك أيضاً بأنه: ((وحيث إنه من المقرر أن مسببات الإلغاء في دعوى الإلغاء مختلفة عن مسببات التعويض وذلك لاختلاف طبيعة القضاء في النوعين وكذا لاختلاف المحل والنتيجة فالإلغاء طبيعته قضاء ناقص لذا فدور القاضي فيه يقتصر على إلغاء القرار إذا ثبت كونه معيباً بالعيوب المنصوص عليها نظاماً... كما أن دعوى الإلغاء محلها القرار الذي يهدف إلى إنشاء أو إلغاء أو تعديل مركز نظامي معين يمس المتظلم منه، ونتيجة دعوى الإلغاء هي إلغاء آثار القرار، أما دعوى التعويض فهي في طبيعتها دعوى إلزام لذا تسمى القضاء الكامل، ومحلها هو أعمال الإدارة المادية والإدارية ونتيجتها هي جبر الضرر الواقع على المتضرر من جراء تلك الأعمال

(١) رقم القضية في المحكمة الإدارية (٢/٩٨٩١/ق) لعام ١٤٣٦هـ، رقم القضية في محكمة الاستئناف الإدارية (٢/٤٩٦٧/س)

لعام ١٤٣٨هـ، تاريخ الجلسة ٢/٤/١٤٣٩هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٣٩هـ، المجلد الثالث، ص ٢٠٨.

والتي يشترط فيها أن تكون على قدر من الجسامة^(١))).

والاتجاه الثاني: وفيه يسلم الديوان بما انتهى إليه حكم الإلغاء، حيث لا يعيد فحص مشروعية القرار الإداري مرة أخرى، ومن تلك الأحكام ما قرر فيه: ((وأما عن موضوع الدعوى، فلما كان الثابت من الأوراق أن المدعى عليها قد أصدرت قرارها رقم (٢١١٨) وتاريخ ١/٣/١٤٢٣هـ، بإيقاف خدمات الحاسب الآلي للمدعي، وقد تقدم المدعي إلى المحكمة الإدارية بالرياض بطلب إلغاء إيقاف خدمات الحاسب الآلي، وبناءً عليه صدر الحكم رقم (٧٣/د/٦/١٤٢٤هـ) القاضي بإلغاء قرار المديرية العامة لمكافحة المخدرات، المتضمن إلزام المدعي بإنهاء إجراءات مكفوله؛ مستنداً على أن قرار المدعى عليها لم يوافق صحيح النظام وأنه لا يوجد سند نظامي يمكن معه للمدعى عليها إجبار المدعي بتنفيذ القرار، وقد أصبح الحكم قطعياً واجب النفاذ بصور حكم قضائي مؤيد من محكمة الاستئناف؛ مما ينهض معه ركن الخطأ في جانب المدعى عليها^(٢))). ومن ذلك أيضاً: ((مطالبة المدعي إلزام المدعى عليها الأمن العام بتعويضه عن الأضرار المادية والمعنوية الناتجة عن قرار نقله من القصيم إلى جازان، ثبوت خطأ الجهة بموجب الحكم الصادر من المحكمة الإدارية ببريده القاضي بإلغاء قرار نقل المدعي لانطوائه على جزاء تأديبي بالمخالفة للنظام، والذي أصبح نهائياً واجب التنفيذ بتأييده من محكمة الاستئناف، مؤداه: استحقاق المدعي التعويض عن قيمة الأجرة التي دفعها لسكنه في الجهة المنقول إليها بالإضافة إلى تنقلاته لمتابعة دعواه بمبلغ ٦٥٠٠٠ ريال^(٣))).

- (١) رقم القضية (١/٤٤٥/ق) لعام ١٤٢٠هـ، رقم الحكم الابتدائي (١١١/د/٥) لعام ١٤٢١هـ، رقم قضية الاستئناف (٦٢٤٨/ق) لعام ١٤٢١هـ، رقم حكم الاستئناف (٤٧٦/س/٢) لعام ١٤٢٢هـ، تاريخ الجلسة ١٢/٢/١٤٢٢هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٢٢هـ، المجلد الخامس، ص ١٥٥٢.
- (٢) رقم القضية في المحكمة الإدارية (١/١٠٢٢٠/ق) لعام ١٤٢٥هـ، رقم القضية في محكمة الاستئناف الإدارية (٢٦٧٠/ق) لعام ١٤٢٩هـ، تاريخ الجلسة ٨/٢٢/١٤٢٩هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٢٩هـ، المجلد الثالث، ص ٢٥٢ وما بعدها.
- (٣) رقم القضية الابتدائية (١/٨٠٤٢/ق) لعام ١٤٢٢هـ، رقم الحكم الابتدائي (١/٤/٩٢) لعام ١٤٢٤هـ، رقم قضية الاستئناف (٤٨٠٠/ق) لعام ١٤٢٤هـ، رقم حكم الاستئناف (١/٢١٦٧) لعام ١٤٢٤هـ، تاريخ الجلسة ١٩/١١/١٤٢٤هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٢٤هـ، المجلد الخامس، ص ٢٦٨٧ وما بعدها.

ومن جانبنا لا نوافق الاجتهاد الأول في إعادة فحص مشروعية القرار مرة أخرى في أعقاب الحكم بالإلغاء؛ لأن ذلك يحمل قصوراً في التسبب ومخالفة للنظام فكيف يستقيم القول بأن القرار الإداري الذي تم إلغاؤه قضائياً يكون مشروعاً أمام دائرة التعويض، وأين نذهب بنص المادة (٣٢) من نظام المرافعات أمام ديوان المظالم التي نصت على أن: «الأحكام الصادرة بالإلغاء حجة على الكافة»؛ إن موجبات الحجية العينية لحكم الإلغاء إضافة إلى قوة الأمر المقضي تمتد ولا ريب إلى الدائرة التي تنظر دعوى التعويض، فيما إذا أقيمت تلك الدعوى بعد حكم الإلغاء، حيث لا يجوز لدائرة التعويض أن تخالف النظام أو تناقض حجية حكم الإلغاء. وتأسيساً على ما تقدم نوافق الاجتهاد الثاني، وننتهي إلى ضرورة التسليم بتوافر ركن الخطأ في دعوى التعويض. فاستظهار وجه عدم المشروعية بمناسبة الإلغاء يعني عن استظهاره عند النظر في التعويض، وغني عن البيان أن هذه الحالة لا تصدق إلا في حالة رفع الدعويين معاً أو أن يسبق طلب الإلغاء طلب التعويض، أما إذا رفعت دعوى التعويض استقلالاً، فإن وجه عدم مشروعية القرار يفحص ابتداءً^(١)، وفي ذلك نخالف من يرى بأن الحكم بإلغاء القرار هو قرينة على خطأ الإدارة^(٢)، ونقول بأن الحكم بإلغاء القرار دليل على خطأ الإدارة.

والتسليم بما سبق لا يعني أننا نخالف إجماع الفقه وأحكام القضاء من عدم التلازم بين حكم الإلغاء ومسؤولية الإدارة، وإنما يعني ضرورة بناء الحكم برفض دعوى التعويض على سبب لا يناقض حكم الإلغاء؛ وما نرجحه في ذلك هو انقطاع علاقة السببية بين الخطأ المتمثل في عدم مشروعية القرار وبين الضرر، فأوجه عدم المشروعية التي أدت إلى إلغاء القرار لم تكن السبب في حدوث الضرر؛ وبالتالي تفقد دعوى التعويض ركناً من أركانها، ويتحقق ذلك يقيناً في أوجه عدم المشروعية الخارجية للقرار، وأما إذا كان حكم الإلغاء مبنياً على عيب من العيوب الداخلية للقرار الإداري (السبب، المحل، الغاية) وكان الضرر الذي أصاب المضرور ناتجاً عن هذا العيب،

(١) الطماوي، سليمان محمد: قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام، مرجع سابق، ص ٤٠٢.

(٢) المؤنس، حسان (١٤٤٢هـ). المنازعات الإدارية في المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية، بدون دار نشر، ص ١٨١.

فلا فكاك مع تحقق رابطة السببية من مسؤولية الإدارة، وهذا ما يبدو جلياً من أحكام الديوان السابقة.

وفي ذلك يقرر أستاذنا العميد الطماوي، وإذا كان ثمة مجال للدفاع عن المسلك الذي يقضى بعدم ترتيب جزاء المسؤولية على مخالفة قواعد الشكل والاختصاص في جميع الحالات؛ فذلك لأن من الثابت انفصال رابطة السببية بين العيب ذاته وبين القرار في بعض الصور، وذلك إذا ما كان في وسع الإدارة أن تعيد إصدار القرار من جديد مع مراعاة قواعد الشكل والاختصاص، فحينئذ يكون الضرر واصلًا لا محالة إلى الفرد، سواء عن طريق القرار المعيب أو القرار السليم، فليس له أن يشكو من الضرر في ذاته استناداً إلى عيب الشكل والاختصاص في هذه الحالة، وإن كان من حقه أن يطلب إزالة العيب الذي يلحق القرار، بدعوى الإلغاء^(١). ولا شك أن هذا التسبب يزيل الدهشة لدى بعضهم بين اجتماع الخطأ والضرر وبين عدم مسؤولية الإدارة بالتعويض.

ولا يفوتنا في هذا الصدد أن نوصي بعودة الديوان إلى جواز الجمع بين طلب الإلغاء وطلب التعويض، والذي كان مقرراً بنظام ديوان المظالم لعام ١٤٠٢هـ؛ حيث يُسمح لدائرة الإلغاء بالنظر في دعوى التعويض، فتحسم الدعوى الأصلية والمتفرعة عنها جملة واحدة وب عقلية ذهنية واحدة، فحيث ينتهي الديوان إلى رفض دعوى الإلغاء، فإن ذلك يستتبع رفض دعوى التعويض أيضاً؛ لأنها فرع من أصل^(٢)، وحيث يقضي بإلغاء القرار يفصل في طلب التعويض بحسب العيب الذي أدى إلى إلغاء القرار ومدى توافر أركان التعويض الأخرى.

ولا شك أن ذلك يتوافق مع الاتجاهات الحديثة في نظر الخصومة القضائية بناءً على مبدأ مرونة النزاع بحسبه وما يرتبط به جملة واحدة، عدولاً عن مبدأ ثبات النزاع الذي تم هجره والعدول عنه^(٣)، كما يستجيب لاستراتيجية ديوان المظالم بأن إنجاز الدعاوى من أهم القضايا

(١) الطماوي، سليمان محمد: قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام، مرجع السابق، ص ٤٢٨.

(٢) راجع في ذلك حكم الديوان في القضية رقم (١٥/٤/ق) لعام ١٤١٢هـ، والمؤيد بحكم التدقيق رقم (١١٦/ت/٢) لعام ١٤١٣هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية من عام ١٤٠٢هـ إلى عام ١٤٢٦هـ، المجلد الخامس، ص ١٠٥.

(٣) راجع في ذلك، أبو العينين، محمد ماهر (١٩٩٥م). إجراءات المرافعات أمام القضاء الإداري، الكتاب الثاني، دار الطباعة الحديثة، القاهرة، ص ٧٢٧.

الاستراتيجية للديوان؛ لأن الفصل في الدعاوى هي مهمته الأصلية، ومتى كان الفصل في الدعاوى يستغرق زمناً طويلاً فيعد إخفاقاً من الديوان في مهمته الأساسية، ويسعى الديوان لتسريع عملية الفصل في الدعاوى مع الالتزام بجودة الأحكام، من خلال تقليص أمد التقاضي مع تحقيق جودة عالية، بتقليص مدة الفصل في الدعاوى بنسبة (٥٠٪) ^(١).

وفي هذا الإطار يرى بعضهم أن التفرقة بين الدعويين، وإن كانت تخدم دعوى الإلغاء بتعجيل النظر فيها والتبسيط على القاضي في خصوص النظر والفصل في طلبات المدعي، إلا أن الجدوى من التفريق تبقى محدودة بالنظر إلى الهدف من دعوى الإلغاء نفسها، فالمتظلم من القرار الإداري لا يهدف في الغالب إلى مجرد إلغاء قرار إداري معيب أثر على مصلحته الشخصية والمباشرة بإرجاع الوضع إلى ما هو عليه قبل صدور القرار، ولكنه يهدف أيضاً إلى التعويض عما تسبب به هذا القرار من ضرر مادي ومعنوي ألم به؛ ولهذا فإن الجمع بين الطلبين (إلغاء والتعويض) في عريضة واحدة يمكن أن يعتبر الأفضل، تجنباً لتعدد القضايا، وما يستتبع ذلك من إجراءات مطولة وروتين معطل، وجهد وعبء إضافي على الجهة القضائية، فضلاً عن أطراف النزاع، وما يترتب على ذلك من تكاليف مالية لا موجب لها، فضلاً عن توافقه مع العديد من القضاء الإداري المقارن الذي يجيز الجمع بين طلب الإلغاء وطلب التعويض ^(٢).

المبحث الثاني: مسؤولية الإدارة عن أوجه عدم المشروعية الخارجية للقرار الإداري:

إن عيب عدم الاختصاص أو عيب الشكل الذي قد يعتور القرار الإداري فيؤدي إلى إلغائه لا يصلح حتماً وبالضرورة أساساً للتعويض قول غير مطلق بل يرد عليه استثناء مرجعه مدى صحة القرار الصادر بمراعاة قواعد الاختصاص والإجراءات القانونية الشكلية، ومدى الخطأ

(١) (٤٦) وثيقة استراتيجية ديوان المظالم على الموقع الرسمي للديوان.

(٢) المؤنس، حسان بن مختار (١٤٤٢هـ). التطورات الحديثة لدعوى الإلغاء أمام ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية، دراسة تحليلية نقدية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة ٨، العدد ٢، ص ٥٠١ وما بعدها، راجع كذلك، العيسى، إبراهيم بن عيسى (٢٠١١م). ما لحكمة من منع الجمع بين طلب إلغاء القرار الإداري والتعويض عنه في دعوى واحدة؟ مقال مجلة الاقتصادية، بتاريخ

٢٠١١/١/٩م.

الجسيم لتلك العيوب الإجرائية والتي سببت ضرراً للمدعي^(١)، وإذا كان مبنى الاستقرار بعدم مسؤولية الإدارة عن أوجه عدم المشروعية الخارجية هو أن القرار سليماً في مضمونه محمولاً على أسبابه، وأن الإدارة تملك إصدار قرار جديد بذات المضمون، فإن انتهى هذا الأساس بررت تلك العيوب مسؤولية الإدارة، لكن متى يمكن القول بأن هذه العيوب مؤثرة في مضمون القرار؟ هنا يلزم التمييز بين عيب عدم الاختصاص وعيب الشكل والإجراءات، إذ لكل منهما قواعد وأحكام.

المطلب الأول: عيب عدم الاختصاص الجسيم كمبرر لمسؤولية الإدارة:

تحديد عيب عدم الاختصاص الجسيم:

إن القضاء الإداري على عمومه لا يقضي بالمسؤولية الإدارية عن الأضرار الناشئة عن القرارات الإدارية المعيبة بعيب عدم الاختصاص، إلا إذا كان العيب جسيماً^(٢)، وتعد الجسامة أعلى درجات العيوب في الاختصاص في القرار الإداري، فهذا العيب الجسيم يؤدي إلى انعدام القرار الإداري، وما يترتب عليه من آثار، وما بني عليه من قرارات، وما أسند إليه من إجراءات، بحيث يصبح العمل الصادر من جهة الإدارة غصب للسلطة، ويعد هو والعدم سواء وفاقداً لصفته الإدارية، فلا يتحصن ضد الطعن بالإلغاء أو سحبه لفوات ميعاد، فهذه القرارات لا ترتقي إلى درجة القرار السليم، وإنما تتحدر إلى درجة العدم فما ولد ميتاً لا يبعث حياً^(٣).

ولا شك أن تحديد جسامة عيب عدم الاختصاص يترتب عليه آثاراً غاية في الخطورة فمن ناحية دعوى الإلغاء؛ يفقد القرار صفته الإدارية ويحوّله إلى مجرد عدوان مادي لا أثر له قانوناً فلا تلحقه حصانة ضد الإلغاء القضائي أو السحب الإداري، ومن ناحية دعوى التعويض فإن جسامة

(١) أبو الهوى، ندى محمد أمين: مرجع سابق، ص ٢٨ وما بعدها.

(٢) القيسي، محي الدين (٢٠٠٧م). القانون الإداري العام، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص ٢١٢.

(٣) المهدي، شيخه عبد اللطيف على (١٤٤٢هـ). الاختصاص في القرار الإداري والرقابة القضائية عليه في القانون القطري دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة قطر، ص ١٠٩، راجع في نفس المعنى، حكم ديوان المظالم رقم (٢/١/١٢٨) لعام ١٤٢٣هـ، المؤيد بالاستئناف رقم (٢/٢٣) لعام ١٤٢٤هـ، مجموعة المبادئ والأحكام الإدارية لعام ١٤٢٤هـ، ص ١٧٩٢.

العيب شرطاً لازماً للحكم بمسؤولية الإدارة. وعلى الرغم من تلك الأهمية إلا أنه لا يوجد معيار حاسم يمكن التعويل عليه لتحديد جسامه عيب عدم الاختصاص؛ حيث اختلفت آراء الفقهاء وتباينت اتجاهات القضاء، وقيلت في ذلك معايير عديدة منها، معيار اغتصاب السلطة، معيار انتفاء الولاية، معيار تخلف الأركان، ومعيار الوظيفة الإدارية (النشاط الإداري)^(١).
ونميل فيما سبق إلى رأي أستاذنا الطماوي، بأن الفصل للتمييز بين القرار الباطل والمنعدم يعود إلى فكرة الوظيفة الإدارية انطلاقاً من أن مهمة الإدارة في الدولة الحديثة التي تقوم على مبدأ المشروعية تتمثل في القيام بالأعمال في النطاق الذي ترسمه القواعد الدستورية العامة التي يقوم عليها نظام الحكم، والقاعدة العامة التي يقوم عليها هذا المعيار أن كل عمل لا يمكن اعتباره تنفيذاً مباشراً أو غير مباشر للوظيفة الإدارية هو عمل معدوم أما إذا أمكن إرجاع عمل الإدارة إلى وظيفتها الإدارية سواء أكانت قد مارست تلك الوظيفة في حدودها المشروعة أم تجاوزت تلك الحدود فهو عمل إداري يحتفظ بصفته الإدارية^(٢).
ومن هذا المنطلق، فقد استقرت آراء الفقه وأحكام القضاء على أن حالات عيب عدم الاختصاص الجسيم تشمل أربعة صور: اعتداء السلطة التنفيذية على اختصاص التشريعية، واعتدائها على

(١) للمزيد من التفاصيل راجع: بونابي، محمد (٢٠٢١م). ركن الاختصاص في القرار الإداري، رسالة ماجستير كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، ص ٥٩ وما بعدها، ديوب، أحمد فرج الصادق (٢٠١٦م). عيب عدم الاختصاص في القرار الإداري دراسة مقارنة بين القانون الأردني والليبي، رسالة ماجستير كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط، ص ٢٠٦ وما بعدها. العازمي، نواف طلال فهيد (٢٠١٢م). ركن الاختصاص في القرار الإداري وآثاره القانونية على العمل الإداري، دراسة مقارنة ما بين القانونين الإداريين الأردني والكويتي، رسالة ماجستير كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط، ص ٥١ وما بعدها، السنوسي، صبري محمد (٢٠٠٧م). ركن الاختصاص في القرار الإداري الكويتي، والرقابة القضائية عليه دراسة مقارنة، مجلة الحقوق الكويت العدد ٤، ص ١٢٨ وما بعدها، العبادي، وليد محمد (٢٠٠٥م). معايير التمييز بين القرار الباطل والمنعدم، مجلة المنارة، المجلد ١١، العدد ٤، ص ٢٠١ وما بعدها، راجع كذلك، غربي، أحسن (١٩٥٥م). معايير التفرقة بين القرار المنعدم والقرار الباطل دراسة تحليلية نقدية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة سيكيده الجزائر ٢٠ أغسطس، ص ١٢٢ وما بعدها. راجع كذلك: الشريف، عبد الله أحمد بن محمد (١٤٣٢هـ). الاختصاص في القرار الإداري والرقابة القضائية عليه في المملكة العربية السعودية، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ص ٧٦ وما بعدها.
(٢) الطماوي، سليمان محمد: النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص ٤٢٦ وما بعدها.

اختصاص السلطة القضائية، صدور القرار الإداري عن شخص لا يحمل صفة الموظف العام، واعتداء سلطة إدارية على اختصاص سلطة إدارية منبئة الصلة عنها، واصطاح الفقه والقضاء على تسمية العيب فيها اغتصاب السلطة؛ لكونها على درجة فادحة من الجسامه^(١).

والسؤال محل البحث هل كل صور عيب عدم الاختصاص الجسيم تصلح كمبرر للتعويض؟ والإجابة أن هذه الصور ليست على السواء في ترتيب مسؤولية الإدارة، إنما يصلح منها ما كان مؤثراً في مضمون القرار، فمتى إذن يكون عيب عدم الاختصاص الجسيم مؤثراً في مضمون القرار؟ هذا ما نتبينه من خلال تحليل تلك الصور.

مدى مسؤولية الإدارة عن اغتصاب صلاحيات السلطتين التشريعية والقضائية:

وفقاً للنظام الأساسي للحكم، «تختص السلطة التنظيمية بوضع الأنظمة واللوائح، فيما يحقق المصلحة، أو يرفع المفسدة في شؤون الدولة، وفقاً لقواعد الشريعة الإسلامية، وتمارس اختصاصاتها وفقاً لهذا النظام ونظامي مجلس الوزراء ومجلس الشورى»^(٢)، و«القضاء سلطة مستقلة، ولا سلطان على القضاة في قضائهم لغير سلطان الشريعة الإسلامية»^(٣)، و«... تختص المحاكم في الفصل في جميع المنازعات والجرائم»^(٤).

وإعمالاً لمبدأ الفصل بين السلطات والذي يحول دون ممارسة سلطة ما اختصاصاً أناط به المشرع سلطة أخرى، فإن السلطة التنفيذية لا تستطيع إصدار قرار في موضوع يدخل في اختصاص السلطة القضائية، فإن هي فعلت ذلك كان قرارها موصوماً باغتصاب السلطة؛

(١) الطماوي، سليمان محمد: النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص ٣٢٩، الذنبيات، محمد جمال مطلق (٢٠٠٤م). القرار الإداري المنعدم في القضاء الإداري الأردني والفقه المقارن، مجلة الحقوق، ع ١، ص ٢٨، ص ٣١٠، نويجي، محمد فوزي (٢٠٢٠م). القانون الإداري النشاط الإداري، دار مصر للنشر والتوزيع، ص ١٩٠، وما بعدها، قروف، جمال (٢٠١٨م). رقابة قاضي الإنعلاء على السلطة المقيدة للإدارة، مجلة دفاثر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية سكيكدة، الجزائر، عدد ١٩ جوان، ص ١٠٩ وما بعدها.

(٢) راجع المادة (٦٧) من النظام الأساسي للحكم، الصادر بالأمر الملكي رقم (٩٠/أ) بتاريخ ٢٧/٨/١٤١٢هـ.

(٣) راجع المادة (٤٦) من النظام الأساسي للحكم، الصادر بالأمر الملكي رقم (٩٠/أ) بتاريخ ٢٧/٨/١٤١٢هـ.

(٤) راجع المادة (٤٩) من النظام الأساسي للحكم، الصادر بالأمر الملكي رقم (٩٠/أ) بتاريخ ٢٧/٨/١٤١٢هـ.

ذلك لأن السلطة الإدارية غير مؤهلة أصلاً للاضطلاع بدور السلطة القضائية، الذي يتوافر لأعضائها الحيدة والاستقلال مما يشكل ضماناً للمتناقضين.

كذلك لا تستطيع السلطة التنفيذية أن تحل نفسها محل المشرع في إصدار التشريع والذي يحتاج إصداره إلى العديد من المراحل والإجراءات والدراسات حتى يكون معبراً عن ضمير الأمة، وهذا ما لا تملكه السلطة التنفيذية التي يقتصر دورها على تنفيذ التشريع بما تملكه من أدوات هذا التنفيذ، فإذا تجاوزت السلطة التنفيذية دورها وتعدت على اختصاص سلطة تشريعية في إصدار التشريع بأن أصدرت قراراً قاعدياً خالفت به القانون وانتهكت أحكامه عد ذلك بمثابة اغتصاباً لسلطة المشرع وكان ما صدر عنها في هذا الشأن لا يعدو أن يكون عملاً مادياً معدوماً^(١).

ويبقى التساؤل عن مدى مسؤولية الإدارة في تلك الحالات، وفيها ترددت أحكام ديوان المظالم بين اتجاهين:

الاتجاه الأول: يقرر عدم مسؤولية الإدارة، ومن الأحكام التي انتهت إلى ذلك حكم الديوان الذي ورد فيه: ((وعن الموضوع، فالثابت أن المدعى عليها أوقفت المدعين عن البناء بأرضهم المملوكة لهم بعد أن ثار نزاع في أصل الملكية بينهم وبين المواطن (...)) وذلك للثبوت من أملاك المتنازعين والسماح للمدعين بإكمال البناء، ولما كان الثابت وجود تعدد من جهة الإدارة في الاختصاص بإصدارها قرار الإيقاف، حيث إنها انحرفت عما قرره النصوص النظامية وتعدت الولاية الممنوحة لها في الأنظمة، فإيقاف تصاريح البناء في منازعات التملك يكون عن طريق القضاء الشرعي وفق المادة (١٢٥) من نظام الطرق والمباني، وليس لأي جهة إدارية إيقاف الترخيص ولو كانت هي من أصدرته إذ إنها استندت حقها ابتداءً في دراسة طلب المالك وذلك بإصدارها الرخصة له ومن ثم فإن الولاية ترتفع بعد ذلك عنها في الإيقاف مما يجعل تصرف المدعى عليها في إيقاف المدعين أمراً في غير محله. ومن حيث إنه ولئن كان مناط مسؤولية الإدارة عن قراراتها يقوم على توافر ثلاثة عناصر تتمثل في الخطأ من جانبها بأن

(١) خليفة، عبدالعزيز عبد المنعم: أوجه الطعن بإلغاء القرار الإداري، مرجع سابق، ص ٦٩.

يكون القرار غير مشروع لعيب من العيوب وأن يحق بصاحب الشأن ضرر وتقوم علاقة سببية بين الخطأ والضرر، إلا أن المستقر في الفقه والقضاء الإداري أن عيب الاختصاص والشكل اللذين قد يشوبان القرار فيؤديان إلى إلغائه لا يصلحان حتماً وبالضرورة أساساً للتعويض ما لم يكن هذان العيبان مؤثرين في موضوع القرار، فإذا كان القرار سليماً في مضمونه محمولاً على أسبابه المبررة ووقائعه الثابتة رغم مخالفته قاعدة الاختصاص أو الشكل فإنه لا يكون ثمة محل لمساءلة الجهة التي أصدرته والقضاء عليها بالتعويض؛ لأن القرار كان يصدر على أي حال بذات المضمون لو أن تلك القاعدة قد روعيت. وعلى هدي ما سبق فإن مسؤولية المدعى عليها لا تتقرر في مثل الحالة المعروضة بمجرد تحقق ما ينعيه المدعون عن أضرار بل لا بد أن يكون عيب عدم اختصاص الذي شاب القرار من شأنه أن ينال من صحته موضوعاً، بيد أن المستين للدائرة من دراستها للأوراق أن الضرر -على فرض حدوثه- كان في طور التفاوض لو لم تصدر جهة الإدارة قرارها وكانت الشكوى المنظورة في الملكية قد صدرت لغير مصلحة المدعين، فضلاً عن ذلك فإن استدراك الإدارة لمسألة الاختصاص -فيما لو قدر لها- لم يكن لينال من وقوع الأضرار محل الدعوى نظراً لما في عقيدة الدائرة من تلك الأضرار كانت ستلحق بهم محالة وبمثل ما انتهى إليه القرار فيما لو صدر من المحكمة المختصة^(١).

ومن هذه الأحكام أيضاً ما ورد فيه: ((وعن موضوع الدعوى، فلما كان المدعي وكالة يطلب الحكم له بالتعويض بمبلغ (١٠٠،٠٠٠) مئة ألف ريال، جبراً للأضرار اللاحقة به، عن قرار المدعى عليها المتضمن (إخلاء عقار المدعي)، وما أصابه من أضرار وهي: إخلاء العقار وفسخ العقد فيما تبقى من مدة الإجارة، وأثر ذلك فوات الربح المادي على المدعي ولما كان مناط المسؤولية الإدارية عن القرارات الإدارية، التي تصدرها في تسيير المرافق العامة هو قيام خطأ من جانبها، بأن يكون القرار الإداري غير مشروع لعيب من العيوب المنصوص عليها نظاماً، وأن

(١) ديوان المظالم، رقم القضية الابتدائية (٢/٢٢٧٩/ق) لعام ١٤٣٠هـ، رقم الحكم الابتدائي (١٠/د/٢٦٤) لعام ١٤٣١هـ، رقم قضية الاستئناف (٦٨٢٦/ق) لعام ١٤٣١هـ، رقم حكم الاستئناف (٣/س/١٣) لعام ١٤٣٢هـ، تاريخ الجلسة ١٩/١/١٤٣٢هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٣٢هـ، المجلد الخامس، ص ١٦٦٢ وما بعدها.

يلحق بصاحب الشأن ضرر، وأن تقوم علاقة السببية بين الخطأ والضرر، ولما كان القرار الصادر من المدعى عليها قد صدر من غير مختص، فإن ما استقر عليه القضاء الإداري أن لا تعد هذه المخالفة مصدراً لمسؤولية المدعى عليها، إلا إذا كانت هذه العيوب ذات تأثير مباشر على موضوع القرار الإداري، وتأسيساً على ما تقدم، فقد صدر للمدعي حكم من المحكمة الإدارية بجدة، يقضي بـ(إلغاء قرار المدعى عليها رقم (٢٠٨) المتضمن إخلاء عقار المدعي...)، ونص على أن العيب الذي يشوب قرار المدعى عليها هو عيب عدم الاختصاص في إصدار قرار الإخلاء، وأن المختص بذلك هي المحكمة العامة بموجب نظام المرافعات الشرعية في المادة رقم (٣١)؛ وبالتالي أصدرت حكمها بإلغاء قرار المدعى عليها لأن الاختصاص يعد من النظام العام، لذلك لا يعد الحكم بالإلغاء بناءً على عيب في الاختصاص من ضمن الأخطاء الإدارية التي يترتب عليها مسؤولية المدعى عليها بالتعويض، حيث إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن القضاء بالتعويض ليس من مستلزمات القضاء بإلغاء القرار، أن لكل من القضاة أساسه الخاص الذي يقوم عليه، وحيث إن مسؤولية المدعى عليها تتعدى في حالة وجود عيب يؤثر في مضمون القرار، محمولاً على أسبابه المبررة، لذلك تأسس دعوى التعويض، وتقوم مسؤولية المدعى عليها على القرارات الإدارية، لذلك كان من الواجب على المدعى عليها أن تعيد تصحيح القرار وفقاً للأوضاع الشكلية المطلوبة نظاماً، ويكون قرار المدعى عليها سليماً في مضمونه، محمولاً على أسبابه المبررة رغم مخالفته لقاعدة الاختصاص؛ ومن ثم فإنه لا يكون ثمة مجال للقضاء بالتعويض؛ لأن القرار سيصدر صحيحاً بذات المضمون، لو أن تلك القاعدة قد روعيت^(١).

الاتجاه الثاني: وفيه يقرر الديوان مسؤولية الإدارة عن تلك الحالات، ومن الأحكام التي انتهت إلى ذلك حكمه الذي ورد فيه: ((وبالنسبة لموضوع الدعوى، فحيث إن المدعي يطالب بالتعويض على أساس قيام أركان مسؤولية المدعى عليها التقصيرية المتمثلة بتعويضه عما أحدثته من

(١) ديوان المظالم، رقم القضية في المحكمة الإدارية (٤٥٧٩/٢/ق) لعام ١٤٢٦هـ، رقم القضية في محكمة الاستئناف الإدارية (٢/٩٢٠/س) لعام ١٤٢٨هـ، تاريخ الجلسة ٤/٢٧/١٤٢٨هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٢٨هـ، المجلد الرابع ص

أضرار في حقه، فإن الدائرة قد ثبت لها إيقاف بناء عقار المدعي محل المطالبة بالتعويض، وحيث إن بحث تعويض المدعى عليها للمدعي عما تقدم من خطأ في الإجراءات المتخذة بشأن المدعي يستلزم توافر أركان المسؤولية التقصيرية الموجبة للتعويض وهي: الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما، وأنه في حال ما لو انهار أحد هذه الأركان فإنه لا تنشأ المسؤولية تجاهها، وحيث إنه بإعمال ما تقدم على هذه الدعوى نجد أن ركن الضرر قد تحقق من خلال حرمان المدعي من بناء عقاره الذي يفنيه عن استئجار شقق سكنية بغرض السكنى وما تكبده تلك الشقق من خسائر مالية على عاتقه....، ولما كان إيقاف المدعي من قبل المدعى عليها ثابت من خلال المستند المقدم من المدعي بجلسة ١٤٣٦/٧/٧ هـ، والذي يفيد إيقاف التعامل على عقاره، ولما نصت عليه المادة (١٢٥) من نظام الطرق والمباني الصادر بتاريخ ١٣٦٠/٦/١ هـ من أن: «كل شخص استحصل على رخصة البناء الموضح أحكامها في مواد هذا النظام في الفصل الرابع منه لا يمكن توقيفه من الاستمرار في البناء المرخص له إلا بقرار قضائي من المحكمة الشرعية في قضايا التملك»، ما يعني تجاوز المدعى عليها لصلاحياتها المنوطة بها باغتصابها لصلاحيات السلطة القضائية...؛ وبالتالي تكون المدعى عليها قد وقعت في الخطأ الموجب للتعويض الجابر لضرر المدعي^(١)).

وتعليقاً على ما تقدم، نرى أن الأحكام التي اتجهت إلى عدم مسؤولية الإدارة قد جانبها الصواب؛ فليس لجهة الإدارة فيما سبق استدراك مسألة الاختصاص لأن الاختصاص لا يعود إليها وإنما يعود إلى القضاء، وليس للإدارة سلطة فوقية على المحاكم حتى تأمر القاضي -صاحب السلطة- بإصدار حكماً يحمل مضمون القرار المعيب، فإذا كان القاضي نفسه لا يحل محل الإدارة، فكذلك الإدارة نفسها لا تحل محل القاضي، إن الأحكام السابقة وقد اعتبرت أن سلب الولاية باغتصاب السلطة لا يؤثر في مضمون القرار وأن القرار محمولاً على الصحة في جميع الأحوال حتى وإن كان

(١) ديوان المظالم، رقم القضية في المحكمة الإدارية (٢/٧٠٥/ق) لعام ١٤٣٦ هـ، رقم القضية في محكمة الاستئناف الإدارية (٢/٩٩٨/س) لعام ١٤٣٨ هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٣٨ هـ، جلسة ١٤٣٨/٥/٤ هـ، المجلد الرابع، ص ٢٦٦ وما بعدها.

الاختصاص معقوداً للسلطة القضائية، من شأنه أن يكرس المخالفة الصارخة للأنظمة، ويهدر قواعد العدالة التي توجب رفع الضرر، ويخل بالتوازن بين السلطات، ويأذن بتفول السلطة التنفيذية على السلطتين التشريعية والقضائية؛ ما دامت في مأمن من المسؤولية.

وتماشياً مع ما تم ذكره، نؤيد الاتجاه بمسؤولية الإدارة بالتعويض عن الأضرار التي أصابت المضرور عن قراراتها التي تمثل اعتداء على أعمال السلطة التشريعية وأعمال السلطة القضائية لكون الخطأ الذي أحاط بالقرار جوهرياً ومؤثراً في مضمون القرار^(١)، حيث لا تملك الإدارة تدارك هذا العيب لكون الاختصاص ليس خارجاً عن سلطة مصدر القرار فحسب وإنما خارجاً عن حدود ولاية النشاط الإداري للسلطة التنفيذية مطلقاً، وعسى أن يكون في هذا الاتجاه ما يحمل الإدارة على الالتزام بالأنظمة والمبادئ القانونية.

مدى مسؤولية الإدارة عن القرارات الصادرة عن شخص لا يحمل صفة الموظف العام:

قد يتصدى لممارسة مهام الوظيفة العامة شخص لا يحمل صفة الموظف العام، ولا شك أن ما يصدر عنه من قرارات يوصم بعيب عدم الاختصاص الجسيم، ويحمل اغتصاباً للسلطة، وقد جاء في أحد الأحكام القضائية لهيئة التدقيق بديوان المظالم، ما نصه: ((حيث إنه تتمثل حالات اغتصاب السلطة حسب المستقر في القضاء الإداري في حالات منها إذا كان القرار صادراً من فرد عادي ليست له أي صفة عامة^(٢))). والسؤال الذي يثار في هذا الصدد، عن مدى مسؤولية الإدارة عن القرارات الصادرة عنه؟ والإجابة: إن هذه الحالة تستوعب فرضين.

الفرض الأول: أن يكون هذا الشخص مغتصباً للسلطة مُتحمماً نفسه فيها أو منتحلاً للصفة الوظيفية لتحقيق مكاسب مادية ومصالح شخصية، أو على حد تعبير أستاذنا الطماوي، أن يقحم شخص عادي ليس موظفاً نفسه في الاختصاصات الإدارية أي شخص (من الشارع)

(١) شريف، دانا ولي محمد (٢٠١٧م). مسؤولية الإدارة بالتعويض عن القرارات الإدارية غير المشروعة والمشروعة، الطبعة الأولى مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ص ٥٤.

(٢) حكم هيئة التدقيق رقم (٢٩ / ت / ٥) لعام ١٤٢٦هـ، في القضية رقم (٢٤٨١ / ٢ / ق) لعام ١٤٢٤هـ، غير منشور، مشار إليه، الصمعاني، وليد محمد: مرجع سابق، المجلد الثاني، ص ١٦، حاشية رقم ٢.

فيكون عمله منبث الصلة وليس مرتبطاً بالأعمال الإدارية، ولا أثر له^(١)، فمنتحل الوظيفة لا يعتبر بأي حال من الأحوال موظفاً عمومياً ولا تلتزم الإدارة بتصرفاته ولا تكون تصرفاته مع الأفراد ذات صبغة قانونية فهي باطلة ومعدومة^(٢).

وبناءً عليه، فلا مسؤولية مطلقاً على الإدارة، ويكون هذا الشخص محلاً للمسؤولية القانونية بشقيها المدني والجنائي بالإضافة إلى عدم مشروعية أعماله لكونها صادرة من مغتصب أو منتحل. وهذا الفرض نادر الحدوث في الواقع، وإن تحقق وقع فاعله تحت طائلة القانون الجنائي. وفي المملكة العربية السعودية جزاؤه التعزير شرعاً، فضلاً عن انعدام قراره^(٣).

وأما الفرض الثاني: فحالة الموظف الفعلي التي ابتكرها القضاء الإداري^(٤)، والموظف الفعلي هو الذي يتولى وظيفة معينة دون سند شرعي أو دون سند إطلاقاً. وقد عرف بعضهم الموظف الفعلي بالشخص الذي يشغل الوظيفة دون توافر الصفة اللازمة لذلك لبطلان تعيينه أو انتهاء أثره أو لعدم وجود سند من الأصل، وذلك في ظروف معينة تستوجب إضفاء الشرعية على التصرفات الصادرة منه، واعتبارها كما لو كانت صادرة من الموظف العام، وتتمثل تلك الظروف من توافر الظاهر أو الظروف الاستثنائية^(٥).

وتقوم نظرية الموظف الفعلي على ركنين: الركن المادي وهو توافر مجموعة من المظاهر الخارجية الملموسة المتعلقة بمظهر الموظف كظهوره بمظهر الموظف الرسمي الشاغل لإحدى الوظائف، مع قيامه بممارسة الاختصاصات المقررة لتلك الوظيفة، وركن معنوي ويتمثل في حسن نية المتعاملين مع هذا الموظف، شريطة أن يقوم حسن النية على أسباب تبرره، أي يجب أن تكون الشواهد

(١) الطماوي، سليمان محمد، قضاء الإلغاء، مرجع سابق، ص ٦٨٧ وما بعدها.

(٢) محفوظ، عبد المنعم (١٩٧٦م). الوسيط في القانون الإداري، دراسات تأصيلية مقارنة في تنظيم ونشاط الإدارة العامة، الكتاب الثاني في النشاط الإداري، الطبعة الأولى، ص ٣١٦.

(٣) الدغيثر، فهد بن محمد عبدالعزيز (١٤٢٥هـ). رقابة القضاء على قرارات الإدارة، ولاية الإلغاء أمام ديوان المظالم، دراسة مقارنة، دار اللواء للنشر والتوزيع، الرياض، ص: ٢٣٣ - ٢٣٤.

(٤) ملوياً، حسين بن الشيخ (٢٠٠٧م). دروس في المنازعات الإدارية، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، ص ٩٤.

(٥) يوسف، مجدي عز الدين (١٩٨٧م). الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ص ٧٩.

المحيطة بالمركز الظاهري من شأنها أن تولد الاعتقاد العام بمطابقة هذا المركز للحقيقة^(١). وتغطي نظرية الموظف الفعلي الظروف العادية؛ مدفوعة بالوضع الظاهر والمصلحة العامة وحسن نية المتعاملين مع المرفق، وتغطي الظروف الاستثنائية؛ استناداً إلى اعتبارات الضرورة ومبدأ سير المرافق العامة بانتظام وإطراد. ولا شك أن هذا الشخص (الموظف الفعلي) يمارس كافة الصلاحيات الوظيفية ويصدر القرارات الإدارية^(٢).

وحيث يقر القضاء الإداري بالصفة الشرعية للأعمال والتصرفات الصادرة عن الموظف الفعلي^(٣)، باعتبار أن تصرفات صاحب المركز الظاهر (الموظف الفعلي) إلى الغير حسن النية تأخذ نفس آثار تصرفات صاحب المركز الحقيقي، متى كانت الشواهد المحيطة بالمركز الظاهر من شأنها أن تولد الاعتقاد بمطابقة هذا المركز للحقيقة. فينعطف ذلك بالتبعية على دعوى التعويض التي ينتمي فيها ركن الخطأ، فلا مسؤولية على الإدارة، ونرى أن التوصيف الحقيقي لهذا العيب في نطاق مسؤولية الإدارة هو عيب عدم اختصاص بسيط وليس جسيم، لأن الأعمال التي تمت كانت تحت مظلة السلطة الإدارية وحدها وغير متصلة بسلطة أخرى.

مدى مسؤولية الإدارة عن اغتصاب صلاحيات اللجان شبه القضائية:

اللجان شبه القضائية وهي تابعة للسلطة التنفيذية إلا أن صلاحياتها قضائية؛ حيث تتولى مهمة الفصل والحكم في بعض المنازعات والجرائم، وهي تمارس جزءاً كبيراً من ولاية القضاء،

(١) علي، عاطف نصر مسلمي (١٩٩٢م). نظرية الأوضاع الظاهرة في القانون الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه عين شمس (٢) بدوي، ثروت (٢٠١٦م). القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٤١٩-٤٢٦، جمال الدين، سامي (٢٠١٢). مبادئ القانون الإداري نظرية العمل الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص ١١٢، مرعي، حسام الدين محمد مرسى: الموظف الفعلي والموظف الظاهر فتحاً وقضاً، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، على الرابط https://jdl.journals.ekb.eg/article_207220_d760b3ac2556872e9913c588493a21d2.pdf، شطناوي، علي حسين خطار (١٩٩٢م).

تعيين الموظفين العموميين في فرنسا والأردن، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد السابع العدد الثاني، ص ١٤٩.

(٣) حكم ديوان المظالم رقم (٥٥ / ١/ت) لعام ١٤٠٥هـ في القضية رقم (١١٧١/ق/١) لعام ١٤٠٤هـ، حكم ديوان المظالم رقم (٨٢/ت/٢) لعام ١٤٠٨هـ في القضية رقم (١٠١٦/ق/١) لعام ١٤٠٧هـ، وحكم ديوان المظالم رقم (٢٨/ت/٢) لعام ١٤٠٨هـ،

أحكام غير منشورة.

ويكون إنشاؤها بموجب أنظمة تمنحها الاختصاص في الفصل في المنازعات التي تنشأ من جراء تطبيق النظام الذي نشأت في ظلّه^(١)، وقد يتصور أن تعدي جهة إدارية على الاختصاصات الممنوحة لتلك للجان، فما مدى مسؤولية الجهة الإدارية عن ذلك؟

قد تسنى لديوان المظالم فرصة النظر في مدى مسؤولية الإدارة بالاعتداء على الاختصاصات الممنوحة نظاماً للجان شبه القضائية، حيث ورد في تطبيقاته: ((ومن حيث الموضوع، فإن الثابت من الأوراق أن مثار النزاع في الدعوى هو ما قامت به جهة الإدارة المدعى عليها من إغلاق محل المدعي استناداً إلى وجود مواد غذائية منتهية الصلاحية، وإلى ما نصت عليه المادة (٩/٣/٧/١) من لائحة الغرامات والجزاءات عن المخالفات البلدية الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (٢١٨) وتاريخ ١٤٢٢/٨/٦هـ، وأن ذلك يعتبر من قبيل الغش التجاري. وحيث إن لائحة الغرامات والجزاءات عن المخالفات البلدية قد نصت في المادة المذكورة على أن: «من عرض مواد غذائية تظهر عليها علامات التلف والفساد يعاقب بغرامة من (٢٠٠٠) إلى (٥٠٠٠) ريال مع إتلاف تلك المواد» فإنه لا وجود لما يدل على ما تدعيه المدعى عليها من أن إغلاق محل المدعي كان استناداً إلى تلك المادة، إذ إن إغلاق المحل ليس من العقوبات المنصوص عليها في تلك المادة، وحيث إن إغلاق المحل بداعي الغش التجاري من العقوبات المنصوص عليها في نظام مكافحة الغش التجاري الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١١) وتاريخ ١٤٠٤/٥/٢٩هـ، كما في المادة الأولى منه، متى وجدت إحدى المخالفات المنصوص عليها في النظام، ولما كان إيقاع هذه العقوبة من اختصاص لجنة الفصل في قضايا الغش التجاري كما ورد في المادة (١٦) من نظام مكافحة الغش التجاري بعد صدور الإدانة بالغش من قبل تلك اللجنة، حيث نصت المادة على أن: «تتولى توقيع العقوبات المنصوص عليها في هذا النظام واستيفاء ما تراه من

(١) الجربوع، أيوب بن منصور (١٤٢٩هـ). اللجان شبه القضائية في القانون السعودي، دراسة تحليلية في ضوء النصوص النظامية وأحكام الديوان، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، ص ١٥ وما بعدها.

تحقيقات لجان تشكل بقرار من وزير التجارة في الأماكن التي يرى أن الحاجة تقتضي تشكيل لجان فيها، وتتكون كل لجنة من ثلاثة أعضاء سعوديين اثنين منهم عن وزارة التجارة وثالث عن وزارة الشؤون البلدية والقروية، على أن يكون أحد أعضاء على الأقل من ذوي الخبرة النظامية وتحدد اللائحة إجراءات المحاكمة وإصدار القرارات وإعلانها للمخالفين» ولما كانت جريمة الغش التجاري من الجرائم التي لا بد أن يصدر بها قرار من لجنة الفصل في مخالفات نظام مكافحة الغش التجاري، التي تعتبر قراراتها بمثابة الأحكام القضائية، وأن تتم المصادقة عليها من قبل وزير التجارة كما في المادة (١٧) من ذات النظام... وإذا ثبت ذلك فإن المدعى عليها قد أخطأت بتخطيها الصلاحيات الممنوحة لها إلى صلاحيات جهة أخرى... وإذا أخطأت المدعى عليها بإدانة المدعي بالغش التجاري وإغلاق محله دون الرجوع إلى المختص بتقرير ذلك، مما أدى إلى الحيلولة بين المدعي وبين التصرف في محله بالرعاية والحفظ، حيث رتب ضرراً عليه وذلك بالخسارة الناتجة عن إغلاق المحل بتلف بعض المواد الغذائية الموجودة في المحل التي من طبيعتها التلف متى تركت دون تبريد وعناية، والتي أثبتتها المدعي في البيان المقدم منه؛ فإنه يتعين تعويض المدعي عن الضرر الذي لحق به جراء إغلاق المحل)).

وقد استطرد الحكم بأن: ((ما سوى ذلك من أضرار وهي فوات ربح المحل عن تلك الفترة، وأجرة المحل والعامل، فإنه وإن كان ما فعلته المدعى عليها خطأ باعتبار أنها فعلت ما ليس من اختصاصها، إلا أنه لما صدر من الجهة المختصة ما يؤيده كما هو الحاصل في الدعوى الماثلة بصدور قرار لجنة الفصل في قضايا الغش التجاري، فإن الضرر المترتب على إغلاق المحل من فوات الأرباح وخسارة أجرة المحل والعامل هي أضرار ناتجة عن فعل صحيح وإن صدرت من غير المختص، إذ هي نتيجة حتمية لإغلاق المحل سواء صدر من الجهة المختصة بإيقاع العقوبة أو صدر من غيرها، بخلاف تلف المواد الغذائية الصالحة قبل إغلاق المحل، فإنه لما تولت المدعى عليها ما ليس من اختصاصها وقعت في ذلك الخطأ الذي رتب ضرر تلف تلك المواد ذلك أنها لم تتبع الإجراءات الصحيحة لإغلاق المحل فقامت بإغلاقه فوراً دون تمكين المدعي من إخراج

المواد الصالحة ذلك الوقت، لذلك حكمت الدائرة: بإلزام المدعى عليها بلدية محافظة بدر بأن تدفع للمدعي (...) مبلغاً قدره (٥٧٥٨) خمسة آلاف وسبعمئة وثمانية وخمسون ريالاً؛ لما هو موضح في الأسباب^(١))).

وقد أثار هذا الحكم اهتمام الباحث، حيث جمع بين التعويض ورفضه معاً؛ مما أوجب التعرض له بالنظر والتدقيق والتعليق قولاً: بأن الحكم قد عقد مسؤولية الإدارة بالتعويض عن عيب عدم الاختصاص حينما صاحب تصرف الإدارة عيباً آخر وهو عيب مخالفة النظام؛ حيث لم تتبع الإدارة ما أوجبه النظام من خطوات وإجراءات مما أدى إلى تلف البضاعة ومن ثم إلزامها بالتعويض. في حين لم يعقد مسؤوليتها عن أجرة العامل أو المحل أو الأرباح؛ لأن ذلك مبني على تصرف صحيح وهو إغلاق المحل وإن كان قد صدر من غير مختص، إلا أنه قد صدر من اللجنة المختصة ما يؤيده.

واستخلاصاً لما سبق، يمكن القول بانعقاد مسؤولية الإدارة عن اغتصاب صلاحيات اللجان شبه القضائية، حينما يجتمع مع عيب عدم الاختصاص عيب آخر من عيوب القرار الداخلية، كما تتعدد مسؤوليتها كذلك إذا لم تُصدر اللجنة المختصة قراراً مبنياً على ذات الأسباب ويحمل ذات المضمون، أما حيث لا يصاحب عيب عدم الاختصاص عيباً آخر وتتصدى اللجنة لصلاحياتها النظامية فتصدر قرارها مبنياً على ذات الوقائع (السبب) ويحمل ذات المضمون (المحل) فهناك تنتفي مسؤولية الإدارة عن هذا العيب.

مدى مسؤولية الإدارة عن القرار الصادر عن جهة منبئة الصلة بالجهة صاحبة الاختصاص: مرجع العيب في هذه الحالة هو عدم مراعاة قواعد الاختصاص المقررة في نطاق الوظيفة الإدارية، وهو عيب يؤدي في الحالات العادية إلى عدم الاختصاص البسيط، إلا أنه في هذه الحالة يعد العيب من قبيل اغتصاب السلطة نظراً لجسامة العيب، وبالرغم من أن هذه الحالة

(١) ديوان المظالم، رقم القضية (١/٢٧٠٤/ق) لعام ١٤٢٥هـ، رقم الحكم الابتدائي (٦٧/د/ف/٤٣) لعام ١٤٢٦هـ، رقم حكم التدقيق (١٦٧/ت/١) لعام ١٤٢٧هـ، جلسة ١٤٢٧/٢/٢٧هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٢٧هـ، المجلد الرابع ص ١٩٠٠ وما بعدها.

نادرة الوقوع من الناحية العملية نظراً لتحديد اختصاصات الوزارات والدوائر الرسمية، ولكنها إن وقعت، فإن جزاء هذا العيب هو الانعدام ما دام أن في ذلك افتئاتاً من سلطة إدارية على سلطة جهة أخرى له شخصيتها المستقلة^(١).

ويرى العميد الطماوي، أنه ليس بلازم أن يكون لكل من الجهتين شخصية معنوية مستقلة وإنما يكفي لاعتبار العيب جسيماً أن يكون العدوان على اختصاص جهة أخرى مستقلة إدارياً، أو لها ضماناتها المتميزة أو لا تمت بصلة إلى السلطة المعتدى على اختصاصها ويمثل لذلك باعتماد وزير على اختصاصات وزارة أخرى، وهذا بطبيعة الحال علاوة على غضب سلطة جهة أخرى لها شخصيتها المعنوية المستقلة^(٢).

وقد أكد ديوان المظالم على جسامته هذا العيب حقاً حيث قرر بأن: «تصدي إدارة الوافدين لإصدار قرارات تتصل بنشاط خدمات العمرة هو سلب لسلطات جهة أخرى، وتعد في الاختصاص، ومؤدى ذلك إلغاء القرار الصادر عنها واعتباره كأن لم يكن، ولا يتحصن بفوات مواعيد الطعن باعتباره قراراً معدوماً^(٣)»، كما أكد على ذلك أيضاً في حكم آخر جاء فيه: «ولا يملك وزير من تلقاء نفسه الحد أو الاستثناء من اختصاصات وزير آخر أو جهة أخرى من جهات الحكومة، فضلاً عن اختصاصات السلطة القضائية، وإلا كان ما يصدر عنه والعدم سيان^(٤)».

ونمिल في هذه الحالة - إن وقعت - إلى عدم مسؤولية الإدارة، إذا كان للجهة صاحبة الاختصاص أن تصدر قراراً يحمل مضمون القرار المعيب ومبنيّاً على ذات الوقائع، ولا شك أن هذه الحالة

(١) الجياري، نثار عبدالقادر أحمد: مرجع سابق، القاهرة، ص ١٦٢.

(٢) انظر الطماوي، سليمان محمد، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٤٢.

(٣) رقم القضية (٢/٨٢٢/ق) لعام ١٤٢٦هـ، رقم الحكم الابتدائي (٩/١/د/٢٦) لعام ١٤٢٦هـ، رقم حكم التدقيق (١٠١/ت/٥)

لعام ١٤٢٧هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٢٧هـ، المجلد الثالث، ص ٩٥٠.

(٤) رقم القضية الابتدائية (٢/٥٤٨٢/ق) لعام ١٤٢١هـ، رقم الحكم الابتدائي (٢/١/١٢٨) لعام ١٤٢٣هـ، رقم قضية الاستئناف

(٢٧١٨/ق) لعام ١٤٢٣هـ، رقم حكم الاستئناف (٢/٢٣) لعام ١٤٢٤هـ، جلسة ١٤٢٤/٢/٥هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية

لعام ١٤٢٤هـ، المجلد الثالث، ص ١٨٠٢ وما بعدها.

تختلف عن اغتصاب الإدارة لاختصاص السلطتين التشريعية أو التنفيذية؛ إذ إن الإدارة التي أصدرت القرار والإدارة صاحبة الاختصاص يتبعان سلطة واحدة هي السلطة التنفيذية، وتملك في النهاية ممثلة في رئيسها أن تأمر صاحب الاختصاص بأن يصدر قراراً مبنياً على ذات أسباب القرار الأول ويحمل ذات المضمون، أو تتصدى هي من تلقاء نفسها لممارسة صلاحياتها النظامية، شريطة أن يستهدف القرار الجديد المصلحة العامة، وألا يحمل تعسفاً أو انحرافاً أو إساءة لاستعمال السلطة، وألا يكون الهدف منه تقويت حق المضرور في الحصول على التعويض. على أنه يلزم التأكيد على أن اقتران عيب عدم الاختصاص مع عيب المحل في هذه الحالة يبرر الحكم بالتعويض، وهو ما قضى به ديوان المظالم فعلاً حيث قرر أنه: ((ولما كان فصل الخدمات كإجراء جزائي ليس منصوصاً عليه في لائحة الغرامات والجزاءات عن المخالفات البلدية الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (٢١٨) في ٦/٨/١٤٢٢هـ، بل إن ضبط المخالفة المنسوبة للمدعي من إنشاء سقالة بحرية أمام الفيلا الخاصة به ليس من ضمن اختصاصات المدعى عليها، بل هو من اختصاصات حرس الحدود؛ وفقاً لما نصت عليه لائحة الأمن والسلامة لمزاوли الصيد والنزهة والغوص في مياه المملكة العربية السعودية لنظام أمن الحدود الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢٦) وتاريخ ٢٤/٦/١٣٩٤هـ... لذلك حكمت الدائرة بالزام محافظة جدة بتعويض (...) بمبلغ (٢٠٠٠٠) عشرين ألف ريال^(١))).

المطلب الثاني: عيب الشكل والإجراء الجوهري كمبرر لمسؤولية الإدارة:

تحديد عيب الشكل والإجراء الجوهري:

يرى بعضهم أن عيب الشكل يكون جوهرياً إذا وصفه القانون صراحة كذلك أو إذا رتب البطلان جزاء مخالفته، أما إذا صمت القانون فإن الإجراء يعد جوهرياً إذا كان من شأنه أن يغير القرار الإداري الذي اتخذ، بمعنى إذا كان له أثر حاسم على مسلك الإدارة وهي تحدد مضمون القرار،

(١) رقم القضية في المحكمة الابتدائية (٩٤٨٢) لعام ١٤٣٦هـ، رقم القضية في محكمة الاستئناف الإدارية (٨٥٤٤) لعام ١٤٤٠هـ، تاريخ الجلسة ١١/٢٨/١٤٤٠هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٤٠هـ، المجلد الخامس، ص ٢٩٣.

أما إذا لم يكن لذلك الإجراء هذا الأثر الحاسم فإنه يعد إجراءً ثانوياً ومن ثم فإن تجاهله -وقد كان عديم الأثر على القرار في جوهره- لا يعد عيباً يؤثر على مشروعية القرار^(١)، ويرى بعضهم الآخر إلى ضرورة النظر في تأثير الشكل المنسي على نتيجة القرار، فلا يكفي أن يثبت خصم الإدارة أنها أغفلت شكلاً معيناً، بل يجب إثبات أن ذلك من شأنه التأثير على نتيجة القرار^(٢). وتأسيساً على ذلك، فإن التفرقة بين الإجراءات والشكليات الجوهرية، والإجراءات والشكليات الثانوية، يكون بالنظر إلى الأثر المترتب على إغفال أو مخالفة الشكل والإجراء، فإذا نص النظام أو اللوائح على ضرورة مراعاة شكل أو إجراء ما، ورتب البطلان على إغفال أو مخالفة هذا الشكل أو الإجراء، فإنه يعد جوهرياً، أما إذا لم يرد نص يرتب البطلان؛ فإنه ينبغي النظر إلى ما إذا كان القرار يمكن أن يصدر بصورة مغايرة من الناحية الموضوعية لتلك التي صدر بها في حالة إغفال أو مخالفة الشكل أو الإجراء فإنه يكون جوهرياً، أما إذا لم يكن الشكل والإجراء مؤثراً على موضوع القرار، فإنه يكون ثانوياً ولا يترتب على إغفاله أو مخالفته البطلان، وما ذلك إلا لأن قواعد الشكل والإجراءات في القرارات الإدارية، إنما تعد من القواعد المتعلقة بكيفية ممارسة السلطة فهي قواعد تحدد المظهر الخارجي للإرادة، دون أن تكون موضوع الإرادة ذاتها^(٣).

وفي نفس السياق، يقرر بعضهم بأن الاتجاه الغالب في الفقه والقضاء، يكون الشكل أو الإجراء جوهرياً إذا كان إهماله يؤدي إلى التأثير في مضمون القرار بحيث يصدر على نحو مغاير لما كان ينبغي صدوره عليه في حالة استيفاء الشكل المطلوب، أو إذا ترتب على إغفاله إهدار ضمانات الأفراد، في حين يكون الشكل أو الإجراء ثانوياً إذا كان تخلفه لم يصل إلى هذه الدرجة من

(١) فهمي، مصطفى أبوزيد (١٩٩٩م). القضاء الإداري ومجلس الدولة قضاء الإلغاء، دار المطبوعات الجديدة الإسكندرية، ص ٦٩٥.

(٢) بوزيد، الدين الجيلالي (٢٠١٧م). عيب الإجراء والشكل في القرار الإداري وتطبيقاتهما في قضاء ديوان المظالم، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، المجلد ٤١، العدد ٤، ص ٣٢٩.

(٣) عبدالكريم، فؤاد محمد موسى (٢٠٠٣م). القرارات الإدارية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، دراسة مقارنة، مطبوعات معهد الإدارة العامة الرياض، ص ١٢٧.

الجسامة أي لم يؤثر في موضوع القرار ولم ينتقص من الضمانات المقررة^(١). والمنظم عندما يُوجب على جهة الإدارة مراعاة بعض الإجراءات الشكلية في بعض الأحيان كأخذ رأي إحدى اللجان أو ترشيحها أو ترجيحها أو إجراءات تحقيق أو العرض على مسؤول أو إبداء الأسباب الموجبة لاتخاذ القرار الإداري، فهو إنما يقصد أمن مواطن الزلل أو عدم صدور قرارات ارتجالية أو توكي الظلم بعدم المحافظة على حقوق الأفراد، حتى لا تصدر قرارات إدارية تمس مراكزهم النظامية بصورة غير سوية دون أن تضع جهة الإدارة نفسها في أفضل الظروف لإصدار قرار من تلك القرارات في حال استعمالها لحقها المقرر في سلطتها التقديرية، كما أن الفقه الإداري لم يكل سلطات الإدارة بإتباع إجراءات شكلية مرهقة ومؤدية إلى الرقابة، بل أن القضاء الإداري أخذ هذه الأمور بعين الاعتبار بالتكليف السليم لكل واقعة ونازلة بحسبها وتحقيق المناط فيها يكون مخالفة الشكل مؤثرة من عدمها^(٢).

وفي ذلك يقرر ديوان المظالم: ((وعيب الشكل في القضاء الإداري يبرز في حال لا تحترم فيها جهة إدارة القواعد الإجرائية والشكلية المقررة في النظام لصدور القرارات الإدارية؛ سواء كان ذلك بإهمال القواعد بصورة كلية أم مخالفتها جزئياً، وعلى هذا الأساس يصدر حينئذ مشوباً بعيب الشكل إذا تجاهلت تلك الإجراءات التي قررها النظام، ولا يكفي جهة الإدارة الالتزام بحدود الاختصاص وتحقيق المصالح والتصرف في حدود سلطتها التقديرية لإجازة قراراتها والحكم بسلامتها، بل يجب عليها إصدار قراراتها وفقاً للإجراءات التي حددها المنظم قصداً منه لتحقيق الصالح العام، وحفاظاً على الحقوق؛ إذ إن قواعد الشكل والإجراءات إنما وضعت لحماية المصلحة العامة ومصصلحة الأفراد على حد سواء، ومخالفتها تستدعي بطلان القرارات للأفراد، ومراعاة تلك الأوضاع الشكلية للقرار لا تقل أهمية عن مراعاة النصوص الموضوعية

(١) حبيب، محمود أبو السعود (د-ت). القضاء الإداري، مجلس الدولة، قضاء التأديب، قضاء الإنهاء، مطبعة الإيمان، القاهرة، ص ٦١٥.

(٢) رقم القضية (١/٤٩٤٤/ق) لعام ١٤٢٥هـ، رقم الحكم الابتدائي (٥/٧٤/د/ف) لعام ١٤٢٦هـ، رقم حكم التدقيق

(٢٢٢/ت/٥) لعام ١٤٢٧هـ، تاريخ الجلسة ٢٨/٥/١٤٢٧هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٢٧هـ، المجلد الثالث، ص

١١٤٥ وما بعدها.

للنظام بأي حال من الأحوال؛ لأن القرار يمتاز بقوة الشيء المقرر وبقرينة السلامة، ولذلك يعتبر صدوره صحيحاً ومتفقاً مع النظام في حدود الصالح العام ما لم يثبت عكس ذلك^(١))). وفي تحديده للإجراء الجوهري، يقرر الديوان: ((وحيث إنه بالنظر إلى الفقه والقضاء الإداري تظهر نتيجة أن الإجراءات الشكلية الجوهرية تشمل كل إجراء من شأنه أن يؤثر في صحة القرار الإداري، والمقصود بالشكل والإجراء الجوهري هو ذلك الإجراء الذي إذا أهمل كان من شأنه أن يقلل من الضمانات التي تحمي حقوق الأفراد، وهو ذلك الإجراء الذي إذا راعته كان سيؤدي إلى تعديل القرار فلا يصدر على النحو الذي صدر به، كما أن الأحكام المستقرة في القضاء الإداري على أن كل ما تقرره الأنظمة واللوائح من أشكال وإجراءات تستهدف حماية الموظفين العموميين أو الأفراد العاديين في مواجهة مظان خطأ الإدارة وتسرعها تعتبر إشكالاً جوهرياً يؤدي إغفاله أو مخالفته جزئياً أو كلياً إلى وسم القرار بعدم المشروعية ويجعله بالتالي حقيقياً بالإلغاء، وعلى هذا النص يكون الإجراء الشكلي جوهرياً في حالين أولهما: أن يكون هذا الإجراء جوهرياً بنص النظام عليه كإجراء تحقيق أو العرض على مسؤول... إلخ قبل اتخاذ القرار الإداري، وفي الحالات كلها لا بد من العمل بنص النظام أو اللائحة بأي حال، وآخرهما: أن يكون ذلك الإجراء بطبيعته إذا كان أثره حاسماً في مسلك جهة الإدارة وهي تخرج القرار الإداري إلى الواقع^(٢))).

والمستخلص من آراء الفقه وأحكام القضاء، أن عيب الشكل والإجراء يكون جوهرياً في ثلاثة صور، الأولى: إذا كان المنظم قد أوجب الإجراء أو رتب البطلان جزاء تخلفه، والثانية: إذا كانت الغاية من الإجراء مقرررة لمصلحة المخاطبين بالقرار كضمانة لهم أو صوتاً لحقوقهم وحررياتهم، والأخيرة: إذا كان في إغفال الإجراء ما يؤثر في مضمون القرار، ولربما أدى إلى

(١) راجع الحكم السابق في القضية (١/٤٩٤٤/ق) لعام ١٤٢٥هـ.

(٢) رقم القضية (١/٤٩٤٤/ق) لعام ١٤٢٥هـ، رقم الحكم الابتدائي (٥/٧٤/د/ف) لعام ١٤٢٦هـ، رقم حكم التدقيق

(٥/٢٢٣/ت) لعام ١٤٢٧هـ، تاريخ الجلسة ١٤٢٧/٥/٢٨هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٢٧هـ، المجلد الثالث، ص

١١٤٥ وما بعدها.

تراجع الإدارة عن إصداره بالكلية.

وقد حاول بعضهم في جمع الشكليات التي يؤثر إهمالها على صحة القرار وعد منها: كتابة القرار وتسببه، واشتراط أخذ رأي فرد أو هيئة قبل إصدار القرار، واشتراط قواعد الشكل والإجراءات بالنسبة للجان، واشتراط اتباع قواعد الشكل والإجراءات في الجزاءات الإدارية وبخاصة حق الفرد في الدفاع عن نفسه وضرورة التحقيق قبل توقيع الجزاء^(١).

مدى كفاية عيب الشكل والإجراء الجوهرى كمبرر للتعويض:

ويبقى التساؤل المطروح، هل كل صور عيب الشكل والإجراء الجوهرى على مرتبة سواء في تقرير مسؤولية الإدارة؟ والإجابة قطعاً بالنفي؛ فليست كل صور عيب الشكل والإجراء الجوهرى تبرر التعويض وإنما يصلح منها فقط ما يؤثر في مضمون القرار، فإذا كان قضاء الإلغاء يتسع ليشمل كل صور الشكل والإجراء الجوهرى حماية لمبدأ المشروعية، فإن قضاء التعويض يقتصر منها فقط على ما يؤثر في مضمون القرار.

وفي ذلك يقرر بعضهم، بأنه تبرز أهمية التفرقة بين الأشكال والإجراءات الجوهرية والأشكال والإجراءات الثانوية، باعتبار أن العيوب الجوهرية فقط التي من شأنها أن تؤثر في موضوع القرار هي التي تكون أساساً للتعويض^(٢)، ويؤكد بعضهم بأنه لا يكفي لتقرير مسؤولية الإدارة عن القرار الإدارى المعيب في شكله ثبوت هذا العيب وإلغاء القضاء له كأثر لوصمه به، حيث يتعين للتعويض عن الأضرار التي خلفها هذا القرار في الفترة ما بين صدوره وحتى إلغائه، أن يكون عيب الشكل الذي شابه على درجة كبيرة من الجسامه، وهو يكون كذلك إذا كان من شأنه التأثير في موضوع القرار أي أن القرار كان سيصدر على نحو آخر لو لم يشبه هذا العيب وتقرير ذلك الأمر متروك لتقدير القاضي في ضوء ظروف وملابسات كل حالة على حدة^(٣).

(١) الصمعاني، وليد بن محمد بن صالح: مرجع سابق، الجزء الثاني، ص ٧٠ وما بعدها.

(٢) سلامة، شعبان عبد الحكيم عبد العليم: عيب الشكل في القرار الإدارى دراسة تحليلية مقارنة بأحكام مجلس الدولة المصرى، ص ٧٢٢، الرابط https://bfdajournals.ekb.eg/article_44010_10ffbd07df5694c3595a6c6621f93ba4.pdf

(٣) خليفة، عبدالعزيز عبد المنعم (٢٠٠٩م). دعوى التعويض الإدارى في الفقه وقضاء مجلس الدولة، منشأة المعارف، الإسكندرية: ص ١٩٠.

وهو ما يؤكد بعضهم الآخر صراحة بقوله، وأما بالنسبة لعيب الشكل والإجراء فإنه يكون مؤثراً في مضمون القرار وأساساً للتعويض إذا بلغ مبلغ الخطأ الجسيم، بحيث يؤثر في موضوع القرار، بمعنى أن يكون عيباً جوهرياً ومن ثم تكون الإدارة مسؤولة بالتعويض إذا كانت الشكليات التي تم إغفالها أو مخالفتها شكليات جوهريّة، أما إذا كانت تلك الشكليات ثانوية فإنه لا يُقضى بالتعويض حيث يمكن لجهة الإدارة أن تعيد تصحيح القرار وفقاً للشكل المطلوب^(١).

وفي نفس السياق يقرر بعضهم، إن العيب في شكل القرار الإداري شأنه شأن غيره من العيوب التي تعلق بالقرار وتكون ركن الخطأ في دعوى المسؤولية، إلا أنه يشترط في هذا العيب بصفة خاصة أن يبلغ مبلغ الخطأ الجسيم بحيث يؤثر في موضوع القرار وجوهرياً، وإلا فلا يقوم به الخطأ المعني في دعوى التعويض^(٢). وعلى ذلك فإن عيب الشكل والإجراءات لا يكون مصدراً للتعويض الإداري إلا إذا كان من شأن هذا العيب التأثير في مضمون القرار وجوهرياً بحيث إن القرار سيعوض عنه لأنه كان أساساً مخالفاً من الناحية الموضوعية^(٣).

وقد استقر القضاء الإداري على أن تخلف الشكل أو الإجراء الجوهري الذي يؤدي إلى إلغاء القرار المطعون فيه ليس من شأنه أن يؤدي بالضرورة إلى الحكم بالتعويض لأنه من المستقر عليه أن القرار الإداري كان سيصدر على أية حال بذات المضمون بعد مراعاة الشكل أو الإجراء الجوهري، وحتى يحكم بالتعويض يجب أن يثبت عدم صحة القرار موضوعياً أو اختلاط هذا العيب بإجراءات أخرى سببت أضراراً للمدعي^(٤).

(١) الجربوع، أيوب بن منصور (١٤٢٣هـ). عيب الشكل في القرار الإداري، دراسة تحليلية في ضوء قضاء ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية، مجلة العدل، عن وزارة العدل السعودية، السنة ١٤، العدد ٥٦، الرياض ٢٢١ وفيه إشارة لحكم الديوان رقم (١٢٢/د/٨) لعام ١٤٢١هـ المؤيد من الدائرة الثالثة في محكمة الاستئناف الإدارية بالرياض بالحكم رقم (٣/٢٩٤/س) لعام ١٤٢٢هـ، غير منشور، السناري، محمد عبدالعال (١٤١٤هـ). القرارات الإدارية في المملكة العربية السعودية، دراسة قانونية تحليلية مقارنة، مطبوعات معهد الإدارة العامة، الرياض، ص ١٦٢.

(٢) عكاشة، حمدي ياسين: مرجع سابق، ص ٤٠١.

(٣) الخوالدة، مؤيد (٢٠١٥م). موقف محكمة العدل العليا الأردنية من التعويض عن القرارات الإدارية غير المشروعة، مجلة المنارة، المجلد ٢١، العدد ٤، ص ٤٢٢.

(٤) شفيق، علي: مرجع سابق، ص ١٤٢.

واستخلاصاً لما سبق، تكون الإجابة على السؤال المطروح، أن عيب الشكل والإجراء الجوهرى لا يصلح كمبرر لمسؤولية الإدارة إلا حيث يؤثر في مضمون القرار، وهو يكون كذلك إذا كان الإجراء المغفل ذو أثر حاسم على تغيير مسلك الإدارة بمعنى أنه إذا راعته كان سيؤدي إلى تعديل القرار فلا يصدر على النحو الذي صدر به؛ ولا مرء فإن عيب الشكل الذي يؤثر في مضمون القرار يحمل معه مخالفة الأنظمة واللوائح (عيب المحل)، وهذا العيب كفيلاً بمسؤولية الإدارة، ولا شك أن بحث ذلك من صلاحيات دائرة التعويض.

وفي هذا الإطار نرى أن الآراء المتخصصة التي يوجب المنظم على الإدارة أخذها، واللجان الفنية التي يشترط المنظم توصياتها تُعد من الإجراءات الجوهرية التي من شأنها التأثير في مضمون القرار، وبالمقابل إذا كان الرأي ليس فنياً أو كان عمل اللجنة مادياً أو استيفائياً أو تحضيرياً فنرجح عدم مسؤولية الإدارة إذا تجاوزت هذا الإجراء؛ إذ ليس في تجاوزه تأثير في مضمون القرار، ومن هذا المنطلق فإن مجاوزة الشكل الذي يفرغ فيه القرار، أو خلوه من رقمه أو تاريخ صدوره، أو بيانات مصدره أو توقيعه لا يبرر مسؤولية الإدارة، لغياب الأثر الحاسم في تغيير المضمون، ما دامت أسباب القرار صحيحة وقائمة.

ومن نافلة القول، أنه إذا استحال على الإدارة استيفاء الإجراء الجوهرى المؤثر في مضمون القرار، سواء أكانت الاستحالة بفعل الغير أو بفعل صاحب المصلحة نفسه أو كانت الاستحالة بسبب ظروف استثنائية، فإنه لا مسؤولية على الإدارة؛ شريطة ألا ينسب إليها تقصير أو إهمال أو تعمد إساءة استعمال السلطة، وبحث مدى تأثير الاستحالة على إتمام الشكل والإجراء الجوهرى من مسائل الواقع التي تختص بنظرها دائرة التعويض.

الخاتمة

وبعد، فقد تناول هذا البحث مدى مسؤولية الإدارة عن أوجه عدم المشروعية الخارجية للقرار الإدارى، دراسة تحليلية في ضوء أحكام ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية. وقد أمكن من خلاله الوصول إلى النتائج والتوصيات التالية:

نتائج البحث:

- اتساع صلاحيات دائرة التعويض في فحص كافة أوجه عدم مشروعية القرار الإداري إذا ما رفعت دعوى التعويض إليها ابتداءً، وانتفاء تلك الصلاحيات إذا رفعت هذا الدعوى تالية لحكم الإلغاء، حيث لا محل للعودة لبحث مشروعية القرار ولا لفحص أسبابه ومبرراته والظروف التي أحاطت بإصداره، بعد إذ قضى عليه حكم الإلغاء، فاستظهار وجه عدم المشروعية بمناسبة الإلغاء، يفني عن استظهاره عند النظر في التعويض.
- استقرار القضاء الإداري على عدم مسؤولية الإدارة عن أوجه عدم المشروعية الخارجية للقرار الإداري (عيب الاختصاص، وعيب الشكل والإجراءات) فلا يوجد تلازم حتمي بين عدم مشروعية القرار ووجوب الحكم بالتعويض ويؤسس على أن في مقدور الإدارة أن تتدارك العيوب الخارجية دون أن يكون لذلك تأثير على مضمون القرار أو سببه، وحتمية وقوع الضرر سواء بالقرار المعيب أو الصحيح، فالضرر متصل لا محالة بالمضروب في الحالين.
- ليست كل حالات عدم الاختصاص الجسيم موجبة لمسؤولية الإدارة، عيب عدم الاختصاص الجسيم يصلح كمبرر للتعويض حينما يكون مؤثراً في مضمون القرار، ويكون كذلك حينما يخرج عن اختصاص السلطة الإدارية إلى اختصاص السلطة التشريعية أو القضائية، فلا تملك الإدارة أن تتدارك الخطأ؛ لكون الاختصاص يخرج عن صلاحياتها إلى صلاحية سلطة أخرى، أو أن يقترب عيب عدم الاختصاص بعيب آخر من عيوب عدم المشروعية الداخلية.
- ليست كل حالات عيب الشكل والإجراء الجوهري موجبة لمسؤولية الإدارة، عيب الشكل والإجراء الجوهري يصلح كمبرر للتعويض حينما يكون مؤثراً في مضمون القرار؛ ويكون كذلك حينما يكون الإجراء المغفّل ذا أثر حاسم في تغيير مضمون القرار، وتقدير ذلك للدائرة التي تنظر دعوى التعويض.
- ترسيخ مبدأ المشروعية بإلغاء القرار الإداري المعيب بأوجه عدم المشروعية الخارجية لا يستلزم منه ضرورة التعويض، فعيب عدم الاختصاص البسيط يصلح كسبب للإلغاء ولا

يصلح كمبرر للتعويض، وعيب عدم الاختصاص الجسيم لا يصلح في كل أحواله كمبرر للتعويض، وعيب الشكل والإجراء الثانوي لا يصلح كسبب للإلغاء ولا يصلح كمبرر للتعويض، وعيب الشكل والإجراء الجوهري لا يصلح في كل حالته كمبرر للتعويض.

توصيات البحث:

- تسبب الحكم برفض دعوى التعويض عن أوجه عدم المشروعية الخارجية للقرارات الإدارية، مع توافر ركني الخطأ والضرر؛ بأنه للإدارة أن تتدارك الخطأ بإصدار قرار جديد أو كان في وسعها أن تصدر هذا القرار بذات مضمون القرار المعيب (المحل) ومحمولاً على ذات الوقائع (السبب).
- التسليم بتوافر ركن الخطأ في دعوى التعويض التالية لحكم الإلغاء، وتسبب حكمها برفض الدعوى عن أوجه عدم المشروعية الخارجية مع توافر الضرر؛ بانتفاء علاقة السببية بين الخطأ المتمثل في عدم مشروعية القرار وبين الضرر الذي أصاب المدعي، وأن الضرر لا محالة لاحقاً بالمدعي سواء بالقرار المعيب أو القرار الصحيح.
- تسبب الحكم برفض دعوى التعويض عن أعمال الموظف الفعلي؛ بانتفاء ركن الخطأ بالإقرار القضائي بحالة الموظف الفعلي يضي مشروعية على أعماله، ومن ثم ينتفي ركن الخطأ في دعوى التعويض، وحال انتفاء الموظف الفعلي، فنوصي بالحكم بعدم الاختصاص، ويكون للمضروب أن يرفع دعوى بالتعويض على منتحل الصفة الوظيفية أمام المحكمة العامة.
- إعمال مبدأ الفصل بين السلطات في تقرير مسؤولية الإدارة في حالة اغتصاب السلطة الإدارية لأعمال السلطة التشريعية أو اغتصابها لأعمال السلطة القضائية، لخروج الاختصاص عن ولاية السلطة الإدارية مطلقاً إلى ولاية سلطة أخرى، لا تملك السلطة الإدارية أمرها بتصحيح العيب.

- إعمال فكرة الأثر الحاسم في تقرير مسؤولية الإدارة بالتعويض، عن عيب الإجراء الجوهري، في كل حالة ترى فيها دائرة التعويض أن الإجراء الذي تم إغفاله إذا راعته الإدارة كان سيؤدي إلى تعديل القرار فلا يصدر على النحو الذي صدر به.
- تعديل لائحة المرافعات أمام ديوان المظالم بجواز الجمع بين طلب الإلغاء وطلب التعويض في صحيفة واحدة حسماً للنزاع الأصلي وما يرتبط به من منازعات أخرى وبعقلية ذهنية واحدة.

دراسات في الأنظمة

مقارنة القواعد النظامية بين نظام الانضباط الوظيفي ونظام تأديب الموظفين

د. عبد الرحمن بن جود الله الحربي.

القاضي في المحكمة الإدارية بالمدينة المنورة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على النبي الأمين، وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد: فهذه مقارنة بين نظام الانضباط الوظيفي الصادر في ١٤٤٣/٢/٨هـ، ونظام تأديب الموظفين الصادر في ١٣٩١/٢/١هـ، واللذان يختصان بتنظيم إجراءات تأديب الموظف العام، والعقوبات المقررة بحقه، وما يتصل بذلك.

وقد جاء ترتيب هذه المقارنة، ببديها بالتقديم للنظامين بمقارنة عامة، ومن ثم بسرد المقارنة على فروع، وذلك وفقاً لترتيب مواد نظام الانضباط الوظيفي الجديد، مع تضمينها ما يدعم المقارنة من اللائحة التنفيذية لنظام الانضباط الوظيفي، والمذكرة التفسيرية لنظام تأديب الموظفين.

أسأل الله أن يجعل فيها عوناً على إحقاق الحق، وإقامة العدل، وإيصال الحقوق إلى أهلها، وهو الموفق سبحانه، والهادي إلى سواء السبيل.

الفرع الأول: مقدمة في المقارنة بين النظامين:

أولاً: نظام تأديب الموظفين:

- صدر نظام تأديب الموظفين بموجب المرسوم الملكي رقم (٧/م) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ، وقرار مجلس الوزراء رقم (١٠٢٣) وتاريخ ١٣٩٠/١٠/٢٨هـ، ونُشر بتاريخ ١٣٩١/٢/١٠هـ.

- عدد مواد النظام: (٥٠) مادة.
- موضوعات النظام:

يتضمن النظام الموضوعات التالية: تنظيم هيئة الرقابة والتحقيق، واختصاصاتها، والإجراءات المتعلقة بها، وتنظيم هيئة التأديب، واختصاصاتها، والإجراءات الخاصة بها، وتنظيم التحقيق مع الموظف وتأديبه، والعقوبات التأديبية، وإجراءات توقيعها، وبيان ما يحال من هيئة الرقابة والتحقيق إلى هيئة التأديب، وإلى الوزير المختص، وسقوط الدعوى التأديبية، وقرار كف اليد، ومحو العقوبات التأديبية، ومن يسري عليهم النظام، والمحكمة التأديبية لرئيس وأعضاء هيئة الرقابة والتحقيق وهيئة التأديب.

- وقد جاء نظام تأديب الموظفين في أقسام أربعة، مع تفرع القسمين الأول والثاني إلى باين، وذلك وفقاً للتقسيم التالي:
 - القسم الأول: هيئة الرقابة والتحقيق:
 - الباب الأول: في تشكيل الهيئة.
 - الباب الثاني: في الاختصاصات والإجراءات.
 - القسم الثاني: هيئة التأديب:
 - الباب الأول: في تشكيل هيئة التأديب.
 - الباب الثاني: في الاختصاصات والإجراءات.
 - القسم الثالث: أصول التحقيق والتأديب.
 - القسم الرابع: أحكام عامة.
- المواد النظامية الملغاة من نظام تأديب الموظفين:

تم إلغاء المواد من (١٤) إلى (٢٠) الخاصة بهيئة التأديب بموجب المادة (٥٠) من نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥١) وتاريخ ١٧/٧/١٤٠٢هـ. وتم إلغاء المواد من (٢١) إلى (٤٦) والمادة (٤٨) بموجب المادة (٢٤) من نظام الانضباط الوظيفي.

ويلاحظ عدم إلغاء بعض مواد نظام تأديب الموظفين، وهي من المادة (١) إلى (١٣) والمادة (٤٧) و(٤٩) و(٥٠). والتي تتعلق بـ(تشكيل الهيئة)، وبعض الأحكام العامة.

● اللوائح الخاصة بالنظام:

المذكرة التفسيرية لنظام تأديب الموظفين، وقد صدرت بذات الأداة الصادر فيها نظام تأديب الموظفين.

● الهدف من النظام:

لم يتضمن النظام بيان الهدف منه بشكل مباشر وصريح، وقد تضمنت المذكرة التفسيرية لنظام تأديب الموظفين الإشارة إلى أهمية حماية الوظيفة العامة، وما يتصل بذلك من الأهداف التي يقصدها النظام.

● المصطلحات والمفردات المستخدمة في النظام:

استخدم نظام تأديب الموظفين المصطلحات والمفردات التالية:

- (العقوبة)، انظر المواد التالية: (٣٢، ٣٣، ٣٤) وغيرها.
- (يعاقب)، انظر المواد التالية: (٣١، ٣٣).
- (توقيع عقوبة)، انظر المواد التالية: (٣٣، ٣٤، ٣٥) وغيرها.
- (المتهم)، انظر المواد التالية: (٢٩، ٣٧، ٣٨، ٤٠، ٤١) وغيرها.
- (الموظف)، انظر المواد التالية: (٣١، ٣٢، ٣٣، ٣٤) وغيرها.

ثانياً: نظام الانضباط الوظيفي:

● صدر نظام الانضباط الوظيفي بموجب المرسوم الملكي رقم (م/١٨) وتاريخ ١٤٤٣/٢/٨هـ، وقرار مجلس الوزراء رقم (٨٥) وتاريخ ١٤٤٣/١/٣٠هـ، ونشر في ١٤٤٣/٢/١٧هـ، وتاريخ نفاذه ١٤٤٣/٨/٢٠هـ.

● عدد مواد النظام: (٢٥) مادة.

● اللوائح الخاصة بالنظام:

اللائحة التنفيذية للنظام: تعدها وزارة الموارد البشرية والتنمية الاجتماعية بالتنسيق مع الهيئة وديوان المظالم، وذلك خلال (٩٠) يوماً من تاريخ نشر النظام^(١)، وقد صدرت بقرار وزير الموارد البشرية والتنمية الاجتماعية رقم (٩٩٣٩٤) المؤرخ في ١٦/٥/١٤٤٣هـ، وجاءت في (٢١) مادة.

● موضوعات النظام:

تضمن النظام: تعريفات، وأهداف النظام، وبيان مَن يسري عليهم النظام، والجزاء الذي يجوز إيقاعه على الموظف، والإعفاء من الجزاء، والجزاء بعد انتهاء الخدمة، وبيان لجان النظر في مخالفات الموظفين، وبيان ما يحال إلى هيئة الرقابة ومكافحة الفساد، وحفظ التحقيق، والتزويد بصورة من القرار الصادر، وقرار كف اليد، وجهة الضبط، وحالات سقوط الدعوى، ومحو الجزاءات التأديبية، وكذلك إلغاء عدد من مواد نظام تأديب الموظفين، ونشر ونفاذ النظام.

● تقسيم النظام:

جاء نظام الانضباط الوظيفي متسلسلاً دون تقسيم إلى أقسام أو أبواب، بخلاف نظام تأديب الموظفين.

● التعريف بالمصطلحات:

تضمن نظام الانضباط الوظيفي تعريفاً بالمصطلحات الواردة بالنظام، وعددها (١١) تعريفاً، أهمها: الوظيفة العامة، والموظف العام، والمخالفة التأديبية^(٢). كما أحالت اللائحة التنفيذية لها في بيان معنى الألفاظ والعبارات الواردة فيها^(٣) على خلاف نظام تأديب الموظفين، فلم يتضمن التعريف بمصطلحاته.

(١) نظام الانضباط الوظيفي، المادة: (٢٣)

(٢) نظام الانضباط الوظيفي، المادة: (١).

(٣) اللائحة التنفيذية لنظام الانضباط الوظيفي، المادة: (١).

● المصطلحات والمفردات المستخدمة في النظام:

استخدم نظام الانضباط الوظيفي المصطلحات والمفردات التالية:

- (الجزاء)، انظر المواد التالية (١، ٣، ٥، ٦) وغيرها.
- (إيقاع الجزاء)، انظر المواد التالية (٤، ٦، ١٠، ١١، ١٢، ١٦، ٢٢).
- (اختيار الجزاء)، انظر المادة (٣/١٠).
- (الموظف)، انظر المواد التالية (١، ٢، ٣) وغيرها.
- (المتهمون)، استخدمت مرة واحدة في المادة (٣/٢٠).

● الهدف من النظام:

نص النظام على أنه يهدف إلى حماية الوظيفة العامة، وضمان سير المرفق العام بانتظام، وحسن أداء الموظف لعمله^(١).

ثالثاً: المقارنة العامة بين النظامين:

وبعد هذه المقدمة اليسيرة، فإنه يلاحظ أن نظام تأديب الموظفين ضم تنظيم هيئة التأديب، وتنظيم عملها، وآلية التأديب من قبلها، وذلك قبل أن تلغى بموجب صدور نظام ديوان المظالم، كما أن نظام تأديب الموظفين لم يتضمن بياناً لأهدافه وتعريف مصطلحاته أو العبارات الواردة فيه، وقد عالج نظام الانضباط الوظيفي ذلك، فنصّ على بيان أهدافه وعلى التعريف بالعبارات الواردة فيه، ومن أبرز ما يلاحظ، أن نظام تأديب الموظفين كان يعبر بالعقوبة التأديبية، بينما عبر نظام الانضباط الوظيفي بالجزاء التأديبي.

(١) نظام الانضباط الوظيفي، المادة: (٢).

الفرع الثاني: المقارنة بين الجزاءات التأديبية:

أولاً: الجزاءات أو العقوبات:

نص نظام تأديب الموظفين على العقوبات التأديبية التالية:

«أولاً: العقوبات التأديبية التي يجوز توقيعها على موظفي المرتبة العاشرة فما دون أو ما يعادلها:

- ١- الإنذار.
- ٢- اللوم.
- ٣- الحسم من الراتب بما لا يتجاوز صافي راتب ثلاثة أشهر على ألا يتجاوز المحسوم شهرياً ثلث صافي الراتب الشهري.
- ٤- الحرمان من علاوة دورية واحدة.
- ٥- الفصل.

ثانياً: العقوبات التي توقع على الموظفين الذين يشغلون المرتبة الحادية عشرة فما فوق أو

ما يعادلها:

- ١- اللوم.
- ٢- الحرمان من علاوة دورية واحدة.
- ٣- الفصل^(١).

بينما نص نظام الانضباط الوظيفي على: «الجزاء الذي يجوز إيقاعه على الموظف هو:

- ١- الإنذار المكتوب.
- ٢- الحسم من الراتب بما لا يتجاوز صافي راتب (ثلاثة) أشهر على ألا يتجاوز المحسوم شهرياً (ثلث) صافي الراتب الشهري.
- ٣- الحرمان من علاوة سنوية واحدة.
- ٤- عدم النظر في ترقيته بما لا يتجاوز سنتين من تاريخ استحقاقه للترقية.

(١) نظام تأديب الموظفين، المادة: (٣٢).

٥- الفصل من الخدمة»^(١)

ويلاحظ ما يلي:

- استخدام نظام الانضباط الوظيفي لمصطلح (الجزاء) بدلاً من مصطلح (العقوبة) المستخدم في نظام تأديب الموظفين.
- إلغاء عقوبة اللوم.
- استحداث عقوبة (عدم النظر في الترقية).
- النصّ على وصف جزاء الإنذار بالكتوب، وذلك ينفي عنه إمكانية توجيهه شفهيًا.
- تم توحيد الجزاءات لكافة الموظفين باختلاف مراتبهم، خلافاً للتقسيم السابق بين الذين يشغلون العاشرة فما دون، والمرتبة الحادية عشرة فما فوق.

ثانياً: التفريق بين جزاءات المراتب الوظيفية وإجراءات التحقيق فيها:

فرق نظام تأديب الموظفين بين موظفي المرتبة العاشرة فما دون، والمرتبة الحادية عشرة فما فوق أو ما يعادلها، وذلك في العقوبات، وفي إجراءات الفصل. بينما ساوى نظام الانضباط الوظيفي الجزاءات والإجراءات على كافة الموظفين، ما عدا في حالة إجرائية واحدة، وهي: توصية اللجنة بإيقاع جزاء الفصل على من يشغل المرتبة (١٤) أو (١٥)، فيحيلها الوزير إلى الهيئة، للنظر في إيقاع جزاء الفصل أمام المحكمة المختصة، أو إعادة إحالة المخالفة لجهة العمل، مع اقتراح جزاء آخر غير الفصل^(٢).

● الإغفاء من الجزاء:

نصّ نظام تأديب الموظفين على أنه: «يُعفى الموظف من العقوبة بالنسبة للمخالفات العادية

(١) نظام الانضباط الوظيفي، المادة: (٦).

(٢) نظام الانضباط الوظيفي، المادة: (١١).

الإدارية أو المالية إذا ثبت أن ارتكابه للمخالفة كان تنفيذاً لأمر مكتوب صادر إليه من رئيسه المختص، بالرغم من مصارحة الموظف له كتابة بأن الفعل المرتكب يكون مخالفة»^(١) بينما نص نظام الانضباط الوظيفي على أنه: «يعفى الموظف من الجزاء إذا ثبت أن ارتكابه المخالفة كان تنفيذاً لأمر صدر من رئيسه، بالرغم من تنبيه الموظف لرئيسه بالمخالفة كتابة أو بأي من الطرق المعتبرة نظاماً»^(٢)

ويلاحظ: أن الصيغة في نظام تأديب الموظفين محصورة على المخالفات العادية الإدارية أو المالية، وتم تعديلها دون ذلك الحصر، لتشمل جميع المخالفات. وكذلك أضيف في نظام الانضباط الوظيفي: (بأي من الطرق المعتبرة نظاماً)، وذلك فيه توسيع للطرق التي يمكن للموظف تنبيهه لرئيسه بالمخالفة، والتي جعلها تشمل الطرق المعتبرة نظاماً، لتتجاوز قيد المصارحة الكتابية وفق ما ورد في نص نظام تأديب الموظفين.

● تأديب الموظف بعد انتهاء خدمته:

نص نظام تأديب الموظفين على أنه: «لا يمنع انتهاء خدمة الموظف من البدء في اتخاذ الإجراءات التأديبية أو الاستمرار فيها»^(٣)

بينما نص نظام الانضباط الوظيفي على أنه: «في غير حالتها الوفاة أو العجز الصحي الكلي؛ لا يمنع انتهاء خدمة الموظف من اتخاذ الإجراءات المنصوص عليها في النظام، أو الاستمرار فيها»^(٤)

والملاحظ: أنه تم استثناء حالتها الوفاة والعجز الصحي الكلي في نظام الانضباط الوظيفي.

● مقدار الجزاء على الموظف الذي انتهت خدمته:

نص نظام تأديب الموظفين على أن: «الموظف الذي انتهت خدمته يعاقب بغرامة لا تزيد على ما

(١) نظام تأديب الموظفين، المادة: (٢٤).

(٢) نظام الانضباط الوظيفي، المادة: (٧).

(٣) نظام تأديب الموظفين، المادة: (٣٣).

(٤) نظام الانضباط الوظيفي، المادة: (٨).

يعادل ثلاثة أمثال صافي آخر راتب كان يتقاضاه، أو بالحرمان من العودة للخدمة مدة لا تزيد على خمس سنوات أو بالعقوبتين معاً»^(١)

بينما نص نظام الانضباط الوظيفي على أنه: «يكون الجزاء على الموظف الذي انتهت خدمته غرامة لا تزيد على ما يعادل (ثلاثة) أمثال صافي آخر راتب شهري كان يتقاضاه»^(٢)

ويلاحظ أنه في نظام الانضباط الوظيفي ألغيت عقوبة الحرمان من العودة للخدمة للموظف المنتهية خدمته، كما يلاحظ إضافة وصف الراتب بـ (الشهري).

الفرع الثالث: المقارنة بين أحكام اللجان المختصة بالتأديب:

تضمن نظام تأديب الموظفين النص على:

● لجنة مختصة بالنظر في طلبات إعادة النظر في القرار التأديبي، وتشكل من رئيس ديوان الموظفين العام، ورئيس هيئة الرقابة والتحقيق، ورئيس هيئة التأديب، فإذا تبين لها جديته، يُعاد النظر في القرار بعد استئذان رئيس مجلس الوزراء في ذلك^(٣).

وقد تم إلغاء هذه المادة بصدور نظام ديوان المظالم عام ١٤٠٢هـ^(٤).

بينما تضمن نظام الانضباط الوظيفي النص على لجنتين، يكون تشكيلها بقرار من الوزير في كل جهة حكومية، وهي:

● اللجنة المختصة بالنظر في المخالفات والتحقيق فيها.

● اللجنة المختصة بالنظر بإيقاع جزاء الفصل.

ويلاحظ أن نظام تأديب الموظفين لم يتضمن أي لجان لها علاقة بالتأديب بشكل مباشر، سواء كانت لجان مختصة بالتحقيق، أو بإيقاع العقوبات التأديبية، وإنما تضمن تنظيم لجنة تقوم

(١) نظام تأديب الموظفين، المادة: (٣٢).

(٢) نظام الانضباط الوظيفي، المادة: (٨).

(٣) نظام تأديب الموظفين، المادة (٢٩).

(٤) وذلك بموجب المادة (٥٠) من نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٥١/م) وتاريخ ١٧/٧/١٤٠٢هـ.

مقام القضاء الإداري في النظر في مشروعية القرار.
وفيما يلي تفصيل الأحكام النظامية الخاصة باللجنتين الواردتين في نظام الانضباط الوظيفي:

أولاً: اللجنة المختصة بالنظر في المخالفات والتحقيق فيها:

- تشكيل اللجنة المختصة بالنظر في المخالفات والتحقيق فيها:
 - تشكل لجنة - أو أكثر بحسب الحال - بقرار من الوزير في كل جهة حكومية، على أن يراعى أن تكون كل لجنة برئاسة متخصص في الأنظمة^(١).
 - تكوّن من رئيس (مختص في الأنظمة) وعضوين أساسيين وعضو احتياطي، يكون أحد الأعضاء من إدارة الموارد البشرية في الجهة ذاتها^(٢).
 - لا يجوز لعضو اللجنة أن يتولى النظر في المخالفات أو التحقيق مع الموظف في حال كان رئيسه المباشر أو تربطه به قرابة أو مصاهرة حتى الدرجة الرابعة^(٣).
 - تكون مدة تشكيل اللجنة (٣) سنوات، قابلة للتجديد لمرة واحدة^(٤).
- اختصاص اللجنة:
- تتولى النظر في المخالفات التي يرتكبها الموظفون، والتحقيق فيها^(٥).
- عمل اللجنة المختصة بالنظر في المخالفات والتحقيق فيها:
 - إذا ظهر للجهة ارتكاب موظف لمخالفة، فيحال إلى اللجنة للتحقيق معه للنظر في إيقاع أحد الجزاءات وفقاً للنظام، وترفع توصياتها إلى الوزير، وتعتمد بقرار منه^(٦).
 - إذا أوصت اللجنة بإيقاع جزاء الفصل، ورأى الوزير مناسبته، فيحيل توصيتها إلى لجنة

(١) نظام الانضباط الوظيفي، المادة: (٩).

(٢) اللائحة التنفيذية لنظام الانضباط الوظيفي، المادة: (١/٢).

(٣) اللائحة التنفيذية لنظام الانضباط الوظيفي، المادة: (٢/٢).

(٤) اللائحة التنفيذية لنظام الانضباط الوظيفي، المادة: (٣/٢).

(٥) نظام الانضباط الوظيفي، المادة: (٩).

(٦) نظام الانضباط الوظيفي، المادة: (١٠).

يشكلها لهذا الغرض^(١).

○ على اللجنة قبل البدء بالتحقيق أن تتحقق من: المسائل الأولية المتعلقة بالاختصاص، ودراسة الوقائع والوثائق ذات العلاقة بالمخالفة التأديبية، والنظر في المخالفة المنسوبة للموظف^(٢).

○ للجنة اتخاذ الوسائل الكفيلة باستيفاء التحقيق وشموله، ومنها: طلب الوثائق والمستندات، وطلب الاستئناس برأي الإدارة المختصة، أو الاستعانة بذوي الاختصاص، والخبرة، ولرئيس اللجنة إذا رأى أن محضر التحقيق لم يستوف جوانب المخالفة أن يوجه باستكمال ذلك^(٣).

○ تتخذ اللجنة توصياتها بالأغلبية^(٤).

○ ترفع اللجنة للوزير تقريراً بما انتهى إليه التحقيق، وذلك خلال مدة لا تتجاوز (٣) أشهر من تاريخ الإحالة لها. ويجوز للوزير -بناءً على طلب اللجنة- تمديد مدة مماثلة^(٥).

● الإبلاغ للتحقيق ووسائله:

على اللجنة إبلاغ الموظف ورئيسه المباشر بطلب مثوله للتحقيق في مكان وزمان محددتين، مع بيان المخالفة المنسوبة له^(٦).

ويكون الإبلاغ بما يلي:

١. الرسائل النصية للهاتف الموثق.

٢. البريد الإلكتروني الحكومي،

٣. الحسابات المسجلة في الأنظمة الآلية الحكومية.

(١) نظام الانضباط الوظيفي، المادة: (٢/١٠).

(٢) اللائحة التنفيذية لنظام الانضباط الوظيفي، المادة: (٤).

(٣) اللائحة التنفيذية لنظام الانضباط الوظيفي، المادة: (١٤).

(٤) اللائحة التنفيذية لنظام الانضباط الوظيفي، المادة: (١٥).

(٥) اللائحة التنفيذية لنظام الانضباط الوظيفي، المادة: (١٤).

(٦) اللائحة التنفيذية لنظام الانضباط الوظيفي، المادة: (٥).

٤. عنوان البريد الوطني. ويعد الإبلاغ بإحدى هذه الوسائل صحيحاً ومنتجاً.

- طبيعة التحقيق وضماناته:
- الأصل أن يكون التحقيق حضورياً في مقر اللجنة، إلا إذا تعذر حضور الموظف وكان التحقيق لا يحتمل الإرجاء، أو تطلبت مصلحة التحقيق ذلك، فيجوز -بموافقة الوزير- إجراء التحقيق في مكان تواجد الموظف، كما يجوز أن يجرى عن بُعد وفقاً للأنظمة ذات العلاقة^(١).
- يجب إحاطة المحقق معه في بداية التحقيق بالمخالفة التأديبية المنسوبة إليه، وإفهامه بالإجراءات النظامية المتعلقة بالتحقيق^(٢).
- يجب مواجهته بجميع الأدلة والقرائن، وأن يطلب منه الرد على كل منها^(٣).
- تحرير المحضر: يكون التحقيق كتابة في محضر أو محاضر مسلسلة، ولا يجوز المسح أو الشطب أو التعديل فيها^(٤).
- يجب أن يتاح له في المحضر ذكر ما يراه من أقوال يود إضافتها، ولا يجوز أن يكتبها بنفسه، ويجوز أن يقدم مذكرة مستقلة، أو ما يراه من مستندات أو أوراق^(٥).
- عدم جواز استعمال الإكراه أو الضغط أو التهديد، ويجب أن يقتصر التحقيق على الأمور المباشرة والمتصلة بالمخالفة، والكاشفة لها^(٦).
- لا يجوز إيقاع الجزاء بناءً على وقائع أو أدلة لم يتم مواجهة الموظف بها، أو لم يثبت جوابه ودفاعه بشأنها في محضر التحقيق^(٧).

(١) اللائحة التنفيذية لنظام الانضباط الوظيفي، المادة: (٦).

(٢) اللائحة التنفيذية لنظام الانضباط الوظيفي، المادة: (٧/أ).

(٣) اللائحة التنفيذية لنظام الانضباط الوظيفي، المادة: (٧/ب).

(٤) نظام الانضباط الوظيفي، المادة: ٤، واللائحة التنفيذية لنظام الانضباط الوظيفي، المادة: (٨).

(٥) اللائحة التنفيذية لنظام الانضباط الوظيفي، المادة: (٧/أ).

(٦) اللائحة التنفيذية لنظام الانضباط الوظيفي، المادة: (١١).

(٧) اللائحة التنفيذية لنظام الانضباط الوظيفي، المادة: (١٨).

● ضمانات وإجراءات التحقيق في نظام تأديب الموظفين:

نص نظام تأديب الموظفين على أنه يجب على الجهات الحكومية تمكين المحقق من الاطلاع على ما يرى لزوم الاطلاع عليه، ومن ذلك تفتيش أماكن العمل بحضور الرئيس المباشر للموظف المتهم، ويجب تحرير محضر بذلك^(١).

وأن التحقيق يجري بحضور الشخص الذي يجري التحقيق معه ما لم تقتض المصلحة العامة إجراء التحقيق في غيبته^(٢).

وأن التحقيق يكون كتابة، ويثبت ذلك في محضر، أو محاضر سلسلة يبين فيها تاريخ ومكان وساعة افتتاحه وإتمامه، وتذيل كل ورقة من أوراق التحقيق بتوقيع من تولى التحقيق، ولا يجوز الشطب أو التعديل في أوراق محاضر التحقيق^(٣).

وللمتهم أو وكيله حق الاطلاع على أوراق التحقيق، وله بإذن من رئيس المجلس استنساخ صور منها^(٤).

ولا يجوز توقيع عقوبة تأديبية على الموظف إلا بعد التحقيق معه كتابة وسماع أقواله وتحقيق دفاعه وإثبات ذلك في القرار الصادر بالعقاب أو في محضر مرفق به^(٥).

● صور الامتناع عن التحقيق:

يكون الامتناع بأحد الأشكال التالية:

١. إذا ثبت تبليغ الموظف المطلوب التحقيق معه لمرتين ولم يحضر دون عذر.
٢. إذا امتنع عن إبداء أقواله.
٣. إذا امتنع عن التوقيع على أقواله^(٦).

(١) نظام تأديب الموظفين، المادة: (٨).

(٢) نظام تأديب الموظفين، المادة: (١٠).

(٣) نظام تأديب الموظفين، المادة: (١١).

(٤) نظام تأديب الموظفين، المادة: (٢٣).

(٥) نظام تأديب الموظفين، المادة: (٣٥).

(٦) اللائحة التنفيذية لنظام الانضباط الوظيفي، المادة: (٩).

● أثر الامتناع عن التحقيق:

يجوز للجنة الاستمرار في إجراءات نظر المخالفة التأديبية من قبل اللجنة، بناءً على الوقائع الثابتة فيها^(١).

● تكرار التحقيق:

إذا تبين أنه أجري أكثر من تحقيق سابق لنفس الموضوع محل المخالفة، ورأت اللجنة سلامة الإجراءات السابقة، فلها مواجهة الموظف، والاكتفاء بذلك، دون الحاجة لتكرار التحقيق^(٢). وأبرز ما يمكن ذكره في مقارنة عمل هذه اللجنة مع ما يقابلها من قواعد نظامية تضمنها نظام تأديب الموظفين، أن نظام الانضباط الوظيفي نصّ صراحة على امتناع الموظف عن التحقيق، وصوره، وأثار ذلك، وقد فصلت اللائحة التنفيذية آلية تبليغ الموظف وطرقها، مما يمنع معه تهرب الموظف من التحقيق، واحتجاجة بعدئذ بعدم التحقيق معه.

ثانياً: اللجنة المختصة بالنظر بإيقاع جزاء الفصل:

● تشكيل اللجنة المختصة بالنظر بإيقاع جزاء الفصل:

تشكل اللجنة بقرار من الوزير، يشارك في عضويتها ممثل من وزارة الموارد البشرية والتنمية الاجتماعية، ويرأسها متخصص في الأنظمة، وتعتمد توصياتها بقرار من الوزير^(٣)، وتشكل من رئيس وثلاثة أعضاء، ولا يكون منها عضو ممثل في اللجنة التي أوصت بإيقاع جزاء الفصل^(٤).

● عمل اللجنة المختصة بالنظر بإيقاع جزاء الفصل:

تختص اللجنة بالنظر في التوصية بإيقاع جزاء الفصل ومناسبتها، وإذا لم تر الأخذ بإيقاعه؛ فلها

(١) اللائحة التنفيذية لنظام الانضباط الوظيفي، المادة: (٩).

(٢) اللائحة التنفيذية لنظام الانضباط الوظيفي، المادة: (١٠).

(٣) نظام الانضباط الوظيفي، المادة: (١٠).

(٤) اللائحة التنفيذية لنظام الانضباط الوظيفي، المادة: (١٦).

التوصية بإيقاع أي جزء آخر^(١). تصدر التوصية بإيقاع جزء الفصل بالإجماع^(٢). إذا لم تر اللجنة الأخذ بجزء الفصل، فتوصي بجزء آخر، وللوزير اعتماد توصيتها، أو إيقاع أي جزء آخر ما عدا الفصل^(٣). ويلاحظ أنه يجب لإيقاع جزء الفصل من قبل الوزير، أن تتم التوصية بذلك من اللجنتين.

● سرية أعمال اللجنة ومحاضر التحقيق:

لم ينص نظام تأديب الموظفين على سرية محاضر التحقيق. إلا فيما نصت عليه المذكرة التفسيرية للنظام أن المادة (٢٣) منه أشارت إلى أن منع الموظف من استنساخ صور التحقيق مرتبط بالأمن والسرية.

بينما نصت اللائحة التنفيذية لنظام الانضباط الوظيفي أن: «على اللجنة مراعاة السرية التامة فيما تقوم به من أعمال، ولا يجوز اطلاع غير أعضائها على محاضر التحقيق إلا بعد موافقة الوزير»^(٤).

ويلاحظ أن اللائحة نصت على وجوب ذلك على (اللجنة)، ولم توضح أي لجنة، والأولى حمل ذلك الوجوب على اللجنتين.

● بيانات قرار إيقاع الجزء (القرار التأديبي):

يجب أن يتضمن قرار إيقاع الجزء ما يلي:

١. بيان صلاحية مصدر القرار.

(١) نظام الانضباط الوظيفي، المادة: (١٠).

(٢) اللائحة التنفيذية لنظام الانضباط الوظيفي، المادة: (١٦/أ).

(٣) اللائحة التنفيذية لنظام الانضباط الوظيفي، المادة: (١٦/ب).

(٤) اللائحة التنفيذية لنظام الانضباط الوظيفي، المادة: (١٩).

٢. اسم الموظف الموقع عليه الجزاء، ومسمى وظيفته، ومرتبته.
٣. المخالفات المنسوبة للموظف، وتاريخ اكتشافها.
٤. رقم القرار وتاريخه.
٥. رقم وتاريخ تقرير التحقيق.
٦. الأسانيد النظامية لإيقاع الجزاء.
٧. حق الموظف في التظلم^(١).

ويلاحظ أيضاً أن نظام تأديب الموظفين لم ينص على اشتراط إيراد بيانات معينة في القرار التأديبي، كما لم ينظم شكل القرار، إلا ما نص عليه في أن يتم إثبات التحقيق مع الموظف في مضمون القرار التأديبي أو في محضر يرفق بالقرار^(٢)، وذلك على خلاف نظام الانضباط الوظيفي ولائحته التنفيذية، حيث تم التفصيل في بيانات القرار التأديبي وفق النقاط السابقة.

● اعتبارات توقيع الجزاء:

اتفق النظامان على أنه يراعى في توقيع العقوبة التأديبية أن يكون اختيار العقوبة متناسباً مع درجة المخالفة مع اعتبار السوابق والظروف المخففة والمشددة الملازمة للمخالفة^(٣). وقد أضاف نظام الانضباط الوظيفي أنه لا يوقع أكثر من جزاء واحد عن المخالفة نفسها، أو المخالفات المرتبطة ببعضها ببعض^(٤).

ويلاحظ أن نظام الانضباط الوظيفي قد نص صراحة على منع تعدد الجزاءات على المخالفة الواحدة أو المرتبطة ببعضها. مع إلغاء التعبير ب(الظروف... الملازمة للمخالفة)، وذلك يلغي ربط الظروف المعتمدة بالمخالفة بشكل مباشر، فقد تكون بعيدة عنها، ولكنها محل اعتبار.

(١) اللائحة التنفيذية لنظام الانضباط الوظيفي، المادة: (١٧).

(٢) نظام تأديب الموظفين، المادة (٣٥).

(٣) نظام تأديب الموظفين، المادة: ٣٤، نظام الانضباط الوظيفي، المادة: (٣/١٠).

(٤) نظام الانضباط الوظيفي، المادة: (٣/١٠).

الفرع الرابع: المقارنة بين أحكام الجهات المختصة بالتأديب:

أولاً: صلاحيات الوزير المختص، واختصاصاته الواردة في النظام:

- صلاحيات الوزير واختصاصاته المنصوص عليها في نظام تأديب الموظفين:
 ١. يجوز للوزير المختص أن يوقع العقوبات التأديبية عدا الفصل^(١).
 ٢. للوزير المختص توقيع العقوبة المقترحة من هيئة الرقابة والتحقيق أو اختيار عقوبة أخرى ملائمة من بين العقوبات التي تدخل ضمن اختصاصه^(٢).
- صلاحيات الوزير واختصاصاته المنصوص عليها في نظام الانضباط الوظيفي:
 ١. تشكيل اللجنة المختصة بالنظر في المخالفات والتحقيق فيها.
 ٢. إحالة التوصية بالفصل الصادرة من اللجنة السابقة، إلى اللجنة المختصة بنظر بإيقاع جزاء الفصل.
 ٣. تشكيل اللجنة المختصة بالنظر بإيقاع جزاء الفصل.
 ٤. اعتماد توصيات اللجنتين السابقتين.
 ٥. إحالة أي موظف إلى هيئة الرقابة ومكافحة الفساد^(٣).
 ٦. إحالة توصية اللجنة بإيقاع جزاء الفصل على من يشغل المرتبة (١٤) أو (١٥)، إلى هيئة الرقابة ومكافحة الفساد، للنظر في إيقاع جزاء الفصل أمام المحكمة المختصة، أو إعادة إحالة المخالفة لجهة العمل، مع اقتراح جزاء آخر غير الفصل^(٤).

ثانياً: اختصاصات وصلاحيات هيئة الرقابة ومكافحة الفساد الواردة في النظامين:

- ما يحال إلى هيئة الرقابة ومكافحة الفساد (هيئة الرقابة والتحقيق وفق النظام القديم):
يحال إلى هيئة الرقابة والتحقيق - وفق نظام تأديب الموظفين الحالات التالية:

(١) نظام تأديب الموظفين، المادة: (٣٥).

(٢) نظام تأديب الموظفين، المادة: (٣٨).

(٣) انظر في النص على ذكر هذه الفقرة، وما سبقها من فقرات: نظام الانضباط الوظيفي، المادة: (١٠).

(٤) نظام الانضباط الوظيفي، المادة: (١١).

١. إذا ارتكب الموظف مخالفة في جهة غير التي يعمل فيها^(١).
 ٢. إذا تعدد الموظفون المتهمون بارتكاب مخالفة أو مخالفات مرتبط ببعضها ببعض^(٢).
بينما يحال إلى هيئة الرقابة ومكافحة الفساد وفقاً لنظام الانضباط الوظيفي الآتي:^(٣)
 ١. الموظف الذي نسب إليه ارتكاب مخالفة في جهة حكومية غير التي يعمل فيها، أو الذي نقل منها بعد ارتكابه لتلك المخالفة إلى جهة أخرى.
 ٢. الموظفون الذين يتبعون أكثر من جهة حكومية، المنسوب إليهم ارتكاب مخالفة أو مخالفات مرتبط ببعضها ببعض.
 ٣. الموظف الذي انتهت خدماته قبل الانتهاء من التحقيق معه، أو قبل البدء في اتخاذ الإجراءات الإدارية ضده.
 ٤. الموظف الذي يرتكب مخالفة أثناء عمله، ثم يتغير مركزه الوظيفي بانتقاله للعمل على نظام وظيفي آخر.
 ٥. الموظف الذي يحيله الوزير وفق الفقرة (٤) من المادة العاشرة من النظام. وإذا رأت الهيئة توافر أدلة كافية لثبوت المخالفة - في أي من الفقرات السابقة - فترفع دعوى أمام المحكمة المختصة، مع إبلاغ الجهة الحكومية التي يتبعها الموظف بذلك.
 ٦. طلبات الفصل لموظفي المرتبتين (الرابعة عشرة) و(الخامسة عشرة) أو ما يعادلها وفقاً للمادة (الحادية عشرة) من النظام.
- ويلاحظ أن نظام الانضباط الوظيفي قد رتب الحالات التي تحال إلى الهيئة لاتخاذ ما تراه، أو لاتخاذ اللازم نظاماً، بينما لم ينص نظام تأديب الموظفين على الحالات التي تحال إلى الهيئة بشكل واضح.

(١) نظام تأديب الموظفين، المادة: (٤٠).

(٢) نظام تأديب الموظفين، المادة: (٤١).

(٣) نظام الانضباط الوظيفي، المادة: (١٢).

حيث يحال إلى الهيئة إضافة إلى ذلك بعض الحالات التي لم ينص عليها في النظام بشكل صريح، أو بموجب نظام آخر مثل (لائحة انتهاء الخدمة)، وذلك لكون عقوبة الفصل لا يتم إيقاعها إلا عن طريق المحكمة برفع دعوى تأديبية من قبل الهيئة.

● اختصاصات الهيئة في النظام:

اختصاصات الهيئة في نظام تأديب الموظفين:

١. إجراء الرقابة اللازمة للكشف عن المخالفات الإدارية.
٢. فحص الشكاوى التي تحال إليها من الوزراء المختصين أو من أي جهة رسمية مختصة عن المخالفات المالية والإدارية.
٣. إجراء التحقيق في المخالفات المالية والإدارية التي تكشف عنها الرقابة وفيما يحال إليها من الوزراء المختصين أو من أي جهة رسمية مختصة.
٤. متابعة الدعوى التأديبية^(١).
٥. إحالة أوراق المخالفة إلى الوزير المختص مع بيان الأفعال المنسوبة إلى المتهم على وجه التحديد واقتراح العقوبة المناسبة، وذلك في حال رأت الهيئة أن المخالفة لا تستوجب عقوبة الفصل^(٢).

أما اختصاصاتها في نظام الانضباط الوظيفي:

١. تقوم الهيئة في حال ثبوت المخالفة ورأت إيقاع جزاء الفصل؛ برفع الدعوى أمام المحكمة المختصة، مع إبلاغ الجهة الحكومية التي يتبعها الموظف بذلك^(٣).
٢. للهيئة حفظ التحقيق، أو اقتراح الجزاء المناسب على الموظف، وإحالة المعاملة لجهته الإدارية^(٤).

(١) انظر في النص على هذه الفقرة، وما سبقها من فقرات، نظام تأديب الموظفين، المادة: (٥).

(٢) نظام تأديب الموظفين، المادة (٢٨).

(٣) نظام الانضباط الوظيفي، المادة: (١٢).

(٤) نظام الانضباط الوظيفي، المادة: (١٥).

ويلاحظ أن المادة الخامسة من نظام تأديب الموظفين لم تلغ، وأنها لا زالت سارية، وهي تحدد اختصاصات هيئة الرقابة والتحقيق. كما يلاحظ أن نظام تأديب الموظفين لم ينص على جواز حفظ التحقيق من قبل الهيئة.

● مضمون قرار الهيئة بالإحالة إلى الجهة الإدارية:

اتفق نظام تأديب الموظفين ونظام الانضباط الوظيفي في ذلك الشأن، بأنه يجب أن يتضمن قرار الإحالة من الهيئة إلى الجهة الإدارية بياناً بالأفعال المنسوبة إلى الموظف على وجه التحديد، مع اقتراح العقوبة المناسبة^(١).

● سلطة الجهة الإدارية بعد إحالة المعاملة من الهيئة:

وفقاً لنظام تأديب الموظفين فإن للوزير المختص توقيع العقوبة المقترحة من هيئة الرقابة والتحقيق أو اختيار عقوبة أخرى ملائمة من بين العقوبات التي تدخل ضمن اختصاصه^(٢). أما نظام الانضباط الوظيفي فللجهة إصدار قرار الجزاء بذلك وفق ما تراه^(٣).

إن صياغة النص في ذلك، من خلال نظام تأديب الموظفين، فقد نسب السلطة التقديرية في تحديد العقوبة الملائمة للوزير، بينما ترك نظام الانضباط الوظيفي سلطة إصدار القرار للجهة، دون النص على الوزير، وأن يكون ذلك وفق ما تراه، وفي ذلك إشارة إلى جواز التفويض في إصدار القرار التأديبي، وهو ما نصت عليه المادة (٢٢) من النظام، عدا إيقاع الفصل.

● حفظ التحقيق:

نص نظام الانضباط الوظيفي على أن للهيئة أن تحفظ التحقيق في الحالات التي تنظرها^(٤). ونصت اللائحة التنفيذية لنظام الانضباط الوظيفي على أن أمر حفظ التحقيق يصدر من

(١) نظام تأديب الموظفين، المادة: (٢٨)، نظام الانضباط الوظيفي، المادة: (١٥).

(٢) نظام تأديب الموظفين، المادة: (٢٨).

(٣) نظام الانضباط الوظيفي، المادة: (١٥).

(٤) نظام الانضباط الوظيفي، المادة: (١٥).

صاحب الصلاحية في إيقاع الجزاء^(١)، بينما لم يتطرق نظام تأديب الموظفين لذلك.

ثالثاً: المسائل المتعلقة بالمحكمة المختصة في تأديب الموظف:

● اختصاصات المحكمة المختصة الواردة في النظامين:

اختصاصات المحكمة المختصة الواردة في نظام تأديب الموظفين:

١. توقيع العقوبة التأديبية على الموظف الذي انتهت خدماته^(٢).
٢. توقيع العقوبة التأديبية على الموظف الذي لا يزال على رأس العمل في الجهة التي وقعت فيها المخالفة^(٣).
٣. المحاكمة التأديبية للموظف المنتقل من الجهة الإدارية التي ارتكب بها المخالفة إلى جهة أخرى^(٤).
٤. المحاكمة التأديبية للموظفين الذين ارتكبوا مخالفة أو مخالفات مرتبط بعضها ببعض، أو كانوا تابعين لأكثر من جهة^(٥).

أما اختصاصات المحكمة المختصة الواردة في نظام الانضباط الوظيفي:

للمحكمة المختصة إيقاع أي من الجزاءات المنصوص عليها في النظام في الدعاوى التي ترفعها إليها الهيئة^(٦).

ويلاحظ أن صيغة نظام الانضباط الوظيفي أعم وأشمل، لتشمل جميع الدعاوى المقامة من الهيئة، كما أن النظام قد حدد في موضع آخر الحالات التي يجوز للهيئة فيها رفع الدعاوى التأديبية.

(١) اللائحة التنفيذية لنظام الانضباط الوظيفي، المادة: (١٢).

(٢) نظام تأديب الموظفين، المادة: (٣٦).

(٣) نظام تأديب الموظفين، المادة: (٣٦).

(٤) نظام تأديب الموظفين، المادة: (٤٠).

(٥) نظام تأديب الموظفين، المادة: (٤١).

(٦) نظام الانضباط الوظيفي، المادة: (١٢/ب).

وإن حاصل النصوص الواردة في نظام تأديب الموظفين أن للمحكمة توقيع العقوبة التي ترى ملاءمتها في حق الموظف، ولا شك أن ذلك لا يكون إلا في الدعاوى التأديبية التي تقام من الهيئة، وقد نظمت النصوص النظامية في مواضع آخر ما يجوز إحالته للهيئة، وما تحيله الهيئة إلى المحكمة.

● التزويد بصورة من الحكم النهائي:

ألزم نظام الانضباط الوظيفي هيئة الرقابة ومكافحة الفساد بأن تزود وزارة الموارد البشرية والتنمية الاجتماعية والجهة الحكومية التي يتبع لها الموظف - إن كان لا يزال موظفاً حكومياً - بصورة من الحكم النهائي الصادر بحقه^(١).

وقد نص نظام تأديب الموظفين على أن تُرسل صور رسمية من قرار مجلس المحاكمة إلى مَنْ صدر في حقه، وإلى الجهة التي يتبعها الموظف، وديوان الموظفين العام، وديوان المراقبة العامة، وهيئة الرقابة والتحقيق^(٢).

الفرع الخامس: المقارنة بين الأحكام العامة للنظامين:

● نطاق تطبيق النظام:

يسري نظام تأديب الموظفين على جميع الموظفين المدنيين في الدولة عدا أعضاء السلك القضائي، كما يسري على موظفي الأشخاص المعنوية العامة^(٣).

بينما نصّ نظام الانضباط الوظيفي على أنه يسري على جميع الموظفين عدا من يعملون وفقاً لأنظمة ينظم فيها الجزاء بقواعد خاصة^(٤).

وقد جاءت صيغة نظام الانضباط الوظيفي في أن الأصل سريان النظام بحق جميع الموظفين، إلا بموجب ما يخصص ذلك، وكانت الصيغة أعم، وأوضح في الاستثناء.

(١) نظام الانضباط الوظيفي، المادة: (١٢).

(٢) نظام تأديب الموظفين، المادة: (٢٧).

(٣) نظام تأديب الموظفين، المادة: (٤٨).

(٤) نظام الانضباط الوظيفي، المادة: (٢).

كما أن نظام تأديب الموظفين عبّر بوصف الموظفين بالمدنيين، وقد خلا نظام الانضباط الوظيفي من ذلك، كما أنه عرّف في مادته الأولى الموظف العام، وذكر أنه مَنْ يعمل لدى الدولة، أو لدى أحد الأجهزة ذات الشخصية المعنوية العامة بوظيفة مدنية - بأي صفة كانت - سواءً كان يعمل بصورة دائمة أو مؤقتة^(١).

● تحديد المسؤولية التأديبية:

نص نظام تأديب الموظفين على أنه يعاقب تأديبياً كل موظف ثبت ارتكابه مخالفة مالية أو إدارية وذلك مع عدم الإخلال برفع الدعوى العامة أو دعوى التعويض^(٢).

أما نظام الانضباط الوظيفي فقد نص على أن: «كل موظف ثبت ارتكابه مخالفة مالية أو إدارية أو مسلكية مما يعد إخلالاً بواجب من واجباته الوظيفية، يطبق عليه الجزاء المنصوص عليه في النظام، وذلك دون إخلال بالحق في رفع دعوى الحق العام، أو دعوى الحق الخاص»^(٣).
ويلاحظ أن نظام الانضباط الوظيفي أضاف (المخالفة المسلكية)، وعاقب عليها تأديبياً.

● وجوب التحقيق والتسبيب:

وفقاً لنظام تأديب الموظفين فإنه لا يجوز توقيع عقوبة تأديبية على الموظف إلا بعد التحقيق معه كتابة وسماع أقواله وتحقيق دفاعه وإثبات ذلك في القرار الصادر بالعقاب أو في محضر مرفق به^(٤).

أما نظام الانضباط الوظيفي فقد نصّ على أنه: «لا يجوز إيقاع أي جزاء على الموظف إلا بعد التحقيق معه، ومواجهته بالمخالفة المنسوبة إليه، وسماع أقواله، وتحقيق دفاعه، وإثبات ذلك كتابة في محضر. ويكون القرار الصادر بإيقاع الجزاء مسبباً»^(٥).

ومن الملاحظ أن نظام الانضباط الوظيفي أوجب تسبيب القرار التأديبي، بينما لم يوجب نظام

(١) نظام الانضباط الوظيفي، المادة: (١).

(٢) نظام تأديب الموظفين، المادة: (٣١).

(٣) نظام الانضباط الوظيفي، المادة: (٥).

(٤) نظام تأديب الموظفين، المادة: (٣٥).

(٥) نظام الانضباط الوظيفي، المادة: (٤).

تأديب الموظفين ذلك، وقد اتفق النظامان على وجوب التحقيق المكتوب.

● التزويد بصورة من القرار:

نص نظام الانضباط الوظيفي أنه: «على الجهة الحكومية المختصة تزويد وزارة الموارد البشرية والتنمية الاجتماعية، والهيئة، والديوان العام للمحاسبة، والموظف صاحب الشأن؛ بصورة من القرار الصادر عنها بإيقاع الجزاء ضده، وقد تضمنت اللائحة التنفيذية للنظام تفصيلاً لذلك»^(١)، بينما نص نظام تأديب الموظفين على أن: «تبلغ هيئة الرقابة والتحقيق وديوان الموظفين العام وديوان المراقبة العامة في جميع الأحوال بالقرار الصادر من الوزير بالعقوبة»^(٢). ويلاحظ أن نظام الانضباط الوظيفي قد نصّ على تزويد الموظف صاحب الشأن بصورة من القرار الصادر بإيقاع الجزاء ضده، وقد خلا نظام تأديب الموظفين من ذلك.

● شغل وظيفة من صدر بحقه عقوبة فصل:

لم يتطرق نظام تأديب الموظفين إلى ذلك، أما نظام الانضباط الوظيفي فقد نص على أنه: «لا يجوز شغل وظيفة من صدر في شأنه حكم أو قرار بالفصل من الخدمة؛ بطريق التعيين، أو التعاقد، أو الترقية، أو النقل؛ إلا بعد تحسن القرار بفوات مواعيد الطعن عليه أو بعد اكتساب الحكم الصفة النهائية»^(٣). وقد انفرد نظام الانضباط الوظيفي بالنص على ذلك.

● الاحتفاظ بوثائق التحقيق:

لم يتضمن نظام تأديب الموظفين ما يلزم بذلك، بينما نص اللائحة التنفيذية لنظام الانضباط الوظيفي على أنه: «على الجهة الحكومية الاحتفاظ بالوثائق المتعلقة بالتحقيق، وتوفيرها حال طلبها من قبل الجهات المختصة، وذلك مع مراعاة سريتها»^(٤).

(١) نظام الانضباط الوظيفي، المادة: (١٦)، واللائحة التنفيذية لذات النظام، المادة: (٢٠).

(٢) نظام تأديب الموظفين، المادة: (٣٩).

(٣) نظام الانضباط الوظيفي، المادة: (٢/٤).

(٤) نظام تأديب الموظفين، المادة: (٤٣).

● كف اليد عن العمل:

○ الجهة المختصة بإصدار قرار كف اليد:

يصدر قرار كف اليد وفقاً لنظام تأديب الموظفين من الوزير المختص، بناءً على رأيه، أو رأي هيئة الرقابة والتحقيق^(١)، بينما نصّ نظام الانضباط الوظيفي على أنه: «بالإمكان أن تصدره الجهة الحكومية، وهيئة الرقابة ومكافحة الفساد، والمحكمة المختصة»^(٢).

○ مدة قرار كف اليد:

لم ينص نظام تأديب الموظفين على مدة لذلك، أما نظام الانضباط الوظيفي فحدد مدته بأنه يجب ألا تتجاوز سنتين^(٣).

○ أثر قرار كف اليد:

لم يحدد نظام تأديب الموظفين أثر كف اليد، وقد اعتبر الموظف المحبوس احتياطياً في حكم مكفوف اليد، وأحال في تحديد ذلك لللائحة التي يصدرها مجلس الوزراء^(٤). أما نظام الانضباط الوظيفي فقد نصّ على أنه: «إذا صدر قرار الفصل بسبب المخالفة محل التأديب، فتعد خدمته منتهية من تاريخ كف اليد، أو توقيفه احتياطياً، أيهما أسبق»^(٥).

● الموظف الذي صدر حكم بحبسه:

وفقاً لنظام تأديب الموظفين فإنه يعرض أمره على هيئة الرقابة والتحقيق للنظر في مسؤوليته التأديبية. ويجب إبلاغ الهيئة عن انقطاع الموظف عن العمل بسبب الحبس^(٦). وقد انفرد نظام تأديب الموظفين بذلك النص، حيث لم يورد نظام الانضباط الوظيفي ذلك.

(١) نظام تأديب الموظفين، المادة: (٤٣).

(٢) نظام الانضباط الوظيفي، المادة: (١٧).

(٣) نظام الانضباط الوظيفي، المادة: (١٧).

(٤) نظام تأديب الموظفين، المادة: (٤٣).

(٥) نظام الانضباط الوظيفي، المادة: (١٧).

(٦) نظام تأديب الموظفين، المادة: (٤٤).

● حالات سقوط المخالفة أو الدعوى التأديبية:

تسقط الدعوى التأديبية وفقاً لنظام تأديب الموظفين بمضي عشر سنوات من تاريخ وقوعها^(١)، ولم ينص النظام على سقوطها بسبب الوفاة أو العجز الصحي. بينما نصّ نظام الانضباط الوظيفي على أنه: «تسقط المخالفة أو الدعوى -بحسب الحال- في الحالات الآتية^(٢):

١. الوفاة.

٢. العجز الصحي الكلي الذي تتعذر معه مساءلة الموظف، المثبت بتقرير طبي من الهيئة الطبية العامة.

٣. مضي سنتين من تاريخ اكتشاف وقوع المخالفة أو من تاريخ اتخاذ آخر إجراء».

ويلاحظ أن نظام الانضباط الوظيفي نص على أن: «حالات السقوط المذكورة تعد سقوطاً للمخالفة أو الدعوى، بحسب الحال، وكذلك عدلت المدة المحددة للسقوط، والمعياري في بداية احتسابها، إضافة إلى النص على حالتين مهمتين، وهما الوفاة والعجز الصحي».

● محو الجزاءات التأديبية:

حدّد نظام تأديب الموظفين مدة محو العقوبات بمضي ثلاث سنوات من تاريخ صدورها، وأن للموظف طلب محوها بعد مضي تلك المدة، ويتم ذلك بقرار من الوزير^(٣).

بينما جعل نظام الانضباط الوظيفي مدة محو الجزاءات التأديبية بمضي سنتين من تاريخ صدورها، ما لم يصدر جزاء آخر خلال تلك المدة، وبذلك تحسب من تاريخ صدور قرار الجزاء الأخير^(٤).

ويلاحظ تعديل المدة المقررة لمحو الجزاءات التأديبية، وقد نص نظام الانضباط الوظيفي على أن تلك المدة تقطع بصدور أي جزاء آخر.

(١) نظام تأديب الموظفين، المادة: (٤٢).

(٢) نظام الانضباط الوظيفي، المادة: (٢٠).

(٣) نظام تأديب الموظفين، المادة: (٤٥).

(٤) نظام الانضباط الوظيفي، المادة: (٢١).

كما يلاحظ أن نظام تأديب الموظفين نصّ على أن محو العقوبات يكون بطلب من الموظف، وأن يتم بقرار من الوزير، فيما لم ينص نظام الانضباط الوظيفي على ذلك، وقد اكتفى بالتعبير بكونها تمحى بعد مضي المدة المقررة.

● تفويض الوزير:

أجاز نظام تأديب الموظفين للوزير أو من في حكمه التفويض بقرار مكتوب ببعض صلاحياته^(١)، كما أجاز نظام الانضباط الوظيفي للوزير التفويض ببعض صلاحيته بقرار مكتوب، عدا إيقاع جزاء الفصل^(٢)، وذلك لكونه أوجب صدور القرار بالفصل من الوزير دون غيره.

خاتمة بذكر أبرز ما استحدثه نظام الانضباط الوظيفي:

- إنشاء لجنتين لهما اختصاص بالتحقيق والتأديب، وهي (اللجنة المختصة بالنظر في المخالفات والتحقيق فيها) و(اللجنة المختصة بالنظر بإيقاع جزاء الفصل).
- استخدام مفردة (الجزاء) بدلاً من (العقوبة).
- اشتراط تسبب القرار التأديبي.
- اعتبار المخالفات المسلكية من ضمن المخالفات التأديبية.
- توحيد الجزاءات التأديبية لكافة الموظفين باختلاف مراتبهم.
- إلغاء عقوبة (اللوم).
- استحداث عقوبة (عدم النظر في الترقية).
- جواز إيقاع جزاء الفصل من قبل الوزير المختص، شريطة أن تتم التوصية بذلك من اللجنتين المختصةين.
- النص على منع تعدد الجزاءات على المخالفة الواحدة، أو المخالفات المرتبطة ببعضها.
- النص على صور امتناع الموظف عن التحقيق، وترتيب أثر على ذلك.
- النص على مراعاة السرية التامة فيما تقوم به اللجان من أعمال.

(١) نظام تأديب الموظفين، المادة: (٤٦).

(٢) نظام الانضباط الوظيفي، المادة: (٢٢).

- النص على البيانات الواجب إيرادها في القرار التأديبي، وأبرزها: ذكر المخالفة التأديبية، وتاريخ اكتشافها، والأسانيد النظامية.
 - وجوب تزويد الموظف صاحب الشأن بصورة من القرار الصادر بإيقاع الجزاء ضده.
 - منع شغل وظيفة من صدر في شأنه حكم أو قرار بالفصل من الخدمة، إلا بعد تحصن القرار بفوات مواعيد الطعن عليه أو بعد اكتساب الحكم الصفة النهائية.
 - سلطة الجهة الحكومية وهيئة الرقابة ومكافحة الفساد والمحكمة المختصة بإصدار قرار كف اليد.
 - تحديد مدة كف يد الموظف بألا يتجاوز سنتين.
 - النص على سقوط المخالفة والدعوى التأديبية في حال الوفاة والعجز الصحي المثبت، ومضي سنتين من تاريخ اكتشاف المخالفة، أو من تاريخ آخر إجراء.
 - النص على محو الجزاءات التأديبية بمضي سنتين من تاريخ صدورها، مع بعض الاستثناءات.
- وفي ختام هذه المقارنة، أسأل الله تعالى أن يسدد ما فيها من خلل، وأن يتجاوز عن ما فيها من خطأ وزلل، وأسأله تعالى أن يجعلها خير معين لإقامة الحق والعدل.
- وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه.

حكم للمحكمة الإدارية العليا

مفاتيح رئيسية: مخالفة النظام - ثبوت المسؤولية - تقدير التعويض - الحكمة من التعويض - سلطة المحكمة التقديرية.

حكم في الاعتراض رقم (٣٠٥٥) لعام ١٤٤٠هـ

على الحكم الصادر من محكمة الاستئناف الإدارية بمنطقة عسير

في القضية رقم (٣٠٣٥) لعام ١٤٤٠هـ

المعترض: أمانة منطقة عسير

المعترض ضده:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد:
ففي يوم الأربعاء ٢٦ / ٧ / ١٤٤٢هـ انعقدت الدائرة الثانية بالمحكمة الإدارية العليا بتشكيلها
المكون من:

رئيساً	عضو المحكمة الإدارية العليا
عضواً	عضو المحكمة الإدارية العليا
عضواً	عضو المحكمة الإدارية العليا

وبحضور أمين سرها (...) وذلك للنظر في الاعتراض المقيد بسجلات المحكمة بالرقم الموضح أعلاه، وبعد أن استوفت المحكمة الأوضاع الإجرائية وفقاً للأحكام والأحوال المنصوص عليها في المادة الرابعة والخمسين من نظام المرافعات أمام ديوان المظالم، وبعد تلاوة التقرير المعد عنه، وبعد المداولة أصدرت بجلسة اليوم حكمها فيه.

المحكمة

تتلخص الوقائع حسبما يبين من الحكم المعارض عليه والاعتراض المقدم عليه وملف الاعتراض في أن وكيل المعارض ضده سبق أن تقدم إلى المحكمة الإدارية بأبها بدعوى طالب فيها بإلزام الأمانة المعارضة بتعويض موكله عن الأضرار التي يدعي أنها أصابت موكله بسبب قيام الأمانة بإزالة مبناه بالخطأ من قبلها. وبعد قيد الدعوى في سجلات المحكمة قضية برقم (٢٢٩٩) لعام ١٤٢٨هـ، وإحالتها إلى الدائرة الأولى، باشرت نظرها، ثم أصدرت فيها حكمها قضت فيه بإلزام أمانة منطقة عسير بدفع مبلغ قدره (٢,٦٣٦,٨٥٠) مليونان وستمئة وستة وثلاثون ألفاً وثمانمائة وخمسون ريالاً؛ للأسباب الموضحة فيه. وباستئناف ممثّل المعارض الحكم أمام محكمة الاستئناف الإدارية بمنطقة عسير، قيد الاستئناف في سجلات المحكمة قضية برقم (٢٠٣٥) لعام ١٤٤٠هـ، وأحيلت إلى دائرة الاستئناف الثانية التي نظرتها، ثم أصدرت فيها حكمها قضت فيه بتأييد الحكم المستأنف محمولاً على أسبابه. وبتاريخ ١١/٢٨/١٤٤٠هـ تقدم ممثّل الأمانة المعارضة باعتراضه على حكم الاستئناف، قيد برقم (٣٠٥٥) لعام ١٤٤٠هـ، طالب فيه بنقض الحكم للأسباب التي أوضحها، والتي تتلخص في أن الحكم أخطأ في تطبيق القاعدة الشرعية (التابع تابع) رغم عدم تحقق شروطها فالمؤسسة التي تعاقدت مع الأمانة لتقوم بهدم مبانٍ معينة مقابل الحصول على أنقاضها ليست تابعة للأمانة، والمؤسسة هي المباشر بهدم العقار الذي ليس من ضمن العقد، ونصوص العقد تلزمها بالمحافظة على المباني المجاورة للمشروع وتحملها مسؤولية أي أضرار نتيجة التعدي أو التفريط، كما بنت المحكمة تقدير التعويض على أساس غير سليم، ولا يتوافق مع الأسعار السائدة للعقار، كما أن المحكمة قد خالفت نص المادة (١٢٣) من نظام المرافعات الشرعية وذلك بسماع شهادة الشهود مجتمعين، وطلب نقض الحكم. وبعد انقضاء المهل المنصوص عليها في المادة الخمسين من نظام المرافعات أمام ديوان المظالم لإيداع المذكرات أحيل ملف الاعتراض إلى هذه المحكمة، حيث باشرت نظره، وبجلسة اليوم صدر الحكم بناءً على الأسباب التالية: من حيث إن الاعتراض مقدم

خلال الأجل المقرر نظاماً، ومستوفٍ لسائر أوضاعه النظامية؛ فيكون مقبولاً شكلاً. وبالنسبة للموضوع، فإنه لما كان الاعتراض قد تناول الحكم بعدة مطاعن، منها مخالفة الحكم للنظام لعدم ثبوت المسؤولية، وعدم صحة تقدير التعويض. وحيث إنه وإن كان الأصل أن تقدير التعويض عن الضرر يعد من مسائل الواقع التي تستقل به محكمة الموضوع دون معقب عليها، إلا أن مناط ذلك أن يكون التقدير قائماً على أساس نظامي سائغ، ومردوداً إلى عناصره الثابتة بالأوراق، ومبيناً فيه عناصر الضرر الذي قضت من أجله بهذا التعويض، وألا يكون التقدير قد شابته غلو يجعله غير متكافئ مع الضرر؛ بما ينافي الحكمة من التعويض وهو جبر الضرر ومحوه وإزالة آثاره، وليس إثراء للمضرور. ولما كان الحكم محل الاعتراض قدّر التعويض قياساً على الأسعار التي قدرتها الأمانة المعترضة لعقار نزعت ملكيته يحد العقار المزال، وبناءً على شهادة الشهود التي أثبتت أن صفة العقار المزال هي ذاتها صفة العقار المنزوع، وهذه الطريقة التي سلكها الحكم في تقدير التعويض لا تتفق مع قواعد تقدير التعويض عن الخطأ؛ لأن تقدير التعويض المبني على نزع ملكية العقار للمنفعة العامة، وإخراج مالكه منه يختلف عن أحكام التعويض عن المسؤولية التقصيرية الناشئة عن الفعل الضار، وكان على المحكمة أن تطلب من المعترض ضده تقديم بيناته على قيمة الأعمال التي أزيلت والضرر الذي أصابه، أو تكليف خبير فني لتقديم رأيه حول قدر التعويض، ومقارنته مع ما قدمه المعترض ضده من تقديرات. مع التنويه إلى أن لمحكمة الموضوع، وفق سلطاتها التقديرية أن تدخل في الدعوى من ترى أن في إدخاله تحقيقاً للعدالة وإظهاراً للحقيقة، وفق المادة الحادية والأربعين من نظام المرافعات التي تنص على أنه: «لا يجوز في الاستئناف إدخال مَنْ لم يكن طرفاً في الدعوى، ما لم يكن الإدخال لإظهار الحقيقة.» ومن ذلك إدخال الما قول الذي باشر الإزالة في الدعوى لمصلحة العدالة، وإظهاراً للحقيقة في هذا النزاع، لا سيما وأن الحكم أشار إلى أن للأمانة الرجوع عليه بالمبلغ المحكوم به. وبناءً على ما تقدم، ولما كان الخطأ في تطبيق أحكام المسؤولية وتقدير التعويض فيها، يعتبر من قبيل الخطأ في تطبيق النظام، وكان الحكم قد أخطأ في تطبيقها على النحو الذي سبق بيانه،

وقد تضمن الاعتراض النعي على الحكم لهذا السبب؛ فإنه يتعين نقض الحكم، دون حاجة لبحث أوجه الاعتراض الأخرى.

لذلك حكمت المحكمة: بقبول الاعتراض شكلاً، وفي الموضوع بنقض الحكم محل الاعتراض وإحالة القضية إلى محكمة الاستئناف الإدارية بمنطقة عسير للفصل فيها مجدداً من غير مَنْ نظرها.

والله الموفق، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

رئيس الدائرة	عضو	عضو	أمين السر
--------------	-----	-----	-----------

حكم للمحكمة الإدارية العليا

مفاتيح رئيسية: مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية - بيئة - الغصب في العقار - الخطأ في تطبيق أحكام المسؤولية - الخطأ في تطبيق القواعد الشرعية والنظامية.

حكم في الاعتراض رقم (٢٤٥٨) لعام ١٤٤١هـ

على حكم محكمة الاستئناف الإدارية بالمنطقة الشرقية

الصادر في القضية رقم (٩٠٩٨) لعام ١٤٤٠هـ

المعترض:.....

المعترض ضده: وزارة الداخلية/الأمن العام/الإدارة العامة للمرور

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد:

ففي يوم الأربعاء ١٢/٧/١٤٤٢هـ انعقدت الدائرة الثانية بالمحكمة الإدارية العليا بتشكيلها

المكون من:

رئيساً	عضو المحكمة الإدارية العليا
عضواً	عضو المحكمة الإدارية العليا
عضواً	عضو المحكمة الإدارية العليا

وبحضور أمين سرها (...) وذلك للنظر في الاعتراض المقيم بسجلات المحكمة بالرقم الموضح أعلاه، وبعد أن استوفت المحكمة الأوضاع الإجرائية وفقاً للأحكام المنصوص عليها في المادة (٥٤) من نظام المرافعات أمام ديوان المظالم، وبعد تلاوة التقرير المعد عنه، وبعد المداولة، أصدرت بجلسة اليوم حكمها فيه.

المحكمة

تتلخص الوقائع حسبما يبين من الحكم المعارض عليه، والاعتراض المقدم عليه، وما أرفق به من مستندات في أن وكيل المعارضين سبق أن تقدم إلى المحكمة الإدارية بالدمام بدعوى طالب فيها بإلزام جهة الإدارة المعارض ضدها بتعويض موكله بأجرة المثل عن وضع يدها على عقارهم للفترة من تاريخ ١/١/١٤٣٠هـ، حتى ٧/٥/١٤٣٦هـ، وبعد قيد الدعوى في سجلات المحكمة قضية برقم (٢٨٩٢) لعام ١٤٢٨هـ، وإحالتها إلى الدائرة الأولى بتلك المحكمة باشرت نظرها، ثم أصدرت فيها حكمها قضت فيه بإلزام وزارة الداخلية - الإدارة العامة للمرور - بأن تدفع لـ (...) و (...) و (...) أبناء (...) مبلغاً قدره (١,٩٢٤,٥٠٠) مليون وتسعمئة وأربعة وعشرون ألفاً وخمسمئة ريال؛ للأسباب الموضحة فيه، وباستئناف ممثل الإدارة المعارض ضدها الحكم أمام محكمة الاستئناف الإدارية بالمنطقة الشرقية، قيد الاستئناف في سجلات المحكمة قضية برقم (٩٠٩٨) لعام ١٤٤٠هـ، وأحيلت إلى دائرة الاستئناف الثانية التي نظرتها، ثم أصدرت فيها حكمها قضت فيه بإلغاء الحكم المستأنف، والحكم مجدداً برفض الدعوى؛ للأسباب الموضحة فيه، ومنها: «وبما أن الأرض محل الدعوى هي أرض فضاء ومجاورة للحجز على المركبات في إدارة مرور حضر الباطن وحيث إنه لا يوجد عقد إجازة بين الطرفين كما أن المدعى عليها لم تفتصب الأرض أو تمنع المدعين من الانتفاع بها، ووجود خطاب من المدعى عليها بتسليم الأرض للمدعين هو تصرف فردي من قبل أحد أفراد المدعى عليها، وهذا الخطأ لم يرتب أي ضرر مباشر على المدعين ولم تقم المدعى عليها بمنع المدعين من الانتفاع بها لأنها تحت يدهم وسكوت المدعين كل هذه المدة دليل على أن الجهة لم تقم بمنعهم من التصرف بأرضهم وقد يكون سكوتهم وعدم قيامهم بمنع الشركة المتعاقدة مع الجهة المدعى عليها من إيقاف المركبات بأرضهم دلالة رضا، ولم يقدم المدعون أي مستند صريح وواضح بقيام الجهة باغتصاب الأرض منهم ووضع يدها عليها وإنما مجرد ادعاءات مرسله لا دليل عليها ولا تقوى على أن تكون أساساً لتعويضهم بأجرة المثل لهذه المدة، وعلى فرض أن هناك خطابات صادرة من المدعى عليها فإنه

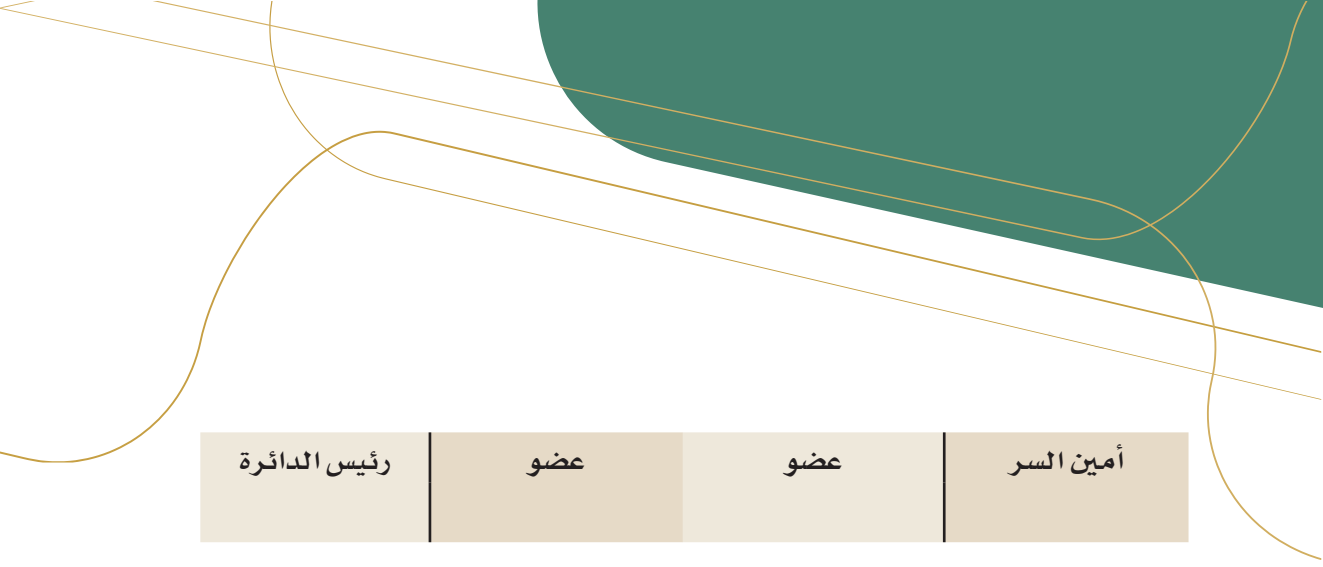
كان على المدعين المحافظة على أرضهم وتسويرها ومنع الجميع من الوقوف فيها إذا رغبوا في ذلك وإنما هم رضوا بالأمر الواقع فلا يستحقون أجره المثل عن المدة المحكوم لهم بها، كما أن المدعين لم تثبت ملكيتهم للأرض إلا بعد تاريخ ١٠/٥/١٤٣٦هـ أي بعد تسليم الأرض، كما أن من قام بإيقاف السيارات هو المتعهد بإدارة الحجز وهو مسؤول بالكامل عن ذلك الحجز وعليه التقيد بشروط العقد المبرمة بينه وبين الجهة المدعى عليها، وهو من قام بوضع المركبات في الأرض المجاورة للحجز بعد امتلاء الحجز وبدون الرجوع للجهة المدعى عليها، كما أنه قد استغل جزءاً من الأرض ولم يستغلها كلها، كما أنه لا يمكن الجزم بأن كل السيارات المتوقفة هي محجوزة للمرور لوقوع الأرض بالمنطقة الصناعية، كما أن الغصب ووضع اليد لا يرد في العقار؛ لأنه لا بد من إزالة يد المالك عن ماله المتقوم من نقل أو تحويل، ولذلك لا يضمن غاصب الأرض إلا إذا أحدث فيها شيئاً وترتب على ذلك ضرر، كما أن أحد المكاتب العقارية التي استعانت بهم هيئة الخبراء في المحكمة العامة بحضر الباطن ذكر في تقريره أن العقار مسور، وأحد القطع يوجد بها منزل قائم علماً أن العميل يريد تقييم العقار أرض فضاء، فإذا كان العقار مسور فكيف سمح المدعون بإيقاف السيارات كل هذه المدة مما يعد سكوتهم رضاً بذلك؛ لأنه كان عليهم أن يتقدموا للجهة ويطلبون منع إيقاف السيارات المحجوزة، وحيث انتهى الحكم المستأنف إلى غير ذلك، ما تنتهي معه المحكمة في قضائها إلى إلغاء الحكم المستأنف والحكم مجدداً برفض الدعوى، وبتاريخ ٦/٥/١٤٤١ هـ تقدم وكيل المعارضين إلى هذه المحكمة باعتراضه على حكم الاستئناف، قيد برقم (٢٤٥٨) لعام ١٤٤١ هـ طالب فيه بنقض الحكم للأسباب التي أوردها والتي تلخص في خطأ الحكم في تطبيق القواعد الشرعية والنظامية، ومنها إهدار البيانات المقدمة لإثبات غصب المعارض ضدها لأرض موكلية ومن ذلك إقرار مدير مرور حضر الباطن باستغلال الأرض، وما ورد في إفادتي مدير مرور المنطقة الشرقية، ومدير الإدارة العامة للمرور، وتسليم المعارض ضدها لأرض لموكلية بموجب محضر محرر على مطبوعاتها، كذلك في الاستناد على أسباب لا دليل عليها وعلى فرضيات تخالف الواقع ففي الفترة محل المطالبة

لا وجود لسور، وقد تقدم موكلاه بمخاطبة المعترضة مراراً بطلب إزالة يدها الغاصبة، ولا وجود لمتعهد فضلاً عن أن المتبوع مسؤول عن أعمال تابعه، وملكية موكليه للأرض ثابتة بموجب إقرار تنازل صادر من كتابة العدل، وتسليم الأرض لموكليه لم يكن تصرفاً فردياً وإنما بموجب خطاب مدير الإدارة العامة للمرور المبني على كتاب مدير الأمن العام، والغصب يرد في الأرض شرعاً وهو قول جماهير الفقهاء، وطلب نقض الحكم، وبعد انقضاء المهل المنصوص عليها في المادة الخمسين من نظام المرافعات أمام ديوان المظالم لإيداع المذكرات أحيل ملف الاعتراض إلى هذه المحكمة، حيث باشرت نظره، وبجلسة اليوم صدر الحكم بناءً على الأسباب التالية: من حيث إن الاعتراض مقدم خلال الأجل المقرر نظاماً، ومستوفٍ لسائر أوضاعه النظامية؛ فيكون مقبولاً شكلاً، أما عن الموضوع، فحيث تضمن الاعتراض النعي على الحكم مخالفته لقواعد الشريعة التي حرمت الإضرار بالغير والاعتداء على أملاكهم، وحيث إنه للنظر في الاعتراض لهذا السبب؛ فإنه وإن كان الأصل أن تحصيل فهم الواقع في الدعوى ووزن الأدلة المقدمة فيها من سلطة محكمة الموضوع دون معقب عليها في ذلك، إلا أنه يشترط أن يكون تحصيل هذا الفهم له سند من الأوراق ومؤدياً إلى النتيجة التي انتهى إليها الحكم، ويخضع هذا التحصيل ومدى سلامة هذا الفهم لرقابة المحكمة العليا، وحيث تضمن الحكم في أسبابه «أن المدعين لم يقدموا أي مستند صريح وواضح بقيام الجهة باغتصاب الأرض منهم ووضع يدها عليها وإنما مجرد ادعاءات مرسلة لا دليل عليها»، في حين أن ممثل الجهة المعترض ضدها في دفاعه لم ينف استعمال الأرض محل الدعوى لحجز السيارات، وإنما دفع بعدم الصفة؛ لأن المسؤولية تقع على المتعهد، وأنها لم تحدث أي بناء أو تغيير في معالم الأرض، وهذا الذي ذكره ممثل المعترض ضدها يخالف ما تضمنه الحكم محل الاعتراض من عدم ثبوت وضع اليد على الأرض واستعمالها لحجز المرور من قبل الجهة المعترض ضدها ومن قبل المتعاقد معها، وأما ما تضمنه الحكم في أسبابه من عدم ورود الغصب على العقار، فإن هذا القول لا يتفق مع الحديث الشريف «من ظلم قيد شبر من الأرض طُوفه يوم القيامة من سبع أرضين»، وفي لفظ «من غصب شبراً

من الأرض»؛ فأخبر النبي ﷺ أن العقار يظلم ويغصب. والغصب يتحقق بأخذ ملك الغير ووضع اليد عليه دون رضى من صاحبه. وفي الحديث عن النبي ﷺ قوله «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» وهذا يشمل العقار والمنقول، وكل ما يؤخذ دون وجه حق، وقد نصت المادة الثامنة عشرة من النظام الأساسي للحكم على أن: «تكفل الدولة حرية الملكية الخاصة وحرمتها، ولا ينزع من أحد ملكه إلا للمصلحة العامة على أن يعوض المالك تعويضاً عادلاً»، ومقتضى ذلك أن وضع اليد على أملاك الغير دون رضاهم يعتبر خطأً وتعدياً يوجب المسؤولية، ومنها أجره المثل عن مدة وضع اليد واستغلال هذه الأملاك، وأما ما تضمنه الحكم من أن سكوت المعارضين كل تلك المدة، وعدم قيامهم بالمحافظة على أرضهم وتسويرها ومنع الجميع من الوقوف فيها؛ فإن ذلك وإن كان له تأثير في حساب مدة التقادم، وقدر التعويض، وأثر مساهمة المعارضين في وقوع الضرر واستطالة مدته، إلا أنه لا ينفي قيام مسؤولية الجهة المعارض ضدها عن وضع يدها الأرض دون رضى من أصحابها، وإذ انتهى الحكم إلى رفض الدعوى بالمخالفة لما تقدم، ولم يتناول في أسبابه الرد على دفاع المعارضين وما ذكروه من ثبوت ملكيتهم للأرض بموجب التنازل المصادق عليه من كاتب العدل، وأن المطالبة بالتعويض هي عن المدة التالية لانتهاء عقد المتعهد بإدارة الحجز وليس قبلها، ولما كان الخطأ في تطبيق أحكام المسؤولية يعتبر من قبيل الخطأ في تطبيق القواعد الشرعية والنظامية، وكان الحكم قد أخطأ في تطبيقها على النحو الذي سبق بيانه، وقد تضمن الاعتراض النعي على الحكم لهذا السبب؛ فإنه يتعين نقض الحكم، وإعادة القضية إلى محكمة الاستئناف الإدارية بالمنطقة الشرقية التي أصدرته للفصل فيها مجدداً من غير منظرها.

لذلك حكمت المحكمة: بقبول الاعتراض شكلاً، وفي الموضوع بنقض الحكم محل الاعتراض وإحالة القضية إلى محكمة الاستئناف الإدارية بالمنطقة الشرقية للفصل فيها مجدداً من غير منظرها.

والله الموفق، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.



رئيس الدائرة	عضو	عضو	أمين السر
--------------	-----	-----	-----------

حكم للمحكمة الإدارية العليا

مفاتيح رئيسية: تعويض - ركن الخطأ - فصل خدمة كهربائية - توزيع الاختصاصات

الإدارية - عيب الاختصاص - صحة القرار الإداري.

حكم في الاعتراض رقم (٣١٢٦) لعام ١٤٤٢ هـ

على حكم محكمة الاستئناف الإدارية بمنطقة الرياض

الصادر في القضية رقم (١٠٤٤) لعام ١٤٤٢ هـ

المعترض: إمارة منطقة الرياض

المعترض ضده:.....

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد:

ففي يوم الأربعاء ١٤٤٢/٧/٨ هـ انعقدت الدائرة الثانية بالمحكمة الإدارية العليا بتشكيلها المكون من:

رئيساً	عضو المحكمة الإدارية العليا
عضواً	عضو المحكمة الإدارية العليا
عضواً	عضو المحكمة الإدارية العليا

وبحضور أمين سرها (...) وذلك للنظر في الاعتراض المقيد بسجلات المحكمة بالرقم الموضح

أعلاه، وبعد أن استوفت المحكمة الأوضاع الإجرائية وفقاً للأحكام المنصوص عليها في المادة

(٥٤) من نظام المرافعات أمام ديوان المظالم، وبعد تلاوة التقرير المعد عنه، وبعد المداولة،

أصدرت بجلسة اليوم حكمها فيه.

المحكمة

تتلخص الوقائع حسبما يبين من الحكم المعترض عليه، والاعتراض المقدم عليه، في أن المعترض ضده سبق أن تقدم إلى المحكمة الإدارية بالرياض بدعوى طالب فيها بإلزام محافظة شقراء، وبلدية محافظة شقراء بتعويضه عن الضرر الذي يدعي أنه أصابه جراء فصل الخدمة الكهربائية عن عقاره. وبعد قيد الدعوى في سجلات المحكمة قضية برقم (٦٧٣) لعام ١٤٤١هـ، وإحالتها إلى الدائرة السادسة بتلك المحكمة باشرت النظر فيها، ثم أصدرت حكمها القاضي: أولاً: عدم قبول الدعوى رقم (٦٧٣) لعام ١٤٤١هـ في مواجهة بلدية محافظة شقراء. ثانياً: إلزام محافظة شقراء بأن تدفع لـ (...) مبلغاً قدره (٦٠٠, ٣٣) ثلاثة وثلاثون ألفاً وستمئة ريال؛ وبنت حكمها فيما يتعلق بركن الخطأ على: «أن الثابت خطأ المحافظة المدعى عليها بإصدار قرارها المتضمن توجيه الشركة السعودية للكهرباء بفصل الخدمة الكهربائية عن عقار المدعي حيث إن المادة السابعة من نظام المناطق الصادر المرسوم الملكي (أ/٩٢) وتاريخ ٢٧/٨/١٤١٢هـ نصت على اختصاصات أمراء المناطق وحصرتها بالآتي: «أ- المحافظة على الأمن والنظام والاستقرار، واتخاذ الإجراءات اللازمة لذلك، وفقاً للأنظمة واللوائح... الخ»، ولم تنص على أن الأمر بإيقاف الخدمة الكهربائي من تلك الاختصاصات، وبما أن المنظم حرص على توزيع الاختصاص في إصدار القرارات الإدارية بين الجهات والوزارات والهيئات الإدارية ذات العلاقة، بحيث يمارس كل اختصاصه في حدود هدي النظام وإرادة المنظم، ولما كان الاختصاص يعدّ ركناً جوهرياً من أركان القرار الإداري، فإنه يلزم أن يكون مُصدّر القرار مخولاً نظاماً بإصداره ونص النظام على صلاحياته بذلك؛ مما يتبين معه أن قرار محافظة شقراء صدر من جهة غير مختصة». وباستئناف ممثل الإمارة الحكم أمام محكمة الاستئناف الإدارية بمنطقة الرياض -الدائرة الثالثة- نظرت، ثم أصدرت فيه حكمها القاضي: بتأييد الحكم المستأنف محمولاً على أسبابه. وبتاريخ ١٨/٧/١٤٤٢هـ تقدم ممثل الإمارة المعترضة إلى هذه المحكمة باعتراضه على حكم الاستئناف طالباً نقض الحكم للأسباب الواردة فيه، والتي تتلخص في خطأ الحكم في تطبيق النظام؛ لانتهاء صفة إمارة منطقة الرياض في الدعوى؛ لأن فصل التيار الكهربائي عن عقار المعترض ضده كان بموجب خطاب الأمانة المتضمن إيقاف خدمة الكهرباء، وعدم إعادته

إلا بعد صدور إشعار بذلك من الأمانة، وطلب نقض الحكم. وبعد انقضاء المهل المنصوص عليها في المادة الخمسين من نظام المرافعات أمام ديوان المظالم لإيداع المذكرات أحيل ملف الاعتراض إلى هذه الدائرة، حيث باشرت نظره، وبجلسة اليوم صدر الحكم بناءً على الأسباب التالية: من حيث إن الاعتراض مقدم خلال الأجل المقرر نظاماً، ومستوفٍ لسائر أوضاعه النظامية؛ فيكون مقبولاً شكلاً. أما عن الموضوع، فإن الحكم الابتدائي والمؤيد بالحكم محل الاعتراض استند في تقريره لخطأ المحافظة المعترضة على أن قرار فصل التيار الكهربائي صدر من غير مختص بإصداره ومن ثم تنشأ مسؤولية المحافظة بسبب ذلك القرار المعيب، في حين أن اتخاذ الإجراءات اللازمة للحفاظ على النظام، ومنع المخالفين لأنظمة البلدية وغيرها بالوسائل المتاحة تدخل في اختصاصات المحافظة، كما أن خطاب أمين منطقة الرياض الموجه إلى الشركة السعودية للكهرباء رقم (٣٤٠٠٣٠٤٨٦٠) وتاريخ ١٤/٥/١٤٤٠هـ تضمن طلب فصل التيار الكهربائي عن المباني المخالفة الواردة بالجدول المرفق مع الخطاب، ولم يكن فصل التيار قاصراً على طلب المحافظة ولمصلحتها. على أنه أيأ ما كان الأمر، فإنه من المقرر أن بطلان القرار الإداري لا يستتبع حتماً وبحكم اللزوم الحكم بالتعويض، ولا يكون القرار المعيب منشئاً للمسؤولية الإدارية في جميع الأحوال؛ فقد يكون القرار معيباً في شكله مع سلامته في موضوعه، فلا تنشأ المسؤولية الإدارية عندها؛ لأن القرار سيصدر على أية حال بذات المضمون من المختص بإصداره بعد مراعاة الشكل وتصحيح الإجراءات. ولما كان الحكم محل الاعتراض انتهى إلى ثبوت مسؤولية الجهة المعترضة للعبء الشكلي، دون أن يتحقق من مدى صحة القرار في موضوعه في مواجهة البلدية، مع أهمية ذلك وأثره على النتيجة التي انتهى إليها الحكم؛ فإنه يتعين نقض الحكم، وإعادة القضية إلى محكمة الاستئناف الإدارية بمنطقة الرياض لتفصل فيها من جديد من غير منظرها.

لذلك حكمت المحكمة: بقبول الاعتراض شكلاً، وفي الموضوع بنقض الحكم محل الاعتراض وإحالة القضية إلى محكمة الاستئناف الإدارية بمنطقة الرياض لتفصل فيها مجدداً من غير منظرها.

والله الموفق، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.



رئيس الدائرة	عضو	عضو	أمين السر
--------------	-----	-----	-----------

Brief Rulings

Ruling from the Supreme Administrative Court number 3055 of the year 1440H upon the request to review a judgment issued from administrative court of appeal in Aseer region, case number 3035 of the year 1440H

Keywords: Violating the Law - Proving Liability - Assessing Compensation - The Wisdom of Compensation - The Discretionary Power of the Court.

The plaintiff filed a lawsuit requesting that the administration be obligated to compensate him for removing his property by mistake. The issuance of the Administrative Court's ruling obligating the administration to compensate the plaintiff in the amount of two million six hundred and thirty-six thousand eight hundred and fifty riyals. The Administrative Court of Appeals upheld the ruling issued. The objection was raised before the Supreme Administrative Court. The court decided The ruling of the Administrative Court estimated the compensation based on the prices estimated by the objecting trust for a property adjacent to the property that was removed and based on the testimony of witnesses - the Supreme Administrative Court considered that this method is not consistent with the rules for estimating compensation for error; Because estimating compensation based on expropriating ownership of the property for the public benefit and removing its owner from it differs from the provisions for compensation for tortious liability arising from a harmful act, and the court should have asked the objected against to provide evidence of the value of the works that were removed and the damage that befell him, or assign a technical expert to provide evidence. His opinion about the amount of compensation, and comparing it with the estimates presented by the objector - as a result of the above: the Supreme Administrative Court canceled the issued ruling and referred it to another judicial circuit for consideration

Ruling from the Supreme Administrative Court number 2458 of the year 1441H upon the request to review a judgment issued from administrative court of appeal in Eastern region, case number 9098 of the year 1440H

Keywords: Violation of the Provisions of Islamic LAW - Evidence - Usurpation of the Property - Error in Applying the Provisions of Liability - Error in Applying the Legal and Regulatory Rules.

The plaintiff filed a lawsuit requesting that the administrative authority be obligated to compensate him with the equivalent rent for taking possession of his property for a period of six years. - The issuance of the preliminary ruling obligating the administrative authority to compensate him the amount of one million nine hundred and twenty-four thousand and five hundred riyals. - The Administrative Court of Appeals annulment of the ruling issued due to the absence of evidence to support the plaintiff's words. After it became clear that the plaintiff had been silent for a long period without submitting any objection - the Supreme Administrative Court found that the ruling of the Administrative Court of Appeal included that the plaintiff did not provide any evidence, even though the defendant's representative before the court did not deny that the administration used the plaintiff's land - the Supreme Administrative Court stated that the properties are respectable It shall not be violated, and the Basic Law of Governance in the Kingdom of Saudi Arabia guarantees this - clarifying the responsibility of the management body - as a result of the above: the Supreme Administrative Court canceled the issued ruling and referred it to another judicial circuit for consideration.

Ruling from the Supreme Administrative Court number 3126 of the year 1442H upon the request to review a judgment issued from administrative court of appeal in Riyadh region, case number 1044of the year 1442H

Keywords: Compensation- Elements for the Compensation- Element of Error - Disconnection of an Electrical Service - Distribution of Administrative Powers - Defect of the Jurisdiction - Validity of the Administrative Decision.

The plaintiff submitted a request to oblige the administrative authority to compensate him for the disconnection of electricity - the issuance of the preliminary ruling obliging the administrative authority to compensate the plaintiff due to the occurrence of the electricity disconnection - the ruling of the court of first instance included the existence of an error on the part of the administration for issuing a decision that did not concern it, and thus a defect in jurisdiction occurred - the ruling was upheld by the Administrative Court of Appeal - The administration filed its objection before the Supreme Administrative Court - The Supreme Administrative Court decided that the error was not proven - The ruling of the Supreme Administrative Court included that the disconnection of the electrical current, according to the apparent meaning of the case, was for the sake of preserving public money and preventing infringement - The issuance of an incorrect decision does not require the plaintiff to be entitled to compensation - The Administrative Court of Appeal did not verify the validity of the administrative decision issued - as a result of the above: the Supreme Administrative Court canceled the issued ruling and referred it to another judicial circuit for consideration.

Abstracts

The extent of the administration's responsibility for the external illegalities of the administrative decision.

(An analytical study in light of the provisions of the Saudi Board of Grievances)

Dr. Aymen Mohammed Ramees

Associate Professor of Administrative Law, Institute of Public Administration

Abstract:

This research aims to determine the administration's responsibility for the external illegalities of the administrative decision, through an analysis of the defects of lack of jurisdiction, form and procedures, as these defects raise many questions that pose the research problem, which revolves around the basis of stability of the administration's lack of responsibility for these defects, and the extent of its validity. As a justification for compensation. As most of the legal treatments of the issue were characterized by ambiguity and lack of finality in all its elements, and the discrepancy and hesitation of judicial rulings, at a time when the compensation claim represents the last lifeline for the person harmed by the administration's decisions, the cancellation lawsuit touches on the importance and exceeds it in its impact on the government agencies' commitment to the rules and regulations. For fear of detracting from the financial resources it relies on to provide its services and secure its needs.

In dealing with the subject, the research adopted the descriptive analytical approach supported by practical applications of the provisions

of the Board of Grievances, and was divided into two sections. The first dealt with: the lack of responsibility of the administration for the external illegalities of the administrative decision, and the second dealt with: the responsibility of the administration for the external illegalities of the administrative decision, and concluded The research reached results, the most important of which are: Establishing the principle of legality by canceling a flawed administrative decision due to external aspects of cancellation does not necessitate the need for compensation. The simple defect of lack of jurisdiction is valid as a reason for cancellation and is not valid as a justification for compensation, and the serious defect of lack of jurisdiction is valid as a reason for cancellation and is not valid in all its circumstances as a justification for compensation. A defect in form and secondary procedure is not valid as a reason for cancellation and is not valid as a justification for compensation, and a defect in form and fundamental procedure is valid as a reason for cancellation and is not valid in all its forms as a justification for compensation.

The research concluded with several recommendations, the first of which is: recognizing the availability of the element of error in the compensation claim following the annulment ruling, implementing the principle of separation of powers in determining the administration's responsibility when it usurps the actions of the legislative and judicial authorities, and implementing the idea of decisive influence in determining the administration's responsibility for the fundamental defect of the procedure.

The Provisions for compensation with equivalent wages in the Law of Eminent Domain and Temporary Taking of Property.

(Applied theoretical study)

Shiekh. Azzam Abdulaziz Alshiekh Mubarak

Judge at the Board of Grievances

Abstract:

The research examines the provisions of compensating the owner of a property with its fair rental value in case the property is expropriated by the authorities, or if the owner's enjoyment of the property is hindered or prevented, thereby impeding the owner from exploiting it. The study provides an analysis of the issues falling under this topic, including adapting the principle of entitlement to compensation according to Islamic jurisprudence, reviewing articles of jurists in similar cases, elaborating on the issue of expropriated benefits and discussing the disputes therein, deriving the legal and regulatory grounds, and examining the consequences thereof. The study also covers the temporary taking of a property, and presents some comparative law texts.

The research focuses on the fundamental principles for assessing compensation and the mechanisms established by the system for taking appraisal measures. It also discusses the jurisdiction of the judiciary in considering claims related to fair rental value, whether in cases in of expropriation against non-governmental entities or against the government in general. Additionally, it presents the regulatory adaptation of such claims in different scenarios.

The research reviews the conditions for entitlement to compensation, including ownership of the property, its inclusion of benefits, the prevention of the government from enjoying such benefits, and the issues and branches related to these conditions. Then proceeds to discuss cases of entitlement to fair rental value, the problems and provisions that arise in these cases, the position of the judiciary on this issue, and the estimated duration for the compensation to be paid.

The research concludes with an overview of some judgments issued by the Courts of the Board of Grievances. The study critically analyzes and discusses these judgments. In conclusion, it is important to note that ownership, in the case of expropriation, can only be transferred after payment of compensation. Thus, the study establishes a framework for examining issues related to fair rental value compensation. Furthermore, it demonstrates that the assessment of fair rental value is subject to various principles aimed at reaching a fair value, which is determined by many factors and variables.

The Idea of Public Order.
(Applied theoretical study)
Dr. Ibrahim Furaihed Alanazy
Judge at the Board of Grievances

Abstract:

One of the terms that is frequently repeated in the judiciary and law is the term (public order).

Many questions arise about this term, and the most prominent of these questions, which I have tried in this research to answer, is the definition of public order and its limits, some examples of it, the extent to which Islamic jurists use the idea of public order, the most prominent defenses related to public order, judicial applications, statutory texts and legal opinions on these defenses, and the extent to which they are related to public order. I have tried to mention the effects resulting from the connection of the legal rule to public order or its lack of connection to it. Also, I have tried to answer one of the most important questions in this section, which is the nature of the rules related to public order, or the way to distinguish between the legal rule related to public order and others. And since there is a close link between the idea of public order and public morals, I explained public morals with some examples and judicial applications.

The Requiring the Witness to Give an Oath (A Comparative Jurisprudential Study in the Saudi Law)

Shiekh Khalid Saad Butayyan Al-Azmi

MA in Comparative Fiqh, College of Shariah and Islamic Studies, Al-Qassim University

Abstract:

This study examined the issues related to requiring the witness to give an oath, from a jurisprudential approach. The researcher discussed the topic of the study in comparison to the Saudi Law, more specifically, the Evidence law. The study was comprised of an introduction, a preface, six chapters and a conclusion. In the introduction, the researcher shed some light on research problem, research significance, research objectives, relevant literature, research methodology, procedures, and research plan. As for the preface, it studied the definition of 'taking the oath' and the definition of a 'witness'. The first chapter of the study investigated Fiqh ruling on requiring the witness to give an oath as an affirmation to the validity of the testimony; including all relevant scenarios and questions, such as: when the judge asks the witness to give an oath, when the defendant asks the witness to give an oath, and when the defendant plead to the judge to require the witness to give oath. Furthermore, the second chapter of the study discussed the proper wording of the oath to be given by the witness. Whereas the third chapter examined the issue of requiring the witness to give a confirming sacred oath. In the fourth chapter, the researcher examined the effect of witness's refusal to give oath, including the effect of

this refusal on the witness himself, and the effect of refusing to give oath on the testimony given. Moreover, the fifth chapter of the study investigated the cases in which the witness, on his own, gives oath on his testimony. In the sixth chapter, the researcher discussed the issue of requiring the witness to take an oath, according to the Saudi Law. Finally, in the conclusion, the researcher summarized the most important results of the research and made some recommendations.

The Rulings Related to the Primary Guarantee in Administrative Contracts According to the Law of Government Competitions, and Procurement,

An Applied Analytical Study.

Dr. Abdulrahman bin Abdulaziz Al obaid

Faculty member of Administrative Law at the Faculty of Law and Judicial Studies in Islamic University of Madinah

Keywords:Initial guarantee - guarantee - administrative contracts - government competitions - government procurement.

Abstract:

This research discusses the rulings related to initial guarantee in administrative contracts according to the law of government competitions and procurement and its executive regulations, and the research aims at explaining the nature of initial guarantee and its importance and its conditions, and identifying the legal status of the authority of the governmental body in imposing it or not, and its right in extending its validity or invalidity period, likewise, the right of the applicant with his bid to return its value to him or extend its validity period, and it also aims to find means that take the place of a letter of bank guarantee that is more effective and fast, as well as to be a reference in relation to the initial guarantee for each of the government agencies when they want to put their projects up for competition, and for every person who wishes to submit his bid to enter the competitions of government agencies. In my research, I used the analytical and applied method, and divided it into an introduction,

a preface, four topics and a conclusion. As for the preamble, it included the highlight of the research terminologies, by clarifying the concept of the initial guarantee, its importance and its conditions. The first topic contained the rulings related to the provision of the initial guarantee, including the explanation of how to provide it, the cases in which the guarantee must be provided and the cases in which it is not mandatory to provide it, as well as the bodies exempted from providing the initial guarantee. As for the second topic, it contained the rulings related to retuning of the initial guarantee to its owners, with a mention of judicial applications on this. As for the third topic, it contained rulings related to the extension of the initial guarantee, with a mention of judicial applications to that. As for the fourth topic, it contained the rulings related to the invalidation of the initial guarantee, its cases and characteristics, with a mention of judicial applications to that. As for the conclusion, it contained the most important findings and recommendations that were reached in the research, the most important of which is the production of an electronic payment system for the initial guarantee, as well as considering the certified check as a means of initial guarantee.

Editorial Board

Sheikh Dr. Obaid Abdullah Obaid

Chief appealed judge at the Board of Grievances

Editor-in-Chief

Sheikh Dr. Khaled Abdullah Alkhudair

Appealed judge at the Board of Grievances

Member of Editorial Board

Sheikh Dr. Abdulmehsen Mohammed Almayouf

judge at the Board of Grievances

Member of Editorial Board

Sheikh Dr. Mohammed Abdulkarim Alduayji

Judge at the Board of Grievances

Member of Editorial Board

Dr. Mohammed Humaid Almazmomy

Faculty member at college of Law, King Abdulaziz University

Member of Editorial Board

Dr. Mohammed Nasser Basam

Faculty member at Institute of Public Administration

Member of Editorial Board

Dr. Rawa Ghazi Makki

Faculty member at college of Law, King Abdulaziz University

Member of Editorial Board

Dr. Enas Rashid Alzahrani

Faculty member at college of Law, Prince Sultan University

Member of Editorial Board

الهيئة الإشرافية على مجلة ديوان المظالم

رئيس الهيئة الإشرافية	معالي الشيخ د. خالد بن محمد اليوسف رئيس ديوان المظالم، رئيس مجلس القضاء الإداري
عضو الهيئة الإشرافية	فضيلة الشيخ علي بن سليمان السعوي رئيس المحكمة الإدارية العليا
عضو الهيئة الإشرافية	فضيلة الشيخ د. عبد المجيد بن علي البلوي عضو مجلس القضاء الإداري
عضو الهيئة الإشرافية	فضيلة الشيخ د. عبيد بن عبد الله بن عبيد عضو المحكمة الإدارية العليا، رئيس هيئة التحرير
عضو الهيئة الإشرافية	معالي د. بندر بن أسعد السجان مدير معهد الإدارة العامة
عضو الهيئة الإشرافية	فضيلة د. فهد بن صالح اللحيدان عضو هيئة التدريس في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية
عضو الهيئة الإشرافية	سعادة د. مفلح بن ربيعان القحطاني عميد كلية الحقوق في جامعة دار العلوم
عضو الهيئة الإشرافية	سعادة د. عبد الله بن محمد العطاس عضو هيئة التدريس في جامعة الملك عبدالعزيز
عضو الهيئة الإشرافية	سعادة د. مها بنت خالد الميمان عضو هيئة التدريس في كلية الحقوق بجامعة الأمير سلطان

The Supervising Board

His Excellency Dr. Khaled Mohammed Alyousef The Chairman of the Board of Grievances, The Chairman of the Administrative Judicial Council	Chairman of the Supervising Board
His Excellency Sheikh. Ali Sulaiman Alsawai The Chairman of the Supreme Administrative Court	Member of the Supervising Board
Sheikh Dr. Abdulmajeed Ali Albalawi Member of the Administrative Judicial Council	Member of the Supervising Board
Sheikh Dr. Obaid Abdullah Obaid Member of the Supreme Administrative Court, Editor-in-Chief	Member of the Supervising Board
His Excellency Dr. Bandar Asaad Alsajjan Director of the Institute of Public Administration	Member of the Supervising Board
Sheikh Dr.Fahad Saleh Alluhaidan Vice Rector of Imam Muhammad bin Saud Islamic University for Educational Affairs	Member of the Supervising Board
Dr. Muflih Rubaian Alqahtani The Dean of College of Law at Dar Alolom University	Member of the Supervising Board
Dr. Abdullah Mohammed Alattas The Dean of College of Law at King Abdulaziz University	Member of the Supervising Board
Dr. Maha Khaled Almaiman Faculty member at college of Law, Prince Sultan University	Member of the Supervising Board



Chairman of the Supervising Board:

His Excellency Dr. Khaled Mohammed Alyousef

Editor-in-Chief:

Sheikh Dr. Obaid Abdullah Obaid

The Board of Grievances Magazine

A biannual refereed journal concerned with law and administrative judiciary published by the Board of Grievances in the kingdom of Saudi Arabia

Dhu Al-Qi'dah 1446H, July- 3rd year- No.4

Contact:

All correspondence is sent in the name of the magazine's editing manager, by e-mail:

mbog@bog.gov.sa

920000553



The Board of Grievances Magazine

A biannual refereed journal concerned with law and administrative judiciary published by the Board of Grievances in the kingdom of Saudi Arabia

Dhu Al-Qi'dah 1446H, July- 3rd year- No.4

- **The Rulings Related to the Primary Guarantee in Administrative Contracts According to the Law of Government Competitions and Procurement, An Applied Analytical Study.**
Dr. Abdulrahman bin Abdulaziz alobaid, Faculty member of Administrative Law at the Faculty of Law and Judicial Studies in Islamic University of Madinah
- **The Requiring the Witness to Give an Oath, A Comparative Jurisprudential Study in the Saudi Law**
Shiekh Khalid Saad Butayyan Al-Azmi, MA in Comparative Fiqh, College of Shariah and Islamic Studies, Al-Qassim University
- **The Idea of Public Order, Applied theoretical study.**
Dr. Ibrahim Furaihed Alanazy, Judge at the Board of Grievances
- **The Provisions for compensation with equivalent wages in the Law of Eminent Domain and Temporary Taking of Property, Applied theoretical study**
Shiekh. Azzam Abdulaziz Alshiekh Mubarak, Judge at the Board of Grievances
- **The extent of the administration's responsibility for the external illegalities of the Administrative decision, An analytical study in light of the provisions of the Saudi Board of Grievances.**
Dr. Aymen Mohammed Ramees, Associate Professor of Administrative Law, Institute of Public Administration.