19

العدالة والقانون

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء

«مســاواة»

العدالة والقانــون

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

المركز الفلسطيني لاستقلال
المحامـــاة والقضـــاء
«مســـاواة»

Palestinian Center For The
Independence Of The Judiciary
And The Legal Profession
"MUSAWA"

جمعية أهلية غير حكومية مستقلة، تأسست بتاريخ ٢٠٠٢/٣/١٨ بمبادرة من محامين وقضاة سابقين وشخصيات اجتماعية، أخذت على عاتقها تكريس جهدها لتعزيز ضمانات استقلال القضاء والمحاماة تشريعاً ومنهجاً وسلوكاً، عن طريق رصد وتوثيق ومراقبة ومعالجة كافة العوائق الاجتماعية والثقافية والسياسية والاقتصادية والتشريعية، التي تحول دون التطبيق السليم لمبدأ سيادة القانون، وتعيق تفعيل عناصر ومقومات ومضامين استقلال القضاء والمحاماة وذلك بالطرق والوسائل القانونية.

مجلس إدارة مساواة

- المحامي يوسف بختان — رئيس مجلس الإدارة
- المحامي ياســـر جبـــر — نائب رئيس مجلس الإدارة
- المحامية فايزة الشاويش — أمين الســـر
- الأستاذ سمير البرغـوثي — أمين الصـــندوق
- المحامي فهد الشويكي — عضـو
- المحامي غسان مســـاد — عضـو
- المحامي نضال ابو فرحة — عضو
- المحامية رنا واصف — عضو
- المحامية شيرين شعراوي — عضـو

الرئيس التنفيذي المحامي إبراهيم البرغوثي

البيرة – البالوع- شارع المحاكم
تلفون: ٠٠٩٧٠٢٢٤٢٤٨٧٠
فاكس: ٠٠٩٧٠٢٢٤٢٤٨٦٦
بريد الكتروني: musawa@musawa.ps
صفحة الكترونية: www.musawa.ps

مكتب غزة – شارع الجلاء،
برج الجلاء «الطابق الرابع»
تلفاكس: ٠٠٩٧٠ ٨ ٢٨٦٤٢٠٦

حقوق الطبع والنشر محفوظة للمركز
شباط ٢٠١٣

الآراء الواردة في هذه المجلة لا تعبر بالضرورة عن رأي المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء «مساواة» والجهة الداعمة

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

في هـذا العدد

مقدمة العدد

- على طريق اثراء النقاش واغناء التجربة ٦

دراسات وابحاث قانونية

- الاهلية في العقود الالكترونية / المحامية روان عبد المعطي محمود راضي – رام الله..... ١١
- كفالة حق الدفاع/ الدكتور طارق محمد الديراوي/ - غزة ٢٩
- مساقات التعليم في كليات الحقوق واثرها على اداء اركان العدالة
  المحامي عصام لطفي الشريف – عمان ٥١
- النظم القضائية ومدى الحاجة لمجلس دولة فلسطيني
  الدكتور عبد الناصر ابو سمهدانه- رئيس النيابة العامه – غزة ٦٣
- دور التفتيش القضائي في معالجة ثغرات عمل القضاء / فساد/ اهمال/ تقصير
  القاضي فتحي ابو سرور – عضو المحكمه العليا- رئيس دائرة التفتيش القضائي- رام الله ٧٩

احكام صادرة عن المحكمة العليا الفلسطينية المناط بها القيام بمهام المحكمة الدستورية العليا لحين تشكيلها والتعليق عليها ٨٥

احكام صادرة عن محكمه العدل العليا والتعليق عليها ١١٩

احكام صادرة عن محكمه النقض في الدعاوى الجزائية والتعليق عليها ١٦٩

احكام صادرة عن محكمه النقض في الدعاوى المدنية والتعليق عليها ٢٢٣

حوارات قانونية ومبادئ قضائية

- ضوابط سلطة رئيس الدولة في التشريع في حالة الضرورة «تعليق على القرار بقانون
  بتعديل قانون المحكمة الدستورية الفلسطينية» /المستشار الدكتور عبد العزيز سلمان – مصر ٢٣٥
- الاصلاح القضائي في الأردن / المحامية ايفا ابو حليوة – عمان ٢٤٩
- وسائل الاعلام وتأثيرها على قناعه قاضي الموضوع
  المستشار الدكتور صابر غلاب- رئيس محكمه الاستئناف – مصر ٢٥٧
- جواز الارتداد عن الشرعية الدستورية الى الشرعية الثورية (دراسة حالة للثورة المصرية)
  معالي الدكتور فتحي فكري – مصر ٢٨١
- الاختناق القضائي اسباب ومعالجات
  القاضي عبد الله غزلان – قاضي المحكمه العليا- رئيس جمعية القضاة الفلسطينيين ٣٠١

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

العدالة والقانون

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

مقدمة العدد

على طريق إثراء النقاش واغناء التجربة

تؤكد «مساواة» على ان غايتها من اصدار مجلة «العدالة والقانون» تكمن في تشجيع فكرة التعليق على الاحكام والقرارات القضائية وفقاً للضوابط والمعايير القانونية ذات الصلة، عملاً بالقاعدة الفقهية التي تعتبر القرارات والاحكام القضائية عنواناً للحقيقة، وان لم تكن بالضرورة عينها.

وهدف «مساواة» تفعيل مبدأ علنية القضاء والوقوف على الوجه الامثل لاعمال قاعده تسبيب الاحكام والقرارات القضائية، بوصفها العمود الفقري للرقابة الشعبية والوطنية على حسن اداء الوظيفه القضائية.

وتسعى «مساواة» الى اثراء الحوار القانوني واغنائه بغية تحقيق العدالة واغناء التجربة القضائية في تفسير احكام القانون، واعطاء الوصف الادق لمقاصد ومعاني النصوص والقواعد القانونية والتشريعات، وانزال القاعدة القانونية الملائمة على وقائع النزاع المرفوع الى القضاء.

وتعتقد «مساواة» ان عملية التعليق على الاحكام القضائية تلعب دوراً هاماً في لفت انتباه المشرع الى مواطن الخلل والضعف والتناقض في القوانين والانظمة السارية، ليقوم بدوره بإجراء التعديلات اللازمة والضرورية لتوحيد رزمة القوانين والانظمة، بما يضمن دستوريتها وتطابقها وانسجامها كمدخل اساس لتجسيد مبدأ سيادة القانون وحفظ الامن المجتمعي وتعزيز هيبة القضاء وتوطين مبدأ استقلال القاضي، وبناء دولة المؤسسات والقانون.

و «مساواة» لا تستهدف بأي حال التجريح الشخصي او النقد السلبي، بقدر ما تنطلق في مسعاها هذا من كافه الاعتبارات التي اجمع عليها فقهاء القانون والقضاء والكامنه وراء التعليق على الاحكام والقرارات القضائية.

ومن الطبيعي ان هذه التعليقات التي يضعها المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء «مساواة» بين ايدي السادة القضاة والمحامين والمشتغلين بالقانون تعبر عن اجتهادات وافكار ورؤى اصحابها ومقدميها وفي ذات الوقت تشكل تعميقاً وتطويراً للحوار القانوني والفكري الهام والضروري لتوحيد المفاهيم القانونية واثراء التجربة العملية للقضاة والمحامين الفلسطينين وكافه المشتغلين بالقانون من رؤساء ووكلاء نيابة واساتذة قانون وطلبة كليات الحقوق وغيرهم.

وهذا ما يصبوا اليه المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماه والقضاء «مساواة» في اطار سعيه الحثيث في العمل على بناء قضاء فلسطيني مشروع، نزيه، كفؤ، قادر، وفاعل، وتعميق وتطوير دور ورسالة المحامين الفلسطينين ونقابتهم في صيانه مبدأ سيادة القانون وسواده على الكافه كطريق مجرب للنجاح في بناء حكم فلسطيني صالح وحديث.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

وها نحن في «مساواة» نصدر العدد التاسع عشر من مجلة «العدالة والقانون» والذي يتضمن خمس دراسات وابحاث قانونية تتناول بالدراسة والبحث الاهلية في العقود الالكترونية ، كفالة حق الدفاع ،مساقات التعليم في كليات الحقوق واثرها على اداء اركان العدالة ،النظم القضائية ومدى الحاجة لمجلس دولة فلسطيني ، دور التفتيش القضائي في معالجة ثغرات عمل القضاء، معدة من قضاة واكاديميين ومحامين . كما يتناول هذا العدد بالتعليق ستة احكام اولها حكماً صادراً عن المحكمه العليا المناط بها القيام بمهام المحكمه الدستورية العليا لحين تشكيلها يتعلق بالطعن في دستورية قانون اصول المحاكمات الجزائية الثوري وقانون العقوبات الثوري الصادرين عن منظمة التحرير عام ١٩٧٩ ، يليه التعليق على حكمين صادرين عن محكمة العدل العليا الاول انصب على الطعن في قرار مجلس الوزراء الخاص باحداث وضم هيئات محلية والثاني حول الندب في الوظيفة العامه، وحكمين صادرين عن محكمة النقض في طعنين جزائيين يتعلق الاول منها بجريمة القتل القصد فيما يتعلق الطعن الثاني بجريمة الخيانه، وحكم صادر عن محكمه النقض في طعن مدني موضوعه اخلاء مأجور.

وارتات «مساواة» ان تختتم اصدارها التاسع عشر بباب بعنوان حوارات قانونية تضمن ضوابط سلطة رئيس الدولة في التشريع في حالة الضرورة «تعليق على القرار بقانون بتعديل قانون المحكمة الدستورية الفلسطينية» للمستشار الدكتور عبد العزيز سلمان – رئيس هيئة المفوضين في المحكمه الدستورية العليا المصرية، الاصلاح القضائي في الاردن للمحامية ايفا ابو حليوة، وسائل الاعلام وتأثيرها على قناعه قاضي الموضوع للمستشار الدكتور صابر غلاب- رئيس محكمه الاستئناف – مصر، جواز الارتداد عن الشرعية الدستورية الى الشرعية الثورية (دراسة حالة للثورة المصرية) لمعالي الدكتور فتحي فكري – مصر، الاختناق القضائي اسباب ومعالجات للقاضي عبد الله غزلان – قاضي المحكمه العليا- رئيس جمعية القضاة.

وتأمل «مساواة» ان يحقق العدد التاسع عشر من مجلتها «العداله والقانون» الغاية المرجوة منه، وهي عاقدة العزم على الاستمرار في مواصله اصدارها الى جانب شقيقتها «عين على العداله» .

«مســـــاواة»

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

دراسات وأبحاث قانونية

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

الاهلية في العقود الالكترونية

المحامية روان عبد المعطي محمود راضي

المقدمة

ان انعقاد أي عقد لا يتم الا بأهلية كاملة لأطرافه،ولا تتطلب المعاملات التجارية والالكترونية عبر الانترنت أهلية خاصة تختلف عما هي في القواعد العامة، حيث أن كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون استناداً للمادة ١١٦ من القانون المدني الأردني، والمادة ١٠٠ من مشروع القانون المدني الفلسطيني، فالأهلية هي ذاتها مناط التمييز.[١]

ومن كان كامل التمييز كان كامل الأهلية، ومن كان ناقص التمييز كان ناقص الأهلية ، ومن كان عديم التمييز كان عديم الأهلية.[٢]

وأهلية الطرفين هي شرط من شروط صحة الاتفاق.

ومعناها: اشتراط كون الطرفين قادرين على الاتفاق وحائزين الأهلية اللازمة لذلك ، وهي على نوعين مدنية وطبيعية ، فمن كان ذا اهلية مدنية جاز له عقد الاتفاقات ومن لم يكن ذا أهلية مدنية لا يجوز له ذلك.[٣]

والأهلية هي اما أهلية تصرف أو أهلية قانونية ـ وأهلية وجوب وأهلية آداء.[٤]

وحيث أن مناط الأهلية هو التمييز، فإن وجد التمييز توافرت الأهلية ، فقد جاء في المادة ١٠١ من مشروع القانون المدني الفلسطيني والمادة ١١٧ من القانون المدني الأردني « ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله ، وتكون جميع تصرفاته باطلة».

وجاء في المادة ١٠٢ والمادة ١١٨ من ذات القانونين على الترتيب اعلاه تباعا:» تصرفات الصغير المميز صحيحة متى كانت نافعة نفعاً محضاً وباطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً، والتصرفات الواقعة بين النفع والضرر تعد موقوفة على إجازة الولي في الحدود التي يجوز فيها له التصرف ابتداءً أو اجازة القاصر بعد بلوغه سن الرشد وسن التمييز سبع سنوات كاملة».

والعقد الالكتروني بتطوره والتطور الذي لحق بالتجارة والمعاملات الالكترونية لا يخرج بانعقاده عن نطاق القواعد والاحكام التي تنظم العقد المدني،[٥] وما يثبت ذلك هو عدم صدور تشريع خاص به ينظم احكامه في هذا المجال.

وهو عقد بالتالي يتطلب ما تتطلبه العقود من أهلية تعاقدية بصحة تراضي بين أطراف العقد،فهو ينشأ عادة في معظم التشريعات ، متى توصل طرفيه الى اتفاق على الاحكام الأساسية فيه من ارتباط الايجاب بالقبول[٦] استناداً للمادة ٧٤ من مشروع القانون المدني الفلسطيني والمادة ٨٩ من القانون

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

المدني الاردني» يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من اوضاع معينة لانعقاد العقد».

والايجاب في العقد الالكتروني وكما عرفه التوجيه الأوروبي الخاص بحماية المستهلكين « كل اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة بحيث يستطيع المرسل اليه من ان يقبل التعاقد مباشرة،ويسبعد من هذا النطاق مجرد الاعلان».[٧]

فالايجاب يجب ان يكون جازماً،محدداً وكاملاً ، والموجب عليه ان يلتزم بيان شروط وكيفية التعاقد وتنفيذه تحقيقاً لمبدأ التعبير والذي يلزمه القانون على المتعاقدين للتعريف بشخصيهما.[٨]

والعرف الجاري في العقود الالكترونية وتفادياً لحصول مشاكل تعاقد من حيث شخصية الطرف المتعاقد عن بعد، تقوم بعض المراكز الالكترونية بتخصيص عملاء محددين في الاعلان والايجاب، بإرسال بريد الكتروني لكل واحد منهم نظراً لمعرفتهم بهم فقط.

اما القبول في العقد الالكتروني : فهو التعبير عن ارادة من وجه اليه الايجاب في ابرام العقد، وبحيث ان يطابق القبول الايجاب وان تباين عنه يعتبر ايجاباً جديداً،[٩]

وفي العقد الالكتروني لا ينعقد العقد بمجرد اتخاذ القابل موقفاً معيناً او باللفظ والاشارة ، بل لا بد من صدور تعبير صريح ، استناداً للمادة ٩٨ من القانون المدني الاردني .

والسكوت لا يعد وسيلة تعبير عن الارادة في العقد الالكتروني حسب نصوص قانون التجارة الالكترونية(قانون المعاملات الالكترونية) .[١٠]

تنص المادة ١١٧ من مشروع القانون المدني الاردني والمادة ١٣٤ من القانون المدني الاردني على أنه:» يجوز لناقص الأهلية أن يطلب ابطال العقد غير أنه إذا لجأ الى طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته لزمه التعويض».

تنص المادة ٢ من قانون المعاملات الالكترونية الأردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١ على أن شهادة التوثيق» هي الشهادة التي تصدر عن جهة مختصة مرخصة أو معتمدة لإثبات نسبة توقيع الكتروني الى شخص معين استناداً الى اجراءات توثيق معتمدة».

وتنص نفس المادة من نفس القانون على ان التوقيع الالكتروني:» هو البيانات التي تتخذ هيئة حروف أو ارقام أو رموز أو اشارات وغيرها وتكون مدرجة...».

وتنص المادة ١ من مشروع قانون المعاملات الالكترونية الفلسطيني على ان التوقيع الالكتروني:» بيانات الكترونية مضافة او ملحقة او مرتبطة بمعاملة الكترونية ولها طابع يسمح بتحديد هوية الشخص الذي وقعها ويميزه عن غيره بغرض الموافقة على مضمون المعاملة».

وتنص ذات المادة على ان اجراءات التحقق هي» الاجراءات المتبعة للتاكد من ان التوقيع الالكتروني صادر من الموقع نفسه وان مضمون الرسالة لم يحدث عليها اي تغيير منذ انشائه».

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

وفي العقود الالكترونية لا يكفي مجرد حصول التراضي، حتى يكتمل العقد الالكتروني بل يجب صدور الرضا من شخص كامل الأهلية ، الا أن في تطبيق ذلك على العقد الالكتروني فيه نوع من الصعوبة، كون ان التعاقد يتم عن بعد ،فتثار مسألة التحقق من شخص المتعاقد وكيفية ذلك وخلو الارادة من عيوبها، فاختلف شكل التعبير عن الارادة بظهور شبكات الانترنت وما يتم من ابرام للعقود الالكترونية خلالها. فكيف يمكن التعامل مع هذه المشكلة وهي التحقق من أهلية الشخص المتعاقد خلال العقد الالكتروني عبر الشبكة وما السبيل لتفاديها وللوصول الى بر الامان لحلها؟

ومن أجل التوصل لهذه النتيجة فقد قسم هذا البحث الى الفصليين التاليين:

الفصل الأول : المشاكل التي تثيرها الأهلية في العقود الالكترونية.

الفصل الثاني : وسائل الامان في معرفة أهلية المتعاقد في العقود الالكترونية.

الفصل الأول

المشاكل التي تثيرها الأهلية في العقود الالكترونية

بعد التطور الذي لحق بالتجارة الالكترونية وفي استخدام المعلوماتية ، كان العقد الالكتروني احد أعظم هذه التطورات التي حصلت في القرن الماضي ، هذا العقد الذي لم يخرج من نطاق القواعد والاحكام العامة لنظرية العقد التي قام المشرع في مختلف النظم القانونية بتحديدها في نصوصه ، إلا أن المشرع المدني لم يعالجه بشكل مباشر كون ان العقد الالكتروني لم يكن موجوداً عند تشريعه هذا القانون.وحيث أن العقد : هو تلاقي ايجاب وقبول دون النظر لتسميته سواء كان تقليدياً أو الكترونياً. فالعقد الالكتروني هو عقد بين غائبين بالنسبة للمكان،ومن حيث الزمن فهو عقد بين حاضرين، عند استخدام وسائل الكترونية من برامج وأجهزة.[١١]

الا أنه قد ثار اشكالات حول العقد الالكتروني ومن أهمها البعد المكاني لهذا العقد والصعوبة في التحقق من شخصية وأهلية وإرادة أطراف العلاقة التي يترتب عليها صحة وسلامة التصرفات اللاحقة،[١٢] وغيرها من المشاكل التي تعاصر مثل هذا العقد ، ولبيان ذلك سنتناول في هذا الفصل مشاكل العقد الالكتروني هذه وذلك كالتالي:المبحث الأول: صعوبة التحقق من أهلية الشخص المتعاقد، والمبحث الثاني: التيقن من هوية الشخص المتعاقد وصفته.

المبحث الأول

صعوبة التحقق من اهلية الشخص المتعاقد في العقد الالكتروني

إن اشكالية تحديد هوية الشخص المتعاقد وأهليته للتعاقد أبرز الاشكاليات التي طرحت في التعامل عبر شبكة الانترنت،[١٣]

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

فالعقد الذي يبرم عبر الانترنت لا ينعقد صحيحاً الا اذا كان صادراً عن متعاقدين تتوفر فيهما الاهلية ، وحيث أن آثار العقد تنصرف الى عاقديه ، فيجب تحديد هوية كل من المتعاقدين بشكل وصورة واضحة، ذلك أن تنفيذ كل طرف من اطراف العقد لالتزاماته يتطلب بالبداية معرفة كل منهما بالآخر.[١٤]

وسأتناول صعوبة التحقق من أهلية الشخص المتعاقد في مطلبين:

المطلب الأول : آلية نشوء الصعوبة في التحقق من أهلية المتعاقد.

المطلب الثاني : طبيعة مشكلة التحقق من اهلية المتعاقد وابعادها القانونية.

المطلب الأول

آلية نشوء الصعوبة في التحقق من أهلية المتعاقد

تعمل الكثير من المواقع على الانترنت وبسبب يرجع الى امكانياتها التجارية المحدودة بأن تقصر معاملاتها على اشخاص في نطاق جغرافي محدد.[١٥]

وبالتالي تمتنع عن التعاقد مع باقي المتعاملين في الشبكة، وهذا يكون عائداً إلى أسباب منها الظروف السياسية التي قد تمنع المواقع لأشخاص في دولة ما من أن تعقد أي تصرفات أو تعاهدات مع مواقع وأشخاص في دولة أخرى، وبالتالي تأتي الأهمية هنا لتحديد هوية الشخص المتعاقد واهليته للتعاقد.[١٦]

ويمكن القول بأن هذا أحد أهم الأسباب التي تنبع منها المشكلة ، ذلك أن فضولية الكثير من الأشخاص لإختراق هذه المواقع هي التي تطرح المشكلة على أرض الواقع، خاصة أن كثيراً من هؤلاء الأشخاص هم ناقصي الأهلية او عديميها.

كما ان الكثير منا وخصوصاً إذا كان لديه إلمام أو معرفة متوسعة بعض الشيء بالانترنت وطريقة عمل المواقع فيه وبالتالي فتكون قابلة للإختراق، وكل شيئ يمكن الدخول اليه حتى في الحاسوب الشخصي من خلال بعض لصوص الانترنت ومن خلال بعض المحترفين بالعمل على الانترنت وإن لم يكن قصدهم من وراء ذلك التلصص فيمكن أن يكون القصد التطفل، ومن هنا جاءت المقولة المشهورة التي أطلقها الفقهاء في امريكا بأن على الشركات الكبرى أن لا تضع أي من معلوماتها الثمينة على جهاز كمبيوتر يتصل بالانترنت، بل يجب ان يكون الجهاز لا يعمل على الشبكة بل يعمل داخل الشركة فقط حتى لا يتسلط عليها اشخاص وشركات أخرى.[١٧]

المطلب الثاني

طبيعة مشكلة التحقق من أهلية الشخص المتعاقد وابعادها القانونية

حيث أنه لا يكفي مجرد حصول التراضي حتى يكتمل العقد الالكتروني، بل الواجب ان يكون الرضا صادر من شخص كامل الأهلية، بحيث تكون ارادة خالية من العيوب وهذا ما اصطلح عليه بصحة

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

التراضي (صحة العقد)،وهذا الوضع العادي في العقود التقليدية ، الا أن تطبيق ذلك على العقد الالكتروني فيه نوع من الصعوبة كونه تعاقد يتم عن بعد، وهذا ما أثار مسألة كيفية التحقق من شخص المتعاقد وخلو ارادته من عيوب الارادة، لذلك يطرح التساؤل حول امكانية الاعتماد على القواعد العامة لتجاوز هذه الصعوبات؟[١٨]

والأهلية هي صلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات ومباشرة التصرفات القانونية،[١٩] فالأهلية شرط لصحة تصرف الطرف المتعاقد ، فيكون التصرف في حال كانت متخلفة كلياً باطلاً او قابل للفسخ في حال نقصانها.

ويتم التمييز بين نوعين من الاهلية ، اهلية الوجوب وهي صلاحية الشخص لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه،[٢٠] وتدور وجوداً وعدماً مع شخص الانسان،وأهلية اداء وهي المهمة في هذه الدراسة ويقصد بها صلاحية الشخص لمباشرة الأعمال والتصرفات القانونية التي يترتب عليها كسب الحقوق أو نشوء الالتزامات أو انتقالها او انقضاؤها.[٢١]

والمعروف أن مناط أهلية الاداء هو التمييز ، وتتدرج من أهلية معدومة الى أن يبلغ سن التمييز. وتثبت له أهلية اداء ناقصة وتكون بذلك تصرفاته اما نافعة له نفعاً محضاً واحياناً ضارة ضرراً محضاً وفي الأخيرة تكون باطلة مطلقاً، استناداً لنص المادة ١٠٢ من مشروع القانون المدني الفلسطيني والمادة ١١٨ من القانون المدني الاردني.

في حين ان التصرفات الدائرة بين النفع والضرر تكون موقوفة على اجازة الولي او الوصي الى ان يستكمل الشخص سن الرشد.[٢٢]

جاء في قرار لمحكمة التمييز الاردنية :» أنه نصت المادة ١٧١ من القانون المدني صراحة على ان تصرف ناقص الاهلية يكون موقوف النفاذ على الاجازة اذا كان التصرف دائر بين النفع والضرر».[٢٣]

والتعاقد الالكتروني هو تعاقد عن بعد ويتم دون الوجود المادي للأطراف، هنا تظهر مشكلة صعوبة التحقق من اهلية المتعاقد ، ويكون من الصعب على الطرف المتعاقد ان يتحقق من اهلية الطرف الآخر على الشبكة،[٢٤] نظراً لسهولة الدخول الى هذه الاخيرة والاستفادة من خدماتها دون التعرض لمعرفة أهلية الطرف المتعاقد ، خاصة في حالات استخدام بطاقات او توقيعات خاصة بأشخاص آخرين. وعدم وجود هيئة منظمة تخضع لها الشبكة، هنا قد يتم التعاقد مع ناقصي الأهلية ، وبذلك يتواجد في مثل هذه الحالة مصلحتين متعارضتين ، مصلحة القاصر أو فاقد الأهلية الذي يكون له حق ابطال التصرف ، ومصلحة المتعاقد الآخر حسن النية والذي لا يمكنه التحقق من أهلية المتعاقد الآخر.[٢٥]

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

المبحث الثاني

التيقن من أهلية الشخص المتعاقد وصفته

في العقود التي تجري وتتم بين حاضرين ، يستطيع كل من المتعاقدين أن يستوثق ويتحقق من أهلية المتعاقد الآخر، لكن هذا الأمر مختلف تماماً عنه في العقود الالكترونية، فيصعب في مثل هذه العقود التوثق من أهلية المتعاقد نظراً لأنه لا وجود مادي بين أطراف العقد.وبالتالي تثور مشكلة قيام عديم التمييز أو قاصر التمييز بالتعاقد عن بعد ،فهل يترتب على مثل هؤلاء الأشخاص مسؤولية؟ وما هي حدود هذه المسؤولية وابعادها ان تحققت؟

لذلك سنتناول في هذا المبحث المطلبين : المطلب الاول: مسؤولية القاصر او عديم التمييز في التعاقد عن بعد.المطلب الثاني: حدود مسؤولية القاصر وعديم التمييز في التعاقد عن بعد.

المطلب الأول

مدى ترتب المسؤولية على القاصرين أو عديمي التمييز في التعاقد عن بعد في العقود الالكترونية

قد يدعي شخص ما أنه ممثل لشركة معينة أو صاحب صفة وكيل أو شريك مثلاً في التعاقد . وقد يدعي شخص أنه كامل الأهلية بينما هو في الحقيقة عديم أو ناقص الأهلية (صغير أو مجنون).

كما قد يستولي القاصر على البطاقة المصرفية التي تخص أحد والديه لإبرام تعاقد ما عبر الانترنت، أو يسرق تلك البطاقة لإنشاء عقد كهذا.[٢٦]

ومن هنا تبرز أهمية أن يتم أخذ الحذر والمحافظة على البطاقة المصرفية أو أي بطاقة مثيلة وتدخل في قبيل هذه التعاملات ، وان يتم المحافظة على الرقم السري الخاص بالدخول على الشبكة أو استعمال البطاقة.[٢٧]

وتنص المادة ١٣٤ من القانون المدني الاردني والمادة ١١٧ من مشروع القانون الفلسطيني على أنه :»١- يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد .٢- غير أنه اذا لجأ إلى طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته لزمه التعويض».

من هذا النص يتضح أن القاصر مسؤول عن افعاله اذا تمت بطرق غير شرعية وخارجة عن القانون وهذا احتمال وارد جداً في هذا المبحث حيث يستغل القاصر ذلك لإبرام تعاقدات مختلفة عبر الانترنت.

المطلب الثاني

حدود مسؤولية القاصر وعديم التمييز عن تعاقده الكترونياً عن بعد

في حالة أن وقع المحظور وهو قيام القاصر أو عديم التمييز بالتعاقد عن بعد ،فيكون للمضرور في هذه الحالة وهو الطرف الآخر حسن النية الرجوع على الشخص المتسبب في الضرر استناداً لقواعد

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

المسؤولية التقصيرية،[٢٨] وخاصة عندما يكون هناك حالة انعدام للعقد أي لا عقد موجود.[٢٩]
وقد أجاز المشرع للقاصر البالغ ١٥ سنة بان يتسلم مبلغ من ماله بإذن من وليه وترخيص من المحكمة ويؤذن بالتجارة مطلقاً أو مقيد،فهنا تكون تصرفاته الداخلة تحت الإذن كتصرفات الشخص البالغ سن الرشد .[٣٠]
حتى يتم تأمين التعاملات عبر شبكة الانترنت وحمايتها من البطلان، وبمواجهة الحق الممنوح لناقص الأهلية بالدفع بعدم الأهلية، فقد أوجبت القواعد العامة في كثير من التشريعات بربط حقه هذا بشرط الالتزام بالتعويض،في حالة أن لجأ القاصر إلى طرق احتيالية لاخفاء نقص أهليته.[٣١]
بالاضافة لقواعد المسؤولية المدنية التي عرفتها كثير من القوانين حيث اعترفت بمسؤولية الانسان عن فعل غيره استناداً لعلاقة الرقابة والتبعية على القاصر حسب المادة ٢٨٨ من القانون المدني الاردني والمادة ١٩٢ من مشروع القانون الفلسطيني، ودعا البعض الى الأخذ بنظرية الظاهر من الحال.[٣٢]

المبحث الثالث

الجزاء المترتب على ابرام القاصر لعقد الكتروني

اذا قام قاصر الأهلية أي ناقصها بابرام عقد ما عبر الانترنت وظهر بعد ابرام العقد هذا الأمر،فهل أجاز له المشرع الرجوع عن العقد ، وما اذا كان الطرف الآخر يعلم بذلك أو لا وما موقفه منه؟
اوردت المادة ١/١٣٤ من القانون المدني الاردني والمادة ١١٧ من مشروع القانون المدني الفلسطيني حكماً غامضاً في حالة ان قام قاصر بابرام عقد وتبين ذلك ، حيث أوردت « يجوز لناقص الأهلية ان يطلب ابطال العقد»، وطلب ابطال العقد يكون العقد باطلا بطلاناً نسبياً حيث لم يأخذ بذلك المشرعين الأردني والفلسطيني.[٣٣]
والأصل في ذلك أن تصرفات القاصر التي تكون دائرة بين النفع والضرر تكون موقوفة على اجازة الولي أو الوصي أو اجازة القاصر نفسه بعد اكمال أهليته،[٣٤] فإذا أجيزت هذه التصرفات فإنها تنفذ بالاستناد الى وقت صدورها، اما اذا تم رفضها اعتبرت باطلة وذلك حسب المادة ١٤٤ من مشروع القانون المدني الفلسطيني والمادة ١٧٥ من القانون المدني الاردني.
ومن حق القاصر أن يطلب بطلان العقد في حال عدم إجازته وليس ابطاله.[٣٥]
أما من حيث موقف الطرف الآخر في العقد من تصرف القاصر فينقسم الفقه الى مسألتين:

١. اذا كان يعلم الطرف الآخر بنقص اهلية ناقص الاهلية وفقاً للقانون فحكم العقد موقوف على اجازة القاصر أو وليه ، ويعتبر العقد اما قابلاً للإبطال أو باطلاً اذا أثير نزاع بشأنه امام القضاء.[٣٦]
٢. اذا كان الطرف الآخر لا يعلم بنقص أهلية المتعاقد ناقص الأهلية، واعتقد برشده ، فما حكم هذه المسألة؟

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

لم يعالج المشرع هذه المسألة في قانون المعاملات الالكترونية، وتركها للقواعد العامة التي اجازت تصرفات القاصر المميز النافعة نفعاً محضاً ،والدائرة بين النفع والضرر موقوفة على اجازة الولي أو القاصر بعد بلوغه سن الرشد استناداً للمادة ٢/١/١١٨ من القانون المدني الاردني والتي تقابلها المادة ١٠٢ من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

الفصل الثاني

وسائل الأمان في معرفة أهلية المتعاقد في العقود الالكترونية

بعكس العقود التقليدية التي يكون فيها من السهل التحقق من أهلية المتعاقدين ، فإن ذلك ليس من السهولة في العقود الالكترونية، وذلك بسبب عدم وجود مكان للالتقاء بين طرفي العقد، وهذا ما يوصل يالنتيجة الى قيام قاصر لا يملك الأهلية للتعاقد أو شخص يدعي أنه ممثل لمؤسسة أو شركة تجارية وهو في الحقيقة لا يملك أي صفة لأن يبرم أي تعاقد عنها. وهو ما ينتج أيضاً عن تجاهل تبادل الرسائل الالكترونية بين المتعاقدين في شأن مسألة الأهلية أو بسبب تدوين بيانات غير صحيحة تفيد بكمال الأهلية،[٣٧] فكيف يمكن التغلب على هذه الاشكالية ؟ وكيف يمكن التأكد من أن الإرادة التعاقدية قد صدرت من بالغ يعي ماهية التصرف ، ولم تصدر عن قاصر يجهل ماهية التصر الذي أقدم عليه؟ لبيان ذلك سيقسم هذا الفصل الى المباحث التالية التي ستبين الوسائل التي بها ومن خلالها يتم التغلب على مشكلة التحقق من أهلية المتعاقد عبر العقد الالكتروني،.

المبحث الأول :العقد النموذجي ،المبحث الثاني:التوقيع الالكتروني،المبحث الثالث: وسائل أمان أخرى للتحقق من اهلية المتعاقد.

المبحث الأول

العقد النموذجي

لغرض ضمان سير العلاقات القانونية واستقرارها ، وصولاً الى الهدف المنشود منها، فإن هذا الأمر يفترض إقامة العلاقات التعاقدية التجارية على قواعد قانونية تنظم احكامها وتسيرها بمسار طبيعي مقبول من قبل الاطراف المعنية كافة التي شاركت بوضع تلك المبادئ والأحكام، وتنظم حقوقهم والتزاماتهم وانصبت بموجب عقد محدد يمثل نتيجة لتبادل ارادتين واتفاقهما على إنتاج أثر قانوني معين.[٣٨]

لذلك بدأت العديد من المواقع التجارية على الانترنت باللجوء الى عقود نموذجية توضع على الموقع التجاري وتكون خاصة به،. وسنقسم هذا المبحث الى المطالب التالية التي ستوضحه:

المطلب الأول : ماهية العقد النموذجي وأبعاده القانونية.، المطلب الثاني: مشاكل العقد النموذجي والموقف العملي منها.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

المطلب الأول

ماهية العقد النموذجي وأبعاده القانونية

العقد النموذجي كوسيلة من الوسائل التي من خلالها يتم تأمين قدراً من المعرفة حول أهلية المتعاقدين على شبكة الانترنت للعقود التجارية الالكترونية وغيرها من العقود الالكترونية.

فهو ذاك العقد الذي يستقل فيه أحد المتعاقدين بإعداد مضمون الاتفاق وشروطه، مع غياب المفاوضات السابقة لتبادل الرضا،[٣٩] فهو عقد يتضمن الامور المطلوبة من الطرفين ، الموقع التجاري ،وأي شخص ينوي التعاقد مع الموقع الاتفاق عليها.

وتصاغ هذه العقود بشكل ملائم بعد سلسلة مفهومة ويعمل صاحب الموقع عادة عند وضعه لنقاط العقد ان ينص على شروط تحديد الطرف المتعاقد وأهليته ، مثل: أنه لا يقبل ابرام هذا العقد ممن لم يبلغ سن الرشد.[٤٠] أو أن لا يقبل ابرام هذا العقد مع أي شخص خارج نطاق دولة معينة بحيث لا تسمح صياغة العقد بتلك الصورة لأي فئة غير مرغوب فيها بأن تجري التعاقد مع هذا الموقع.

وتلجأ المواقع على شبكة الانترنت الى الاستعانة بالعقود النموذجية للمعاملات الالكترونية حيث قام باعدادها مشرعين دوليين لأجل ان يكون هناك تنظيم مسبق لإجراء المعاملات المختلفة عبر الانترنت أو أي وسيلة شبيهة، مثال ذلك العقد النموذجي الفرنسي، حيث ينظم معاملات التجارة الالكترونية بين التجار والمستهلكين في فرنسا. ومن ذلك أيضاً مشروع العقد النموذجي الخاص بالمعاملات الالكترونية والذي قامت بإعداده لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونسترال).[٤١]

فهذه العقود النموذجية تعطي صورة كاملة للعقد المنوي انشاؤه عبر الانترنت بكافة تفاصيله بما فيها هوية كل طرف من أطراف العقد. وألزم مشروع اليونيسترال في فصله الأول البند الأول وهو تحديد الموجب حيث ألزم مشروع العقد الموجب بأن يدخل بياناته كاملة، وهي اسم الشركة وعنوانها ورقم سجلها التجاري وسجلها المهني ورقم الهاتف والفاكس وعناوين البريد الالكتروني والموقع على الشبكة، وألزم الفصل الثاني من نفس القانون القابل بأن يدخل نفس البيانات للتعريف بهويته.[٤٢]

فالعقود النموذجية قد سايرت اتساع مستوى التطور الاقتصادي وزيادة حجم التبادل التجاري ، وساعد على اختصار الوقت وتخفيض التكاليف التعاقدية.

والصيغة المعدة والواضحة للعقد النموذجي والمعدة جيداً مسألة بالغة الأهمية ، كونها تنظم مصالح الأطراف المتعاقدة.

وتسهل ادارة الفنادق وشركات النقل على الناقل والمسافر بإعلانها شروط المتعاملين معها ، والمدونة على بطاقات السفر ومستندات النقل، الملزمة للناقل والمسافر، ويسأل كل منهما عن عدم مراعاة الشروط والبيانات لأن الدافع لهذه العقود النموذجية، هو وضع قواعد ثابتة يتعامل بها الراغبون في التعاقد بحيث تتساوى كفة الطرفين ، ويكون بينة واضحة عن كل شخص متعاقد وأهليته وبياناته الشخصية كاملة.[٤٣]

PDFcompression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

المطلب الثاني

مشاكل العقد النموذجي

على الرغم من الدور الكبير والمهم الذي يلعبه العقد النموذجي في سبيل تيسير وسائل إبرام العقود الالكترونية من تجارية وغيرها على شبكة الانترنت وفي توضيح معالم وشخصيات المتعاقدين وصفاتهم وما يتعلق بهم ،إلا أن لهذه العقود بعض الحيثيات التي تؤثرعليها كوسيلة منجزة في هذه العقود.

فأول ما يقال هو اتسام العقود النموذجية بصفات تجعلها غير مألوفة في العقود الاعتيادية وذلك يأتي من خلال انفراد احد طرفي العقد باعداد العقد وشروطه لتنظيم مصالحه وعلاقاته التعاقدية وفق رغباته.[٤٤]

لكن يمكن القول بأن هذا ليس مشكلة بحد ذاتها اذا تم النظر الى الزاوية والهدف الذي وضع العقد النموذجي لأجله وإلى جزيئاته العامة، فانفراد طرف من العقد بوضع شروطه هو لتحقيق غاية وهي أن يتم التعاقد مع أناس موثوق بهم وكاملي الأهلية والصلاحية للتعاقد مع الجهة تلك باكمال بيانات مخصصة لهم بإكمالها دون أي نقص.

إلا أن المشكلة التي يمكن أن تثور في هذا المجال هي أنه لا يوجد ما يؤكد بأن كلا المتعاقدين قد قام بإدخال بياناته الحقيقية والصحيحة الخاصة به ، حيث أن هذه العقود لم تقم بتحديد جهات معينة تأخذ على عاتقها بضمان صحة تلك المعلومات.[٤٥]

المبحث الثاني

التوقيع الالكتروني

تبقى وسيلة اللجوء الى العقود النموذجية كوسيلة للتغلب على اشكالات تحديد هوية الشخص المتعاقد وأهليته قاصرة اذا لم يتوافر هناك جهة ثالثة محايدة تضمن صحة بيانات الأشخاص المتعاقدة. لذلك رأى البعض ان الأنسب والأجدر للوصول الى تحديد هوية الشخص المتعاقد وأهليته هوالتوقيع الالكتروني، حيث يقوم اساساً على هدف كبير وهو تحديد هوية الشخص الموقع.[٤٦]

وسننقسم هذا المبحث الى المطلب الأول:طبيعة التوقيع الالكتروني وجوانبه المختلفة، المطلب الثاني: دور التوقيع الالكتروني في تحديد والكشف عن هوية صاحبه.

المطلب الأول

طبيعة التوقيع الالكتروني وآلية عمله

عرف قانون المعاملات الالكتروني الاردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١ في المادة الثانية منه التوقيع الالكتروني:» وهو البيانات التي تتخذ هيئة حروف او ارقام او رموز أو اشارات او غيرها وتكون مدرجة بشكل الكتروني او رقمي او ضوئي او اي وسيلة اخرى مماثلة في رسالة معلومات او مضافة عليها او مرتبطة بها ولها طابع

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

يسمح بتحديد هوية الشخص الذي وقعها ويميزه عن غيره من أجل توقيعه وبغرض الموافقة على مضمونه».
كما عرفته المادة الاولى من مشروع قانون المعاملات الالكترونية الفلسطيني بانه بيانات الكترونية مضافة او ملحقة او مرتبطة بمعاملة الكترونية ولها طابع يسمح بتحديد هوية الشخص الذي وقعها ويميزه عن غيره بغرض الموافقة على مضمون المعاملة.
واشكال التوقيع الالكتروني هي»

١. التوقيع الالكتروني.
٢. التوقيع بالقلم الالكتروني.
٣. التوقيع بالخصائص البيومتري.
٤. التوقيع بالضغط على مفاتيح معينة وبالماسح الضوئي.[٤٧]

واللجوء للتوقيع البيومتري مثلاً والذي يعتمد على الخواص الفيزيائية والطبيعية والسلوك للشخص الموقع او اللجوء لبطاقات التأمين ، حيث تعتمد على التوقيع بالرقم السري او باستخدام المفتاح الخاص عند استخدام التوقيع الرقمي ، حيث يخضع في اصداره ومتابعته الى رقابة جهات معتمدة تحقق قدراً من الثقة في التوقيع وانتسابه الى صاحبه لا يمكن للتوقيع العادي ان يحققها.[٤٨]
مثال ذلك: إذا تم التوقيع في بطاقة التأمين المصرفية باستخدام اربعة ارقام وكان النظام المتبع في المصرف لا يسمح الا بثلاث محاولات لإدخال الرقم السري فإن امكانية اكتشاف هذا الرقم هي ٠،٠٠٣٪ وبالتالي من الأسهل ان يتم تقليد توقيع يدوي من ان يتم اكتشاف رقم سري بالصدفة.[٤٩]
فالتوقع الالكتروني يعتبر علامة تميز صاحبه، وتعبر عن رغبة له بالالتزام بمضمون ما وقع عليه من عقود وسندات، فكما أن التوقيع العادي يعكس شخصية صاحبه كذلك يجب ان يقوم به التوقيع الالكتروني، خصوصاً أن فرص التلاعب وتغيير مضمون هذا التوقيع هي فرص قليلة ونادرة.[٥٠] ومن هنا يلعب التوقيع الالكتروني دوره المهم من خلال الوظائف التي يقوم بها والتي تتمثل في الالتزام بمحتوى العقد وتحديد هوية الموقع.[٥١]

المطلب الثاني

دور التوقيع الالكتروني في الكشف عن هوية صاحبه وتحديدها

يقوم التوقيع الالكتروني بدور كبير في الكشف عن هوية صاحبه ويحدد ذاتيته ودوره القانوني الذي به أصبغ الحجية على المحرر، فالتوقيع له دور مهم في تحديد هوية أطرافه وتمييز الشخص الذي يصدر عنه التوقيع عن غيره من الأشخاص، فالتوقيع الفعلي الذي يجب أن نقربه هو الذي يقوم بهذه الوظيفة المهمة.[٥٢]
وشكل التوقيع غير مهم بحد ذاته فهو غير مقصود لذاته طالما أن التوقيع يميز شخصية صاحبه ويعبر عن ارادته في الالتزام بما ضمنه السند.[٥٣]
ويتطلب القانون في أحيان ان يكون التوقيع الالكتروني موثقاً ولا قيمة له بدون هذا التوثيق من جهة

PDFcompression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

مختصة، حيث كان ذلك نهج المشرع الاردني فتنص المادة ٢٣/ب من قانون المعاملات الالكترونية على ما يلي:» اذا لم يكن السجل الالكتروني او التوقيع الالكتروني موثقاً فليس له اي حجية».
وللتوثيق جهات مختصة تقوم بالتحقق من هوية طالب التوثيق وتتأكد من بياناته الشخصية وتقوم بمنحه شهادة توثيق الكترونية ، والتي تعرف بهويته ، ثم تشهد جهات التوثيق بعد ذلك على بيانات صاحب الشهادة وتحدد هويته للطرف الثاني في العقد، فيتأكد هذا الأخير من أن هذا المتعاقد هو أهل لأن يقوم باجراء المعاملة او التصرف الالكتروني.[٥٤]

المبحث الثالث

وسائل أمان أخرى للتحقق من اهلية المتعاقد

إن التطورات الكثيرة التي تدخل الى عالم الانترنت تبحث دائماً عن حلول كثيرة لتفادي الثغرات الأمنية المختلفة التي تشوش العمل العقدي وتعيبه، فظهرت تلك الوسائل من خلال الاستعمال المتكرر والممارسة على شبكة الانترنت.
ويقسم هذا المبحث الى: المطلب الاول: شهادات التوثيق،المطلب الثاني : الجدار الناري،المطلب الثالث: المرشحات الالكترونية والتكنولوجيا الحديثة.

المطلب الأول

شهادات التوثيق

نصت المادة ٣٤ من قانون المعاملات الالكترونية الاردنية رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١ :»تكون شهادات التوثيق التي تبين رمز التعريف معتمدة في الحالات التالية:-

١. صادرة عن جهة مرخصة أو معتمدة.
٢. صادرة عن جهة مرخصة من سلطة مختصة في دولة أخرى ومعترف بها.
٣. صادرة عن دائرة حكومية أو مؤسسية أو هيئة مفوضة قانوناً بذلك .
٤. صادرة عن جهة وافق اطراف المعاملة على اعتمادها.

فقد اعطى المشرع الاردني من خلال هذا النص شهادات التوثيق الصادرة عن جهة وافق اطراف المعاملة على اعتمادها ، وان يتم الاتجاه لشركات التوثيق المعروفة على مستوى العالم لكي يتم اصدار شهادات توثيق من خلال الانترنت ، تعرف بهوية أطراف التعاقد كشركات.[٥٥]
ويتم عن طريق اصدار شهادة رقمية ومؤسسات دولية اعتمادية وجهات التصديق[٥٦].
ومبدأ العمل بهذه الوسيلة هو ان يكون التعامل بين الاطراف عن طريق طرف ثالث محايد، الذي يكون بدوره مؤهلاً ومعتمداً لكي يقوم بالتأكد من مدى صحة هوية المرسل والمرسل اليه ، وتتقارب

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

هذه المؤسسة او الجهة مع مفهوم كاتب العدل ، فتتأكد من هوية الاطراف بالاضافة الى مصادقتها على تواقيعهم الالكترونية.[٥٧]

وعرفت المادة الثانية من قانون المعاملات الالكترونية الاردني شهادة التوثيق فهي « الشهادة التي تصدر عن جهة مختصة مرخصة أو معتمدة لإثبات نسبة توقيع الكتروني الى شخص معين استناداً الى اجراءات توثيق معتمدة».

فإذا قام القاصر باستخدام بطاقة والده كان للبائع حسن النية ان يتمسك بأنه توافر في القاصر مظهر صاحب البطاقة، وأنه تعامل معه على هذا الأساس،وبالتالي يكون القاصر مسؤولاً تقصيرياً،بحيث يستطيع البائع الرجوع على القاصر ان كان مليئاً وغير ذلك يتم الرجوع على ذويهم أو ممثليهم.[٥٨]

وينبغي حماية المتعاقد حسن النية الذي اعتمد في تعاقده على الوضع الظاهر وأنه اعتبر العقد صحيح ومرتب لآثاره.[٥٩]

وطالما ان التصرف القائم مع فاقدي الأهلية أو ناقصيها معرض العقد برمته للبطلان، فالأصل أن يتم التعامل عبر شبكة الانترنت مستنداً على مبدأ حسن النية من كلا الطرفين.

حيث ان البائع عبر الانترنت يلتزم بالافصاح عن بياناته كاملة،وان ثبت بعد ذلك عدم صحتها فتصرفه يكون خاضع لاحكام المسؤولية العقدية،والذي يقع عليه هو التثبت من أهلية وهوية المتعاقد الآخر بطلب منه لأن يفصح العملاء عن هويتهم،[٦٠]

وهذا عملياً حاصل عبر الشبكة اذ تتضمن العقود المنشورة عليها صفحة معلومات المتعاقد ويلتزم بملئها مثل بند: السن وتاريخ الميلاد، وهذا كله لا يمنع من ان يتم التحايل من قبل القاصرين الذين يعمدون الى اخفاء نقص أهليتهم ثم يقومون بعد ذلك بالتذرع لابطال العقد.[٦١]

المطلب الثاني

الجدار الناري

لأجل تفادي مشاكل التعاقدات الالكترونية كنقص الاهلية ومحاولات لاخفائها فإن رجال القانون الباحثين والمهتمين بالمسائل الحديثة ، قاموا بايجاد تقنيات متطورة تساهم في تحقيق التأكد من إسناد التعاقد لصاحبه وأهليته للتعاقد.

ومن التقنيات المهمة لذلك تقنية حائط الجدار الناري، والذي يقوم بارسال رسالة تحذيرية عند اختراق القراصنة لشبكة الانترنت. كذلك يتم التعرف على هوية المستخدم من خلال كلمات السر، والبطاقات الذكية أو بجمع طريقين منهما معاً أو اكثر.

ويوجد شركات معينة وخوفاً من وجود أشخاص أو شركات وهمية ، فإنها تقوم بمهمة تعقب للمواقع، مثل : شركة (Later clear clienterticate) حيث تستخدم شهادات الزبائن وشهادات المستخدم

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

(Client certificate) للتعرف على مواقع الشركات التجارية (Server certificate) مزودة الخدمة ، والتأكد من هوية الاطراف الذين يعملون من ورائها.
وشركات أخرى مثل (Rerisim) وغيرها.[٦٢]

المطلب الثالث: المرشحات الالكترونية والتكنولوجيا الحديثة

يتم استخدام المرشحات الالكترونية كوسيلة مهمة للتعرف على أشخاص التعاقد الالكتروني وهويتهم، حيث يتم استخدام المرشحات بطريقة مزدوجة، ويكون لجهاز الترشيح الموجود على الحاسب وظيفة اثبات حركة هذا الحاسب باتجاه كافة الحواسيب الأخرى الموجودة في المنطقة الآمنة فقط، أما الجهاز الآخر والذي يكون على الجهاز الثاني فانه يسمح للحركة المرورية بالانسياب فقط للشبكة الداخلية في الحالة التي تكون صادرة من حاسب يقع في المنطقة الآمنة.[٦٣]

وجاءت المادة ٣٨ من مشروع قانون المعاملات الالكترونية الفلسطيني على ذكر لطرق حماية للمعاملات الالكترونية كالتشفير بطريق المفتاح العام ومرشحات المعلومات ووسائل منع الانكار وغيرها.

فهذه كلها وسائل وهي جزء من الكثير من التقنيات والأجهزة الحديثة التي صدرت وتصدر لتغطية هذا الكم الهائل التكنولوجي وتفادي ثغراته في سبيل تأمين سلامة التعاقدات الالكترونية.

الخاتمة

قدمت في بحثي عرضاً لموضوع من المواضيع التي تطرح على ساحة البحث العلمي القانوني الحديث،لما يحمله من معاني جديدة خرجت من التطورات الحديثة في اساليب الحياة والتعاملات المختلفة على الصعيد الالكتروني.

وتناول البحث اجزاء قسمت لفصلين رئيسين هما: مشاكل الاهلية ووسائل الامان وذلك نابع من مدى ما يتم حصول من مشاكل عصرية في ابرام التعاقدات الالكترونية عن بعد فلا يتيسر معرفة مدى صحة التعاقد بأن كان صادرا من الشخص الحقيقي والطرف في العلاقة صاحب الأهلية الكاملة أم انه كان صادرا من شخص دخيل لا علاقة له بالتعاقد وليس أهلاً لذلك. لهذا وذاك تمت معالجة هذه الاشكالية وبحمد الله وبتواضع من خلال التطرق الى جوانبها المختلفة وحيثياتها ومدى ارتباطها بالعقود التقليدية.

الى الوصول لبيان أهم وسائل التي توصل أصحاب العلاقات دائماً الى شاطئ الأمان في استخدامهم لوسائل مكنتهم وتمكن من التوصل وبدقة الى معرفة الشخص المتعاقد والتيقن من أهليته وصفته.

فالكم الهائل من المشاكل التي تتزايد على الصعيد التعاقدي في الوقت الحاضر والذي يرجع الى عوامل وأسباب مختلفة ،فإن هذا التطور لم يأخذ المجال الانسب بازدياده حيث قابلة ثورة وتوسع هائل في اكتشاف

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

وسائل وأجهزة وضعت الحد للتجاوزات الكثيرة التي تحصل ووضعت السبل لتفاديها ومعرفة الصواب في حلها. لذلك فلم يعد هناك تلك المشكلة (بصورتها الاولى قبل التطور التكنولوجي) في معرفة أهلية المتعاقد عبر العقد الالكتروني بل ان الوسائل الحديثة اخترقت العلم الالكتروني وتمكنت من معرفة أهلية المتعاقدين وبدقة مما وفر أمناً في التعامل الالكتروني باشكاله المختلفة.

وخلصت في ختام هذه الدراسة الى عدد من النتائج متبوعه بأهم التوصيات:

النتائج:

- يتطلب العقد الالكتروني والمبرم دون تلاق من اطرافه، اهليك كاملة كما العقد التقليدي.
- قد ينعقد العقد الالكتروني بأهلية ناقصة من قبل احد اطرافه،وذلك يحدث بشكل متكرر بسبب عدم تلاقيهم،باستخدم وسائل عدة وهذه من أهم المشاكل التي تثيرها الاهلية في هذه العقود.
- ابرام القاصر لعقد الكتروني يعرضه للمسؤولية حسب نصوص القانون، وبالتالي توقيع الجزاء المناسب عليه.
- على الرغم من وجود صعوبة في التحقق من اهلية الشخص المتعاقد في العقد الالكتروني الا انه يوجد العديد من الوسائل التي يتم اللجوء اليها للحد او منع حدوث هذه المشكلة، واهم هذه الوسائل: التوقيع الالكتروني والعقد النموذجي.

التوصيات:

توصي الباحثة بالتالي،

- حبذا على المشرع الكريم لو يفصل في نصوصه باحكام خاصة للعقود الالكترونية فيما يتعلق بالاهلية المطلوبة للتعاقد والتي تخص مثل هذه العقود وتبين حالاتها واوضاعها الخاصة.
- ايضا حبذا لو يتم ذلك ايضا بالنسبة لمشروع قانون المعاملات الالكترونية الفلسطيني وخاصة باضافة نصوص تحمل وسائل تناسب اوضاع عقودنا وتنظم الية حل مشكلة الاهلية فيها، وتذكر الوسائل المناسبة والجديدة ، لحاقاً بنصوص قانون الاونيسترال النموذجي ومحاكاة لغيره من النصوص.
- زيادة البحث والتاليف في موضوع الية نشوء مشكلة الاهلية والتحقق منها في العقود الالكترونية، بحيث تشمل دراسات اوسع واعمق مع ازدياد الحاجة لمثل هذه العقود بل واستخدامها على نطاق واسع.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

الهوامش

١ السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني،ج٤، ص١٠٨.

٢ زريقات، عمر،٢٠٠٧، عقد التجارة الالكترونية، عقد البيع عبر الانترنت، ط١، ص١٧٩.

٣ الايوبي، عبد الباقي بك، وجلال، قاموس الحقوق، دمشق، م١ ،ص١٤٩.

٤ معطر ، صلاح،٢٠٠٥ معجم لغة المحاكم، عربي انكليزي فرنسي ، منشورات الحلبي الحقوقية، ص٩٦٧.

٥ المطالقة،محمد فواز،الوجيز في عقود التجارة الالكترونية- جامعة البلقاء التطبيقية- عمان-ص٥٥.

٦ ابو الهيجاء،محمد ابراهيم،عقود التجارة الالكترونية-ص٣٩.

٧ المرجع نفسه،ص٤١.

٨ سلطان، انور،مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني، ط١،عمان ، ص٥٤.

٩ سوار، محمد وحيد الدين،شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام ،ج١،ط٢٠٠،٩، ص٧٣.

١٠ مجاهد،اسامة ابو الحسن،خصوصية التعاقد عبر الانترنت،٢٠٠٠،ص٣٩.

١١ مجاهد، اسامة ابو الحسن ،خصوصية التعاقد عبر الانترنت ،دار النهضة العربية،٢٠٠٠،ص٣٩.

١٢ المطالقة، محمدد فواز،مرجع سابق ، ص٥٥.

١٣ عرب، يونس،العقود الالكترونية،٢٠٠٢، أنظمة الدفع والسداد الالكتروني، برنامج الندوات المتخصصة حول التجارة الالكترونية،الخرطوم، كانون الاول،.

١٤ الشريفات، محمود عبد الرحيم،٢٠٠٥، التراضي في التعاقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة ، ط١، عمان، ص٤٨.

١٥ مثال ذلك الموقع التجاري الامريكي (Applesbre) ، التي تنص شروطه على بيع منتجاته في الولايات المتحدة وألاسكا وهاواي فقط.

١٦ الشريفات، مرجع سابق، ص٤٨.

١٧ خلف، محمد موسى،٢٠٠٧، التعاقد بواسطة الانترنت،رسالة ماجستير، دراسة مقارنة، جامعة القدس،ص١٧.

١٨ قصار الليل، عائشة،٢٠٠٨،الخطوات القانونية لانشاء عقد عبر الانترنت، رسالة ماجستير ، الجامعة الاردنية،ص٦٧.

١٩ الجبوري، ياسين،٢٠٠٢، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الاول، م١٠، عمان دار وائل،ص٣٥٣.

٢٠ السنهوري، عبد الرزاق،نظرية الالتزام بوجه عام ،١٩٦٦،ص٩٥.

٢١ الجبوري، ياسين ، المرجع السابق،ص٣٦٠.

٢٢ برهم، نضال اسماعيل،٢٠٠٥، احكام عقود التجارة الالكترونية، دار الثقافة عمان،ص ٤٧.

٢٣ قرار رقم ٢٠٠٣/١٨٩١ ، مجلة نقابة المحامين لسنة ٢٠٠٣ عدد ٧ ٨ ٩ ص١٤٨٥، وبرنامج تشريع الصادر عن نقابة المحامين الاردنيين.

٢٤ مجاهد،اسامة،٢٠٠٢،التعاقد عبر الانترنت، ،ص١١٣.

٢٥ قصار الليل، عائشة، مرجع سابق، ص٦٨.

٢٦ منصور، محمد حسين،٢٠٠٧، المسؤولية الالكترونية،دار الجامعة الجديدة –الاسكندرية.ص٦٦.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

٢٧ برهم، نضال، مرجع سابق، ص ٥٠.

٢٨ منصور، محمد حسين،مرجع سابق ،ص٦٧.

٢٩ برهم، نضال برهم،مرجع سابق،ص٥١.

٣٠ المادة ١٢٠ ، ١١٩ من القانون المدني الاردني، وقد نظم المشرع في هذا القانون احكام الأهلية في المواد ١١٦ ولغاية المادة ١٣٤ منه.

٣١ زريقات،عمر،عقود التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص١٧٧.

٣٢ مجاهد،اسامة،مرجع سابق،ص١١٣.

٣٣ شريفات،محمود ، مرجع سابق، ص٦٩.

٣٤ انظر المادة ٢/١١٨ و١٧٢ من القانون المدني الأردني.

٣٥ الجبوري، ياسين، مرجع سابق،ج١ ،ص١٤٥.

٣٦ وفا ، اشرف محمد،عقود التجارة الالكترونية في القانون الدولي الخاص،ص٢٢٦.

٣٧ الشريفات، محمود،٢٠٠٥،التراضي في التعاقد عبر الانترنت ،دراسة مقارنة،ط١ ،ص٥٣.

٣٨ حسني، احمد، عقود ايجارة السفن، الاسكندرية، ص٢٥.

٣٩ الشريفات، محمود،التراضي في التعاقد عبر الانترنت، مرجع سابق، ص٥٠.

٤٠ علوان ،رامي محمد،٢٠٠٢، التعبير عن الارادة عن طريق الانترنت واثبات التعاقد الالكتروني، الكويت، ص٢٤٢.

٤١ نص المشروع متوفر على موقع اليونسترال على الانترنت www.un.or.at/uncitral.

٤٢ مشروع العقد النموذجي (اليونيسترال) ، الفصل الثاني .

٤٣ العلواني،فؤاد، و الربيعي، عبد جمعة، ٢٠٠٣،الاحكام العامة في التفاوض والتعاقد – التعاقد عبر الانترنت- عقد البيع التجاري-وفق احكام وقواعد الانكوميترز لعام ٢٠٠٠، بغداد، ص٣٩.

٤٤ العلواني والربيعي، مرجع سابق، ص٣٨.

٤٥ الشريفات، محمود،التراضي في التعاقد عبر الانترنت،مرجع سابق، ص٥١.

٤٦ عبد الحميد، شرف،التوقيع الالكتروني ،دار النيل للطباعة والنشر،ص٥٥.

٤٧ الصباحين، سهى،التوقيع الالكتروني وحجيته في الاثبات، رسالة دكتوراة، جامعة عمان العربية،عمان،ص٧٥.

٤٨ جميعي، حسن عبد الباسط،٢٠٠٠،اثبات التصرفات القانونية التي يتم ابرامها عن طريق الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة،ط١، ص٤٥.

٤٩ شريفات ، محمود،المرجع السابق، ص٥٥٢.

٥٠ حجازي، عبد الفتاح،٢٠٠٦، التوقيع الالكتروني في النظم القانونية المقارنة ، الاسكندرية،دار الفكر الجامعي،ص١٢٦.

٥١ صباحيين، سهى،مرجع سابق،ص٧٩.

٥٢ فهمي، خالد مصطفى، ٢٠٠٧، النظام القانوني للتوقيع اللكتروني في ضوء التشريعات العربية والاتفاقيات الدولية،دار الجامعة الجديدة،ص٢٦.

٥٣ حجازي،عبد الفتاح،مرجع سابق،ص٢٦٠.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

٥٤ الشريفات، محمود، مرجع سابق، ص٦٤.

٥٥ شريفات،محمود، مرجع سابق، ص٥٣.

٥٦ سماها بذلك قانون اليونيسترال النموذجي للتوقيع الالكتروني الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عام ٢٠٠١.

٥٧ خلف،محمد،التعاقد بواسطة الانترنت ، مرجع سابق،ص١٧.

٥٨ مجاهد،اسامة ابو الحسن، مرجع سابق، ص١١٣.

٥٩ منصور،محمد حسين، مرجع سابق، ص٦٦.

٦٠ قرار رقم ١٠/١٩٨٠ محمكة التمييز،مجلة نقابة المحامين،١٩٨٠، ص١٠٩٠.

٦١ زريقات،عمر،عقد التجارة الالكترونية،مرجع سابق، ص١٧٨.

٦٢ شريفات، مرجع سابق، ص٥٦.

٦٣ خلف،محمد، مرجع سابق، ص٥٨.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

كفالة حق الدفاع

الدكتور/ طارق محمد الديراوي
مدير عام الدائرة القانونية
المجلس التشريعي - غزة
محاضر في الجامعات الفلسطينية بغزة

تمهيد:

لا يستطيع أحد أن ينكر أن حق الدفاع يعتبر بمثابة ركيزة أساسية لسير عدالة المحكمة الجنائية وتحتل قمة الضمانات بدون منازع، وهو قديم قدم حب العدالة ذاتها[١]، وقد أقرته التشريعات الدينية[٢] وأكدته إعلانات حقوق الإنسان[٣] واستلهمته الدساتير والقوانين الإجرائية للدول المعاصرة[٤].

ماهية حق الدفاع وأهميته:

لم يتفق الفقهاء حول مفهوم حق الدفاع "Droit de defense" ورأوا أن أية محاولة لوضع تعريف لحق الدفاع ستلقى الفشل بسبب كونه مفهوما متطوراً مرتبطاً ارتباطاً وثيقًا بحقوق الإنسان والحقوق الطبيعية[٥] وقد أحاطته القوانين الوضعية بضمانات كثيرة لذا اكتفى البعض بوضع إطار شامل لحق الدفاع دون وضع تعريف له، وهذا الإطار هو» حق المتهم في محاكمة عادلة مؤسسة على إجراءات مشروعة[٦]، ويقول الدكتور عوض محمد عوض «بأن المقصود بحق الدفاع هو تمكين المتهم من درء التهمة عن نفسه إما بإثبات فساد دليلها أو بإقامة الدليل على نقيضها وهو البراءة ...، فالدفاع بطبيعته يقتضي الاتهام، فهو ضرورة منطقية له، ذلك بأن الاتهام إذا لم يقابله دفاع كان في واقع أمره أدانه لا مجرد اتهام والاتهام يحتمل الشك بطبيعته وقدر الشك فيه هو قدر الدفاع ومجاله»(٧) وبناء على ذلك يمكن القول بأن حق الدفاع هو المكنات المتاحة لكل خصم يعرض طلباته وأسانيدها، والرد على طلبات خصمه وتفنيدها، إثباتا لحق أو نفيا لتهمة على نحو يمكن المحكمة من بلوغ الحقيقة وحسم النزاع المعروض عليها بعدالة.

أهمية حق الدفاع:

يعتبر حق الدفاع من أهم الضمانات الإجرائية لحماية المتهم ويحتل مكان الصدارة بين الحقوق الفردية العامة ومن أهم ضمانات المحاكمة العادلة فهو لصيق بالحق في افتراض البراءة ولا ينفصل عن الحق في المساواة الذي يستوجب التوازن بين أسلحة الاتهام والدفاع عند التطبيق فلا يمكن أن نتخيل عدالة تقوم على انتهاك حقوق الدفاع[٨].

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

كما إن حضور المدافع مع موكله أثناء التحقيق أو المحاكمة فيه ضمان لسلامة الإجراءات، ولعدم استعمال الوسائل الممنوعة أو غير الجائزة مع المتهم فضلاً عن أنه يهدئ من روع المتهم ويساعده على الاتزان والهدوء في إجاباته[٩].

وحق الدفاع لم يتقرر لمصلحة الفرد فقط بل تقرر لمصلحة المجتمع في تحقيق العدالة أيضًا[١٠]، نظرًا لكون القاضي لا يستطيع أن يبني حكمه على أدلة ما، إلا بعد أن تناقش أمامه مناقشة حرة وجدية، وهذه المناقشة لا يمكن أن تكون كذلك ما لم يتمتع أطراف الدعوى (ومنهم المتهم) بحرية تامة في التعرف على تلك الأدلة ومناقشتها والرد عليها وهذا هو عين حق الدفاع ، لأنه في حالة غياب هذا الحق أو تغيبه سيؤدي حتمًا إلى تزيف الحقائق التي قد تنتج عن شهادة الزور، أو الاعتراف المنتزع عن طريق الوسائل غير المشروعة؛ الأمر الذي سيضلل القضاء ويحجب عنه الحقيقة ويؤدي به في نهاية المطاف إلى الانزلاق في أخطاء قضائية خطيرة.

ولم يكن الهدف من حق الدفاع هو تهيئة السبل للإفلات من العقاب بل يرمي إلى التأكيد على كونه دعامة جوهرية للعدالة هدفها طمأنة الناس بقيام المحكمة بواجبها بعيدا عن كل ما من شأنه تبديد أي شك حول أية شبهة ظلم عندما تنتهي كلمة القضاء إلى إدانة المتهم كما تحمي مظنة التهاون حين تحكم ببراءته[١١]، ومن هنا يعتبر حق الدفاع بمثابة أحد الوسائل التي من خلالها يصل القضاء إلى الحقيقة؛ الأمر الذي دفع بالكثير من الأنظمة القانونية إلى إيجاد جهاز رسمي يقف إلى جانب المتهم يدافع عنه أمام القضاء مجانا، تحقيقا للعدالة التي تسعى إليها الدولة القانونية[١٢]، ويتجلى ذلك في قضاء محكمة النقض المصرية عندما قالت» الهيئة الاجتماعية لا يضيرها تبرئة مذنب بقدر ما يؤذيها ويؤذي العدالة إدانة بريء[١٣].

ركائز حق الدفاع أمام المحكمة الجنائية :

يستند حق الدفاع على ركائز عدة تتيح مجتمعة مباشرة حقيقة لهذه الضمانة أملا في تحقيق الغايات المتوخاة منها تأيداً لحق المتهم في محاكمة عادلة، ويمكن رد هذه الركائز إلى ضرورة إحاطة المتهم علمًا بالتهمة المسندة إليه وتمكينه من الاستعانة بمحام وإتاحة الفرصة الكاملة لمباشرة حقيقية للدفاع عن نفسه وسنتناول هذه النقاط فيما يلي:

أولاً: إحاطة المتهم علمًا بالتهمة المنسوبة إليه:

يعتبر إحاطة المتهم بالتهمة المنسوبة إليه من المفترضات الرئيسية لحق الدفاع، فيجب أن يعلم المتهم بكافة الإجراءات المتخذة قبله وبالاتهامات الموجهة إليه والأدلة المؤيدة لها لكي يتمكن المتهم من إعداد دفاعه على هديها، ولكي لا يؤخذ على غرة بتهمة مفاجئة له، ولكي يمنح فرصة كافية للرد عليها ويرتبط

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

علم المتهم بالتهمة المسندة إليه بصحة الإجراءات وسلامة المحاكمة أيما ارتباط[١٤].

وسبل إحاطة المتهم بالتهمة المنسوبة إليه متعددة منها ما هو شخصي كحق المتهم في حضور المحاكمة والمواجهة والاستجواب، ومنها ما هو موضوعي كالأخطار والاطلاع على أوراق الدعوى ومنها ما له صفة مختلطة كتنبيه المتهم بتعديل التهمة أو تغير الوصف القانوني وسنتناول هذه السبل فيما يلي:

١. حق المتهم في حضور المحاكمة:

ويقصد بهذه القاعدة اتخاذ المحاكمة شكل المناقشة المنظمة بين أطراف الدعوى بواسطة رئيس الجلسة، بحيث يتاح لكل خصم حضورها واطلاع خصمه على ما لديه من أدلة لإبداء رأيه فيها، وان يعرض ما يكون لديه من ردود وأدلة مضادة ودفوع وطلبات[١٥] ولذلك نجد أن أكثر القوانين الإجرائية تنص على ضرورة حضور المتهم المحاكمة واتخاذ كافة إجراءاتها بوجوده واعتبرت حضور المتهم إجراءات المحاكمة هو الأصل العام الذي تقوم عليه الدعوى باعتباره من أهم المبادئ التي يعتمد عليها التحقيق النهائي[١٦]، ولذلك يجب على القاضي أن يحكم في الدعوى حسب العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته من خلال الأدلة التي تطرح أمامه شفويًا بالجلسة، وفي حضور الخصوم (بما فيهم المتهم)، فقد نصت على ذلك المادة٣٠٥ من قانون الإجراءات الجنائية الفلسطيني حيث جاء فيها: «يجوز للمتهم في دعاوي الجنح غير المعاقب عليها بالحبس أن ينيب عنه محاميا للإقرار بارتكابه الواقعة أو غير ذلك من الإجراءات ما لم تقرر المحكمة حضوره بنفسه».

أهمية القاعدة:

تتجلى أهمية اتخاذ الإجراءات بحضور المتهم في كونها تمكنه من الدفاع عن نفسه دفاعا حقيقيا من خلال رده على الاتهامات الموجهة إليه وعبر الأدلة التي يقدمها للمحكمة، الأمر الذي يساعد القاضي على تكوين عقيدته على نحو سليم والحكم بعدالة في الدعوى

وتستلزم هذه القاعدة ضرورة إعلان المتهم قبل المحاكمة لأن الإعلان المستوفى لشروطه القانونية هو وحده الذي يصل المتهم بالدعوى أمام قضاء الحكم ويترتب على ذلك أن عدم إعلان المتهم أو عدم إتباع الإجراءات القانونية السليمة في الإعلان بطلان المحاكمة حيث انه لا يكفي لصحة الحكم أن تقتنع المحكمة بالدليل بل يجب أن يطرح الدليل في الجلسة ويتمكن الطرف الآخر من مناقشته وهذا لا يمكن تحقيقه إذا لم يكن المتهم حاضرا وبالتالي لا يجوز للقاضي أن يبني حكمه إلا على الأدلة التي طرحت في الجلسة وتم مناقشتها بحضور الأطراف[١٧].

واتساقاً مع القاعدة المذكورة لا يجوز إبعاد المتهم عن الجلسة إلا إذا صدر عنه تشويش أخل بسير المحاكمة، وإن استبعاده لا يستلزم استبعاد محاميه ويجب أن يكون هذا الاستبعاد مؤقت ينتهي بزوال أسبابه [١٨].

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

وقد تطلب المشرع ضرورة تكليف المتهم بالحضور أمام المحكمة قبل انعقاد الجلسة بيوم واحد في المخالفات وثلاثة أيام في الجنح وثمانية أيام على الأقل في الجنايات(المادة ١٨٦والمادة٢٤٢) من قانون الإجراءات الجزائية كما نص المشرع على حضور المتهم إلى المحاكمة بدون قيود حديدية أو أغلال، ويجب أن يتمتع بحرية مطلقة لكي يتمكن بالدفاع عن نفسه بحرية(المادة ٢٤٣من نفس القانون)

الوسائل الميسرة لمحاكمة المتهم حضورياً:

يعتبر حضور المتهم المحاكمة من أهم وسائط الاتصال الذي تتحقق به العدالة ويباشر المتهم حقه في الدفاع، ويتم ذلك عبر وسائل قانونية من الضروري أن تتم بشكل صحيح كي تنتج آثارها وتحقق الغايات المرجوة منها ويمكن إجمال هذه الوسائل فيما يلي:

أ. التكليف بالحضور La citation:

ومفاده أخبار المتهم بان ثمة دعوى جنائية مقامة ضده أمام محكمة معينة مع إلزامه بالمثول أمامها في يوم محدد ويجب أن يتضمن على بيانات تحدد شخصية المتهم بما ينفي الجهالة وتبين الأفعال المسندة إليه، والنصوص القانونية المنطبقة عليها، وإذا شابه أي خلل فانه يفقد خاصية الإلزام ولا تتحقق الغاية المرجوة منه[١٩].

وتعتبر مواعيد الحضور من الأمور الجوهرية لكونها تمنح المتهم المهلة اللازمة لتحضير دفاعه ولذا قضى» بأنه إذا أعلن المتهم بطلب حضور الجلسة دون أن يكون بين يوم الإعلان ويوم الجلسة المهلة القانونية اعتبر الإعلان باطلا[٢٠] ومن المسائل الجوهرية أيضا بيان التهمة في ورقة التكليف بالحضور لان ذلك يفسح المجال للمتهم للاطلاع على ما هو منسوب إليه من اتهام، كما انه يجب على المحكمة أن تتقيد بالتهمة الواردة في ورقة التكليف ولا يجوز لها تغييرها إلى تهمة أخرى ولا يكفي لبيان التهمة الاقتصار على وصفها القانوني بل ينبغي توضيح الأفعال المسندة إليه، لان المحكمة تتقيد بالأفعال وليس بالأوصاف.

ب. الحضور الطوعي:

وبمقتضى هذه الوسيلة يحضر المتهم إلى المحاكمة بغير تكليف وتوجه له التهمة من النيابة العامة ويوافق على المحاكمة صراحة، لأن القبول الضمني المستفاد من السكوت غير كاف، وتجدر الإشارة إلى أن هذا الحضور قاصر على الحضور أمام محكمة الجنح والمخالفات فقط لأن الإحالة في مواد الجنايات لا تكون إلا بقرار من سلطة الإحالة، وعلة هذا الإجراء هو تبسيط الإجراءات[٢١]؛ وهذا مستفاد م ٢٣٢ قانون الإجراءات الجنائية المصري، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

المذكورة على أنه:»ويجوز الاستغناء عن تكليف المتهم بالحضور إذا حضر بالجلسة ووجهت إليه التهمة من النيابة العامة وقبل المحاكمة»

وتستلزم هذه الوسيلة حضور المتهم باختياره ويوافق على إجراء المحاكمة بدون إجبار وتوجه النيابة العامة التهمة إليه، وتقوم المحكمة بإثبات ذلك في محاضرها وتسير كافة الإجراءات قبل المتهم بما يؤكد حضوره، وبهذا الحضور تستقيم متطلبات مباشرة حق الدفاع دعما لحق المتهم في محاكمة عادلة[٢٢].

ج. القبض على المتهم وحبسه احتياطياً:

يعتبر القبض على المتهم وحبسه احتياطيا إحدى الوسائل القسرية لإتمام المحاكمة في مواجهة المتهم، وان كان هذا الإجراء ينطوي على المساس بمبدأ سام هو مبدأ البراءة إلا أن ما يبرر هذا الإجراء هو الاعتبارات العملية[٢٣]، ومهما كانت الأسباب التي جاءت لتبرر إجراء الحبس الاحتياطي لضمان حضور المتهم إجراءات المحاكمة[٢٤] فانه سيبقى إجراء مقيتا نظرا لانطوائه على إهدار حرية المتهم وخصوصا في مرحلة المحاكمة التي تتطلب الهدوء وإن الواقع العملي قد أثبت براءة الكثير من المتهمين الذين حبسوا احتياطياً لضمان حضورهم المحاكمة، الأمر الذي يثير التساؤل عن مدى فائدة هذا الإجراء مقارنة بمثالبه على الحرية الفردية وخصوصاً أن الحكم ببراءة المتهم قد لا يزيل الوصمة التي ألحقها به الحبس الاحتياطي، كما انه يعيق مباشرة حقه في الدفاع وهو ما دفع البعض لإعادة تقيم أهمية اللجوء إلى هذا الإجراء في مرحلة المحاكمة وإدخال بعض التعديلات التشريعية لضمان مباشرة هذا الإجراء بشكل سليم، وهذه التعديلات يمكن حصرها فيما يلي:

١. حصر حالات اللجوء إلى الحبس الاحتياطي في مرحلة المحاكمة في الجرائم الخطيرة مثل جرائم القتل والعرض وما يخشى بسببه على المتهم لو بقي طليقاً.
٢. ضمان محاكمة المتهم المحبوس احتياطيا في الحالات التي يعينها القانون خلال وقت معقول.
٣. في الحالات التي تأمر المحكمة باستمرار حبس المتهم احتياطيا يتعين عليها أن تسبب قرارها بوضوح مع كفالة مراقبة مشروعيته.
٤. ضمان تعويض المتهم تعويضا عادلاً عن فترة حبسه احتياطيا إذا حكم ببراءته ويعتبر من قبيل التعويض الملائم في هذا الصدد نشر الحكم الصادر بالبراءة في الصحف المحلية ووسائل الإعلام التي تناولت الأنباء عن القضية أثناء المحاكمة(المادة ٣٨٧ من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني).

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

سطحية عدالة المحاكمة الغيابية:

قد أصبح من الثابت بأن حضور المتهم إجراءات المحاكمة يتيح له سبل الدفاع عن نفسه مما يؤكد حقه في المحاكمة العادلة، إلا أن الواقع العملي دفع بالمشرع إلى إقرار فكرة المحاكمة الغيابية التي تشكل في نظرنا انتقاص لحقوق المتهم وضماناته، ولكي يتحقق لنا ذلك فإننا نرى من الضروري الوقوف على ماهية المحاكمة الغيابية وموقف الأنظمة القانونية منها وما هو مستقبل المحاكمات الغيابية، وذلك على النحو التالي:

ماهية المحاكمة الغيابية:

محاكمة المتهم غيابيا هي محاكمة تتم – خلافا للأصل – بعد اطلاع المحكمة على أوراق الدعوى المرفوعة ضده ودون إجراء تحقيق[٢٥].

وتعتبر المحكمة غيابية والحكم الصادر فيها كذلك إذا تمت بدون حضور المتهم في أثناء جلسة المرافعة ولم يتمكن من إبداء دفاعه أو كما قيل بأن مناط اعتبار الحكم غيابيا هو تغيب المتهم عن جلسة سمعت فيها المحكمة أقوال شاهد أو قدمت فيها النيابة طلباتها أو أدلت بمرافعاتها ولم يستطع المتهم من الدفاع عن نفسه بغض النظر عن حضوره باقي الجلسات[٢٦]

موقف التشريعات الإجرائية من المحاكمة الغيابية:

تنص المادة(٢٣٨) من قانون الإجراءات المصري على أنه: « إذا لم يحضر الخصم المكلف بالحضور حسب القانون في اليوم المبين بورقة التكليف بالحضور ولم يرسل وكيلا عنه في الأحوال التي يسوغ فيها ذلك يجوز الحكم في غيبته بعد الاطلاع على الأوراق، إلا إذا كانت ورقة التكليف بالحضور قد سلمت لشخصه وتبين للمحكمة أنه لا مبرر لعدم حضوره فيعتبر الحكم حضورياً[٢٧].

ويجوز للمحكمة بدلا من الحكم غيابياً أن تؤجل الدعوى إلى جلسة تالية وتأمر بإعادة إعلان الخصم في موطنه، مع تنبيهه إلى أنه إذا تخلف عن الحضور في هذه الجلسة يعتبر الحكم الذي يصدر حضورياً، فإذا لم يحضر وتبين للمحكمة عدم وجود مبرر لعدم حضوره يعتبر الحكم حضورياً.

كما أنه لا يجوز لها أن تعتبر غياب المتهم قرينة على إدانته، وإنما عليها أن تتحرى الحقيقة مما توافر لها من أدلة، ومن ثم كان جائزاً أن تصدر حكماً في غياب المتهم وفي هذه الحالة يعتبر باتاً إذا استنفدت النيابة كافة طرق الطعن[٢٨]، كما أن الحكم الذي يصدر بالإدانة في حالة غياب المتهم يعتبر مجرد حكم تهديدي يسقط بمجرد القبض على المتهم أو ظهوره، وفي حالة حضور المحكوم عليه أو القبض عليه تزول آثار الحكم الغيابي بأثر رجعي وتعاد محاكمته من جديد (المادة٢٩٦من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني).

الاتجاه نحو التخلي عن المحاكمة الغيابية «نظرة مستقبلية»:

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

تعتبر محاكمة المتهم غيابيا مخالفة لمتطلبات المحاكمة في حضور المتهم» المواجهة»، وما يستتبع ذلك من حقوقه في الدفاع ومع ذلك فإنها تجد لها تبريرا في كونها تعمل على تحقيق فكرة العدالة والحرص على عدم مضيعة الوقت وتجنب حنق ضحايا الجريمة وتوقي كثافة حقدهم تجاه المجتمع لعجزه عن فرض سيادة القانون ومقابلة الجريمة بالعقاب الفوري[٢٩].

غير أن هذا التبرير يدفعنا إلى التساؤل: هل حققت الأحكام الغيابية غايتها الردعية ؟ هل ثمة قيمة لانتقام يوقع على غائب ؟ وهل من العدل أن ينتقم من شخص – نظريا – دون أن تقيم عناصر هذا الانتقام ؟ وهل توفر الأحكام الغيابية – حقيقة – الوقت وتروي ظمأ ضحايا الجريمة؟ وهل تكفل سيادة القانون ؟

إن الواقع العملي يجيب على جميع الأسئلة السابقة بالنفي ويؤكد التوجه نحو التخلي عن فكرة المحاكمة الغيابية والإبقاء على مبدأ المواجهة أو قاعدة محاكمة المتهم في محضره[٣٠].

٢. الاطلاع على الأوراق:

أن مسألة إطلاع المتهم ومحاميه على ملف الدعوى قد أثارت الكثير من الجدل في مرحلة التحقيق الابتدائي، إلا أنه لا يوجد خلاف بشأنها في مرحلة المحاكمة باعتبارها رافداً أساسياً لإحاطة المتهم ومحاميه علماً بالتهمة المسندة إليه وبأدلتها توطئة للاستعداد للدفاع عن نفسه وفي تعبير آخر يقصد باطلاع المتهم على أوراق الدعوى هو تمكينه أو مدافعه من تصفح محاضر التحقيق من أجل أن يحاط علما بالأدلة التي جمعت خلاله والتي تبرر تقديمه للمحاكمة[٣١].

وللاطلاع فوائد متعددة حيث إنه عنصر جوهري لممارسة حق الدفاع على أكمل وجه فمن خلاله يستطيع المتهم الإلمام بوقائع الدعوى والبينات التي يستند إليها الاتهام والتي على ضوئها يتمكن من رسم خطة لمقابلتها في المحاكمة إما بتفنيدها أو تفسير الظروف المحيطة بها من أجل تخفيف العقوبة عنه أو تبرئته مما اسند إليه وهو ما دفع البعض إلى اعتبار الاطلاع بمثابة ضمانة هامة لتحقيق العدالة[٣٢].

ونظراً لأهمية هذا الحق فقد نصت عليه المادة(٦٣) إجراءات جزائية فلسطيني والتي تنص على أنه:» يجوز للمتهم والمجني عليه والمدعي بالحقوق المدنية أن يطلبوا على نفقتهم صورا من أوراق التحقيق أو مستنداته. أما المادة(٩٢) من نفس القانون فتنص على أنه: « للخصوم ووكلائهم وللمدعي بالحق المدني حق الاطلاع على محاضر التحقيق حال الانتهاء منها بعد حصولهم على إذن بذلك من النيابة العامة وانظر نص المادة ٢٤٢ وكذلك المادة ٢٠٩ من نفس القانون حيث نصت على» لوكيل المتهم أن ينسخ على نفقته الأوراق التي يرى فيها فائدة للدفاع .

ويمتد حق الاطلاع إلى الخبير الاستشاري حيث أوجبت المادة ٧٠ القانون الفلسطيني الخبير لاستشاري من الاطلاع على الأوراق وكل ما سبق تقديمه للخبير المعين من قبل القاضي.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

ثانيًا: حق الاستعانة بمحام:

يعتبر حق الدفاع من الحقوق الطبيعية المقدسة المستمدة من أصلية براءته ومما لا ريب فيه أن صاحب الحق هو أفضل الناس على استظهاره، ومن ثم فهو أولاهم بالدفاع عنه، غير أن الإنسان عندما يوضع موضع الاتهام يعتريه الارتباك وتضن عليه قريحة الكلام ويعجز عن الدفاع عن نفسه فيصبح بأمس الحاجة إلى من يقف إلى جانبه ويشد أزره ويهدئ من روعه ويدافع عنه ويسعى إلى حماية كل ما يتعلق ببراءته أو تخفيف مسئوليته[٣٣] وإظهار كافة حقوقه للمحكمة ولم يعد حق الدفاع قاصرا على اعتباره حق للمتهم وحده، بل انه يدخل ضمن حقوق المجتمع أيضا، وداعما للقاضي في معالجة القضية المعروضة عليه بصورة موضوعية تجنبه الوقوع في الخطأ الذي ترفضه العدالة وتستاء منه النفس البشرية التي تحرص على عدم إدانة بريء[٣٤] وألا يفلت مجرم من عقاب يستحقه، ومن هنا يسمو مبدأ الاستعانة بمحام وتتجلي أهميته كدعامة لحق المتهم في المحاكمة العدالة ويرقى إلى مستوى الحقوق الدستورية. وعلى الرغم من ذلك فقد مست الكثير من الدول هذا الحق من خلال إنشائها العديد من المحاكم الخاصة والاستثنائية إلى جانب المحاكم العادية، وهذا ما يدفعنا إلى تناول هذا الحق على النحو التالي:

أ. حق المتهم في الاستعانة بمحام أمام المحاكم العادية.

ب. حق المتهم في الاستعانة بمحام أمام المحاكم الخاصة والاستثنائية.

أ. حق المتهم في الاستعانة بمحام أمام المحاكم العادية:

أقرت التشريعات الجنائية الحديثة حق المتهم في الاستعانة بمحام واعتبرته من الحقوق المكفولة، غير أن هذه التشريعات قد ميزت في مدى هذه الأهمية فتساهلت في استعمال هذا الحق في نطاق الجنح والمخالفات في الوقت الذي شددت فيه على حضور المحامي في الجنايات واعتبرت عدم حضور المحامي في هذه المرحلة إجراء باطل يترتب عليه بطلان المحاكمة؛ الأمر الذي دفعنا إلى تناول هذا الموضوع من خلال النقطتين التاليتين:

١. حق المتهم في الاستعانة بمحام في الجنح والمخالفات:

من الملاحظ أن قانون الإجراءات الجنائية الفلسطيني الصادر عام ٢٠٠١ لم ينظم مسألة حق المتهم في الاستعانة بمحام أمام محاكم الجنح والمخالفات بشكل واضح . غير أن محكمة النقض المصرية تصدت إلى هذا النقص محاولة التخفيف من حدته حيث إنها قضت بأن» حضور محام مع متهم بجنحة غير لازم قانونا إلا أنه متى عهد المتهم إلى محام بمهمة الدفاع فان عدم إجابته إلى طلبه التأجيل لحضور المحامي إخلال بحق الدفاع[٣٥]، غير أن محكمة النقض المصرية لم تتطلب في المحامي أمام محاكم الجنح والمخالفات الشروط اللازم توافرها في المحامي أمام

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

محاكم الجنايات حيث إنها قضت» بأن تولي محام واحد للدفاع عن متهمين بجنحة عند اختلاف أحدهما عن مصلحة الآخر، ذلك لا يسوغ النعي على المحكمة أنها أخلت بحق المتهم في الدفاع لأن حضور المحامي للدفاع عن المتهمين في مواد الجنح ليس بلازم[٣٦].

ومن وجهة نظرنا نرى أن هذا الحكم قد جانبه الصواب، إذ إنه أعطى للمتهم الحق في الاستعانة بمحام ومنعه من الاعتراض على عدم استخدام هذا الحق بطريقة سليمة من ناحية أخرى.

وإزاء هذا النقص فإننا نناشد المشرعين العرب على النص صراحة على هذا الحق في تشريعاتها، وخصوصا وإن أغلب الجنح لا تقل خطورة عن الجنايات وكثير ما تهدد المتهم بعقوبات سالبة للحرية، وقد عرفت بعض التشريعات هذا الحق منها على سبيل المثال التشريع الإيطالي في(م١/١٢٥) والتي اشترطت أن يكون للمتهم محام يتولى مساعدته في الدفاع في جميع أنواع الجرائم، وأمام جميع المحاكم باستثناء المخالفات المعاقب عليها بغرامة لا تزيد عن(٣٠٠٠) ليرة أو الحبس الذي لا تزيد مدته عن شهر[٣٧] وقد نص الدستور الياباني١٩٦٣م في المادة(٣٧) على حق المتهم في الاستعانة بمحام في جميع الأحوال[٣٨]، ويستفاد من هذا النص أن الدستور الياباني مد الاستعانة بمحام إلى الجنح والمخالفات.

وعلى العموم فإننا نفضل أن تكون استعانة المتهم بمحامي إلزامية في الجنح كما في الجنايات المعاقب عليها بالحبس وجوبا ويجب على القاضي تنبيه المتهم إلى هذا الحق ويجب على المحكمة أن تندب له محاميا إذا لم يكن له محامي وأن تتحمل أتعابه خزانة الدولة، ومع ترتيب البطلان المطلق على مخالفة هذا الإجراء، أما في المخالفات والجنح التي عقوبتها الغرامة أو الحبس لمدة تقل عن شهر تكون استعانة المتهم بمحام جوازيه وللقاضي مطلق الحرية في هذه الحالة، إما يجيب المتهم عند طلبه التأجيل للاستعانة بمحام أو عدم إجابته بحسب ما يبدو له هو من الوجوه الموجبة أو المانعة[٣٩].

لكن إذا وكل المتهم محاميا وحضر معه الجلسة يجب على المحكمة أن تسمعه وإذا ثبت أنها لم تسمح له بالدفاع بطل حكمها لإخلالها بحق الدفاع[٤٠]، ويفضل أن تتوافر في المحامي في الجنح والمخالفات نفس الشروط اللازمة في المحامي أمام محكمة الجنايات.

٢. حق المتهم في الاستعانة بمحام أما محكمة الجنايات:

تكاد تجمع الأنظمة القانونية على تقرير حق الاستعانة بمحام في الجرائم الخطيرة وخصوصاً في الجنايات، وقد جعلت هذا الحق ملزماً للجميع وليس جوازيا[٤١]، فقد نص المشرع الفلسطيني على هذا الحق في المادة ٢٤٤من قانون الإجراءات الجزائية، وتعيين محام عن المتهم لا يكون وجوبياً إلا في جناية تنظرها محكمة الجنايات وليس في أية جنحة قد تحال إلى محكمة الجنايات

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

وحق الاستعانة بمحام في الجنايات يتعلق بالنظام العام وبالتالي لا يجوز للمتهم أن يتنازل عن هذا الحق[٤٢] والأصل أن للمتهم حرية كاملة في اختيار هذا المحامي فإذا ما اختار المتهم محاميا فليس للقاضي أن يفتئت عليه وأن يعين له محاميا من عنده، إلا إذا كان المحامي الذي وكله المتهم قد بدأ منه العمل على عرقلة سير الدعوى[٤٣]، أما إذا لم يوكل المتهم محامياً فان ندب محكمة الجنايات محاميا ليتولى الدفاع عنه يكون صحيحا[٤٤].

وتجدر الإشارة هنا إلى أن المتهم في الدعوى هو الأصل، وما المحامي إلا وكيل عنه وحضوره معه لا يعني جب ما للمتهم من حق في تقديم أوجه دفاعه وطلبه للمحكمة وتمسكه بما يفيد براءته، والمحكمة في هذه الحالة ما عليها إلا أن تستمع إليه حتى ولو تعارض رأيه مع محاميه[٤٥].

ثانياً: حق المتهم في الاستعانة بمحام أمام المحاكم الخاصة والاستثنائية:

الأصل أن يحاكم المتهم أمام المحاكم العادية باعتبارها أكثر ضمانا لحق المتهم في الدفاع[٤٦]، غير أن المشرعين قاموا بإنشاء محاكم أخرى خاصة[٤٧] أو استثنائية[٤٨] إلى جانب المحاكم العادية، الأمر الذي سيدفعنا إلى دراسة ما مدى إمكانية استعمال هذا الحق أمام هذه المحاكم؟ وذلك على النحو التالي:

أ. الاستعانة بمحام أمام المحاكم الخاصة:

المحاكم الخاصة هي التي يتقيد اختصاصها ببعض الجرائم أو بطوائف معينة من المتهمين وهي تقابل محاكم القانون العام التي تختص بجميع الجرائم وبجميع المتهمين ويمكن حصر المحاكم الخاصة في محاكم الأحداث والمحاكم العسكرية.

حق المتهم في الاستعانة بمحام أمام محاكم الأحداث:

إذا كان من المبادئ الأساسية للعدالة الجنائية ضمان الدفاع عن المتهم فإن هذا الضمان يعلو أمام محكمة الأحداث، وبناء على ذلك فالحدث كالبالغ من حيث الاستعانة بمدافع إذا كان متهماً بجناية، إذ تطبق على الحدث في الجنايات القواعد العامة والتي ترى وجوب تعيين محام للدفاع عن الحدث وإلا كان الحكم باطلا[٤٩]، أما إذا كان متهما بجنحة وكان قد بلغ الخامسة عشرة من عمره فإنه خلافا للبالغ أجاز المشرع للمحكمة أن تندب للحدث محامياً من تلقاء نفسها (م١٢٥ من قانون الطفل المصري).

كما أن بعض التشريعات الإجرائية الجنائية العربية قد نصت على وجوب ندب محام للدفاع عن المتهم وجوبا سواء كان متهما بارتكاب جناية أو جنحة[٥٠]، كما دعت القاعدة رقم ١/٧ من قواعد بكين لتنظيم قضايا الأحداث إلى بسط ضمانة الاستعانة بمدافع في الجنايات والجنح على السواء، وليس في الجنايات فقط[٥١]

وخلافا للمتهم البالغ نجد من المفيد للمتهم الحدث أن يكون إلى جانب محاميه من يدافع عنه من أسرته كوالده أو والدته أو أحد أقاربه أو الوصي عليه أو أحد أعضاء الجمعيات المهتمة بشؤون الأحداث، لما لهذا النوع من الدفاع من فائدة للمحكمة في معالجة أمر الحدث، لأننا في هذه الحالة لم نكن بصدد

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

دعوى قانونية بحتة يقدم فيها المحامي البراهين الدالة على براءة موكله قانونا بقدر ما نحن بشأن معالجة قضية اجتماعية تهدف بالدرجة الأولى إلى إصلاح الحدث وتهذيبه[٥٢]، وذلك يقتضي التعرف على أوضاع الحدث الاجتماعية والظروف التي نشأ فيها والأسباب التي دفعته إلى ارتكاب الجريمة حتى يحكم عليه بالتدابير الملائمة له[٥٣] ليؤهل للحياة الاجتماعية الصحيحة ويلحق بركب المجتمع[٥٤]. ولذلك فإننا نرغب في أن تخطو التشريعات العربية خطوة أكبر إلى الأمام وتنص صراحة دستورياً وجنائياً على ضرورة توفير مدافع للحدث المتهم. في جميع مراحل الدعوى الجنائية وفي كل الجرائم[٥٥]، مع ترتيب البطلان على مخالفة هذا الإجراء.

حق المتهم في الاستعانة بمحام أمام المحاكم العسكرية:

انتشرت المحاكم العسكرية في جميع الأقطار العربية على الرغم من انتقاصها أو فقدانها لضمانات المتهم باعتبارها محاكم خاصة ذات اختصاص استثنائي[٥٦] سلب – بغير مبرر– اختصاص القضاء العادي بجرائم القانون العام التي يرتكبها العسكريون، فربط الاختصاص بصفة الجاني مخالفا في ذلك مبدأ المساواة بين المواطنين في خضوعهم للقضاء العادي بصرف النظر عن صفاتهم، فامتداد اختصاص القضاء العسكري إلى المدنيين وحرمانهم من قضائهم الطبيعي انتقاص من حقوقهم الطبيعية في اللجوء إلى قاضيهم العادي الذي كفله لهم الدستور[٥٧].

وقد أجاز المشرع الفلسطيني ندب محام للمتهم أمام القضاء العسكري حيث نصت المادة(٢٠٠/أ) من قانون أصول المحاكمات الجزائية لمنظمة التحرير الفلسطينية لسنة١٩٧٣م، والمطبق لدى المحاكم العسكرية في فلسطين[٥٨]: «إذا لم يكن المتهم قد اختار محامياً للدفاع عنه وكانت حالته المادية لا تساعده على توكيل محام عين له رئيس المحكمة محامياً للدفاع عنه»، ويعتبر حضور المدافع في هذه الحالة إجراءً جوهرياً يترتب على تخلفه بطلان الإجراءات والحكم.

وأجازت المادة(٢٦٩) من القانون نفسه للمحكمة ندب محام للدفاع عن المتهم في جميع الحالات التي يتضح فيها عجز المتهم عن الدفاع عن نفسه كما لو كان حدثاً.

وتجدر الملاحظة بأنه يجب أن تقتصر المحاكم العسكرية على العسكريين فقط وعدم إخضاع المدنيين لها، وفي الوقت ذاته لا بد من الاهتمام بالتأهيل القانوني للقضاة العسكريين، وضمان استقلالهم وحيادهم وإخضاع أحكامهم للطعن أمام القضاء العادي[٥٩]

استعانة المتهم بمحام أمام المحاكم الاستثنائية:

المحاكم الاستثنائية مؤسسات لازمت البشرية في مختلف أعمارها وأماكن تواجدها باستثناء الشريعة الإسلامية[٦٠] حيث كان الحكام يلجئون إلى إنشاء مثل هذه المحاكم للتخلص من خصومهم السياسيين بعيداً عن اعتبارات العدالة .

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

وقد ارتبط مفهوم المحاكم الاستثنائية بكل ما من شأنه إثارة الريبة والخوف لاقترانه بفكرة عدم العدالة وتحيزها وقسوتها، فحقوق المتهم وضماناته غير مصونة وغير محترمة أمام هذه المحاكم على الرغم من النص عليها في قانون إنشاء هذه المحاكم وكأن هذه النصوص حبر على ورق، وذلك بسبب سرعة الإجراءات المتخذة أمام المحاكم الاستثنائية والتي تؤدي إلى الإخلال بحق الدفاع إضافة إلى السلطة المطلقة لأعضائها والتي تسمح لهم بالخروج عن قواعد الإثبات لأحكام الإجراءات العادية[٦١]، كما أن أحكام هذه المحاكم لا يجوز الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن[٦٢] وتنفذ عادة مباشرة فور صدروها،ولا يستثني منها إلا أحكام الإعدام التي يجب أن يصادق عليها رئيس الدولة، أو من له الحق في ذلك دستوريا[٦٣].

لكل ما سبق فإننا نطالب بإلغاء المحاكم الاستثنائية والنص على تحريم إنشاء هذه المحاكم في الدساتير العالمية مهما كانت الأسباب الداعية لإنشائها[٦٤].

متطلبات فاعلية الاستعانة بمحام:

لكي تتحقق الفائدة المرجوة من الاستعانة بمحام باعتبارها إحدى ركائز حق الدفاع فإنه يتعين مراعاة الأمور التالية:

١) تيسير الاتصال بين المتهم ومحاميه:

لا يستطيع أحد أن ينكر بأن اتصال المتهم بمحاميه يعتبر من المتطلبات المبدئية لحقه في الاستعانة بمحام وخصوصا إذا كان المتهم محبوسا، وذلك لأن المتهم مطلق السراح يكون حراً في الاتصال بمن يرغب، وفي عدم كفالة ذلك للأول يعتبر إخلالاً بمبدأ المساواة بين المتهمين إزاء ما يكفله القانون من ضمانات.

وتكمن أهمية الاتصال بين المتهم ومحاميه في الطمأنينة التي تتولد في نفس المتهم والتي تحول بين المتهم وبين بأس العزلة الذي يدفعه للاعتراف بجرم لم يقترفه[٦٥]، كما إنه يساعد المحامي في معرفة وجهة نظر موكله والإحاطة بأوجه دفاعه الشخصية التي غالبا لا يصرح بها إلا لمن يأنس لهم، الأمر الذي يتيح له مباشرة جادة لحقه في الدفاع[٦٦] ولهذا نص المشرع الفلسطيني في المادة ١٢٣على أنه «يكون لكل موقوف حق الاتصال بذويه والاستعانة بمحام. والمادة ١٢٤ من نفس القانون تنص على أنه:».....وذلك دون إخلال بحق المتهم في الاتصال بمحاميه بدون حضور أحد».

ويترتب على ذلك عدم إعاقة اتصال المتهم بمحاميه مهما كانت الدوافع إذ لا يجوز لسلطة الاتهام أو الشرطة حضور مقابلة المتهم بمحاميه أو مراقبة هذا الاتصال، حتى تبقى سرية اتصالات المدافع بموكله قائمة ولكي لا تفقد قيمتها وبناءً على ذلك كل ما يلتقط خلسة من هذا الاتصال

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

لا يصلح دليلا ضد المتهم لكونه يشكل افتأت على حقه في الدفاع الذي يعتبر من النظام العام. وإلى جانب ذلك فقد كفل المشرع حماية ما يصل إلى علم المحامي من أسرار تخص موكله وفرض عقوبات جنائية في حالة عدم المحافظة على تلك الأسرار كما منع ضبط ما لدى المدافع أو الخبير الاستشاري من أوراق ومستندات مما يكون قد سلمها المتهم لهما لأداء المهمة التي عهد إليهما بها، وتبعا لذلك يقع باطلاً ضبط هذه الأوراق ومن ثم لا يجوز التعويل عليها توصيلا لإدانة المتهم[٦٧].

٢) ضمان عدم تعارض المصالح:

لكي تتحقق الفائدة المتوخاة من حق الدفاع فإن المنطق يقتضي أن يخصص لكل متهم محام مستقل عندما يتعدد المتهمون في القضية الواحدة منعا للتعارض بين مصالحهم، فإذا وجد تعارض بين مصالح المتهمين يتوجب بطلان المحاكمة للإخلال بحق الدفاع إذا مثلهم محام واحد (٦٨)؛ لأن حضور محام واحد عن متهمين تتعارض مصالحهم يجاوز في خطورته عدم حضوره عن أيهم، فالحضور الضار أخطر من عدم الحضور كلية ومثله الحضور الشكلي، ومع ذلك فإنه لا يوجد مانع قانوني من أن يتولى أكثر من محام للدفاع عن متهم واحد.

وقد حددت محكمة النقض المصرية مناط التعارض في الحالة التي يقوم القضاء فيها بإدانة أحد المتهمين مؤديا للقضاء ببراءة الآخرين أو جعل إسناد التهمة شائعا بينهم شيوعا صريحا أو ضمنيا[٦٩].

٣) جدية الدفاع:

من المتطلبات الأساسية لحق الدفاع جدية المحامي في الدفاع عن موكله فإذا ما تم اختيار المحامي من قبل المتهم أو انتدب من قبل المحكمة فانه يترتب عليه التزامات يجب أن يقوم بها، وكذلك الحال بالنسبة للمحكمة إذ يجب عليها أن تمكن المحامي من تأدية واجبه على أفضل وجه وإعطائه الفرصة في إبداء أوجه دفاعه من أجل أن يكون دفاعه حقيقيا لا شكليا الغرض منه إرضاء نص قانوني[٧٠].

أما المحامي فقد ألزمه القانون بالحضور للجلسة والقيام بواجب الدفاع عن المتهم أو تكليف غيره من المحامين للقيام مقامه في الدفاع، ويجب أن يكون المحامي ذا كفاءة تؤهله للقيام بالمهام الموكلة له لكي يستطيع المتهم أن يحصل على المعونة المرجوة من هذه الاستعانة[٧١]، وفي حالة عدم قيامه بذلك يعرض نفسه للجزاء التأديبي ، كما إنه يجب على المحامي أن يدافع عن المتهم بأمانة وإخلاص ووفق الطريقة التي يراها في مصلحة المتهم دون التقيد بما يرسمه المتهم من خطة للدفاع عن نفسه، فإذا رأى المحامي ثبوت التهمة قبل موكله من خلال اعترافه وقيام أدلة أخري تؤكد ذلك فلا يعتبر مخلا بواجبه إذا ما اقتصر في دفاعه على طلب الرأفة، فالمحامي يؤدي رسالته وفقًا لما يمليه ضميره واجتهاده وتقاليد مهنته[٧٢].

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

ويجب أن يكون المحامي من المحامين المقبولين للمرافعة، وأما إذا كان المحامي الذي انتدبته المحكمة غير مقبول للمرافعة فإنه يترتب على الإجراءات التي قام بها البطلان لإخلالها بحقوق الدفاع[٧٣].

وثمة ملاحظة أخيرة جديرة بالاهتمام وهي ضرورة الارتقاء بمهنة المحامي كي يصبح عنصراً فعالاً في الدعوى الجزائية بشكل خاص وفي تحقيق العدالة بشكل عام ولكي يتم ذلك فلا بد من مراعاة الاقتراحات التالية[٧٤]:

١. ضرورة تخصص المحامي الذي يترافع عن المتهم في الدعاوى الجزائية، وذلك نظراً لخطورة تلك الدعاوى وما يترتب عليها من آثار ضاره تلحق بحرية الإنسان وكرامته.

وقد أحسن المشرع الفلسطيني صنعاً عندما أشار في المادة ٢٤٤ منه إلى أنه يجب أن يكون المحامي المنتدب للدفاع عن المتهم في جناية أن يكون مارس مهنة المحاماة مدة خمس سنوات أو عمل في النيابة العامة أو في القضاء مدة لا تقل عن سنتين، فاشتراط مثل هذه المدة من شأنه أن يكسب المحامي معلومات كافية تؤهله وتمكنه من الترافع في مختلف أنواع القضايا الجزائية. ويحبذ إنشاء معهد لتدريب المحامين خلال المدة المشار إليها – الخمس السنوات يتلقى فيها المحامي المتدرب مختلف العلوم الجنائية كعلم الإجرام وعلم النفس الجنائي والقضائي والتحقيق الجنائي والطب الشرعي دراسة نظرية وعملية على ألا تقل مدة الدراسة عن سنة. وبطبيعة الحال يستثنى من الالتحاق في هذا المعهد من يمارس مهنة المحاماة لمدة طويلة أو الحاصل على شهادة عليا في القانون الجنائي[٧٥].

٢. قد أخذت المفاهيم الحديثة تميل إلى الابتعاد عن العقوبة وتنظر إلى العقوبة على أنها وسيلة لتربية المحكوم عليه وإعادة دمجه إلى المجتمع،ولذا فإنه أصبح من الملائم أن يتعلم المحامي مثل هذه المبادئ ويحاول وضعها موضع التنفيذ من خلال تقديم مقترحاته للمحكمة بشأن التدبير الملائم لموكله خصوصاً إذا ما انتهت المحكمة من إدانة موكله،وقد أخذ القانون البلجيكي لعام ١٩٣٠بذلك عندما سمح لمحامي المتهم الشاذ أن يطلب من المحكمة وضع موكله تحت الملاحظة[٧٦].

٤) مباشرة الدفاع:

يعتبر إعطاء المتهم الحق في عرض ما يراه مناسباً للمحكمة هو المحور الأساسي لحق الدفاع حيث يتاح للمتهم تقديم أوجه دفاعه لدحض الأدلة المقدمة ضده، ويستمر هذا الحق دائما حتى انتهاء جميع الأطراف من الإدلاء بأقوالهم وحججهم حيث تكون كلمة المتهم ومحاميه هي بمثابة خاتمة لما يقدم في الدعوى من حديث.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

ويعتمد حق الدفاع في هذا النطاق على تقديم الطلبات وإبداء الدفوع من ناحية والمرافعة من ناحية أخرى، وذلك على النحو التالي:

- تقديم الطلبات وإبداء الدفوع:

الطلبات في نطاق الإجراءات الجنائية مفادها المطالب التي توجه للمحكمة من أجل أن تكون جزءاً من البينات التي تقوم المحكمة بمناقشتها في أثناء المرافعة أو تكون جزءاً من البينات التي تقدر عند الفصل في القضية المعروضة عليها[٧٧].

فهي بمثابة وسيلة أتاحها القانون للخصم يلتمس بمقتضاها أمراً ما من المحكمة، تأييداً لوجهة نظره أو تفنيدا لوجهة نظر خصمه على نحو من شأنه تيسير ممارسة حق الدفاع بصورة صائبة[٧٨]، وهي تشمل بشكل خاص طلبات التحقيق التي تقدم للمحكمة من أجل إثبات ادعاء معين أو نفي ادعاء آخر. مثل طلب الاستماع إلى بعض الشهود، أو ندب خبير لتبيان رأيه في مسألة معينة وهامة للفصل في الدعوى أو طلب إجراء كشف أو ضم أوراق أو مستندات[٧٩].

ويجب أن يكون الطلب جوهرياً لكي تلتزم المحكمة بالإجابة أو الرد عليه، ويكتسب الطلب هذه الصفة إذا تعلق بموضوع الدعوى أو انصب على جزئية أساسية فيها أي أن يكون مقدمه جازماً، ومصراً عليه حتى لحظة تقديم طلباته الختامية[٨٠].

- الدفوع:

ويقصد بها ما يثيره المتهم أمام المحكمة من أوجه دفاع موضوعية أو قانونية يسعى بواسطتها إلى أن يحكم لصالحه في الدعوى[٨١].

والدفع المعول عليه في هذا الصدد هو الدفع الجوهري الذي من شأنه تبرئه المتهم أو تخفيفه من مسؤولية مما نسب إليه[٨٢].

ويجب على المحكمة الرد على كل دفع جوهري أو طلب هام أثاره أحد الخصوم بالطريق القانوني وبالأوضاع المحددة ويعتبر عدم الرد قصوراً من المحكمة يعيب الحكم ويبطله وكذلك الحال إذا كان الرد غير سائغ أو غير كاف[٨٣].

ومن أمثلة هذه الدفوع الدفع بانتقاء الرابطة السببية بين فعل المتهم والنتيجة المترتبة عليه أو التمسك بحالة الدفاع الشرعي.

وتجدر الإشارة إلى أن فكرة الدفع ردا لقائلة الاتهام قد وردت في القرآن الكريم في أخر واقعة عرف فيها الظلم والافتراء على الأبرياء ممثلة في قصة سيدنا يوسف، حيث دفع التهمة عن نفسه بأن زوجة فرعون هي التي راودته عن نفسه وانه استعصم، وبلمحة ذكية من أحد أفراد عائلة امرأة العزيز –تحقيقا لدفع سيدنا يوسف– اهتدى إلى قرينة براءته، حيث أثبت أن قميصه قد من دبر،

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

إذ قال تعالي:«واستبقا الباب، وقدت قميصه من دبر، وألفيا سيدها لدى الباب قالت: ما جزاء من أراد بأهلك سوءا، إلا أن يسجن أو عذاب أليم، قال هي راودتني عن نفسي، وشهد شاهد من أهلها، إن كان قميصه قد من قبل فصدقت وهو من الكاذبين، وإن كان قميصه قُدَّ من دبر فكذبت وهو من الصادقين، فلما رأى قميصه قد من دبر قال إنه من كيدكن إن كيدكن عظيم»[٨٤].

- المرافعة:

تعتبر المرافعة من ركائز حق الدفاع الأساسية، وهي مكنة يخولها القانون لكل خصم في الدعوى لإبداء وجهة نظره شفاهه أو كتابة أمام المحكمة، تأييدا لطلباته وتبيانا لدفوعه أو دحضا لطلبات ودفوع خصمه.

والمرافعة تمكن القاضي من التحقيق من مدى توافر أركان الواقعة الإجرامية من الناحية الواقعية والقانونية وما مدى نسبتها إلى المتهم وتحديد مسئوليته عنها، وهذا يتطلب من المحكمة تمكين المتهم من إبداء أقواله دون قيد على حريته إلا إذا خرج عن الموضوع أو عمد إلى التكرار وألا تكون قد أخلت بحقه في الدفاع مما يستوجب بطلان حكمها[٨٥].

ويرى البعض أن منع المحكمة للمتهم أو محاميه من الاسترسال في المرافعة أو عند خروجه عن الموضوع ما هو إلى إجراء تقوم به المحكمة من أجل تفادي الإطالة في المرافعة دون أي مبرر[٨٦].

ولأهمية المرافعة باعتبارها داعمة لحق المتهم في المحاكمة العادلة فيجب أن يكون المتهم حرا فيما يقول، فلا يلزم بأداء اليمين تأكيدا على صحة قوله، ولا يؤخذ على المتهم كذبه وتحقيقا لهذا الميزة يجب أن يكون المتهم آخر من يتكلم في الدعوى، فمن الأصول المستقرة أن يكون المتهم آخر من يتكلم فيها(مادة ٢٧١ من قانون الإجراءات الفلسطيني) وأن يبدي ما لديه من دفوع ليأخذ العدل مجراه وتظهر الحقيقة واضحة بعد أن يشرحها الطرفان[٨٧].

وقد اهتدى النظام القضائي الإسلامي إلى مبدأ المرافعة فقد جاء في الحديث الشريف عن الرسول(صلى الله عليه وسلم) «إنما أنا بشر مثلكم وأنكم تختصمون إلى، ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض فأقضى له على نحو ما أسمع «كما جاء في رسالة عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري: إن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة، فافهم إذا أدلى إليك وأنفذ إذا تبين لك « وهذا يفيد بأن الفهم لا يتحقق إلا بعد الإدلاء من قبل الخصام، وهذا مؤداه ضرورة أن يكون حكم القاضي مسبوقا بمرافعتهم، وصولا للفهم الصحيح للحقيقة ، توخيا للعدالة».

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

الهوامش

١ فقد جاء في توصية تحتمس الثالث الذي حكم مصر سنة ١٥٠٠ إلى رئيس قضاته: ويكماير التي وجدت مسجلة على قبر ذلك الرئيس «أعمل ما يطابق القانون ولا تتحيز لأن ذلك يغضب الله، لا تمتنع من الاستماع إلى الشاكي ولا تهز له رأسك حينما يتحدث ولا تعاقب أحد قبل أن تسمع كلامه عما ستعاقبه بشأنه، وإن مما يبعث على غضبي أن تضار العدالة» د. رؤوف عبيد – المشكلات العملية الهامة في الإجراءات الجنائية/ج١ ١٩٨٠- دار الفكر العربي – ص٥٠٨. وطبقاً لقانون حمورابي أقر حق الدفاع ولكن غلب عليه الطابع الشعبي غير المحترف. وفي ظل القانون الإغريقي كان مسموحاً للمتهم بأن يستعين بمحام يجيد إجراءات التقاضي، وكان يحق للخصوم أن يوكلوا من يقوم بالدفاع عنهم أو يهئ لهم دفاعا مكتوبا يتولى الخصم إلقاءه بنفسه أمام المحكمة، وكذلك فإن القانون الروماني اعترف للمتهم بحقه في الدفاع عن نفسه كما أجاز له الاستعانة بغيره،

٢ ولقد أقرت الشريعة الإسلامية حق الدفاع بالأصالة أو الوكالة. وجاء ذلك واضحاً في نداء سيدنا موسى عليه السلام إلى ربه بأن يرسل معه أخاه هارون ليعينه على دحض الاتهام الموجه إليه. قال تعالى:» قال رب إني قتلت منهم نفسا، فأخاف أن يقتلون، وأخي هارون هو أفصح مني لسانا فارسله معي رداءًا يصدقني إني أخاف أن يكذبون. قال: سنشدد عضدك بأخيك». سورة القصص الايات ٣٣-٣٤-٣٥.

٣ أنظر المادة ١١ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان سنة ١٩٤٨. وانظر المادة ١٤ من الاتفاقية المدنية والسياسية سنة ١٩٦٦. انظر كذلك المادة ١٣/٦هـ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. والمادة ٢/٨ من الاتفاقية الأمريكية االنظر بالتفصيل د. حاتم بكار – المرجع السابق ص٢٣٧ هـ٤.

٤ مادة(٦٧) من الدستور المصري سنة ١٩٧١، والمادة٦ من الإعلان بالنظام الدستوري لقطاع غزة سنة١٩٦٢. والمادة(١٤) من القانون الأساسي الفلسطيني .

٥ د. رؤوف عبيد- المرجع السابق- ص٥٠٨.

٦ د. حسن علوب، حق المتهم في الاستعانة بمحام في القانون المقارن – مطابع دار النشر للجامعات المصرية – سنة ١٩٧٠ - ص٧٢.

٧ د. عوض محمد عوض، حقوق المشتبه فيه في مرحلة التحقيق، المجلة العربية للدفاع الاجتماعي، العدد العاشر، اكتوبر ١٩٧٩، ص١٠٥

٨ أنظر د. أحمد فتحي سرور – الحماية الدستورية للحقوق والحريات - ص ٧٣٩.

٩ د. سامي الملا – اعتراف المتهم –المطبعة العالمية بالقاهرة - ١٩٧٥- ص٢١٣.

١٠ د. حسن صادق المرصفاوي. ضمانات المحاكمة في التشريعات العربية – مطبعة محرم بك في الإسكندرية - ١٩٧٣ - ص ١٤.

١١ انظر د. حاتم بكار- حماية حق المتهم في محاكمة عادلة – منشأة المعارف بالإسكندرية -١٩٩٧ - ص٢٤٠.

١٢ الدكتور محمد عوض. حقوق المشتبه فيه في مرحلة التحقيق المجلة العربية للدفاع الاجتماعي أكتوبر سنة ١٩٧٩. ص١٠٦

١٣ نقض ١٩٦٥/١/٢٥ مجموعة المبادئ القانونية. أحمد أبو شادي ج٢ رقم ٣٠١٤، ص١٣١٤.

١٤ انظر د. عوض محمد عوض- المرجع السابق- ص١٠٦.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

١٥ انظر د. حاتم بكار- المرجع السابق- ص١٥٩.

١٦ لاحظ حسين جميل – حقوق الإنسان والقانون الجنائي –من منشورات معهد البحوث والدراسات العربية -١٩٧٢– ص ٢٢٠

١٧ الدكتور عوض محمد عوض. المرجع السابق. ص ١١٩. د. مأمون سلامة. االاجراءات الجنائية في التشريع المصري -١٩٨٠ دار الفكر العربي . ص ٨٨.

١٨ د. محمد عيد الغريب- شرح قانون الإجـراءات الجزائية –الجزء الثاني –النسر ا لذهبي للطباعة ١٩٩٦ص١١٩٥...

١٩ تنص المادة ٢٤١ من القانون الفلسطيني على أنه: «يجب أن تتضمن لائحة الاتهام اسم المتهم وتاريخ توقيفه ونوع الجريمة المرتكبة ووصفها القانوني، وتاريخ ارتكابها وتفاصيل التهمة وظروفها، والمواد القانونية التي تنطبق عليها واسم المجني عليه وأسماء الشهود».
كما تنص المادة ٣٠٣ من القانون الفلسطيني على أنه: «١- عندما تودع لائحة الاتهام لدى قلم المحكمة(محكمة الصلح) تنظم مذكرات بالحضور وتبلغ إلى النيابة العامة والمتهم والمدعى بالحق المدني والمسئول عن الحق المدني.٢- تتضمن مذكرة الحضور اليوم والساعة المقرر فيهما نظر الدعوى».

٢٠ نقض ١٩٧٨/٢/٣م أحكام النقض س ٢٩ رقم ٢٧.

٢١ أستاذنا الفاضل د. محمد عيد الغريب- المرجع السابق- ص١٢٤٠-١٢٤١.

٢٢ ٨٥- د. عيد محمد عبد الله، التزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة – رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق الزقازيق سنة ١٩٩٢، ص٢٧، .

٢٣ انظر د. حاتم بكار المرجع السابق ص١٦٨.

٢٤ قيل أنه يشمل على ترضية لشعور المجني عليه. ومن شأنه سرعة إنجاز الإجراءات الجنائية ويحمي المتهم من العدوان المضاد. ويحفظ أدلة الجريمة من العبث ويبعد تأثير المتهم على الشهود.... انظر د. حسني صادق المرصفاوي. الحبس الاحتياطي. رسالة دكتوراه. ص٣٥..

٢٥ انظر د. حاتم بكار، المرجع السابق- ص١٧٠.

٢٦ انظر د. عمر السعيد رمضان، مبادئ الإجراءات الجنائية- ج٢، دار النهضة العربية، سنة١٩٨٤- ص١٣٧.

٢٧ انظر نص المادة ٣٠٤ إجراءات جزائية فلسطيني والمادة ٢٤٧ من نفس القانون.
- وانظر د. أحمد شوقي عمر- الأحكام الغيابية - دار النهضة العربية - سنة ١٩٨٩- ص١٦٨.

٢٨ أستاذنا د. محمد عيد الغريب- المرجع السابق- ص١٢٧٣، د. محمود نجيب حسني- شرح قانون الإجراءات الجزائية- دار النهضة العربية -١٩٨٨- ص٨٩٠.

٢٩ انظر د. حاتم بكار – المرجع السابق ص١٧٢.

٣٠ د. أحمد فتحي سرور الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية – دار النهضة العربية –القاهرة ١٩٩٣- ص٨١٨.

٣١ انظر د. حسن محمد علوب- المرجع السابق- ص٣٠٥.

٣٢ د. سامي صادق الملا – اعتراف المتهم – ط٢، المطبعة العالمية بالقاهرة ١٩٧٥ – ص٢٤٠ –٢٤١.

٣٣ انظر محمد إبراهيم زيد، سمات تنظيم العدالة الجنائية في السبعينات- مقال منشور بمجلة مصر المعاصرة- س٦٣ ع١٤٦ تموز ١٩٧٢م- ص٢١٠.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

٣٤ لاحظ – طه أبو الخير – حرية الدفاع – منشأة المعارف بالإسكندرية – ط١ – سنة ١٩٧١ – ص٦٤١.

٣٥ نقض جنائي مصري ١٩٨٤/١٢/١٢م مجموعة أحكام النقض. س٣٥. رقم ١٩٧ص٨٩٥.

٣٦ نقض جنائي مصري ١٩٤٦/٥/٢١م مجموعة القواعد القانونية ج٦ رقم ١٦٩ ص١٦٠.

٣٧ انظر د. محمد سامي النبراوي- استجواب المتهم في التحقيق الجنائي العملي – دار الهنا للطباعة – القاهرة ١٩٦٩- ص٣٩٣.

٣٨ ولو نظرنا بإمعان إلى نص المادة ١٢ من القانون الأساسي للسلطة الوطنية الفلسطينية لوجدناها تجيز للمتهم الاستعانة بمحامي في كل الأحوال حيث جاء فيها «..... وإن يمكن من الاتصال بمحام يقوم للمحاكمة دون تأخير» فهذا النص جاء عامًا يمكن أن ينطبق على جميع الجرائم بدون تمييز.

٣٩ انظر د. سعد حماد القبائلي- ضمانات حق المتهم في الدفاع أمام القضاء الجنائي –دراسة مقارنة- ص٤٢٨-٤٢٩.

٤٠ انظر د. رؤوف عبيد- دور المحامي في التحقيق والمحاكمة، مصر المعاصرة- س٥١ عدد ٣٠١ يوليو ١٩٦٠، مطابع شركة الإعلانات الشرقية، ١٩٦٠م- ص٢٩.

٤١ حسن محمد علوب « استعانة المتهم بمحام « المرجع السابق، ص ١١٧ وما بعدها،.

٤٢ الإخلال بهذا الواجب يستوجب بطلان الإجراءات والحكم أستاذنا الدكتور محمد عيد الغريب – المرجع السابق – ص١٢٦٣ ، هامش رقم ١

٤٣ انظر نص المادة ١٩٣ إجراءات جنائية فلسطيني س ١٨ رقم ١٨٥ ص٩٢٦،

٤٤ نقض ٧ يناير سنة ١٩٨١ مجموعة أحكام محكمة النقض س٣٢ رقم ١ ص٣٢.

٤٥ انظر د. محمد سامي النبراوي- المرجع السابق- ص٤٠٤.

٤٦ انظر د. أحمد صبحي العطار»حق الإنسان في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي وارتباطه بحق الدفاع أو القضاء الجنائي»بحث مقدم لمؤتمر حق الدفاع المنعقد بكلية الحقوق، جامعة عين شمس(٢٠-٢٢) إبريل سنة١٩٩٦، منشورات مركز الدراسات القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق–جامعة عين شمس١٩٩٧م،ص٤٤٥،وما بعدها.

٤٧ المحاكم الخاصة: هي التي تختص بالنظر في الدعاوى المرفوعة عن جرائم معينة، أو عن جرائم ترتكبها طائفة من المتهمين تقتضي السياسة الجنائية الرشيدة تمييزهم عند المحاكمة بقواعد خاصة، أو عن جرائم يرتكبها أفراد تتوافر فيهم صفة معينة، وليس في هذا التمييز أي إخلال بمبدأ المساواة، ولا انتقاص من الضمانات التي يجب كفالتها لكل متهم، ومن أمثلة ذلك:

النوع الأول:محاكم الأحداث ومن أمثلة النوع الثاني المحاكم العسكرية .

٤٨ المحاكم الاستثنائية:وهي تلك المحاكم التي تنشأ عادة في ظروف شاذة،ولا يتحقق في تشكيلها ولا في الإجراءات التي تتبع أمامها ولا في الأحكام التي تصدرها كل الضمانات التي تتحقق في المحاكم العادية والخاصة وتشترك هذه المحاكم مع المحاكم الخاصة في أنها تختص بنظر جرائم من نوع معين،أو محاكمة طائفة خاصة من المتهمين،لكنها تختلف عنها في كونها محاكم مؤقتة بظروف معينة. ولا تنشأ عادة بالأداة التشريعية(القانون) التي تنشأ به محاكم القانون العام، ولا تخضع لإجراءات المحاكمة العادية المقررة في هذه المحاكم. ومن أمثلة هذه المحاكم في فرنسا المحاكم العسكرية التي أنشأت بالأمر الصادر في١٩٦٢/٦/١أثناء حرب الجزائر ومن أمثلتها في مصر محكمة أمن الدولة(طوارئ). ومن أمثلها في فلسطين محكمة أمن الدولة والمحاكم الخاصة التي تنشأ بقرار من رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية في القضايا خطيرة.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

٤٩ Kusnet(J) carey(d) and Blebel(A); criminal law digest, state law and procedure, Revol. I. WG, Boston 1978, p.p 306-307.

٥٠ انظر المادة(٢٤٤) من قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني ١٩٤٨م والمادة(٥٢٦) من قانون المسطرة الجنائية المغربي ١٩٥٩م، والمادة(٤٥٤) من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري ١٩٦٦م.

٥١ انظرد.فتوح عبدالله الشاذلي:»قواعد الأمم المتحدة لتنظيم قضايا الأحداث» دراسة تأصيلية مقارنة بقوانين الأحداث العربية، مؤسسة الثقافة العربية١٩٩١،ص٨١ .

٥٢ انظر د. نور الدين هنداوي،»قضايا الأحداث» دراسة مقارنة دار النهضة العربية – القاهرة، ١٩٩١م، ص١٩٩.

٥٣ د.عبد الله سليمان–المرجع السابق،ص٤٤١،ص١٥٨،.

٥٤ د. محمود صالح محمد العادلي»مفترضات وضمانات حقوق دفاع الأحداث تجاه ما يتخذ بشأنهم من أعمال جزائية»، تقرير مصر المقدم إلى المؤتمر الخامس للجمعية المصرية للقانون الجنائي المنعقد في القاهرة(١٨-٢٠) أبريل ١٩٩٢م، الآفاق الجديدة للعدالة الجنائية في مجال الأحداث، دار النهضة العربية، ١٩٩٢م، ص٦٥١.

٥٥ لقد أوصى المؤتمر الخامس للجمعية المصرية للقانون الجنائي المنعقد في القاهرة في الفترة من ١٨ إلى ٢٠ أبريل ١٩٩٢م، بضرورة توفير مدافع للحدث المتهم، في جميع مراحل الإجراءات الجنائية وفي جميع الجرائم، الآفاق الجديدة للعدالة الجنائية في مجالات الأحداث، دار النهضة العربية، القاهرة سنة١٩٩٢م- ص٦٩٥، وانظر/ طارق محمد الديراوي – النظرية العامة للخطورة الاجرامية وأثرها على التشريعات المعاصرة – رسالة ماجستير الجزائر ١٩٨٦- ص٢٦٤.

٥٦ لقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه « من المقرر أن القضاء العادي هو الأصل وأن المحاكم العادية هي المختصة بالنظر في جميع الدعاوى الناشئة عن أفعال مكونة للجريمة وفقاً لقانون العقوبات العام أياً كان شخص مرتكبها، حين أن المحاكم العسكرية ليست إلا محاكم خاصة ذات اختصاص استثنائي، مناطه أما خصوصية الجرائم التي تنظرها، إما شخص مرتكبها على صفة معينة توافرت فيه، «،(نقض جنائي ١٣/١١/١٩٨٠، مجلة المحاماة، س٦٥،ع(٦/٥) مايو ويونيو ١٩٨٠م، ص١٥)

٥٧ انظر سيرى صيام»دور محكمة النقض في حماية المتهم في قاضيه الطبيعي»المجلة الجنائية القومية،مج(٣)،يوليو-نوفمبر١٩٨٨م، ص٦٦.

٥٨ انظر القاضي/ عبد الحميد لطفي العيلة، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية لمنظمة التحرير الفلسطينية لعام١٩٧٩م- الطبعة الأولى١٩٩٥م- ص٤٤.

٥٩ قرارات وتوصيات المؤتمر السابع عشر لاتحاد المحامين العرب، دمشق ١٩ –٢٢ يونيو ١٩٨٩. مجلة المحامي الكويتية، ص١٦٩.

٦٠ انظر د. حسن صلاح الدين مصطفى اللبيدي:»البلدان الإسلامية في بدعة المحاكم الاستثنائية» بحث مقدم للمؤتمر الخامس عشر لاتحاد المحامين العرب المنعقد بتونس(٣-٦) نوفمبر ١٩٧٧م، مجلة المحاماة المصرية، س٦٤ ع(٩/١٠) نوفمبر – ديسمبر ١٩٨٤م، ص٧٦ وما بعدها.

٦١ انظر د.محمود محمود مصطفى:»ضمانات المتهم في ظل القوانين الاستثنائية» مصر المعاصرة»السنة السبعون العدد(٣٧٥)يناير ١٩٧٩، ص٤٢.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

انظر د. حسن صلاح الدين مصطفى الليبدي:»البلدان الإسلامية في بدعة المحاكم الاستثنائية» مجلة المحاماة، المرجع السابق ص٩٦.

٦٢ انظر، يوسف محمد حسين:»الاختصاص في الإجراءات الجنائية- دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٢- ص٣٣٥.

٦٣ انظر د. عبد الوهاب حومد:»المحاكم الجزائية الاستثنائية» –مجلة الشريعة والحقوق الكويتية – ص١٢٢.

٦٤ وتجدر الإشارة إلى أن محاكم أمن الدولة في فلسطين قد ألغيت بموجب قرار وزاري صادر عن وزير العدل بتاريخ ٢٠٠٣/٧/٢٧ وقد أحال هذا القرار اختصاص محاكم أمن الدولة ونيابة أمن الدولة إلى المحاكم النظامية. وقد أوصى المجلس التشريعي الفلسطيني بضرورة إلغاء محاكم أمن الدولة والمحاكم الاستثنائية، انظر القرارات رقم ٣٧٢،٣٩٠،٤٠٠ الصادرة عن المجلس التشريعي بهذا الشأن.

٦٥ نظر د. رؤوف عبيد، المشكلات العملية- المرجع السابق – ص٥٥٦، انظر محمد سامي النبراوي – استجواب المتهم- المرجع السابق ص٣٢٢، وما بعدها.

٦٦ انظر د. حاتم بكار، المرجع السابق- ص٢٥٤.

٦٧ نظر د. حسن صادق المرصفاوي- ضمانات المحاكمة- المرجع السابق، ص١٣٥.

٦٨ انظر د. رءوف عبيد، المشكلات- المرجع السابق- ص٥٨٥، وانظر بالتفصيل صور التعارض بين المصالح لنفس المؤلف ونفس المرجع ونفس الصفحة.

٦٩ نقض ١٩٨٢/١٠/٨، أحكام النقض ٣٠٥ رقم١٤٠، ص٦٣٦، المرجع السابق ص٥٨٦

٧٠ انظر د. محمد سامي النبراوي- المرجع السابق- ص٣٩٣.

٧١ د. أحمد عوض بلال، الإجراءات الجنائية المقارنة والنظام الإجرائي في المملكة العربية السعودية – دار النهضة العربية – القاهرة ١٩٩١ – ص٣٠٧،

٧٢ د. حاتم بكار- المرجع السابق- ص٢٥٧، د. رءوف عبيد – المرجع السابق – ص٥٦٥.

٧٣ نقض ٢٠ نوفمبر سنة١٩٥٠ مجموعة أحكام محكمة النقض س٢ رقم ٧٧ ص١٩٧، انظر كذلك نقض ٢٢ مايو سنة١٩٧٢ مجموعة أحكام محكمة النقض س٢٣ رقم ٧٩ ص٧٩٣.

٧٤ أنظر بالتفصيل د. حسن بشيت خوين- ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية –ج٢- دار الثقافة والنشر والتوزيع ١٩٩٧ ص١٣٧.

٧٥ تجدر الإشارة إلى أن نقابة المحامين في فلسطين قد شرعت في إعداد دورات تدريبية للمحامين تحت التمرين خلال مدة التدريب وهي سنتين هذا بالإضافة إلى التدريب في مكتب المحامي المدرب. والهدف من ذلك هو رفع مستوى المهني للمحامي محاولة بذلك تجنبه الوقوف مكتوف الأيدي أمام أقوال الخبراء والشهود ومناقشتهم بأسلوب علمي يوصل إلى الحقيقة.

٧٦ د.عبد الله سليمان،النظرية العامة للتدابير الاحترازية– رسالة دكتوراه– جامعة القاهرة فبراير١٩٨٢،

٧٧ د. حسن بشيت خوين – المرجع السابق ص٣٤٩

٧٨ د. توفيق الشاوي، فقد الإجراءات، ج٢ مطابع دار الكتاب العربي القاهرة سنة١٩٥٤، ص١٢١

٧٩ انظر حكم محكمة الاستئناف الفلسطينية- جزاء رقم٧٨/٥٤والذي مفاده عدم سماع شهود الدفاع يعتبر

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

إخلالاً جوهريًا بحقوق الدفاع،انظر المستشار/وليد حلمي الحايك، مجموعة مختارة من محكمة الاستئناف العليا- القسم الجزائي- الجزء العشرون- غزة- فلسطين- مارس٢٠٠٣م- ص٢٧٦

٨٠ انظر حكم محكمة النقض المصرية – ١٩٦٦/٢/٢٨، مجموعة أحكام النقض س١٧ رقم ٤٠ ص٢١٥

٨١ انظر- د. رءوف عبيد – المرجع السابق – ص٦٥٣

٨٢ انظر/د.سامي النصراوي – دراسة في أصول المحاكمات الجزائية، جـ٢ – المرجع السابق – ص٢٠٤

٨٣ د. رؤوف عبيد – المشكلات – المرجع السابق ص٦٦١،

٨٤ سورة يوسف ا الأيتان ٢٥،٢٦.

٨٥ انظر نص المادة٢٥٢ من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني،

٨٦ د. حسن خوين – المرجع السابق ص١٣٢

٨٧ د. حاتم بكار – المرجع السابق – ص٢٦٤

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

مساقات التعليم في كليات الحقوق وأثرها على أداء أركان العدالة

اعداد: المحامي عصام لطفي الشريف
محاضر غير متفرغ في كلية الحقوق
جامعة الزيتونة الأردنية الخاصة

مقدمـــة

في اي مجتمع ينص دستوره على ان المحاكم مفتوحة للجميع ومصونة من التدخل في شؤونها وان القضاة مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون ، يقتضى ان يتطور النظام القضائي باستمرار الى درجة عالية من الكفاءة والجرأة والنزاهة وأن يبقى كذلك حتى يكون للشعب ثقة مطلقة راسخة في سير العدالة ، وان مستقبل المجتمع يتوقف الى حد كبير على صيانة العدالة نقية صافية.

تنص المادة (٩٧) من الدستور الأردني على مايلي:-

((القضاة مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون))

تنص المادة (١/١٠١) من الدستور الأردني على مايلي:-

((ان المحاكم مفتوحة للجميع ومصونة من التدخل في شؤونها)).

وتنص المادة (٦) من قانون نقابة المحامين رقم ١١ لسنة ١٩٧٢ وتعديلاته على مايلي:-

((المحامون هم اعوان القضاء الذين اتخذوا مهنة لهم تقديم المساعدة القضائية والقانونية لمن يطلبها لقاء أجر.....)).

أ. **١. تنص المادة ١/٢٥ من قانون نقابة المحامين النظاميين رقم ١١ لسنة ١٩٧٢ وتعديلاته على مايلي:-**

((١- على الطالب الذي يرغب في تسجيله في سجل المحامين تحت التدريب ان يقدم طلبا الى مجلس النقابة مرفقا بالوثائق المؤيدة الى ما أشارت اليه البنود (أ- و) من الفقرة (١) من المادة (٨) من هذا القانون مع سائر الأوراق التي توجبها أنظمة النقابة)).

٢. ونصت المادة ١/٨/و من القانون المذكور على مايلي:-

((١- يشترط في من يطلب تسجيله في سجل المحامين ان يكون:-

و : حائزا على شهادة في الحقوق من احدى الجامعات او معاهد الحقوق المعترف بها على ان تكون هذه الشهادة مقبولة لممارسة مهنة المحاماة في البلد الذي منحها)).

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

ب. تنص المادة (١٠) من قانون استقلال القضاء رقم ١٥ لسنة ٢٠٠١ وتعديلاته على مايلي:-

يشترط فيمن يعين قاضيا ان يكون :-

((و- حاصلا على الشهادة الجامعية الاولى في الحقوق من احدى كليات الحقوق في الجامعات الأردنية او على شهادة معادلة لها في الحقوق يقبلها المجلس بعد الاستئناس برأي الجهة المختصة بمعادلة الشهادات في المملكة على ان تكون هذه الشهادة مقبولة للتعيين في القضاء في البلد الذي صدرت فيه)).

ويلاحظ أن الحصول على الشهادة الجامعية الأولى قد يتم من احدى :-

أ. الجامعات الأردنية:-
- رسمية او
- خاصة.

ب. الجامعات العربية .

ج. الجامعات الأجنبية.

ومن أجل تخريج طلبة على مستوى متقدم فقد تنبهت وزارة العدل لذلك حيث اتبعت اسلوب او طريقة البعثات للطلبة المتفوقين في الثانوية العامة حيث صدر النظام رقم ٦٣ لسنة ٢٠٠٨ ((نظام البعثات العلمية في وزارة العدل)) صادر بموجب المادة ١١٤ من الدستور حيث:-

أ. عرفت المادة الثانية منه ((الجهة المستفيدة)) من البعثة ((الوزارة – وزارة العدل- او المحاكم النظامية او النيابة العامة او دائرة المحامي العام المدني)).

ب. ونصت المادة ٧/أ من النظام على مايلي:-

((أ- يشترط فيمن يتقدم لبعثة الحصول على الشهادة الجامعية الأولى (درجة البكالوريوس) في القانون ان يكون:-

١. اردني الجنسية.
٢. حاصلا على شهادة الدراسة الثانوية العامة الأردنية او ما يعادلها بمعدل لا يقل عن ٨٥٪.
٣. غير موفد في بعثة من اي جهة أخرى.
٤. غير محكوم بجناية او جنحة مخلة بالشرف او الآداب او الأخلاق العامة بما في ذلك جنحة اعطاء شيك بدون رصيد وما ماثلها.
٥. عمره لا يزيد على (١٩) سنة بتاريخ الاعلان عن البعثة.
٦. سالما من الامراض والعاهات البدنية والعقلية التي تمنعه من التعيين بموجب قرار من المرجع الطبي المختص.
٧. أي شروط أخرى تقررها لجنة البعثات)).

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

ت. **ونصت المادة ١٠/أ من النظام على مايلي:-**

((أ- على الموفد ان يزود لجنة البعثات بالوثائق التالية مصدقة من الجامعة التي اوفد اليها:-

١. تقارير تثبت انتظامه في الدراسة وبشكل دوري سنوي.

٢. النتائج النهائية التي يحصل عليها في كل فصل او سنة دراسية)).

ث. **ونصت المادة ١٣/أ من النظام على مايلي:-**

((أ- يقتصر الإيفاء في بعثة للحصول على الشهادة الجامعية الأولى على الجامعات الأردنية الرسمية)).

ج. **ونصت المادة ١٥/أ من النظام على مايلي:-**

((اذا كان التقدير النهائي للموفد للحصول على الشهادة الجامعية الأولى عند تخرجه يقل عن جيد جدا فتعتبر بعثته منتهية حكما)).

في الواقع ثار التساؤل في الفترة التي كان يتم فيها اجراء امتحان الكفاءة الجامعية فيما اذا كانت مساقات التعليم في كليات الحقوق كافية لأداء أركان العدالة – المحاماة والقضاء - .

ويمكن القول ان الحائز على الشهادة الجامعية الأولى في الحقوق امامه ثلاث خيارات هي إما:-

١. العمل في وظيفة عامة او خاصة.

٢. او التسجيل في نقابة المحامين كمحامي متدرب ليمارس بعد ذلك مهنة المحاماة.

٣. وأما التفكير بالعمل في سلك القضاء بعد اجتياز كافة الاجراءات العملية اللازمة لذلك.

وفي سبيل اعداد هذه الورقة فإننا نتناول هذا الموضوع في ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: التعريف بمساقات كلية الحقوق.

المبحث الثاني: نقاط الضعف في مساقات كلية الحقوق وما يرتبط بهذه المساقات.

المبحث الثالث: وسائل التخفيف من حدة نقاط الضعف في مساقات كلية الحقوق.

المبحث الأول

التعريف بمساقات كلية الحقوق

ان النظام المتبع في الجامعات الرسمية والخاصة بخصوص الدراسة في كليات الحقوق هو نظام الساعات المعتمدة.

ولقد تعدلت وتغيرت الساعات المعتمدة للدراسة في كلية الحقوق حيث اصبح عدد الساعات التي يتوجب على الطالب دراستها واجتيازها (مائة وواحد وأربعين ساعة) .

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

وبالدراسة والاطلاع على مساقات التعليم في كليات الحقوق يلاحظ انه يمكن تصنيفها لثلاث طوائف واقسام :-

أولا : متطلبات الجامعة (٢٧ ساعة) معتمدة وموزعة على النحو الاتي:

أ. متطلبات الجامعية الإجبارية (١٢ ساعة) معتمدة .

ب. متطلبات الجامعية الاختيارية (١٥ ساعة) معتمدة .

ثانيا : متطلبات الكلية الاجبارية (٢٤ ساعة) معتمدة.

ثالثا : متطلبات التخصص (٨٧ ساعة) معتمدة.

أ. متطلبات التخصص الاجبارية (٨١ ساعة) معتمدة.

ب. متطلبات التخصص الاختيارية (٦ساعات) معتمدة.

رابعا: متطلب حر (٣ ساعات)معتمدة.

٢٧ +٢٤+٨٧+٣ = ١٤١ ساعة معتمدة .

وتلتزم كليات الحقوق سواء في تنظيم وتقسيم خطتها الدراسية وعدد ساعاتها او في تحديد المتطلبات اللازمة لمنح درجة البكالوريوس في الحقوق بكافة المعايير والأسس التي تضعها وزارة التعليم العالي في هذا الخصوص .

ويضم الكادر التعليمي لكليات الحقوق أعضاء هيئة تدريس من الاردنيين وغير الاردنيين .

ومراعاة لإمكانيات الطلاب وظروفهم الاجتماعية فقد وفرت بعض كليات الحقوق في الجامعات الخاصة لطلابها برنامجين دراسيين هما:-

١. **البرنامج الصباحي** :-

حيث تبدأ الدراسة به من الساعة الثامنة صباحا وتنتهي في الساعة الرابعة بعد الظهر.

٢. **البرنامج المسائي** :-

حيث تبدأ الدراسة به من الساعة الرابعة بعد الظهر وتستمر حتى الساعة الثامنة والنصف مساءاً.

والأصل ان تكون مهمة كليات الحقوق:-

١. تخريج قانونيين يحملون درجة البكالوريوس في الحقوق قادرين على العمل في مختلف الوظائف ذات العلاقة بالقانون .
٢. مراعاة حاجات المجتمع المحلي والجهات المعنية والسعي لتطوير برنامج الحقوق بما يتناسب ويتلائم مع هذه الحاجات.
٣. تقديم التعليم القانوني رفيع المستوى للطلبة الاردنيين وغير الاردنيين.
٤. مراعاة حاجات سوق العمل الداخلي والخارجي وتهيئة قانونيين قادرين على المنافسة على الوظائف القانونية سواء داخل الاردن او خارجه.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

المبحث الثاني

نقاط الضعف في مساقات التعليم في كلية الحقوق وما يرتبط بهذه المساقات.

من خلال الممارسة العملية لمهنة المحاماة ومشاركتي لثلاث دورات في امتحانات نقابة المحامين وقيامي بمهنة التدريس في الجامعة – محاضر غير متفرغ – لمدة سبع سنوات ولازلت مستمرا في التدريس لاحظت ان هناك :-

١. نقاط ضعف في مساقات التعليم في كلية الحقوق.
٢. الاختلاف في طريقة تدريس هذه المساقات.
٣. نظام الامتحانات المتبعة في كلية الحقوق.

وانعكس كل ذلك على المستوى العلمي للطالب الذي يتخرج من كلية الحقوق وسنتناول هذه النقاط الثلاث.

١. نقاط الضعف في مساقات التعليم في كلية الحقوق:-

مما لاشك فيه انه وعلى الرغم من محاولات وزارة التعليم العالي والبحث العلمي في تطوير مساقات التعليم في كليات الحقوق ورفع معدلات القبول في الجامعات لدراسة الحقوق الا ان هناك نقاط ضعف في هذه المساقات تبدو من النواحي الآتية:-

أولا: الزيادة في عدد متطلبات الجامعية الاجبارية والاختيارية والحرة (ثلاثون ساعة) على حساب متطلبات التخصص مما يؤدي الى ادماج بعض المساقات القانونية او التخلي عن طرح مساقات تقتضيها التطورات الحالية.

ثانيا: عدم وجود تنوع في عدد الوحدات الدراسية تبعا لعمق المساق وأهميته وصعوبته وتوحيد عدد الساعات المعتمدة المخصصة لكل مساق من المساقات المدرجة في الخطة دون تمييز بينها.

ثالثا: ندرة التعاون بين الجامعات المتميزة في تدريس القانون والجامعات الأخرى (الخاصة مثلا) في اقرار وتطوير الخطة الدراسية لكليات الحقوق.

رابعا: قلة المساقات التي تساعد على اكتساب مهارات التعليم بالنسبة لعدد المساقات التي ترتكز على اكساب الطلاب التعليم والمعرفة.

خامسا: عدم الأخذ بآراء الجهات القانونية المختلفة عند اعداد الخطة الدراسية كنقابة المحامين والمعهد القضائي الاردني وبعض المتخصصين في المجالات القانونية في القطاع الخاص.

سادسا: عدم وجود آلية في كليات الحقوق لمتابعة أية تطورات أو تغييرات تطرأ على الخطة الدراسية من قبل وزارة التعليم العالي.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

اختلاف اعضاء هيئة التدريس في طريقة تدريس هذه المساقات وعدم استعمال الوسائل المتاحة:-
لاحظنا في الواقع العملي ان هناك اختلاف في تدريس اعضاء هيئة التدريس لهذه المساقات وهذا يؤثر على ضعف الطالب في فهم واستيعاب المعلومات فضلا عن عدم استعمال الوسائل المتاحة ويبدو ذلك من النواحي الآتية:-

أ. عدم وجود استراتيجية موحدة لأساليب التعليم والتعلم المختلفة في الكلية حيث يتبع بعض الأساتذة أساليب جيدة وحديثة دون ان يتبعها البعض الآخر مما يجعلها اساليب فردية.

ب. ان عملية التعليم والتعلم والاستراتيجية المتبعة بخصوصها في بعض كليات الحقوق تقليدية الى ابعد الحدود ولابد من ادخال طرق أخرى في التعليم لتحسين هذه العملية.

ت. بالرغم من انه قد تم تخصيص قاعة تدريس في كلية الحقوق مزودة بكافة التجهيزات الحديثة اللازمة للعملية التدريسية شاشة لعرض البيانات (Data show)، بروجكتر أجهزة حاسوب متصلة بشبكة الانترنت الا ان استخدامها مازال دون المستوى المطلوب ولابد من وجود مثل هذه الاجهزة في كافة قاعات الكلية.

ث. عدم عقد الدورات التدريبية لأعضاء هيئة التدريس لتطوير اساليبهم في التعليم والتعلم والتقييم.

ج. عدم اجراء المراجعة الدورية للكتب والمراجع القانونية المعتمدة لضمان التحديث ومواكبة التعديلات القانونية باستمرار والتعاون مع المكتبة العامة في الجامعات لتوفير المراجع القانونية الحديثة لأعضاء هيئة التدريس والطلاب.

٣. نظام الامتحانات المتبعة في كلية الحقوق:-

يعقد في كليات الحقوق ثلاث امتحانات:-

الأول: مخصص له عشرون علامة.

الثاني: مخصص له عشرون علامة.

الثالث: مخصص له خمسون علامة.

بالاضافة لتخصيص عشر علامات للبحث والنشاط والمشاركة.

ومن خلال اطلاعنا على نظام الامتحانات في كليات الحقوق وأثره على ضعف مساقات التعليم في كليات الحقوق فقد لاحظنا مايلي:

١. عدم تطبيق نظام الممتحن الخارجي في كلية الحقوق.

٢. ان جعل علامة الامتحان النهائي خمسون علامة يؤدي الى اضعاف فرصة الطالب في الحصول على علامة النجاح او على علامة متقدمة خاصة اذا واجه الطالب اي ظرف من الظروف الصحية او الاجتماعية او النفسية في فترة الامتحان النهائي.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

٣. اتباع نظام اسئلة متعددة الخيارات رغم ان هذا النظام لا يصلح لطالب في كلية الحقوق الذي يتوجب ان يتعلم طريقة الكتابة.
٤. عدم وجود نظام وآلية لمراجعة أسئلة الامتحانات التي يضعها الأساتذة في القسم قبل موعد الامتحان لتقييم مستواها ورفعه.

المبحث الثالث

وسائل التخفيف من حدة نقاط الضعف في مساقات كلية الحقوق

اذا فكر خريج كلية الحقوق في مستقبله فإنه يكون امام خيارين :

أ. إما ان يتجه نحو مهنة المحاماة.
ب. إما ان يتجه نحو مهنة القضاء.

ومما لاشك فيه ان اختيار الخريج لأي من الخيارين فإنه يجد امامه اجراءات عملية لابد من مراعاتها والتي من شأنها ان تخفف من نقاط الضعف في مساقات كلية الحقوق التي درسها خلال اربع او خمس سنوات والذي من شأنها ان ترفع من المستوى العلمي للخريج وتمنحه خبرة في الحياة العملية.

أولا: اتجاه تفكير الخريج نحو مهنة المحاماة:-

اذا فكر الخريج من كلية الحقوق – وهذا تفكير الغالبية العظمى منهم – في مهنة المحاماة فإنه يتوجب عليه التدريب على اعمال المحاماة وينظم شؤون التدريب قانون نقابة المحامين الاردنيين رقم ١١ لسنة ١٩٧٤ وتعديلاته والانظمة الصادرة بموجبه حيث يحدد هذا القانون والانظمة حقوق وواجبات المحامي المتدرب ويتوجب على الخريج الذي يرغب بالتدريب على اعمال المحاماة مراعاة مايلي:-

أ. ١. تجهيز الاوراق اللازمة لتقديمها لمجلس نقابة المحامين لغايات التسجيل في سجل المحامين المتدربين وبصفة خاصة:-
- الشهادة الجامعية الاولى.
- شهادة عدم محكومية.
- شهادة من المحامي الاستاذ بقبول الخريج للتدريب في مكتبه وان يتضمن الكتاب تعهدا من الاستاذ انه قبله متدربا في مكتبه تحت رقابته واشرافه وعلى مسؤوليته.
- احضار شهادة من وزارة الصناعة والتجارة تفيد بان الخريج ليس شريكا متضامنا في اي شركة.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

- احضار شهادة من المؤسسة العامة للضمان الاجتماعي بأن الخريج لا يعمل في اي شركة او اي مؤسسة .
- تظهير جواز السفر بأن الخريج لا يعمل في اي جهة .
- تعهد من الخريج بالتفرغ للتدريب على اعمال المحاماة.

٢. يجب على الخريج ان يقدم طلبه الى مجلس نقابة المحامين اما خلال شهر شباط او خلال شهر آب.

٣. يتوجب على الخريج ان يقوم بدفع الرسوم المترتبة عليه عند تقديم الطلب لتسجيله في سجل المحامين المتدربين.

ب. بعد صدور قرار مجلس النقابة بتسجيل الخريج في سجل المحامين المتدربين يلتزم المحامي المتدرب بما هو آت :-

١. ملازمة مكتب استاذه واعمال المحاماة فيه وفي المحاكم طيلة أيام تدريبه.

٢. أ- ان يترافع خلال فترة تدريبه في عدد من القضايا لا يقل عن خمس عشرة قضية صلحية (بعد الحصول على اذن من مجلس نقابة المحامين بعد ستة اشهر على التدريب) او ثماني قضايا بدائية (بعد الحصول على اذن من مجلس نقابة المحامين بعد مضي سنة على التدريب) ويكون ذلك بموجب انابة من المحامي الاستاذ.

٣. حضور محاضرات التدريب ومناقشة الابحاث بصورة منتظمة ويصل الحد الاقصى لهذه المحاضرات والابحاث بحدود خمسين محاضرة وبحث.

٤. أ- التقدم للإمتحان التحريري والنجاح به.

ب- التقدم للإمتحان الشفوي والنجاح به.

٥. ان يعد المحامي المتدرب خلال فترة تدريبه بحثا في اي موضوع قانوني او اي موضوع يتصل بالمهنة او التدريب وان يقدم هذا البحث قبل ستة اشهر من انتهاء مدة تدريبه.

٦. قضاء مدة سنتين في التدريب على اعمال المحاماة وتبدأ من تاريخ صدور قرار مجلس النقابة بتسجيل اسم المحامي في سجل المحامين المتدربين.

٧. اذا نجح المحامي المتدرب في مناقشة البحث واجتياز الامتحان المهني (لكتابي والشفهي) وحضر محاضرات التدريب ومناقشة الابحاث المقررة وترافع في عدد من القضايا المطلوب منه المرافعة فيها فإنه يتوجب عليه:-

أ. تقديم طلب لمجلس نقابة المحامين لنقل اسمه من سجل المحامين المتدربين الى سجل المحامين الاساتذة.

ب. دفع الرسوم المقررة.

ت. حلف اليمين امام معالي وزير العدل.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

لقد أثبت الواقع العملي أنه اذا التزم المحامي المتدرب بكل ما تقدم فإن من شأن ذلك ان يرفع من مستواه العملي ويخفف من نقاط الضعف في مساقات كلية الحقوق.

ثانيا: اتجاه تفكير الخريج نحو مهنة القضاء:-

اذا فكر الخريج من كلية الحقوق بالاتجاه نحو مهنة القضاء فإنه يتوجب عليه الالتحاق بالدراسة في المعهد القضائي.

أ. الشروط الواجب توافرها للإلتحاق بالمعهد القضائي:-

تنص المادة (١٠) من نظام المعهد القضائي رقم ٦٨ لسنة ٢٠٠١ بصيغته المعدلة بموجب النظام رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٧ على مايلي:-

أ. ((يشترط فيمن يقبل للدراسة في المعهد القضائي ما يلي :-

١. ان يكون اردني الجنسية متمتعا بالأهلية المدنية الكاملة.
٢. ان لا يزيد عمره عن خمسة وثلاثين سنة بتاريخ الاعلان عن المسابقة وتتوافر فيه الشروط الصحية المطلوبة للتعيين في القضاء.
٣. غير محكوم بأي جناية باستثناء الجرائم السياسية.
٤. غير محكوم من محكمة او مجلس تأديبي لأمر مخل بالشرف ولو رُد اليه اعتباره او شمله عفو عام.
٥. محمود السيرة وحسن السمعة.
٦. ان لا يقل معدلة في شهادة الدراسة الثانوية العامة عن ٧٥٪ وان يكون حاصلا على الدرجة الجامعية الاولى في القانون بتقدير لا يقل عن جيد من احدى كليات الحقوق في الجامعات الاردنية او على شهادة معادلة لها في القانون من احدى كليات الحقوق في الجامعات الأخرى على ان تكون الدراسة فيها منتظمة وان تكون هذه الشهادة مقبولة للتعيين في القضاء في البلد الذي صدرت فيه.
٧. ان يكون قد عمل محاميا استاذا لمدة لا تقل عن سنة او امضى مدة ثلاث سنوات في وظيفة كتابية في المحاكم النظامية اذا كان يحمل الدرجة الجامعية الاولى في القانون او امضى سنتين في هذه الوظيفة اذا كان يحمل درجة الماجستير او امضى مدة سنة في هذه الوظيفة اذا كان يحمل درجة الدكتوراه او كان من بين العشرة الاوائل على دفعته في السنة التي تخرج فيها او من الطلاب الموفدين من الوزارة لدراسة القانون في الجامعات الاجنبية وفي هاتين الحالتين يعفى من شروط المدة الوارد في هذا البند.
٨. **ان يجتاز مسابقة القبول التي يعقدها المعهد القضائي وفقا للتعليمات التي يضعها المجلس.**

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

٩. ان لا يكون قد سبق فصله من المعهد القضائي لأي سبب او رسب في مسابقة من مسابقات القبول في المعهد.))

ب. اجتياز مسابقة القبول في المعهد القضائي الاردني:-

يتوجب على التقدم للقبول في المعهد القضائي الاردني اجتياز مسابقة القبول في المعهد القضائي **الاردني حيث نصت المادة الرابعة من مسابقة القبول في المعهد القضائي الصادرة عن مجلس ادارة المعهد القضائي استنادا الى المادة (١٩) من نظام المعهد القضائي الاردني رقم ٦٨ لسنة ٢٠٠١ وتعديلاته على مايلي:-**

((**رابعا:-** بالاضافة الى الشروط العامة التي ينبغي ان تتوافر فيمن يقبل للدراسة في المعهد والواردة في المادة (١٠) من النظام تجرى للمتقدم للإلتحاق بالمعهد الامتحانات التالية:-

الامتحان الكتابي في المواد الآتية:-

١. القانون المدني.
٢. قانون العقوبات.
٣. اصول المحاكمات المدنية.
٤. اصول المحاكمات الجزائية.

ويجب ان يشتمل الامتحان الكتابي على قضايا افتراضية بهدف قياس قدرة المتقدم على تحليل الوقائع وتطبيق القانون بصورة صحيحة على هذه القضايا كما يجب ان يهدف الامتحان الكتابي الى قياس قدرة المتقدم على الصياغة باللغة العربية.

ب. الامتحان الشفوي والمقابلة الشخصية لمن يجتاز الامتحان الكتابي وذلك بهدف التعرف على القدرات القانونية للمرشح بشكل عام وقياس مدى قدرة المرشح على:-

١. الاصغاء والفهم.
٢. ملاءمته للعمل القضائي.
٣. تحليه بمهارات الاتصال والتواصل اللازمين مع الآخرين للعمل كقاض)).

ت. الشروط الواجب توافرها للتعيين قاضيا:-

بعد ان يجتاز الخريج الدراسة في المعهد القضائي فإنه لابد ان تتوافر عدة شروط لتعيينه قاضيا، **فقد نصت المادة (١٠) من قانون استقلال القضاء رقم ١٥ لسنة ٢٠٠١ وتعديلاته على مايلي :-**

((يشترط فيمن يعين قاضيا ان يكون:-

أ. اردني الجنسية غير متمتع بحماية اجنبية.
ب. قد اكمل الخامسة والعشرين من عمره وتتوافر فيه الشروط الصحية للتعيين.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

ت. متمتعا بالأهلية المدنية غير محكوم بأي جناية باستثناء الجرائم السياسية.

ث. غير محكوم من محكمة او مجلس تاديبي لأمر مخل بالشرف ولو رُد اعتباره او شمله عفو عام .

ج. محمود السيرة وحسن السمعة.

ح. حاصلا على الشهادة الجامعية الأولى في الحقوق من احدى كليات الحقوق في الجامعات الاردنية او على شهادة معادلة لها في الحقوق يقبلها المجلس بعد الاستئناس برأي الجهة المختصة بمعادلة الشهادات في المملكة على ان تكون هذه الشهادة مقبولة للتعيين في القضاء في البلد الذي صدرت فيه.

خ. وان يكون :-

١. قد عمل محاميا استاذا لمدة لا تقل عن اربع سنوات بعد حصولة على الدرجة الجامعية الاولى في الحقوق او لمدة لا تقل عن ثلاث سنوات بعد حصوله على الدرجة الجامعية الثانية (الماجستير) في الحقوق او لمدة سنتين بعد حصوله على الدرجة الجامعية الثالثة (الدكتوراه) في الحقوق او،

٢. حاصلا على دبلوم المعهد القضائي)).

وخلاصة ما تقدم :-

١. ان الخريج بعد ان يصبح محاميا استاذا فانه بحاجة الى فترة خمس سنوات لاكتساب الخبرة.

٢. وان الخريج بعد ان يصبح قاضيا فانه بحاجة الى فترة خمس سنوات لاكتساب الخبرة.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

النظم القضائية ومدى الحاجة لمجلس دولة فلسطيني

الدكتور عبدالناصر أبوسمهدانة
رئيس النيابة العامة
دكتوراه في القانون- جامعة عين شمس

مقدمة عامة

الحمد لله حمداً كثيراً طيباً مباركاً فيه، كما يحب ربنا ويرضى، وله الشكر والثناء الحسن أولاً وآخراً، ظاهراً وباطناً، والصلاة والسلام على رسوله المصطفى، أما بعد:

لقد نادى الكثير من قيادات الشعب الفلسطيني على طول سنوات السلطة الوطنية الفلسطينية بضرورة الإصلاح الإداري للمنظومة الإدارية لمؤسسات السلطة، بيد أن هؤلاء القادة لم يقدموا الحلول العملية لهذا الإصلاح والذي يتمثل بإنشاء جهة قضائية مستقلة تستطيع تقوم سلوك موظفي القطاع العام من خلال محاسبتهم إدارياً عن الأفعال التي يقترفونها من مخالفات إدارية، وذلك من خلال المحاكم التأديبية.

علاوة على أهمية حماية الموظف من عسف الإدارة، وإطلاق العنان لرئيس الجهة الإدارية من إصدار قرارات إدارية دون رقابة قضائية فاعلة تستطيع إلغاء ما يخالف القانون من تلك القرارات، وتعويض الموظفين عنها.

فلكل ذلك كان لابد من إنشاء مجلس دولة، وهو جهة قضائية مستقلة يضم محاكم إدارية وتأديبية وعلى رأسهم المحكمة الإدارية العليا، وتستطيع تلك المحاكم من خلال اختصاصاتها تقوم سلوك الموظفين العموميين وكبح جماح الإدارة.

و لقد عانى الشعب الفلسطيني المقهور والمغلوب على أمره الكثير من الويلات والحروب منذ القدم ومـازال يعاني حتى الآن من تلك الويلات، ولكن الظلم عندما يكون من قبل الاحتلال باختلاف أنواعه أقل تأثيراً من ظلم أبناء جلدتنا، فعندما أبرمت منظمة التحرير الفلسطينية معاهدة السلام مع الجانب الإسرائيلي عام١٩٩٤م هلّل الشعب الفلسطيني فرحاً، وتأمل الخير الكثير بإبرام هذه الاتفاقية، ولكن بسبب الجهل الإداري وحب السلطة والذات قام البعض من رؤساء الجهات الإدارية باستغلال مواقعهم الوظيفية بممارسة صور مختلفة من الظلم على أبناء هذا الشعب العظيم، ودون الخوض في التفصيلات نريد أن نقول من وراء ذلك، أن الإصلاح الإداري الذي نادى به الكثير من أصحاب القرار في فلسطين، لا يمكن أن يستقيم بدون قضاء إداري مستقل ليحاسب ويعاقب المخطأ وينظم إجراءات المحاكمة التأديبية للموظفين باختلاف درجاتهم الوظيفية.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

وتتنوع النظم القضائية[1] في دول العالم بين نظامين رئيسيين هما، نظام القضاء الموحد والذي تتزعمه انجلترا ومن بعدها الولايات المتحدة الأمريكية، وبعض الدول العربية كالمملكة الأردنية الهاشمية وفلسطين، ونظام القضاء المزدوج الذي أنشأته وابتدعته فرنسا وتأخذ به مصر ونأمل أن يقر مشروع مجلس الدولة الفلسطيني، ونقوم في هذا الفصل بدراسة كل نظام من النظامين السابقين على حدا في مبحثين متتاليين، ثم نبين نشأة وتطور مجلس الدولة الفرنسي والمصري ومبررات إنشاء مجلس دولة فلسطيني، كأمثلة لنظام القضاء المزدوج وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول:نظام القضاء الموحد.

المبحث الثاني:نظام القضاء المزدوج.

المبحث الثالث: أمثلة نظام القضاء المزدوج.

المبحث الأول

نظام القضاء الموحد

تمهيد وتقسيم:

الكمال لله وحده فلكل نظام قضائي مميزات وعيوب، وذلك من وجهة نظر مؤيديه ومعارضيه، ونظام القضاء الموحد هو ذلك النظام القضائي الذي يتضمن جهة قضائية واحدة هي جهة القضاء العادي، واختصاص هذه الجهة القضائية الواحدة عام وشامل لكل أنواع المنازعات القضائية، وبالتالي لا يوجد في هذا النظام قضاء إداري مستقل ومتخصص في المنازعات الإدارية [2]، لأن هذا النظام يرفض من حيث المبدأ التمييز بين القضاء المختص أو القانون المطبق أو بين الإدارة باعتبارها سلطة عامة وبين الأفراد[3]، ونتناول هذا المبحث في مطلبين، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: مزايا نظام القضاء الموحد.

المطلب الثاني: عيوب نظام القضاء الموحد.

المطلب الأول

مزايا نظام القضاء الموحد[4]

لقد قال مؤيدو نظام القضاء الموحد مجموعة من المزايا التي ترجح كفته على كفة النظام المزدوج وهي:

١. تحقيق مبدأ المشروعية:

أي أن جهة إدارية واحدة هي التي تقوم بنظر جميع المنازعات على اختلاف أنواعها سواء كانت مدنية أو إدارية، ووجود قانون واحد في الدولة يخضع له حكام ومحكومون على السواء.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

٢. حماية الحقوق والحريات الفردية:

يعتقد أنصار النظام الموحد أن هذا النظام أقوى نظام ضد اعتداء الإدارة، فلا يجوز أن تتمتع الإدارة بامتيازات في مواجهة الأفراد، وأن المحاكم العادية هي وحدها الأمينة على الأفراد والحريصة على حماية حقوقهم.

٣. مبدأ الفصل بين السلطات:

أي أن النظام الموحد يعتبر تأكيداً وتطبيقاً صحيحاً لمبدأ الفصل بين السلطات، وأن النظام المزدوج على العكس من ذلك، يتضمن اعتداء على هذا المبدأ وذلك لما ينطوي عليه من إنشاء المحاكم الإدارية والاعتراف لها بسلطة إلغاء القرارات الإدارية.

٤. بساطة نظام القضاء الموحد:

وذلك لوجود جهة قضاء واحدة تفصل في كل المنازعات، فلا مجال للدفع بعدم الاختصاص أو تعارض بين الأحكام.

المطلب الثاني:

عيوب القضاء الموحد[٥]

لقد أخذ على النظام الموحد عدة مآخذ أهمها:

١. عدم تحقيق الحماية الكافية للحقوق والحريات:

حيث تلجأ الإدارة إلى إتباع وسائل وأساليب تجعل بعض تصرفاتها بمنأى عن الرقابة القضائية، استجابة لحاجات المجتمع المتطورة ولتعقد الحياة الحديثة، بما يعني حاجة الإدارة لقدر من حرية الحركة.

٢. اختلاف طبيعة المنازعة الإدارية:

وذلك لاختلاف طبيعتها عن طبيعة المنازعات الفردية، وذلك كون الإدارة تتمثل في المنازعة الإدارية بما لها من إمكانيات وسلطات، وهذا يتطلب قانون متخصص يستطيع أن يلزم الإدارة باحترام مبدأ المشروعية، ولن تستطيع المحاكم العادية وهي ملزمة بتطبيق قواعد القانون الخاص أن تتتبع بمناسبة المنازعات الإدارية التي تنظرها المبادئ والقواعد القانونية التي تتفق مع حاجات الإدارة ومقتضيات الصالح العام.

٣. تقييد سلطة الإدارة:

هذا النظام يتجاهل حاجات الإدارة ومقتضيات الصالح العام، فلا يعطي الإدارة سلطة تقديرية بالرغم من أن الإدارة تستهدف تحقيق المصلحة العامة، وإشباع الحاجات العامة للمواطنين لذا يجب أن تتمتع بسلطات كبيرة و امتيازات ترجح كفتها على كفة الأفراد.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

٤. توجيه أوامر ونواهي للإدارة: يؤخذ على النظام الأنجلوسكسوني أنه ينكر استقلال الإدارة، إذ يملك القاضي توجيه أوامر مكتوبة إلى الإدارة، الأمر الذي يمثل خروجاً على وظيفة القاضي، فالقاضي يحكم ولا يدير.

٥. التضييق من اختصاص المحاكم العادية في نظر المنازعات الإدارية.

خير دليل على عدم صلاحية هذا النظام هو ما قام به المشرع الإنجليزي والأمريكي من تضييق اختصاص المحاكم العادية في نظر المنازعات الإدارية، وذلك بإخراج أنواع متعددة من هذه المنازعات وجعل اختصاصها للوزراء ولجان أو مجالس أو محاكم إدارية.

ويؤخذ أيضاً على هذا النظام في فلسطين خصوصاً:

١. عدم الاستفادة المثلى من الكوادر القانونية الموجودة بالرغم من وجود أكثر من كلية للحقوق وتشمل على أقسام الدراسات العليا.

٢. بُعد العدالة عن أصحابها مع وجود محكمة عدل عليا واحدة في محافظات الشمال وأخرى في محافظات الجنوب، وتقتصر اختصاصاتها على قضاء الإلغاء دون التعويض وأحكامها من درجة واحدة ولا تقبل الطعن.

٣. قصور النظام القائم عن استيعاب المحاكم التأديبية للموظفين العموميين.

المبحث الثاني

نظام القضاء المزدوج

تمهيد وتقسيم:

يقوم نظام القضاء المزدوج أو اللاتيني على أساس وجود قضاء مستقل ومتخصص في نظر المنازعات الإدارية، ويرجع الفضل إلى فرنسا في إنشاء هذا القضاء في العصر الحديث، وذلك لأن أساس القضاء الإداري هو من ابتداع المسلمين كما بينا في بداية دراستنا بالبرهان[٦]، وأنَّ الرسول صلى الله عليه وسلم أول من طبَّق القضاء الإداري من إلغاء وتعويض وتأديب....الخ، وتأخذ مصر[٧] ولبنان وبعض الدول بهذا النظام، ويوجد لهذا النظام مميزات من وجهة نظر مؤيديه وعيوب من وجهة نظر منتقديه، وسوف نوضح ذلك في مطلبين مستقلين على التوالي، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: مزايا نظام القضاء المزدوج.

المطلب الثاني:عيوب نظام القضاء المزدوج.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

المطلب الأول:

مزايا نظام القضاء المزدوج[٨]

ذهب مؤيدو نظام القضاء المزدوج إلى بيان مجموعة من المزايا التي ترجح كفة هذا النظام على كفة نظام القضاء الموحد وهي:

١. **تطبيق مبدأ التخصص:**

يزداد يوماً بعد يوم التقدم والتخصص في العالم بأكمله، وفي جميع المجالات وتزداد الأهمية إلي ضرورة التخصص في المنازعات القضائية بشكل عام، ومن المسلم به اختلاف طبيعة العلاقات القانونية الخاصة عن طبيعة العلاقات القانونية العامة، فإن المنطق يتطلب وجود قضاء إداري متخصص بجانب القضاء العادي.

وذلك كون القضاء الإداري يكون متخصصاً ويكون الأقدر على حل المنازعات الإدارية، وبحكم معرفته بأوضاع الإدارة وأساليبها ويستطيع الفتوى وإبداء الرأي في المسائل الإدارية.

٢. **الحاجة لقضاء إنشائي:**

القاضي الإداري لا يقف عند حد تطبيق النصوص القانونية التي تحكم المنازعات كما القاضي العادي، وإنما يقوم بإنشاء وابتداع الحلول المناسبة للمنازعة المعروضة أمامه في حال لم يسعفه نص قانوني، خاصةً وأنَّ كثيراً من قواعد القانون الإداري غير مقننة، وهذا ما تؤكده السمة الإيجابية للقاضي الإداري، وبالتالي فإن القضاء الإداري يوصف بأنه قضاء إنشائي يبتدع الحلول المناسبة لمواجهة حاجات المجتمع المتعددة والمتطورة، فكان له الدور البارز في ابتداع العديد من النظريات، مثل نظرية الضرورة ونظرية الموظف الفعلي ونظريات التوازن المالي للعقد الإداري ونظرية العلم اليقيني....الخ.

وإننا نرى من مميزات القضاء المزدوج علاوة على ما سبق ذكره أن القاضي الإداري يجب أن يكون له الخبرة الكافية في القانون العام، ويجب أن يقوم بعمل دراسات عليا للحصول على الترقية كما في قانون مجلس الدولة المصري، وهذه الدراسات يجب أن يكون جزء منها في القانون الإداري، وهذا كله يزيد من كفاءة وخبرة القضاة، علاوة على أن القاضي العادي يكون قد أسبغ بأحكام القانون الخاص فمن الصعب أن يحقق العدالة إذا نظر في منازعة إدارية، فضلاً على أنه في كثير من الأحيان تأتي أحكام القضاء العادي مفرطة في اللين، وهذا ما يحدث في حالة تردده وشكوكه في مشروعية أو عدم مشروعية العمل الإداري، وعلى عكس ذلك لو تصورنا القضاء العادي قد نشط أكثر من اللازم واتخذ موقف العداء المستمر من الإدارة وأعمالها، فالنتيجة لا تكون لصالح حماية حقوق الأفراد، لأن الإدارة تكون أمام موقف عدائي غير مفهوم تماماً من جانب قاض لا يعرف بطبيعته عمل الإدارة[٩].

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

المطلب الثاني:

عيوب نظام القضاء المزدوج[١٠]

١. التعارض مع مبدأ المشروعية:

يرى البعض بأن مبدأ المشروعية يتطلب وحدة القضاء كما بينا سابقاً، والواقع أن ذلك مغالطة وفهم خاطئ لمبدأ المشروعية، الذي وإن كان يستلزم خضوع كل من الحكام والمحكومين للقانون والقضاء، إلا أنه لا يقتضي حتماً ولا يستتبع بالضرورة وحدة القانون المطبق أو المحاكم المختصة، ولا شك أن نظام القضاء المزدوج يؤدي إلى ظهور مشكلة تنازع الاختصاص لكن حل هذه المشكلة لتحديد اختصاص كل جهة قضائية تحديداً دقيقاً من ناحية وبإيجاد محكمة أو هيئة تتولى حل منازعات الاختصاص من ناحية أخرى.

٢. محاباة الإدارة على حساب الحقوق والحريات:

وذلك انطلاقاً من تخصيص محاكم خاصة وقانون خاص مما يثير شبهة التحيز للإدارة وعدم نزاهة القضاة الإداريين، والواقع أن القانون الإداري لم يضع لمحاباة الإدارة على حساب الأفراد أو للمساس بحقوقهم وحرياتهم، بل هو قانون نوعي فيه مراعاة المصلحة العامة التي تمثلها الإدارة ويفرض عليها التزامات وأعباء تفوق تلك التي يمكن أن تفرض على الأفراد، والامتيازات المقررة للإدارة لم تعد امتيازات مقررة للإدارة كإدارة فقط، بل هي امتيازات مقررة للإدارة بصفتها المسئولة عن رعاية المصالح العامة، أي أنها مقيدة عند ممارستها لتلك الامتيازات بالمصالح العامة، والقضاء الإداري جهة قضائية مستقلة تصدر أحكاماً واجبة النفاذ في مواجهة الإدارة، ومن ثمَّ فلا مجال للمحاباة طالما أن القضاء الإداري مستقل ويصدر أحكاماً وليس مجرد توصيات. ومن جانبنا نؤيد القضاء المزدوج لكل المبررات التي قيلت، بالإضافة إلى أن هذا النظام هو امتداد لديوان المظالم الذي كان سائداً في الدولة الإسلامية، والاستمرار بالعمل بهذا النظام يؤكد التلازم بين القانون والشريعة الإسلامية الغراء.

المبحث الثالث

أمثلة للقضاء المزدوج

تمهيد وتقسيم:

لقد ظهر جلياً من خلال المبحث السابق والأدلة التي أوردناها من أفضلية نظام القضاء المزدوج على القضاء الموحد، ولتسليط الضوء أكثر على هذا النظام نتناول دراسة بعض الأنظمة التي تأخذ به، وعلى رأسها فرنسا ومصر، وعلى هدي ما تقدم نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نبين في المطلب الأول

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

نشأة وتطور مجلس الدولة الفرنسي، ونخصص المطلب الثاني للحديث عن نشأة وتطور مجلس الدولة المصري، بينما نبين في المطلب الثاني مبررات إنشاء مجلس دولة فلسطيني، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: نشأة وتطور مجلس الدولة الفرنسي.

المطلب الثاني: نشأة وتطور مجلس الدولة المصري.

المطلب الثالث: مبررات إنشاء مجلس دولة فلسطيني.

المطلب الأول:

نشأة وتطور مجلس الدولة في فرنسا[١١]

تمهيد وتقسيم:

ترجع نشأة القضاء الإداري الفرنسي إلى أسباب تاريخية ممثلة في الثورة الفرنسية سنة ١٧٨٩ حيث كان يسود نظام القضاء الموحد، فقامت الثورة بإنشاء محاكم جديدة بديلة للمحاكم القديمة التي كانت متهمة بالفساد والتدخل المستمر في شئون الإدارة، فضلاً عن الاستبداد ونعرض مراحل تطور المجلس، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: نظام الإدارة القاضية

الفرع الثاني: إنشاء مجلس الدولة

الفرع الثالث: القضاء البات أو المفوض

الفرع الرابع: تنظيم مجلس الدولة الفرنسي

الفرع الأول: نظام الإدارة القاضية

بعد نجاح الثورة قامت باتخاذ عدة إجراءات من أجل توحيد النظام الإداري في الدولة وتقوية السلطة المركزية من أجل ضمان وحدة الأمة الفرنسية، ومن أجل إعطاء الإدارة سلطة أوسع للقيام بتحقيق هذا الهدف كان لابد من إبعاد القضاء عن الإدارة، فأصدرت الجمعية التأسيسية القانون رقم ١٦-٢٤ أغسطس سنة ١٧٩٠م التي نصت مادته رقم ١٣ على استقلال الوظائف القضائية، وأن القضاة لا يستطيعون عرقلة الأعمال الإدارية و إلا ارتكبوا جريمة الخيانة العظمى، وفي السنة الثالثة صدر مرسوم يؤكد مرة أخرى مبدأ حرمان القضاء من التعرض للأعمال الإدارية وذلك بأي وجه من الوجوه. وبالتالي أصبحت المحاكم العادية ممنوعة نهائياً من التعرض للإدارة، سواء عن طريق الدعاوى التي ترفع ضدها أو عن طريق الدفوع التي تطرح أثناء نظر الدعاوى العادية، وقد أصبحت الإدارة هي الحكم والخصم في الوقت نفسه، ولم يكن يتصور في ظل ثورة فرنسا الحرة أن يدوم هذا الوضع الشاذ، لهذا بدأ في التفكير في إنشاء مجلس الدولة الفرنسي[١٢].

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

الفرع الثاني: إنشاء مجلس الدولة[١٣]

وكان ذلك عندما جاء نابليون بونابرت إلى الحكم، كانت أهم إصلاحاته إنشاء مجلس الدولة وذلك في دستور السنة الثامنة للثورة، وكان دور المجلس استشاري يقوم إلى جانب الإدارة العاملة، وتعرض عليه المنازعات الإدارية لفحصها وتقديم مشروع مرسوم بشأنها على أن يصدر المرسوم من رئيس الدولة متضمناً القرار النهائي الحاسم للنزاع، وبهذا كان يسمى هذا النظام بنظام» القضاء المقيد»، وفي نفس العام أنشأ نابليون بونابرت مجالس الأقاليم وجعلها خاضعة للمحافظين وتحت رئاستهم، ومنح تلك المجالس حق النظر في تظلمات الأفراد ضد رجال الإدارة مع احتفاظه(أي بونابرت) بالكلمة الأخيرة في هذا الشأن لأن قرارات هذه المجالس تستأنف أمام مجلس الدولة.

الفرع الثالث: القضاء البات أو المفوض[١٤]

بصدور قانون ٢٤ مايو سنة ١٨٧٢م انتهت مرحلة القضاء المقيد أو المحجوز لتبدأ مرحلة القضاء البات أو المفوض، حيث لم تعد أحكام المجلس في حاجة لتصديق أو موافقة من السلطة الإدارية، وإنما تكون نافذة بمجرد صدورها، وبذلك اكتملت سلطة المجلس وأصبحت أحكامه المصدر الرئيسي للقانون الإداري، بالإضافة إلى دوره في مجال الإفتاء وصياغة التشريعات.

والحقيقة أن مجلس الدولة كان مختصاً مباشرةً في حالات محددة بالقانون صراحة، وفيما عدا ذلك كان على أصحاب الشأن ضرورة اللجوء إلى الوزير المختص لمحاولة الحصول على حقوقهم، وكان يجوز لهم الطعن في قرارات الإدارة أمام مجلس الدولة كجهة استشارية.

وقد ظلَّ هذا الوضع حتى أصدر مجلس الدولة في ١٣ ديسمبر ١٨٨٩م حكمه الشهير في قضية Cadot والذي أجاز فيه للمدعي اللجوء إليه مباشرة دون سبق اللجوء إلى الوزير المختص للتظلم.

وفي ٣٠ سبتمبر لسنة ١٩٥٣م أصبحت المحاكم الإدارية هي صاحبة الاختصاص العام في المنازعات الإدارية، وأصبح مجلس الدولة جهة استئنافية ويقوم بنظر المنازعات الهامة وفي٣١ ديسمبر ١٩٨٧م أنشئت محاكم استئناف إدارية بجوار مجلس الدولة، وأصبحت هذه المحاكم تختص بنظر الطعون ضد الأحكام التي تصدرها المحاكم الإدارية، وذلك باستثناء الطعون المتعلقة بتجاوز السلطة وتقدير المشروعية والانتخابات المحلية والتي ترفع ضد الأعمال اللائحية والتي ظل الاختصاص بنظر الاستئناف فيها لمجلس الدولة.

الفرع الرابع: تنظيم مجلس الدولة الفرنسي

يتكون المجلس من هيئات قضائية وإدارية، ويعهد للأخيرة بوظيفة الاستشارة وتتمثل في قسم الشئون المالية والداخلية والأشغال العامة والشئون الاجتماعية بالإضافة إلى بعض الهيئات الأخرى التي أنشئت عام ١٩٦٣م[١٥]، وفي ١٩٧٥م أنشأت هيئة جديدة أطلق عليها لجنة التقرير وكانت تختص بإبداء الرأي حول مشروعات القوانين واللوائح[١٦].

أما الهيئات القضائية أو التشكيلات القضائية فتتمثل في مجلس الدولة والذي حدد مرسوم ١٩٥٣م

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

اختصاصاته باعتباره أول درجة على سبيل الحصر، وهي الطعون بسبب تجاوز السلطة والمنازعات المتعلقة بالمراكز الفردية للموظفين المعينين بمرسوم، والطعون الموجهة ضد أعمال إدارية يتجاوز نطاق تطبيقها دائرة اختصاص محكمة إدارية والمنازعات التي تنشأ خارج دائرة اختصاص المحاكم الإدارية ومحاكم المستعمرات والمنازعات التي تنشأ في دولة أجنبية أو في إحدى الدول التابعة للحماية الفرنسية، أما بالنسبة لاختصاص المجلس باعتباره محكمة استئنافية فيختص بالنظر في الطعون الموجهة ضد أحكام المحاكم الإدارية الإقليمية والمحاكم الإدارية لما وراء البحار.

ويختص المجلس بالنظر باعتباره محكمة نقض في الأحكام النهائية الصادرة من محكمة المحاسبات والمحكمة الخاصة بالإشراف على الميزانية والمحكمة الخاصة بمنازعات التجنيد أو بمنازعات التعليم أو بالمساعدات الاجتماعية، ويذكر أن جميع المحاكم السابقة لم ينص القانون على الطعن ضد أحكامها بالاستئناف حيث تصدر بصفة نهائية[١٧]. وتعتبر المحاكم الإدارية صاحبة الولاية العامة حيث أسند إليها بمقتضى مرسوم ١٩٥٣ مهمة الفصل في كل نزاع يوجد بدائرتها مركز السلطة الذي أصدر القرار المطعون فيه أو أبرم العقد محل النزاع بالإضافة لجميع الاختصاصات التي لا تدخل في الاختصاص المحدد لمجلس الدولة[١٨].

المطلب الثاني:
نشأة وتطور مجلس الدولة المصري[١٩]

تمهيد وتقسيم:

للحديث عن تطور القضاء الإداري في مصر لابد من تقسيم هذا التطور إلى مرحلتين، الأولى مرحلة القضاء الموحد والثانية مرحلة القضاء المزدوج (مجلس الدولة)، وذلك في فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: مرحلة القضاء الموحد

الفرع الثاني: مجلس الدولة

الفرع الأول: مرحلة القضاء الموحد[٢٠]

تبدأ مرحلة القضاء الموحد بإنشاء المحاكم المختلطة سنة١٨٧٥م لتفصل في المنازعات المدنية والجنائية التي يوجد بها عنصر أجنبي، ثم المحاكم الأهلية سنة١٨٨٣م، ولم يكن لهذه المحاكم ولاية القضاء الإداري بإلغاء القرار الإداري أو وقف تنفيذه، وإنما كان لها فقط التعويض عن الأضرار الناتجة عن القرارات أو الأوامر الإدارية أو الأعمال المادية غير المشروعة التي تلحقها بالأفراد أو بأموالهم وسواء كانوا من الأجانب أصحاب الامتياز أو من المواطنين.

والجدير بالذكر أن المحاكم المختلطة كان لها السبق في تقرير بعض المبادئ القانونية عن مجلس الدولة

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

الفرنسي في ذلك الوقت حيث قررت مبدأ مسئولية الإدارة على أساس مبدأ المساواة بين المواطنين في تحمل التكاليف العامة في ٣١يناير ١٩٠١م في قضية جيدوليفي، بينما لم يقرر مجلس الدولة الفرنسي هذا المبدأ إلا في قضية كويتياس في ٣٠ نوفمبر ١٩٢٣م.

وكانت توجد أيضاً إدارة قضايا الدولة (لجنة مستشاري الدولة) سنة١٨٦٥م، وكانت تختص بالدفاع عن الحكومة أمام المحاكم المختلفة وإبداء الرأي القانوني في تصرفات وأعمال الإدارة.

وكانت اللجنة الاستشارية التشريعية في سنة١٨٩٦م، والتي تختص ببحث التشريعات التي تريد الحكومة إصدارها.

الفرع الثاني: مرحلة مجلس الدولة

بعد إنشاء مجلس الدولة الفرنسي في عهد بونابرت قامت عدة محاولات في مصر لإنشاء مجلس دولة مشابه للوضع في فرنسا، ومن هذه المحاولات صدور الأمر العالي في ١٨٧٩/٤/٢٣م بإنشاء مجلس دولة في مصر ولكنه لم ينفذ[٢١].

ثم صدر قانون عام ١٨٨٣م بإنشاء مجلس شورى الحكومة مع قصر اختصاصاته على مسائل الفتوى والصياغة[٢٢]، ولكن أوقف العمل به عام ١٨٨٤م وعهد بمهمة الصياغة القانونية إلى إدارة قضايا الحكومة، والتي كانت قائمة منذ ١٨٦٥م، وفي عام ١٩٣٧م كانت محاولة لإنشاء مجلس دولة ولكنها لم تر النور، وفي عام ١٩٤١ تجددت المحاولات لإنشاء مجلس دولة ولكنها فشلت[٢٣].

وفي سنة ١٩٤٥م تقدم أحد أعضاء مجلس النواب إلى المجلس باقتراح قانون يتضمن مشروعاً مشابهاً لمشروع ١٩٤١م، فأحيل إلى لجنة الشئون التشريعية لدراسته، وعندئذ تقدمت الحكومة بمشروع آخر في إبريل من نفس العام، فكان هو الأساس الذي قام عليه قانون مجلس الدولة رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦م، حيث منح المجلس منذ إنشائه ولاية إلغاء القرارات الإدارية والتعويض عنها دون أن تكون أحكامه بحاجة لتصديق رئيس الدولة[٢٤].

وبذلك عرفت مصر للمرة الأولى نظام القضاء المزدوج، وأصبحت فيها جهتين للقضاء، الأولى تختص بالقضاء العادي والثانية تختص بالقضاء الإداري، ومن ثم تعاقبت القوانين التي تنظم عمل مجلس الدولة واختصاصاته فصدر القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ ثم القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ وأخيراً صدر القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢وتعديلاته والمعمول به حتى يومنا هذا.

الفرع الثالث: تنظيم مجلس الدولة المصري

عهد الدستور الحالي في جمهورية مصر العربية الصادر عام ١٩٧١م إلى مجلس الدولة بوصفه هيئة قضائية مستقلة بالنظر في المنازعات الإدارية وفي الدعاوى التأديبية، حيث نصت المادة ١٧٢ على أن» مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة، ويختص بالفصل في المنازعات الإدارية وفي الدعاوى التأديبية،

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى.

ولقد نصت المادة الأولى من قانون مجلس الدولة على أن «مجلس الدولة هيئة مستقلة»[٢٥].

ومن جميع ما سبق يتضح جلياً أن ولاية مجلس الدولة أضحت ولاية عامة، وأنه بات قاضي القانون العام بالنسبة للمنازعات الإدارية، وأن المسائل التي يختص بها لم تعد محددة حصراً في أحوال بذاتها، مع العلم أن ذلك لا يعني غل يد المشرع من إسناد الفصل في بعض المنازعات الإدارية إلى جهات قضائية أخرى، شريطة أن يكون ذلك استثناء وبالقدر الذي يقتضيه الصالح العام[٢٦].

ويتكون مجلس الدولة المصري من ثلاثة أقسام هم قسم الفتوى وقسم التشريع والقسم القضائي، ويضم القسم القضائي المحكمة الإدارية العليا ومحكمة القضاء الإداري والمحاكم الإدارية والمحاكم التأديبية وهيئة مفوضي الدولة، والجدير بالذكر أنه لا توجد في مصر محكمة بالمعنى الفني تسمى «مجلس الدولة» على عكس ما هو معمول به في فرنسا، وبالتالي فإن عبارة مجلس الدولة تستخدم للإشارة إلى مجموعة المحاكم والهيئات المكلفة بنظر القضايا الإدارية[٢٧].

المطلب الثالث

مبررات إنشاء مجلس دولة فلسطيني

لابد من إنشاء مجلس الدولة ووجود جهة قضائية مستقلة تقوم بالرقابة على أعمال الإدارة لتصحيح اعوجاجها فبالإضافة إلى مميزات القضاء المزدوج التي بيناها سابقاً فإن من مبررات إنشاء مجلس دولة فلسطيني[٢٨]:

١. إن إنشاء مجلس دولة بأبعاده المألوفة في دول القضاء الإداري هو درب من دروب التخصص وتقسيم العمل الأمر الذي أضحت نتائجه مميزة وملموسه على صعيد الإدارة ونشاطاتها المختلفة، وعلى صعيد حماية حقوق وحريات الأفراد.

٢. إن وجود مجلس للدولة يدفع باتجاه بروز قانون إداري متميز يلبي حاجات المجتمع المتطورة والسريعة خاصةً في مجتمع مثل فلسطين تجهد للخلاص سريعاً من تركة الاحتلال والتي دامت زمناً طويلاً.

٣. إن الأخذ بنظام مجلس الدولة ونتائجه يدفع إلى ترسيخ مبدأ المشروعية وسيادة القانون، وذلك لكبح جماح الإدارة وعدم اطلاق العنان لأهوائها، وذلك من خلال الرقابة القضائية التي تمارسها محاكم مجلس الدولة على القرارات الإدارية الصادرة من جهة الإدارة.

٤. إن طريقة تحضير الدعوى الإدارية والحكم فيها تسد ثغرة كبيرة في النظام القانوني والحفاظ على مبدأ المشروعية دون إغفال تطور الحياة في الجماعة ونظامها القانوني، علاوة على أن دور القاضي الإداري الإيجابي وسرعته في حسم الخصومة الإدارية يعني إعلاءً لمبدأ المشروعية.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

٥. أن للعقود الإدارية مميزات وخصائص كما بيَّن قانون العطاءات والأشغال العامة رقم ٨ لسنة ١٩٩٩ وقانون اللوازم العامة رقم ٩ لسنة ١٩٩٨، ولم ينجح القضاء غير المتخصص في تحقيق الأهداف التي ابتغاها المشرع.

٦. إن تأسيس مجلس الدولة في فلسطين يلبي حاجة نفسية متصلة لدى الكوادر الفلسطينية العائدة من الخارج، والتي يصعب عليها التأقلم والانتقال من مرحلة الثورة إلى مرحلة الدولة، كما أنه يلبي حاجات نفسية ألفها المتعلمون في المدرسة المصرية خاصة والعربية عامة، والتي تأخذ بالقضاء الإداري بجانب القضاء العادي.

٧. إن نظام القضاء الإداري المميز بمجلس الدولة هو تطوير للنظام القضاء الإسلامي المعروف (بديوان المظالم) وأخذت به بعض الدول العربية والإسلامية الأمر الذي يعني اتساق هذا النمط من القضاء مع الشريعة الإسلامية الغراء.

٨. إن الإصلاح الإداري يتطلب وجود قضاء إداري مستقل يستطيع محاسبة الموظفين العموميين من خلال المحاكم التأديبية، وإعطائهم حقوقهم وحمايتهم من تعسف الجهات الإدارية من خلال إلغاء القرارات الإدارية المخالفة للقانون.

٩. من المستقر عليه في النظام القانوني الفلسطيني وجود محكمة العدل العليا منذ مرسوم دستور فلسطين لسنة١٩٢٢م، ولقد آن الأوان لتطور هذا الجهاز القضائي ليلبي حاجة المجتمع أسوة بالمجتمعات المتقدمة الأخرى، وبذلك تكون هذه المحكمة نواة للقسم القضائي في مجلس الدولة.

١٠. لقد نص المشرع في المادة ١٠٢ من القانون الأساسي المعدل لسنة ٢٠٠٣م على جواز إنشاء محاكم إدارية تختص بالنظر في المنازعات الإدارية والدعاوى التأديبية ويحدد القانون اختصاصاتها الأخرى والإجراءات التي تتبع أمامها، فهذه إشارة واضحة إلى ولوج المشرع الدستوري باب النظم القضائية المزدوجة وإنشاء مجلس دولة.

١١. كما نصت المادة ٣٧من قانون تشكيل المحاكم رقم٥لسنة٢٠٠١م على أن» تتولى المحكمة العليا مؤقتاً كل المهام المسندة للمحاكم الإدارية والمحكمة الدستورية العليا لحين تشكيلها بقانون.....»، وهنا التقى المشرع البرلماني مع المشرع الدستوري في وجوب معالجة القصور في القضاء الإداري، ومجلس الدولة هو العنوان.

وقد نصت المادة الأولى من مشروع القانون على أن» مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة» وهذه المادة توافق نص المادة الأولى من قانون مجلس الدولة المصري بعد تعديلها كما ذكرنا سابقاً، وخيراً فعل واضعي المشروع وذلك لكي يكون للمجلس وقضاته شخصية مستقلة تستطيع مواجهة عسف الإدارة وهو يراقب مشروعية قراراتها.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

الخاتمة

بعد أن انتهينا من هذه الدراسة حول النظم القضائية المختلفة، وعلى التعرف على أمثلة لنظام القضاء المزدوج، ومدى أهمية القضاء المزدوج خاصة في دولة فلسطين.

لذلك نهيب بالمشرع الفلسطيني والقائمين على التشريع في فلسطين بسرعة اقرار قانون مجلس الدولة والذي مازال حبيس الأدراج منذ عام٢٠٠٣م، كما إننا قمنا بإعداد دراسة مستفيضة وشاملة لمشروع القانون ومدى أهميته وجوانب النقص فيه وكيفية معالجتها، كما ندعو بالقائمين على التشريع عدم محاولة معالجة الوضع القائم بجعل الدعاوى الإدارية على درجتين بدل من درجة واحدة كما هو الحال القائم الآن[٢٩].

وذلك لأهمية وجود المنظومة القضائية الإدارية المستقلة لأنها ذات طبيعة خاصة تختلف جملة وتفصيلاً عن القضاء العادي لجميع الأسباب التي بيناها في البحث، وبالإضافة إلى طبيعة هذا القضاء الذي يتطلب قضاة متخصصين.

كما أن مجلس الدولة يضم علاوة على القسم القضائي أقسام أخرى لا تقل أهمية عنه مثل قسم الفتوى وقسم التشريع والمكتب الفني وغيره من الأقسام

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

الهوامش

١ بعض الفقهاء الفرنسيين يطلق على مجلس الدولة اسم «قاضى الحريات» على اعتبار أن مجلس الدولة هو الذي يحمي الأفراد من تجاوزات الإدارة، وهو الذي يتصدى لقرارات السلطة التنفيذية المخالفة للقانون ويحكم بإلغائها لعدم مشروعيتها، انظر د. يحيى الجمل، مجلس الدولة.. حامي الحريات، ٢٠٠٨، عن موقع: www. ahl-alquran.com

٢ د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٧، ص٩٦، ٩٧.

٣ د. نعمان الخطيب، محكمة العدل العليا بين نظام القضاء الموحد ونظام القضاء المزدوج، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد السادس، العدد الثاني، يناير ١٩٩١، ص١٤.

٤ د. أنور رسلان، وسيط القضاء الإداري، مرجع سابق، ص٢٠٠ وما بعدها، د.محمود حافظ، القضاء الإداري في الأردن، مرجع سابق، ص٢٨ وما بعدها، د.محمد كامل ليلة، الرقابة على أعمال الإدارة مرجع سابق، ص٢٠١ وما بعدها، ود.محمود حافظ، القضاء الإداري في القانون المصري والمقارن، دار النهضة العربية، ١٩٩٣، ص١١٠، د. محمد محمد عبده أمام، القضاء الإداري، دار الفكر العربي، ٢٠٠٨، ص٦٩ وما بعدها.

٥ ذات المراجع السابقة في الإشارة السابقة.

٦ للمزيد حول هذا الموضوع راجع مؤلفنا الخصومة الإدارية ومستقبل القضاء الإداري في فلسطين، دار النهضة العربية، ٢٠١٠.

٧ بدأت مصر بالأخذ بهذا النظام فعلاً من عام ١٩٤٦م عندما تم إنشاء مجلس الدولة المصري بالقانون رقم ١١٢لسنة١٩٤٦م، وعهد إليه مهمة الفصل في المنازعات الإدارية، ولا يعني ذلك أن مصر لم تحاول قبل ذلك إنشاء مجلس دولة، انظر ما سيلي ص٤٩٩ومابعدها.

٨ أنور رسلان، مرجع سابق ص٢٠٨ وما بعدها ود. محمد كامل ليلة، المرجع السابق ص٢٤٥ وما بعدها ود. سليمان الطماوي، القضاء الإداري، مرجع سابق ص٢٦ ود. مصطفي أبو زيد، مرجع سابق ص٢٣، د.مازن ليلو راضي، بحث بعنوان «دور القضاء الإداري في حماية حقوق الإنسان « عن موقع: www.ao-academy.org

٩ نص المشرع الفلسطيني في المادة١٠٢ من القانون الأساسي المعدل لسنة ٢٠٠٣ على جواز إنشاء محاكم إدارية تنظر في المنازعات الإدارية والدعاوى التأديبية.

١٠ د. محمود حافظ، القضاء الإداري المصري، مرجع سابق ص١٤٦ ود. محمود حافظ، القضاء الإداري في الأردن، مرجع سابق ص٣٤ وما بعدها ود. أنور رسلان، مرجع سابق ص٢٠٦ وما بعدها ود. محمد كامل ليله مرجع، مرجع سابق ص٢٤٢ وما بعدها

١١ Gaudemet; les grands avis du conseil d'état, dalloz, 1997.p.36

Pacteau(B);Contentieux administratif,PUF, 6è éd, 2002.P.40-45-

وانظر أيضاً د. ربيع فتح الباب، القانون الإداري، ٢٠٠٥، ج١، ص٥٥ وما بعدها، د. رمضان بطيخ ود. ربيع فتح الباب، مرجع سابق، ص٢٣ومابعدها، د. أنور رسلان، القضاء الإداري، مرجع سابق ص٢٠٢ وما بعدها، د. محمد رفعت عبد الوهاب، مرجع سابق ص١٢٠ وما بعدها، جورج فيدال وبيار دلفولفية، مرجع سابق ص٧١ وما بعدها، ود. محسن خليل، القضاء الإداري، مرجع سابق ص١٣٩ وما بعدها، د. عدنان عمرو، القانون الإداري،

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

مرجع سابق ص١٤وما بعدها، د. محمد أبو عمارة، القضاء الإداري، مرجع سابق ص١٢٨ وما بعدها، د. ثروت بدوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦، ص٥٧ وما بعدها، د. محمد عبدالعال السناري، مجلس الدولة والرقابة القضاء على أعمال الإدارة ٢٠٠٢، ٢٠٠٣ مطبعة الإسراء ص٢١٠ وما بعدها، وانظر أيضاً أ. عبد الرحمن تشوري، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، ٢٠٠٨، عن موقع،www,free-syria.com

١٢ Dupuis(G) et José Guédon (M); Droit administatif, armand colin,1993,p

وراجع أيضاً: د. مازن ليلو راضي، الوجيز في القانون الإداري عن موقع: www.al-alam.com

وعرفت تلك الحقبة من الزمن باسم القضاء المحجوز حيث كان تعديل أي تصرف قانوني إداري أو نحوه لا يصدر إلا عن الإدارة انظر مقال د. بن أحمد حوكا، مفهوم القرار الإداري في الفقه التقليدي والاجتهادات القضائية، ٢٠٠٩، عن موقع: www.al-alam.ma

١٣ .Odent (R); Contentiex administratif ,les cours de droit, paris, 1976

.Eisenmann (CH); Cours de droit administratif, LGDJ, paris, 1983.p.56

١٤ .Chapus(R);Droit des Contentieux administratif,.op cit.p.775-776

١٥ Silvera(V);Le reforme du conseil d'état, sirey, 1963.P. 56

١٦ Silvera(V);Le reforme du conseil d'état, sirey, 1963.P. 56

١٧ Debbasch (ch) : l'ntitutions et droit administratife,.op cit., p.54

١٨ Gohin(O);Contentieux administratif,2002,op cit,p.98et99; chapus(R);Droit des Contentieux administratif,2006;op cit, p. 776 – 779 et Pacteau(B);Contentieux administratif,2002;op cit, .p.59-68

١٩ chapus(R);op cit, p.780-782

٢٠ بعض الفقهاء الفرنسيين يطلق على مجلس الدولة اسم «قاضي الحريات» على اعتبار أن مجلس الدولة هو الذي يحمي الأفراد من تجاوزات الإدارة، وهو الذي يتصدى لقرارات السلطة التنفيذية المخالفة للقانون ويحكم بإلغائها لعدم مشروعيتها، انظر د. يحيى الجمل، مجلس الدولة.. حامي الحريات، ٢٠٠٨، عن موقع: www.ahl-alquran.com

٢١ وحيد فكري رأفت، القانون الإداري، مطبعة العلوم، ١٩٣٨، ١٩٣٩، ص ٣٠٠ومابعدها، د. محمد مرغني، القضاء الإداري ومجلس الدولة، ١٩٩٣، ص١٠٥، د.عبدالغني بسيوني، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص٨٢ومابعدها، د.حسين عثمان، أصول القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٤، ص١٣٤ ومابعدها.

٢٢ د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، مرجع سابق ص١٢٣ وما بعدها، ويرجع عدم تنفيذ ذلك القرار إلى الظروف المالية والسياسية التي كانت تمر بها البلاد في تلك الفترة، للمزيد يراجع د. أنس جعفر، الوسيط في القانون العام، مرجع سابق، ص١٧٦، وليم سليمان قلادة، مجلس الدولة، تاريخه ودوره في المجتمع المصري، مجلة مجلس الدولة، السنة٢٧، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٨٠، ص١٣٥، المستشار، عمرو عبد الرحيم محمد، نشأة القضاء الإداري في مصر، عن موقع: http://pal-lp.org

٢٣ وذلك بعكس الحال في المجلس السابق حيث كان يختص بالقضاء والفصل في المنازعات راجع د. أنس جعفر، المرجع السابق، ص١٧٦.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

٢٤ ود. ثروت بدوي، القانون الإداري، مرجع سابق ص٧٠ وما بعدها، وليم سليمان قلادة، المرجع السابق، ص١٣٧، د. محمد أنس جعفر، المرجع السابق، ص١٧٦ومابعدها.

٢٥ د. ربيع فتح الباب، القانون الإداري القطري، مرجع سابق ص٢٥٠ وما بعدها، ومقال الدكتور/ عبد الحميد بدوي بعنوان «تحول لجنة قضايا الحكومة إلى مجلس الدولة، مجلة مجلس الدولة، س١، يناير ١٩٥٠، ص٣٥، د. عبد الفتاح حسن، مرجع سابق ص١٦ وما بعدها، ود. محمد كامل ليلة مرجع سابق ص٢٦٨وما بعدها، د. وليم سليمان قلادة بحث بعنوان «مجلس الدولة، تاريخه ودوره في المجتمع المصري» مجلة مجلس الدولة، السنة ٢٧، ١٩٨٠ ص١١٩ وما يليها.

٢٦ مستبدلة بالقانون رقم ١٣٦لسنة ١٩٨٤م، الجريدة الرسمية، ع٣١، في ١٩٨٤/٨/٢، وللإطلاع على تبعية مجلس الدولة المصري في القوانين المتعاقبة راجع د. محمد عبد العال السناري. مجلس الدولة. مرجع سابق ص٢٤٢ وما بعدها.

٢٧ مثال ذلك نص المادة ٨٣ من قانون السلطة القضائية « معدلة بالقانون رقم ١٤٢لسنة٢٠٠٦م» والتي عهدت إلى دائرة خاصة بمحكمة الاستئناف لنظر الطلبات التي يقدمها رجال القضاء والنيابة العامة بإلغاء القرارات الإدارية النهائية المتعلقة بأي شأن من شئونهم، وفي ذات المعنى راجع الطعن رقم ١١٢٥٠لسنة٤٧ق، جلسة ٢٠٠٤/٤/١٨ الدائرة السابعة عليا، مجموعة القوانين والمبادئ القانونية، المكتب الفني لهيئة قضايا الدولة، ٢٠٠٤___٢٠٠٥، ص٢٦.

٢٨ لمزيد من التفصيل راجع د. وليد سليمان قلادة، بحث سابق، ص١٣٢ وما بعدها.

٢٩ راجع المذكرة الإيضاحية للمشروع. ديوان الفتوى والتشريع الفلسطيني.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

دور التفتيش القضائي في معالجة ثغرات عمل القضاء /فساد / اهمال / تقصير

القاضي فتحي ابو سرور
عضو المحكمه العليا
رئيس دائرة التفتيش القضائي

نظراً لقدسية الرسالة التي يؤديها القاضي في تحقيق العداله التي ينشدها المجتمع واثر ذلك على الفرد والمجتمع والدوله، فقد اهتم الاسلام بالقضاء واعطاه من الاهمية ماهو جدير بها فقد جاء في القرآن الكريم بسم الله الرحمن الرحيم (واذا حكمتم بين الناس ان تحكموا بالعدل) صدق الله العظيم وكما تحدث الرسول (ص) عن القضاء في مواضع كثيرة ونذكر جميعاً رسالتي امير المؤمنين عمر بن الخطاب في القضاء الى الصحابي ابي موسى الاشعري ومعاوية بن ابي سفيان ولا يفوتنا ان نذكر ما قاله الخليفة الراشدي الخامس عمر بن عبد العزيز حيث قال (اذا كان في القاضي خمس خصال فقد كمل وهي علم بما كان قبله ونزاهة عن الطمع وحلم عن الخصم واقتداء بالائمة ومشاورة اهل العلم والرأي) .

فالقضاء قد يتعرض لاخطاء من آثارها حرمان المواطنين من محاكمة عادلة ونزيهة حيث تجنح موازين العداله ويحبط المواطن العادي وتذهب اصوات الابرياء ادراج الرياح فيما يفلت المذنب دون عقاب مما يزيد من انتهاكات حقوق الانسان جراء هذه الثغرات التي تطال القضاء والتي هي محور هذه البحث.

ولعل من ابرز هذه الثغرات واهمها (الاهمال، التقصير ، الفساد) حيث تبرز وتزداد هذه الظواهر عند ضعف الجهاز القضائي وغياب استقلاليته وانعدام نزاهته مما يؤدي الى عدم المهنية وفقدان قيمة العمل والتقبل النفسي لفكرة التفريط في معايير اداء الواجب الوظيفي وتراجع الاهتمام بالحق والشعور بالظلم مما يؤدي بالنتيجة الى الاحتقان الاجتماعي وانتشار الحقد بين شرائح المجتمع.

وسنتناول ثغرات الاهمال والتقصير والفساد على التوالي:

اولاً : الاهمال

جاء لفظ الاهمال وهو مصدر اهمل من قولهم هملت الابل ... تركت وليلاً ونهاراً دون رعاية او عناية، واهمل الشيء تركه ولم يستعمله عمداً او نسياناً، وتهامل في الامر تكاسل فيه وهذا هو ما يتصل بموضوعنا فأهمل الشيء تكاسل فيه ولم يعطه حقه في العمل والبحث والحلول القضائية.

وهكذا من مظاهر الاهمال في القضاء ولنقل الاهمال المقصود اولاً لانه الاقل في هذا المجال ويكون ذلك من اجل استبعاد ملفات معينه قد لا يكون الوقت مناسباً لبحثها او البت فيها او تأجيل الفصل فيها لوقت اخر بسبب ظروف سياسية او صحية او متصله بعمر المتهم ان كان قاصراً وكذلك استئخار نظر الدعوى لاسباب قانونية وهذه الامور مقصودة وهي ليست من صور الاهمال.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

اما الاهمال المعروف والمنتشر فهو العائد الى الوان من الكسل او التكاسل، كعدم استخدام كل الوقت في اداء العمل الرسمي وكذلك عدم العمل على احضار الشهود او تأخير وصول الادله والاوراق الثبوتية او تأجيل الدعاوى الى ايام يصادف فيها اعياد او عطل رسمية او تأجيل الدعوى دون سبب قانوني اكثر من مرة، وكذلك عدم دراسة الملف لاصدار القرار في الوقت المناسب وعدم تأخير كتابة القرار. وهذه كلها تؤدي الى تأجيل الدعاوى احياناً الى سنوات مما يجعلها وكأنها اهملت فهذه الامور لا تجوز ابداً في بحث القضايا التي يؤدي تأجيلها الى آثار سلبية كان من الواجب تلافيها.

ثانياً : التقصير

هو من امراض وعيوب القضاء وقد جاء معنى لفظ التقصير من قولنا قصر قصوراً الشيء نقص ورخص ومنه قصر قصوراً عن الشيء كف عنه وتركه مع العجز عنه وقصر عن الامر امسك عنه مع القدرة عليه وقصر عن الشيء تركه وهو لا يقدر عليه.... والتقصير انواع فقد يكون التقصير عن عدم القدرة كأن يكون المتهم من ذوي السلطة او السطوة او الجاه او الثروة او القدرة وبهذا قد يكون في الحكم عليه ما يشكل اعتقاداً لدى القاضي ان هناك ضرر سوف يقع عليه والواجب على القاضي ان يحكم في القضية ولا يخشى في قول كلمه الحق لومة لائم ولكن ان استشعر الحرج لنتائج قد تكون وخيمة عليه، فعليه ان يقدم التماساً الى رئيس المحكمه بتنحيته عن اصدار حكم في القضية بدلاً من تجاهل الحق والعدل والتظاهر بأنه قصر في التعامل معها.

واما التقصير مع القدرة فقد يكون عن الكسل والنسيان واللهو والبعد عن القضية واهمالها وقد يكون كذلك عن الجهل وقله الخبرة في القضاء وهذا ماحذر منه الحديث الشريف في انواع القضاة وكذلك التقصير في البحث والاستشارة والدراسة والمقارنة بين القضايا المختلفه ذات اللون الواحد من اجل الوصول الى الحكم العادل والسليم للقضية او في البحث والتقصي والمتابعه عن الادلة والاثباتات مهما كانت صغيرة كذلك عدم مطابقة الدعاوى اليومية مع الاجندة الخاصة، وايضاً عدم المتابعه اليومية لادارة شؤون موظفي المحكمه.

ثالثاً : الفساد القضائي

اما الفساد فقد جاء من معنى فسد فساداً ضد صلح ومنه فاسد القوم اساء اليهم ففسدوا عليه، والفساد اذاً ضد الاصلاح والفساد فساد وضرر في كل شيء، فالفساد القضائي هو سلوك في عدم الالتزام بتطبيق احكام القانون واجب النفاذ، يتمثل في حرمان المواطنين من التمتع بمحاكمة عادلة ونزيهة تطلعاً الى تحقيق مآرب خاصة مادية او معنوية، وبتعريف مختصر هو سلوك انساني سلبي تحركه المصلحة الذاتية والفساد في القضاء موجود وقد يكون على سبيل المثال لا الحصر في مايلي:

١. تعيين القضاة غير الجديرين بهذا المركز الحساس
٢. ترقيات القضاة الى مراكز اعلى لا بالجدارة والاستحقاق وانما بالقرابة او المصلحة الشخصية او المجامله على حساب حق الغير.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

٣. الاجتهاد المتعمد في مورد النص خدمة للمتهم احياناً وتطبيق مجرد النص على متهم اخر كقضايا الشروع الناقص والشروع التام وهتك العرض والاعمال المنافية للحياء وغيرها، فالقاضي يطبق القانون في الظروف التي يريدها.
٤. قد يستبعد القاضي بعض الادلة بهدف تبرئة الجاني دون سبب قانوني.
٥. قد يقوم القاضي بتشويه شهادة الشاهد قبل اصدار حكمه خاصة اذا كان الشاهد امياً لا يجيد القراءة والكتابة، وكذلك الامر في اعتراف المتهم اذا كان المتهم امياً.
٦. قد يقوم القاضي برفض ابراز مستند منتج في القضية.
٧. قد تفسد القضايا الجنائية قبل وصولها الى المحاكم اذا ما عبثت الشرطة بالادلة التي تؤيد الاتهام الجنائي.
٨. قد تعبث النيابة العامه في لائحة الاتهام لقطع الطريق امام اي سبيل للانصاف القانوني.
٩. تراكم القضايا ومضي سنوات طويلة في انتظار الفصل فيها مع القدرة على البت فيها.
١٠. قله الرواتب وانعدام التدريب القضائي وعدم الالتزام بمدونات السلوك يجعل من بعض افراد الاسرة القضائية عرضة لقبول المنفعة الشخصية.
١١. سوء المعاملة بين الخصوم، اي معامله خصم بالرفق واللين والحسنى والخصم الاخر بالحدة والعنف والقسوة.
١٢. استبعاد شاهد اساسي وعدم سماع شهادته او قبول شاهد دون اخر او قبول وثيقة دون اخرى او استدعاء شاهد دون اخر.
١٣. وقد يكون ذلك وهو الاسوأ والابعد عن الدين والحق والضمير والقانون اذا كان في الرشوة المادية والواسطة والمحسوبية لعمل فعل او الامتناع عن القيام به، كإصدار حكم معين او الابطاء او التسريع في نظر قية معينة او قبول او رفض الطعن.
١٤. وقد يكون في تأجيل متعمد لقضية ما حتى يحدث امر ما لاحد اطرافها.
١٥. وقد يكون في الحكم الظالم على احد الخصوم ظلماً وعدواناً مقابل منفعه معينة او براءة الطرف الاخر بسبب علاقة او قرابة او مصلحة.
١٦. سوء استخدام ميزانيات السلطة كقيام رئيس السلطة القضائية بتعيين افراد من معارفه في وظائف المحكمه او التلاعب بعقود البناء او ايجارات دور القضاء او المشتريات او غير ذلك.
١٧. عدم المساواة في توزيع القضايا وتخصيصها.
١٨. تلاعب كتبة المحاكم ورؤساء الاقلام مقابل منفعه مادية لفقدان الملف او الادلة التي بدورها قد تؤثر في نتيجة الحكم.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

ان الفساد مرض خطير في كل مجالات الحياة ويتمثل اكثر خطورة في مجال القضاء.
ولكن السؤال المطروح ماهو دور التفتيش القضائي في معالجة ثغرات القضاء التي تطرقت اليها؟
باستعراض لائحة التفتيش القضائي في فلسطين ولوائح التفتيش القضائي في بعض الدول والاطلاع على مشروع القانون الاسترشادي العربي الموحد للتفتيش القضائي فإنني اجد ان اختصاصات دوائر التفتيش تنحصر في الجوانب التالية:

اولاً : التفتيش على اداء القضاة ن حيث:

١. فحص عدد التي فصل او شارك فيها القاضي.
٢. مراجعه اداء القاضي من حيث القدرة المهنية واللغوية والتنظيمية وكفاءته القضائية ومقدرته في الاداء كماً وكيفاً.
٣. انضباطه بالسلوك وانتظامه بالعمل وموالاته الاجراءات والوقت الذي يستغرقه في اداء ما يوكل اليه من عمل.
٤. اسباب الغاء احكام القاضي او نقضهااو تعديلها.
٥. نتائج الدورات التدريبية التي شارك فيها.
٦. الاستعداد الذهني والثقافه القانونية .
٧. السلوك الشخصي، والمظهر العام، وطريقه التعامل مع الاخرين.
٨. القدرة على ادارة العمل القضائي في توجيه العاملين تحت امرته.

ثانياً : الشكاوى المحاله الى الدائرة وتنحصر بما يلي:

١. الشكاوى التي تقدم ضد القضاة فيما يتعلق بالتأجيلات الطويلة غير المبررة في الدعاوى التي ما زالت قيد النظر.
٢. الشكاوى المتعلقة بالامور الادارية، كتحديد المواعيد للنظر في الدعاوى واسباب التأجيلات وموافقتها للقانون واسباب اطاله امد التقاضي ومدى استغلال الوقت في فصل الخصومات والتأجيل غير المبرر للنطق بالحكم وعدم تسليم الخصوم صورة عن الحكم بعد تلاوته قبل انتهاء مدة الطعن...الخ.
٣. الشكاوى المتعلقه بالامور المسلكية، كالسلوك السلبي للقاضي مع اطراف الدعوى، والاسلوب الذي لا يعبر عن نزاهته في عمله، وعدم محافظته على ادارة مجلس الحكم، وهيبته من خلال صبره ودماثة خلقه ووقاره.

ثالثاً : تقييم اعمال السادة القضاة وفق الآلية والكيفية المعدة لذلك.

ان تلك هي اختصاصات دوائر التفتيش القضائي التي لا تتضمن اية قواعد تبيح للمفتش القضائي التدخل في الاعمال الموضوعية للقاضي مادام القانون قد رسم طرقاً للطعن في الاحكام والقرارات

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

الصادرة عن المحاكم لتضمنها مخالفات قانونية او اجرائية . ذلك ان عبارات النصوص في اللوائح وردت بصيغه مطلقة وواضحة فلا محل للتفسير او الاجتهاد لان النص اذا كان قطعي الدلالة على المراد منه فلا يجوز تقييد مطلق بالنص وتخصيص عمومه بغير مخصص.

خلاصة الرأي:

على ضوء ما تم بيانه وحيث ان استقلال القضاء ليس غاية بحد ذاته، وانما قيمة قانونية ووطنية عليا، تقوم على الفصل المرن بين السلطات وعلى الضوابط والموازين وتتعزز بمبادئ النزاهة والشفافية والمساءلة واحترام الحقوق والواجبات، واذا كان استقلال القضاء ضمانة حامية لاستقلال القاضي فإن استقلال الاخير في قضائه وخضوعه لحكم القانون وضميره هو حجر الاساس في استقلال القضاء، آخذين بعين الاعتبار ان اية مؤسسة رسمية او شبه رسمية او قطاع خاص ان لم يكن فيها جهاز رقابي على اداء العاملين فيها يسودها الضعف والترهل والفساد.

وحيث ان دائرة التفتيش القضائي تضطلع بالدور الرقابي اساساً على اداء القضاة من الناحيتين المسلكية والادارية لذا يجب ان يكون لها دوراً رقابياً على الناحيتين الاجرائية والقانونية مع مراعاة عدم التدخل في استقلال القاضي وذلك عند وجود شبهة في قضية ما زالت قيد النظر على ان يتم ذلك وفقاً للالية التالية:

١. وجود شكوى لدى الدائرة تتعلق بمظهر من مظاهر الفساد (كالرشوة او المحاباة او المحسوبية او الواسطة) ويكون للمفتش القضائي مطلق الصلاحيات في اجراء التحقيقات اللازمة مع كافه الاطراف وصولاً الى كشف الحقيقة.
٢. منح الدائرة صلاحية الاطلاع على اي ملف قضائي قيد النظر لفحص ما تم فيه من اجراءات لكشف السلبيات ان وجدت والتي قد تؤثر على نتيجة الفصل في القضية.
٣. ان تقوم الدائرة اثناء فحص الملفات لاغراض التقييم والتي صدرت فيها احكاماً قطعية بكشف السلبيات التي تتضمن احدى مظاهر الفساد واجراء التحقيقات اللازمة بشأنها دون الحاجة الى تقديم شكوى من المتضرر.
٤. ان يكون للدائرة الحق في مساءلة القاضي عن تصرفاته خارج الدوام الرسمي وتدوين تلك الملاحظات في سجله السري وتزويد مجلس القضاء الاعلى بها.
٥. تعيين مفتشين من القضاة اصحاب الخبرة العملية والعلمية في الشأن القضائي من حيث اجراءات التقاضي والقواعد القانونية المشهود لهم بالحيادية والاستقامة والجرأة.
٦. ان يكون لدائرة التفتيش القضائي دور فعال في التشكيلات القضائية وتنقلات السادة القضاة.
٧. اهتمام السادة رؤساء المحاكم بمراقبة اعمال السادة القضاة الذين يعملون في محاكمهم وتزويد دائرة التفتيش القضائي بتقارير دورية شهرية عنهم.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

احكام صادرة عن المحكمة العليا الفلسطينية المناط بها القيام بمهام المحكمة الدستورية العليا لحين تشكيلها والتعليق عليها

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

طعـن دسـتوري
رقم: ١/ ٢٠١١

السـلطـة الوطنيـة الفلسـطينيـة
السـلطـة القضـائيـة
المحكمـة العليـا بصفتها الدستورية

القـــرار

الـصادر عـن المحكمـة العليـا بـصفتها محكمـة دسـتورية والمأذونـة بـإجراء المحاكمـة وإصـدار الحكـم باسـم الـشعب العربـي الفلـسطيني

الهيئـة الحاكمـة : برئاسة السـيد القاضي فريد الجلاد رئيس المحكمة العليا
وعضويـة السادة القضاة سامي صرصور، محمد شحادة سدر،
عماد سليم، إيمان ناصر الدين، عزمي طنجير، خليل الصياد

الطـاعـن: سامي محمد خليل زيدات/ بني نعيم
وكيلاه المحـاميان عبد الكريم فراح وذياب البو/ الخليل

المطعـون ضدهم: ١. فخامة رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية بالإضـافة لوظيفتـه يمثلـه عطوفة النائب العام
٢. عطوفة رئيس مجلس وزراء السلطة الوطنية الفلـسطينية بالإضـافة لوظيفته يمثله عطوفة النائب العام
٣. مجلس وزراء السلطة الوطنية الفلسطينية يمثله النائب العام
٤. هيئة القضاء العسكري ممثلة برئيسها وأعضائها
٥. النائب العام العسكري وأعضاء النيابة العسكرية بالإضافة لوظائفهم
٦. المحكمة العسكرية الدائمة ممثلـة برئيـسها وأعـضائها بالإضـافة لوظائفهم

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

طعـن دسـتوري
رقم: ١/ ٢٠١١

٧. عطوفة النائب العام بالإضافة لوظيفته/ رام الله
٨. مدير جهاز الأمن الوقائي العام في الضفة الغربية بالإضافة لوظيفته/ رام الله
٩. مدير جهاز الأمن الوقائي في الخليل بالإضافة لوظيفته

الإجـــــــراءات

تقدم الطاعن بواسطة وكيليه بهذا الطعن مؤرخ في ٢٠١١/٦/٣٠ للطعن أمام المحكمة الدستورية في دستورية:-

١. قانون أصول المحاكمات الجزائية الثوري لمنظمة التحرير الفلسطينية لسنة ١٩٧٩.

٢. قانون العقوبات الثوري لمنظمة التحرير الفلسطينية لعام ١٩٧٩.

٣. القرار الصادر عن المدعي العام العسكري بتوقيف الطاعن من تاريخ ٢٠١٠/١/١٧.

٤. القرار الصادر عن المحكمة العسكرية الدائمة/ الجنوب- الخليل، المتضمن ((تعديل وصف التهمة لتصبح الشروع في الخيانة وفقاً لأحكام المادة (١٣١) فقرة (١) معطوفة على المادة (٧١) فقرة (٥) من قانون العقوبات العسكري الفلسطيني لعام ١٩٧٩ وإدانته وفقها والحكم عليه بالحبس لمدة أربعة سنوات محسوباً له مدة توقيفه منذ ٢٠١٠/١/١٧ حكماً وجاهياً و بالإجماع قابلاً للطعن وخاضعاً للتصديق)).

يستند الطعن للأسباب التالية:-

١. المستدعي (الطاعن) مواطن فلسطيني وهو مواطن مدني ليس له علاقة بالشأن العسكري ولم يكن منضويا أو منتمياً لأي جهاز عسكري أو أمني.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

طعـن دسـتوري
رقم: ١/ ٢٠١١

٢. تم توقيف الطاعن من قبل جهاز الأمن الوقائي في الخليل ثم جرى توقيفـه بتـاريخ ٢٠١٠/١/١٧ من قبل النيابة العسكرية وأُحيل بعد ذلك ليحاكم أمام المحكمة العسكرية الدائمة في الخليل بموجب لائحة إتهام صادرة ومقدمة من المدعي العام العسكري.

٣. بتاريخ ٢٠١٠/٤/٦ أصدرت المحكمة العسكرية الدائمة في الخليل قرارها المتـضمن تعديل وصف التهمة لتصبح الشروع في الخيانة وفقاً لأحكام المادة (١٣١) فقرة (١) معطوفة على المادة (٧١) فقرة (٥) من قانون العقوبات العسكري الفلـسطيني لعـام ١٩٧٩ وإدانة الطاعن وفقها والحكم عليه بالحبس لمدة أربعة سنوات محسوباً له مدة توقيفه منذ ٢٠١٠/١/١٧.

٤. إن القانونين المطعون في دستوريتهما وهما قانون العقوبات الثوري لمنظمة التحرير الفلسطينية لعام ١٩٧٩ وقانون المحاكمات الجزائية الثوري لعام ١٩٧٩ لـم يكونـا مطبقين في الضفة الغربية وقطاع غزة قبل تاريخ ١٩٩٤/٥/١٩ وبالتالي لا أسـاس قانوني لتطبيقهما كما أنهما لم يُقرا من المجلس التشريعي الفلسطيني صاحب الحـق والإختصاص في ذلك ولم يصدرا عن رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية وهما بـذلك يخالفان نص المادة (٤١) من القانون الأساسي كما أن القانونين المشار إليهما يخالفان المادة (٤٧) من هذا القانون وكذلك المواد ٦٨-٧١ من النظـام الـداخلي للمجلـس التشريعي الفلسطيني.

٥. إن حرية الفرد أصبحت منتهكة بتطبيق القانونين المطعون فيهما وذلك من قبل النيابة العسكرية والمحاكم العسكرية وأصبح هناك تغول من الجهات الأمنية على الحقـوق والحريات الشخصية للأفراد يؤدي إلى هدم البناء القانوني للسلطة الوطنية الفلسطينية وفيه مخالفة لنص المادة ٢/١٠١ من القـانون المعـدل للقـانون الأساسـي التـي

الكاتب-دقق:
م.ف

الرئيـــس

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

طعـن دسـتوري
رقم: ١/ ٢٠١١

نصت على أن تُنشأ المحاكم العسكرية بقانون خاص وليس لها أي إختصاص خـارج نطاق الشأن العسكري.

إن كافة إجراءات توقيف الطاعن جاءت مخالفة للقانون الأساسي وأن إدانة الطـاعن والحكم عليه بتهمة الشروع بالخيانة تخالف حتى القوانين موضوع الطعن مما يوجب الإفراج عنه فوراً.

وبناءً على هذه الأسباب طلب وكيلا الطاعن ما يلي:-

١. إصدار الأمر بوقف تنفيذ الحكم الصادر عن المحكمة العـسكرية الدائمـة لجنـوب المحافظات الشمالية في القضية رقم ١٩/م.د/٢٠١٠.

٢. الإفراج الفوري عن الطاعن إلى أن يتم الفصل في هذا الطعن والحكم بعدم دستورية القانونين والقرارات المطعون في عدم دستوريتها.

٣. الحكم بعدم دستورية تشكيل المحاكم العسكرية وعدم دستورية كل من قانون أصـول المحاكمات الجزائية الثوري وقانون العقوبات الثوري لسنة ١٩٧٩ لعـدم سـريانهما وتطبيقهما داخل أراضي السلطة الوطنية الفلسطينية وإلغاء كافة الآثار المترتبة علـى تطبيق هذين القانونين وأي قرار صدر عن أي محكمة عسكرية بحق الطاعن.

٤. تضمين المستدعى ضدهم (المطعون ضدهم) الرسوم والمصاريف وأتعاب المحامـاة والحكم بإعادة التأمين.

تقدمت الجهة المطعون ضدها بلائحة جوابية بواسطة النيابة العامة تضمنت طلب رد الطعن لعدم الإختصاص وللتناقض وبينت فيها أن القانونين المطلوب إلغاءهمـا صـادرين بقـرار تشريعي عام ١٩٧٩ وأن القانون الأساسي لم يعدل أو يلغي القوانين والأنظمة المطبقة علـى

الكاتب-دقق: **الرئيـس ،**

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

طعـن دسـتوري
رقم: ١/ ٢٠١١

العسكريين وأن القانونين المشار إليهما هما الساريين أمام المحاكم العسكرية الخاصة بالشأن العسكري وهما باقيان في نطاق إختصاصهما.

وقد طلبت النيابة سنداً لذلك رد الطعن واعتباره كأن لم يكن.

المحـكمـــــة

بعد التدقيق والمداولة والإطلاع على الأوراق وبالإنصات لمرافعة كل من طرفي هذا الطعن وطلباته وبعد الرجوع إلى القانونين والقرارين المطعون بدســتوريتها وفيمــا يتعلــق بالقرارين المطعون فيهما المشار إليهما تحت عبارة موضوع الطعن وهما: القرار الــصادر عن المدعى العام العسكري بتوقيف الطاعن منذ تاريخ ٢٠١٠/١٠/١٧ والقرار الصادر عن المحكمة العسكرية الدائمة/ الجنوب- الخليل بتاريخ ٢٠١٠/١٠/٦.

وفي ذلك نجد أن القرار الأول القاضي بتوقيف الطاعن الصادر عن المدعي العــام العسكري لا يغدو كونه قراراً يندرج ضمن القرارات الإدارية التي لا يُطعــن فيهــا أمــام المحكمة الدستورية إنما رسم المشرع طريقاً للطعن فيه أمام مرجع قضائي آخر وأن ما أفاده وكيل الطاعن بشأنه ليس إلا من قبيل الطلبات التي هي من نوع المعارضة في الحبس التــي يطلب فيها إصدار أوامر الإفراج عن الأشخاص الموقوفين بوجه غير مشروع والتي أنــاط المشرع النظر فيها لمحكمة العدل العليا وفق أحكام المادة (٣٣) من قانون تــشكيل المحــاكم النظامية وبالتالي فإن الطعن المنصب أمام هذه المحكمة عن القرار المشار إليه يغدو غيــر مقبول قانوناً ومستوجب الرد لعدم الإختصاص ونقرر رده لهذا السبب.

الكاتب-دقق:

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

طعـن دسـتوري
رقم: ١/ ٢٠١١

أما فيما يتعلق بالقرار الثاني المطعون فيه دستوريا وهـوَ الـصادر عـن المحكمـة العسكرية الدائمة/ الخليل فإن الطعن فيه أمام هذه المحكمة لا يقوم على أسـاس قـانوني ولا يتفق ووظيفة المحكمة الدستورية التي حُددت إختصاصاتها بموجب المادة (٢٤) من قانونهـا رقم (٣) لسنة ٢٠٠٦ الصادر بتاريخ ٢٠٠٦/٢/١٧ هذا فضلاً عن أن الحكم المـشار إليـه الصادر عن المحكمة العسكرية هو حكم عسكري قضائي يعود مرجع الطعن فيـه للمحكمـة العسكرية المختصة بنظر الطعون المقدمة ضد حكم قضائي صادر عن مرجـع قـضائي ذو إختصاص وبالتالي فإن الطعن بالحكم المشار إليه أمام المحكمة الدستورية لا يكون مقبـولاً لعدم إختصاص هذه المحكمة النظر فيه وبالتالي نقرر عدم قبوله ورده.

أما بخصوص الطعن في دستورية كل من قانون أصول المحاكمات الجزائية الثوري وقانون العقوبات الثوري لمنظمة التحرير الفلسطينية لعام ١٩٧٩ والقائم على الإدعاء بأنهما مخالفان للقانون الأساسي المعدل لسنة ٢٠٠٣ فإننا في ذلك نجد أن الطاعن ومن خلال لائحة طعنه قد تعرض للمرحلة الزمنية التي تلت تولي السلطة الوطنية الفلسطينية زمام الأمور في الأراضي الفلسطينية (الضفة وغزة) والقرارات التي صدرت منذ ذلك الوقت في أواخر عام ١٩٩٤ وأشار من خلال ذلك للقرار رقم (١) لسنة ١٩٩٤ الصادر عن الرئيس الراحل ياسر عرفات بشأن إستمرار العمل بالقوانين والأنظمة التي كانت سارية المفعـول قبـل تـاريخ ١٩٦٧/٦/٥ في الأراضي الفلسطينية (الضفة وغزة) حتى توحيـدهما واسـتمرار المحـاكم النظامية والشرعية والطائفية على إختلاف درجاتها في مزاولـة أعمالهـا وفقـاً للقـوانين والأنظمة المعمول بها كما أشار أيضاً إلى أن هذا القرار عُدل بالقانون رقم (٥) لعام ١٩٩٥ الذي نص على ان تؤول إلى السلطة الفلسطينية جميع السلطات والصلاحيات الواردة فـي التشريعات والقوانين والمراسيم والمنشورات والأوامر السارية المفعول في الضفة الغربيـة وقطاع غزة قبل تاريخ ١٩٩٤/٥/١٩.

العدالة والقانون

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

طعـن دسـتوري
رقم: ١/ ٢٠١١

والذي نراه في هذا السياق أن المشهد التشريعي والقضائي الـذي عايـشه الـشعب الفلسطيني لم يقتصر فقط على هذه المرحلة التي تعرض لها الطاعن ولم تنحـصر عمليـة التشريع وإصدار القوانين في تلك المرحلة فقط إنما كان هناك مرحلة سبقتها قبل أن تتـولى السلطة الفلسطينية إدارة الأراضي الفلسطينية نهاية عام ١٩٩٤ تلك المرحلة التي كانت فيها منظمة التحرير الفلسطينية باعتبارها الممثل الشرعي للـشعب الفلـسطيني تـدير الأمـور والشؤون المتعلقة بحياة الشعب الفلسطيني بمختلف المجالات بما في ذلك المجال التـشريعي وكان ذراعها العامل في هذا الشأن هو المجلس الوطني الفلسطيني الـذي يمثـل (الـسلطة التشريعية) في المنظمة ومن ضمن صلاحياته إصدار القوانين والتشريعات والأنظمة واللوائح المنظمة للعمل الفلسطيني خارج أرض الوطن وفي الشتات بكافة المجـالات تحـت مظلـة منظمة التحرير الفلسطينية وكان من ضمن تلك التشريعات القانونين المطعون فيهما اللـذان صدرا بناءً على أحكام ميثاق منظمة التحريـر الفلـسطينية وقـرارات المجلـس الـوطني الفلسطيني.

وقد أعلن عن هذين القانونين بموجب القـرار التـشريعي رقـم (٥) الـصادر فـي ١٩٧٩/٧/١١ الموقع من المرحوم ياسر عرفات بصفته رئيساً للجنة التنفيذية لمنظمة التحرير الفلسطينية حيث جاء في القرار المشار إليه ما يلي:-

((بناءً على أحكام ميثاق منظمة التحرير الفلسطينية وقـرارات المجلـس الـوطني الفلسطيني قررنا وأصدرنا القرار التالي:

أولاً: يُعمل بالقوانين الآتية إعتباراً من تاريخه:

أ.قانون أصول المحاكمات الجزائية الثوري لمنظمة التحرير الفلسطينية.

ب.قانون العقوبات الثوري لمنظمة التحرير الفلسطينية.

الكاتب-دقق:

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

طعـن دسـتوري
رقم: ١/ ٢٠١١

ت.قانون السجون- مراكز الإصلاح- لمنظمة التحرير الفلسطيني.
ث.نظام رسوم المحاكم الثورية لمنظمة التحرير الفلسطينية.

ثانياً: يعتبر القرار التشريعي رقم (١) الصادر بتاريخ ١٩٧٨/٥/٦ لاغياً إعتباراً من تـاريخ صدور هذا القرار.

ثالثاً: ينشر هذا القرار ويعمم على جميع الأجهزة المختصة ....))

يتضح من ذلك أن قانون أصول المحاكمات الجزائي الثوري وكذلك قانون العقوبـات الثوري المطعون في دستوريتهما قد صدرا عن جهة كانت حين إصدارهما مختـصة ولهـا الصلاحية في وضع القوانين المنظمة للعمل الفلـسطيني ضـمن إطـار منظمـة التحريـر الفلسطينية وفي وقت لم تكن المؤسسة التشريعية الفلسطينية أي المجلس التشريعي الفلسطيني قائماً الأمر الذي نرى معه أن القانونين المذكورين وإن كانا غير صادرين في ظـل وجـود القانون الأساسي (الدستور) إلا أنهما صدرا عن جهـة مختـصة وهمـا بالتـالي يتمتعـان بالمشروعية وفي الحدود التي كانت تحكم العمل الفلسطيني الوطني بقيادة منظمـة التحريـر الفلسطينية في ظل التواجد الفلسطيني في الأقطار العربية التي كان لـديها أيـضاً قوانينهـا الوطنية الخاصة بها باعتبارها أقطارا لها سيادتها في تطبيق قوانينها على أراضيها وعلى من يقيمون على تلك الأراضي بما في ذلك الفلسطينيون الذين تواجدوا في تلك الأقطار نتيجـة للجوء إليها بسبب سياسة التهجير التي انتهجها الإحتلال الإسرائيلي في الاراضي الفلسطينية منذ النكبة عام ١٩٤٨.

وإذا كان هذا هو الحال بالنسبة للمرحلة التي سبقت تولي السلطة الوطنية الفلـسطينية مهام الحكم في الأراضي الفلسطينية فإن المرحلة اللاحقة كانت الأساس في توطيد هذا الحكم ووضعه في إطاره الدستوري الذي نظم مؤسسات السلطة الوطنية الرئيسية المتمثلة في

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

طعـن دسـتوري
رقم: ١/ ٢٠١١

السلطات الثلاث وهي السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية وجعلت لكل منها إختصاصها الذي تنفرد به دون تدخل سلطة بشؤون السلطة الأخرى وذلك من منطلقالأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات ثم صدرت سلسلة القوانين الفلسطينية المستندة للقانون الأساسي وهو القانون الذي تضمن فيما تضمنه تنظيم العلاقة بين السلطات الثلاث وحدد الإطار القانوني لكل منها ولا نجد في أي من القوانين الصادرة بشأن العمل القضائي ما يشير إلى إلغاء أو تعديل أي من القانونين المطعون في دستوريتهما بموجب هذا الطعن الأمر الذي نخلص معه إلى أن هذين القانونين ما زالا يتمتعان بالمشروعية في الحدود التي صدرا فيها ولتطبق على الفئة التي استهدفت فيهما وهي فئة العسكريين وهذا ما يُستشف من روح النصوص الواردة في كل منهما وهذا ما هو قائم على أرض الواقع حيث تم تطبيق هذين القانونيين على العسكريين فقط الذين يمثلون للمحاكمة أمام المحاكم العسكرية في حين أن المدنيين لا يخضعون لأحكامهما باعتبار أن فئة العسكريين هم وحدهم المخاطبون بتلك الأحكام، أما فيما يتعلق بالمدنيين فإن المحاكم النظامية هي التي تطبق القوانين التي صدرت في ظل العمل التشريعي الذي أُنيط بالمجلس التشريعي الفلسطيني بصفته الجهة التشريعية التي تسن القوانين فهم يخضعون لهذه القوانين ولا تنطبق عليهم أحكام القانونين المطعون فيهما سيما أن هذه المسألة قد بت فيها القضاء الفلسطيني بقرار من الهيئة العامة للمحكمة العليا التي توصلت إلى أن إختصاص المحاكم العسكرية تطبق القانون المعمول به أمامها لا يتعدى الشأن العسكري بمفهومه الموضوعي وليس الشخصي وأن الإختصاص بشأن المدنيين أو أي فعل لا يتعلق بالشأن العسكري بالمفهوم المشار إليها يكون للمحاكم النظامية ووفق أحكام القوانين التي تطبقها التي صدرت بمقتضى القانون الأساسي.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

طعـن دســتوري
رقم: ١/ ٢٠١١

لما تقدم وحيث أن القانونين المطعون فيهما واللذان صدرا قبل سن القانون الأساســي (الدستور) قد صدرا من جهة مختصة في إصدارهما ويتمتعان بالمشروعية وفي الحدود التي يجب أن يطبقا في نطاقها وهو الشأن العسكري فقط وفق المفهوم الذي أشرنا إليه آنفاً.

لهذه الأســبـــاب

وحيث أن الخطأ في تطبيق أي من القانونين شئ ومشروعيتهما شئ آخر ولما كــان الطعن بالخطأ في تطبيق القانون يخرج عن إختصاص هذه المحكمة التي تقتصر صلاحياتها في معالجة دستورية القوانين وليس الخطأ في تطبيق القانون فإن الطعن المقدم يغدو غير قائم على أساس قانوني ونقرر رده.

حكماً صدر باسم الشعب العربي الفلسطيني وأفهــم بتــاريخ ٢٠١٢/١/٣١

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

تعليق على حكم المحكمة العليا الفلسطينية بصفتها الدستورية فى الطعن الدستورى رقم ١ لسنة ٢٠١١

تعليق المستشار الدكتور عبد العزيز محمد سالمان - مصر

تعليق المحامي الدكتور محمد الظاهر - الاردن

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

تعليق على حكم المحكمة العليا الفلسطينية بصفتها الدستورية فى الطعن الدستورى رقم ١ لسنة ٢٠١١

بقلم: المستشار الدكتور
عبد العزيز محمد سالمان
رئيس هيئة المفوضين
بالمحكمة الدستورية العليا المصرية

موجز الوقائع:

أقام الطاعن طعنه الماثل الذى قيد برقم ١ لسنة ٢٠١١ طعن دستورى ضد :

١. رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية
٢. رئيس مجلس الوزراء
٣. مجلس الوزراء
٤. هيئة القضاء العسكرى
٥. النائب العام العسكرى
٦. المحكمة العسكرية الدائمة
٧. النائب العام
٨. مدير جهاز الأمن الوقائى العام فى الضفة الغربية
٩. مدير جهاز الأمن الوقائى فى الخليل.

طاعناً بعدم دستورية :

١. قانون أصول قانون المحاكمات الجزائية الثورى لمنظمة التحرير الفلسطينية لسنة ١٩٧٩.
٢. قانون العقوبات الثورى لمنظمة التحرير الفلسطينية لعام ١٩٧٩.
٣. القرار الصادر عن المدعى العام العسكرى بتوقيف الطاعن منذ ٢٠١٠/١/١٧.
٤. القرار الصادر عن المحكمة العسكرية الدائمة بتعديل وصف التهمة لتصبح شروع فى خيانة والحكم عليه بالحبس لمدة أربع سنوات..

طالباً :

١. إصدار الأمر بوقف تنفيذ الحكم الصادر عن المحكمة العسكرية الدائمة لجنوب المحافظات الشمالية فى القضية رقم ١٩/م.د/٢٠١٠

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

٢. الإفراج الفورى عن الطاعن إلى ان يتم الفصل والحكم بعدم دستورية القانونين والقرارات المطعون فى دستوريتها.
٣. الحكم بعدم دستورية تشكيل المحاكم العسكرية، وعدم دستورية كل من قانون أصول المحاكمات الجزائية الثورى، وقانون العقوبات الثورى لعام ١٩٧٩ ،لعدم سريانهما وتطبيقهما داخل أراضى السلطة الوطنية الفلسطينية، وإلغاء كافة الآثار المترتبة على تطبيق هذين القانونين، وأى قرار صدر عن أى محكمة عسكرية بحق الطاعن.
٤. تضمين المطعون ضدهم الرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة والحكم بإعادة التأمين[١].

وذلك لأسباب حاصلها : أن الطاعن مواطن مدنى وليس عسكرى ، وليس ثمة أساس قانونى لتطبيق قانون العقوبات الثورى وقانون المحاكمات الثورى عليه ، إذا لم يكونا مطبقان فى الضفة والقطاع قبل ١٩٩٤/٥/١٩ ، كما لم يقرا من المجلس التشريعى الفلسطينى صاحب الاختصاص ولم يصدرا عن رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية، وذلك بالمخالفة لنص المادتين (٤١، ٤٧) من القانون الأساسى ، وكذا مخالفة المواد من (٦٨ : ٧١)من النظام الداخلى للمجلس التشريعى الفلسطينى ، كما يؤدى إلى إنتهاك الحريات الشخصية ومخالفة المادة (٢/١٠١) من القانون الأساسى المعدل.

التعليق

المحاكم الدستورية : خطورة دورها :

بداية نؤكد أن القيمة الحقيقية للنصوص الدستورية هى فى كيفية إعمالها، واستقرار قدسيتها فى الضمير والوجدان ، وفرض القيم والمثل التى تضمنها بين دفتيها على الكافة ، بما يؤدى إلى تقدير وسائل عملية تتوخى حماية الحقوق والحريات على اختلاف أنواعها تعزيزاً لها وإنفاذاً لمحتواها وإحداثاً – بالوسائل السلمية – لتغيير فى أنماط العمل الوطنى تنعقد للدستور من خلالها السيادة -الفعلية- وتترامى تطبيقاتها كاشفة فى مجموعة ملامحها عن إطار للدولة القانونية محددة مفهومها على ضوء الأسس المعمول بها فى الدول الديمقراطية ، وعلى تقدير إن انبثاق السلطة عن الإرادة الشعبية ، وارتكازها عليها ، لا يدل بالضرورة على أن من يمارسها مقيد بقواعد قانونية تعلو عليها ، وتحد من غلوائها ، وتكون بالتالى عاصماً من جموحها وضماناً لروحها على أعقابها إن هى جاوزتها متخطية حدودها، ومن ثم كانت الأهمية الكبرى للانتقال بالشرعية الدستورية من صيغتها النظرية إلى تطبيقاتها الواقعية وخاصة فى الدول ذات الأنظمة الدستورية الحديثة .

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

وعلى ضوء هذه الحقيقة واعترافاً بتبعاتها ، غدا أمراً محتوماً أن تستمد السطة وجودها ومشروعيتها من الضوابط التى وضعها الدستور إطاراً لها ، ومن القيود التى فرضها عليها على أساس أن ممارسة السلطة لا تعتبر امتيازاً شخصياً لم يتولاها ، لكنه يزاولها نيابة عن الجماعة ولصالحها ، وفى الحدود التى ارتآها الدستور وهو ما ينعكس فى النهاية على الجماعة ارتقاء بحاضرها وإنحيازاً لآمالها ، وكضمان لتفاعلها مع الأمم المتحضرة وبوجه خاص فى مجال توجهها نحو الحرية ، وإنمائها الشخصية المتكاملة لمواطنيها[٢] .

ومن هنا تأتى أهمية القضاء الدستورى فى العالم وخاصة فى عالمنا العربى ، وأهمية أن تقوم المحاكم الدستورية بدروها الكامل وعلى مستوى رفيع من المهنية ، لتصدر أحكاماً تكون هادية للفقه .

- والأحكام الدستورية تستلزم تسبيباً دقيقاً وبناءاً محكماً وعلى مستوى قيمة المحاكم الدستورية.
- وقد سبق أن ذكرنا بأهمية التسبيب فى مقال سابق نشرته هذه المجلة الغراء[٣].
- وتأتى أهمية التسبيب إذا علمنا أن القاضى الدستورى يمارس سلطة تقديرية واسعة حين يستخدم حقه المقرر فى الرقابة على دستورية القوانين أو يرجع اتساع هذه السلطة إلى أن نصوص الدساتير نصوص لها طبيعة خاصة تميزها عن سائر النصوص القانونية ، إذ يقع بعضها على الحدود الفاصلة بين عالم السياسة وعالم القانون.

فالنصوص الدستورية التى تعالج أمر سلطات الحكم، ورسم الحدود الفاصلة بينها تحمل بسبب عموميتها تفسيرات متعددة، مثالها النصوص التى ترسم الحدود بين سلطات الدولة المختلفة وحقوق الأفراد والجماعات ، فإذا أضفنا إلى ذلك أن النصوص الدستورية العديدة التى تحدد للمشرع ولسائر سلطات الدولة تشتمل على توجهات موضوعية عامة فى العديد من الشئون السياسية والإقتصادية والإجتماعية ، وأن ذلك التحديد يتم عادة من خلال نصوص عامة ، أظهرت الصورة بكل وضوح دور القاضى الدستورى .

- الحكم محل التعليق وأهمية التعليق:

بعد دراستنا للحكم محل التعليق وجدنا أنه حكم هام وبذل فيه جهد كبير من الهيئة التى أصدرته ، لكن – وبكل أسف – جدوى هذا الجهد محدودة لعدم إحكام تسبيبه وعدم وجود بناء متناسق له وغموض بعض أجزائه ومن هنا تأتى أهمية التعليق عليه تعليقاً لا يستهدف نقد الحكم ، وإنما الاعتراف به كعنوان للحقيقة ، وإبراز الأمور المتطلبة لكى يصبح الحكم من الناحية الواقعية – لا مجرد الناحية القانونية فقط – وفى نظر أطرافه والمهتمين بالأحكام الدستورية هو الحقيقة ذاتها قناعة ببنائه المحكم وأسلوبه السهل وأسبابه التى تستعصى على النيل منها .والحكم محل التعليق

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

وصل إلى النتيجة الصحيحة فى معظم أجزائه، لكن خانّه التسبيب القانونى المقنع والواضح ، ولن يكون دورنا وضع قواعد عامة لتسبيب الأحكام الدستورية ، وإنما سننتهز هذه الفرصة لضبط بناء هذا الحكم وأسبابه كنموذج لتسبيب حكم دستورى، ونأت إلى بيان ذلك :

أولاً : الوقائع والإجراءات .

يبدأ الحكم الدستورى بسرد وقائع الدعوى وما اتخذ من إجراءات فيها ، وبيان ما إذا كانت قد أقيمت بطريق الدعوى المباشرة – كما هوا لحال فى الدعوى المطروحة – أم أقيمت بناء على دفع من الخصوم، وفى هذه الحالة يجب أن تذكر المحكمة الدستورية فى حكمها موجز عن الدعوى الموضوعية، التى أقيمت ومن هم الخصوم فيها، وبيان الجلسة التى أبدى فيها الدفع ،وموقف المحكمة (محكمة الموضوع) من هذا الدفع تقديراً من جانبها لجديته ، فإن رأته جدياً ، تبين المحكمة الأجل التى ضربته محكمة الموضوع لمبدى الدفع ، ثم لمضمون واضح للدفع بحيث يذكر القانون ورقمه ورقم المادة وما إذا كان معدلاً أم لا ، ثم للإجراءات التى تمت أمام المحكمة الدستورية العليا حتى حجز الدعوى للحكم. وذات الأمر يحدث بالنسبة لنظر الدعاوى الدستورية المتصلة بالمحكمة عن طريق إحالتها من محكمة الموضوع .وذلك تفعيلاً لنص المادة (١٠٣) من القانون الأساسى والمواد (٢٦ ، ٢٧ ، ٢٨) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٣ لسنة ٢٠٠٦.

حيث يجرى نص المادة (٢٦) على أن « فيما ما نص عليه فى هذا الفصل ، تسرى على قرارات الإحالة والدعاوى والطلبات التى تقدم للمحكمة ، الأحكام المقررة فى قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم ٢ لسنة ٢٠٠١ بما لا يتعارض وظيفة اختصاص المحكمة والأوضاع المقررة أمامها .

كما يجرى نص المادة (٢٧) من قانون المحكمة الدستورية العليا على أن:

« تتولى المحكمة الرقابة القضائية على الدستورية على الوجه التالى :

١. بطريق الدعوى الأصلية المباشرة التى يقيمها الشخص المتضرر أمام المحكمة استناداً إلى أحكام المادة (٢٤) من هذا القانون .
٢. إذا تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص فى قانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام أو قرار لازم للفصل فى النزاع ، أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى المسألة الدستورية .
٣. إذا دفع الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الإختصاص القضائى بعدم دستورية نص فى قانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام أو قرار ورأت المحكمة أو الهيئة ان الدفع جدى ، أجلت نظر الدعوى وحددت لمن آثار الدفع ميعاداً لمن آثار الدفع لا يجاوز تسعين يوماً لرفع دعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا لم ترفع الدعوى فى الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن .

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

٤. إذا كانت المحكمة تناقش نزاعاً معروضاً عليها وأثناء السير فى النزاع تبين للمحكمة أن هناك نص غير دستورى متصل بالنزاع ، فلها من تلقاء نفسها أن تتصدى بان تفصل فى عدم دستوريتها بشرط أن يكون ذلك النص متصلاً فعلاً بالمنازعة المطروحة أمامها حسب الأصول» .

ويجرى نص المادة (٢٨) من ذات القانون على أن « يجب أن يتضمن القرار الصادر بالإحالة إلى المحكمة أو لائحة الدعوى المرفوعة إليها وفقاً لحكم المادة السابقة بيان النص التشريعى المطعون بعدم دستوريته والنص الدستورى المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة .

ثانياً : الاختصاص:

بعد تناول الوقائع والإجراءات ، يتعين على المحكمة أن تبحث أمر اختصاصها الولائى ، فالاختصاص سابق بالضرورة على ما عداه ، والتثبت من أمر الاختصاص يسبق بحث الشروط الشكلية لقبول الدعوى والمحكمة الدستورية تواجه أمر الاختصاص من تلقاء نفسها . وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا المصرية على ذلك فى أكثر من موضع تذكر منها :

وحيث إن البحث فى الإختصاص ،سابق بطبيعته على البحث فى شكل الدعوى أوموضوعها، وتواجهه المحكمة الدستورية العليا من تلقاء ذاتها ، وكان الدستور قد عقد الفصل الخامس من بابه الرابع للمحكمة الدستورية العليا ، وعهد إليها فى المادة (١٧٥) منه - دون غيرها - بتولى الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح على الوجه المبين فى القانون ، ثم صدر القانون المنظم لاوضاعها مبيناً إختصاصاتها ، محدداً مايدخل فى ولايتها حصراً ، مستبعداً من مهامها مالاً يندرج تحتها ، فخولها الإختصاص المنفرد بالرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح ، مانعاً أى جهة من مزاحمتها فيه ، مفصلاً طرائق هذه الرقابة وكيفية إعمالها ، وذلك كله على النحو المنصوص عليه فى المواد (٢٥ ، ٢٧ ، ٢٩) منه ، وهى قاطعة فى دلالتها على أن إختصاص المحكمة الدستورية العليا فى مجال الرقابة على الدستورية منحصر فى النصوص التشريعية أيا كان موضوعها ، أو نطاق تطبيقها، أو الجهة التى أقرتها أو أصدرتها . ذلك أن هذه النصوص هى التى تتولد عنها مراكز قانونية عامة مجردة . ومايميزها كقواعد قانونية ، هو أن تطبيقاتها مترامية ، ودائرة المخاطبين بها غير متناهية ، والأثار المترتبة على إبطالها -إذا أهدرتها هذه المحكمة لمخالفتها الدستور -بعيدة فى مداها . وتدق دائما ضوابط الرقابة على مشروعيتها الدستورية ، وتقارنها محاذير واضحة . وكان لزاما بالتالى أن يؤول أمر هذه الرقابة إلى محكمة واحدة بيدها وحدها زمام إعمالها، كى تصوغ بنفسها معاييرها ومناهجها، وتوازن من خلالها بين المصالح المثارة على إختلافها، وتتولى دون غيرها بناء الوحدة العضوية لأحكام الدستور بما يكفل تكاملها وتجانسها ، ويحول دون تفرق وجهات النظر من حولها وتباين مناحى الإجتهاد فيها. إذ كان ذلك، وكان الدستور هو القانون الأعلى الذى يرسى الأصول

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

والقواعد التى يقوم عليها نظام الحكم، ويحدد السلطات العامة ويرسم لها وظائفها ، ويضع الحدود والقيود الضابطة لحركتها ، ويقرر الحقوق والحريات العامة ، ويرتب ضماناتها الأساسية ، وكانت مظنة الخروج على أحكامه لاتنحصر فى النصوص القانونية التى تقرها السلطة التشريعية ، بل تتعداها إلى كل قاعدة عامة مجردة أصدرتها السلطة التنفيذية فى حدود صلاحياتها التى ناطها الدستور بها ، فإن محل الرقابة القضائية على الدستورية، إنما يتمثل فى القانون بمعناه الموضوعى الأعم محدداً على ضوء النصوص التشريعية التى تتولد عنها مراكز قانونية عامة مجردة ، سواء وردت هذه النصوص فى التشريعات الأصلية أو الفرعية . ولا كذلك قرارات توزيع العمل فيما بين الدوائر المختلفة التى تضمها المحكمة الواحدة - أيا كان نوعها أو درجتها - والتى تصدر عن جمعيتها العامة وفقاً لنص المادة (٣٠) من قانون السلطة القضائية الصادر بالقرار بقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢، ذلك أن هذه القرارات -وأيا كان وجه الرأى فى مخالفتها للدستور- لاتعتبر فى محتواها ولا بالنظر إلى الآثار التى ترتبها ، تشريعاً أصليا أو فرعيا .إذ لاتعدو المراكز القانونية التى تنشئها أو تعدلها أو تلغيها، أن تكون مراكز فردية أو ذاتية يقتصرمجال سريانها على أشخاص معينين بذواتهم ، هم هؤلاء القضاة الذين تم توزيع العمل القضائى فيما بينهم تنظيما لسيره وضماناً لاستقامته ، لتفقد بذلك خصائص الأعمال التشريعية التى تمتد إليها الرقابة على الدستورية التى تباشرها المحكمة الدستورية العليا. ذلك أن النصوص القانونية التى تضمها هذه الأعمال، هى وحدها التى تتولد منها - وبالنظر إلى عموميتها وتجردها - مراكزقانونية تنظيمية عامة من طبيعتها[٤].

وتناول المحكمة الدستورية لأمر الاختصاص ينبغى أن يكون فى البداية وبالنسبة لجميع الأمور المطروحة عليها ما هو من اختصاصها ، وما هو خارج عن اختصاصها .

فتعرض للأمور التى لا تختص بها فى البداية و تستبعدها ثم تعرض للطلبات التى تختص بها فتعرض لمدى قبولها من ناحية الشكل، ثم لموضوعها على نحو ما ستفصله حالاً.

- وقد عرضت المحكمة الدستورية الفلسطينية فى الحكم محل التعليق للطلبين الأول والثانى مقررة بالنسبة للطلب الأول أنه « غير مقبول قانوناً ومستوجب الرد لعدم الاختصاص» .

فالمحكمة قضت بقضائين فى وقت واحد الأول : هو عدم قبول الدعوى . الثانى : هو عدم الاختصاص . ولا يستوى – من الناحية القانونية – عدم القبول وعدم الاختصاص والطلب الثانى : قررت المحكمة بالنسبة له أنه « لا يكون مقبولاً لعدم إختصاص هذه المحكمة النظر فيه وبالتالى تقرر عدم قبوله ورده» . وهو الذى أورده الحكم لا يصح أن يرد فى حكم دستورى المفترض فيه تحديداً دقيقاً للمفاهيم القانونية التى يقررها والأسباب التى يتاسند عليها فثمة مصطلحات قانونية دقيقة لكل من « عدم الاختصاص و «عدم القبول» و « رد الطعن ».

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

وعدم الاختصاص يتعلق بالاختصاص الدستورى والقانونى للمحكمة الدستورية.

يختلف تماماً عن عدم القبول التى قد يتعلق بتخلف أحد شرائط قبول الدعوى الشكلية كالميعاد أو عدم توقيع محام على لائحة الدعوى أو تخلف أى شرط شكلى آخر، كما قد يتعلق بإنتفاء مصلحة المدعى فى الطعن.

أما رد الدعوى أو رد طلب ما فيغاير تماماً الأمرين إذ أنه يتعلق برفض الدعوى أو رفض الطلب من الناحية الموضوعية، فهو قضاء قطعى موضوعى صادر عن المحكمة الدستورية، مفاده أن الطعن على النص مرفوض، والرفض يعنى أن المحكمة بحثت دستورية النص أو الطلب المعروض من كافة أوجه الطعن فوجدته متفقاً مع الدستور غير مخالف لنص المادة من نصوصه أو حكم من أحكامه ، وهو أمر غاية فى الخطورة لأنه يحوز حجية مطلقة قبل الكافة فلا يكون القضاء به إلا بعد بحث عميق.

- والحكم محل التعليق خلط خلطاً واضحاً بين هذه المفاهيم القانونية الدقيقة وكان يتعين أن يلتزمها إلتزاماً دقيقاً فيفصل فى الطلب على أساس عدم اختصاص المحكمة ولائياً بنظره لأن الدستور والقانون لم يخولانها النظر فى دستورية مثل هذه القرارات واختص بها محكمة العدل العليا.

أما الطلب الثانى فقد أسسته المحكمة تأسيساً مقبولاً لكن دون أن تكلف نفسها عناء تحرى الدقة فى اختيار المفهوم القانونى الدقيق المناسب للحالة التى يتعرض لها . ونستطيع أن نواجه هذا الطلب بأسباب قانونية سليمة فنقول على سبيل المثال:

وحيث إن المقرر فى قضاء المحكمة الدستورية العليا – أن المحكمة الدستورية العيا لا تعتبر جهة طعن فى الأحكام الصادرة عن جهات القضاء أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى ولا تمتد ولايتها بالتالى إلى مراقبة سلامة تطبيقها .

وتعرض لحكم هام من أحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية تناول هذا المبدأ، نعرضه بوقائعه، نبين كيف تناولت المحكمة المبدأ وطبقته، وذلك فى حكمها الصادر بجلسة ١٩٩٤/٦/٤ فى القضية رقم ١٠ لسنة ١٥ قضائية « تنازع «بتاريخ ١٨ ديسمبر ١٩٩٣ ، تبدأ وقائع هذه الدعوى عندما أودع المدعى قلم كتاب المحكمة صحيفة الدعوى الماثلة طالباً الحكم بتعيين جهة القضاء المختصة بنظر دعواه الموضوعية التي أقامها بطلب تسوية حالته وأحقيته في الدرجة المالية والراتب الشهرى والعلاوات وفقاً لأحكام قوانين العاملين المدنيين بالدولة والإصلاح الوظيفى.

وقدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة بدفاعها طلبت فيها الحكم بعدم قبول الدعوى.

وبعد تحضير الدعوى ، أودعت هيئة المفوضين تقريرا برأيها.

ونظرت الدعوى علي الوجه المبين بمحضر الجلسة، وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم.

PDFcompression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

المحكمـــة

بعد الاطلاع على الأوراق، والمداولة.

حيث إن الوقائع -على مايبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق- تتحصل فى أن المدعى كان قد التحق فى ٥ فبراير سنة ١٩٦٨ بالعمل بسوق الجملة للخضر والفواكه بدمنهور فى وظيفة مراقب بمقتضى عقد عمل بينه ومجلس مدينة دمنهور المشرف على إدارة السوق ، وتضمن العقد سريان أحكام قانون عقد العمل الفردى فى العلاقه بين الطرفين ، وقد أقام المدعي أمام المحكمة الإدارية بالإسكندرية الدعوى رقم ٤٢٥ لسنة ٢٥ قضائية طالبا الحكم بأحقيته فى أن يوضع على درجة دائمة بالميزانية وتسوية حالته وفقا لأحكام القانونين ١٠ ، ١١ لسنة ١٩٧٥ ، فقضت هذه المحكمة -بجلسة ١٦ فبراير سنة ١٩٨٢ - بعدم اختصاصها ولائياً بنظر الدعوى- فأقام وآخر الدعوى رقم ٢٩٦٥ لسنة ١٩٨٢ مدنى كلي عمال دمنهور بطلب الحكم بأحقية كل منهما فى تسوية حالته فى الدرجة المالية والراتب والعلاوات المقرره وفقاً لأحكام قوانين العاملين المدنيين بالدولة والإصلاح الوظيفى، فقضت محكمة دمنهور الابتدائية - بجلسة ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٨٣ - بعدم اختصاصها ولائيا بنظر الدعوى وبإحالتها بحالتها إلى المحكمة الإدارية بالاسكندرية، حيث قيدت برقم ٢٥٦ لسنة ٣١ قضائية وصدر الحكم فيها بجلسة ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٨٥ بقبولها شكلاً ورفضها موضوعاً. وإذ طعن المدعى فى هذا الحكم بالطعن رقم ٢٨ لسنة ١٨ قضائية ، وكانت محكمة القضاء الإدارى بالإسكندرية قد قضت بجلسة ٧ مايو سنة ١٩٩١ بقبول الطعن شكلا ورفضه موضوعاً، فقد أقام المدعى دعواه الماثلة على سند - من أن الأسباب التى بنت عليها محاكم مجلس الدولة قضاءها بعدم اختصاصها بنظر الدعوى الموضوعية لا تقوم على أساس من الواقع أو القانون.

وحيث إن مناط قبول دعوى الفصل فى تنازع الاختصاص وفقا للبند ثانياً من المادة ٢٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ هو أن تطرح الدعوى عن موضوع واحد أمام جهتين من جهات القضاء أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى ولاتتخلي إحداهما عن نظرها أو تتخلي كلتاهما عنها ، وشرط انطباقه في حالة التنازع الإيجابى أن تكون الخصومة -عند رفع الأمر إلى المحكمة الدستورية العليا- قائمة فى وقت واحد أمام الجهتين المتنازعتين فإذا كان الأمر متعلقاً بتنازع سلبى علي الاختصاص تعين أن تكون الجهتان المتنازعتان قد تخليتا عن نظرها، وهو ما يبرر -فى أى من هاتين الحالتين- اللجوء إلى هذه المحكمة لتعيين الجهة المختصة بالفصل فيها.

وحيث إنه متي كان ما تقدم، وكان البين من الأوراق انه بعد أن قضت المحكمة الإدارية بالاسكندرية بعدم اختصاصها بالفصل فى موضوع الدعوى رقم ٤٢٥ لسنة ٢٥ قضائية، أقام المدعى -عن الموضوع ذاته- دعواه الثانيه رقم ٢٩٦٥ لسنة ١٩٨٢ أمام محكمة دمنهور الابتدائية إلتى انتهت كذلك

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

إلى الحكم بعدم اختصاصها بنظرها وبإحالتها إلى المحكمة الإدارية بالإسكندرية، حيث قضى فيها بقبولها شكلاً ورفضها موضوعاً، وهو ما أبدته محكمة القضاء الإدارى التى طعن أمامها فيه. متى كان ذلك تعين التسليم بأنه عند رفع الأمر إلى المحكمة الدستورية العليا لتعيين الجهة القضائية المختصه بالفصل فى النزاع الموضوعى، لم يكن ثمة موضوع مرددا بين جهتين قضائيتين أو هيئتين ذواتى اختصاص قضائى، بعد أن فصلت محكمة القضاء الإدارى فى الطعن المقدم إليها بقبوله شكلاً ورفضه موضوعاً، ومن ثم يكون مناط قبول دعوى التنازع علي الاختصاص منتفيا.

وحيث إنه لاينال مما تقدم، تلك المطاعن التي وجهها المدعى إلي الحكم الصادر عن محكمة القضاء الإدارى، ذلك أنه أيا كان وجه الرأى فيها، فإن السبيل إلى تقويمها لايكون بعرض الأمر فى شأنها علي المحكمة الدستورية العليا التى لاتعتبر جهة طعن فى الأحكام الصادرة عن جهات القضاء أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى ، ولا تمتد ولايتها بالتالي إلي مراقبة سلامة تطبيقها للقانون، وإنما يقتصر بحثها -فى مجال فض التنازع المدعى به علي الاختصاص- على أعمال القواعد التى تقوم بتوزيع الاختصاص الولائى بين مختلف الجهات القضائية والهيئات ذات الاختصاص القضائى -والتى ضبطها المشرع بتفويض من المادة ١٦٧ من الدستور- لتحدد المحكمة الدستورية العليا علي ضوئها أيها أحق بإسناد ولاية الفصل فى الخصومة إليها وأحراها بموا جهة موضوعها.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة : بعدم قبو ل الدعوى.

ثالثاً : شكل الدعوى :

بعد التحقق من توافر الاختصاص أو توافره بالنسبة لطلبات وعدم توافره بالنسبة لطلبات أخرى تعرض المحكمة – بالنسبة للطلبات المختصة بها – لمدى توافر الشرائط الشكلية لقبول الدعوى بأن تتحقق من صحة إتصالها بالدعوى وفقاً للطرق التى أورها قانونها فى المادة (٢٧) منه.

وبأنها أقيمت فى الميعاد القانونى إذا كانت مقامة بطريق الدفع.....إلخ سائر الشرائط الشكلية اللازمة .

رابعاً : المصلحة فى الدعوى :

بعد الوقوف على توافر الشرائط الشكلية ، يتعين أن تعرض المحكمة بالتفصيل مدى توافر المصلحة الشخصية المباشرة لمن أقام الدعوى الدستورية ، سواء كانت الدعوى قد أقيمت بطريق الدفع بعدم الدستورية من جانب أحد خصوم الدعوى الموضوعية ، أم كانت محالة من محكمة الموضوع حين ترأى لها عدم دستورية نص لازم للفصل فى الدعوى الموضوعية .

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

- والمصلحة فى الدعوى الدستورية وتتبعها الصفة تحتاج إلى مقال كامل يخصص لها ، بل قد تحتاج إلى مؤلف يحيط بجزئياتها.
- المهم فى الأمر أن تتحقق المحكمة الدستورية من توافر المصلحة الشخصية المباشرة .

والواقع أن المحكمة الدستورية العليا المصرية لم تدع قضية دستورية واحدة من القضايا التى طرحت عليها دون أن تعرض فيها لمدى توافر المصلحة وتحدد بعدها نطاق الدعوى .

ولابد من تحديد مدلول المصلحة ، والتعرف على كيفية تحديد نطاق الدعوى لأنها أمور غاية فى الأهمية بالنسبة للقضاء الدستورى تحديداً لما لأحكامه من أهمية وأهمها الحجية المطلقة للأحكام التى يصدرها، وإلزامها للكافة وسائر سلطات الدولة .

وقد حددت المحكمة الدستورية العليا فى المئات من أحكامه مدلولاً واضحاً للمصلحة الشخصية المصرية ، وكيف يتحدد نطاق الدعوى الدستورية ، وللمحكمة الدستورية الفلسطينية أن تستعين بهذه الأحكام لتقيم على أساسها بنياناً محكماً لأحكامها.

وتقدم نموذجاً لحكم شامل تناول شرط المصلحة بالتفصيل وهو الحكم الصادر فى الدعوى الدستورية رقم ١٠ لسنة ١٣ قضائية «دستورية» الصادر من المحكمة العليا المصرية بجلسة ١٩٩٤/٥/٧ «وحيث إن قضاء المحكمة الدستورية العليا قد جرى على أنه لايجوز قبول الدعوى الدستورية إلا بتوافر الشروط اللازمة لاتصالها بها وفقا للأوضاع المنصوص عليها فى قانونها، ويندرج تحتها شرط المصلحة التى حددتها المحكمة الدستورية العليا بأنها المصلحة الشخصية المباشرة التى لايكفى لتحققها أن يكون النص التشريعى المطعون عليه مخالفا للدستور ، بل يجب أن يكون هذا النص – بتطبيقه على المدعى – قد ألحق به ضرراً مباشراً ، وكان قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن مفهوم المصلحة الشخصية المباشرة – وهى شرط لقبول الدعوى الدستورية – إنما يتحدد على ضوء عنصرين أوليين يحددان معا مضمونها ولايتداخل أحدهما مع الآخر أو يندمج فيه ، وإن كان استقلالهما عن بعضهما البعض لاينفى تكاملهما ، وبدونهما مجتمعين لايجوز لهذه المحكمة أن تباشر رقابتها على دستورية القوانين واللوائح ، أولهما : – أن يقيم المدعى – وفى حدود الصفة التى اختصم بها النص التشريعى المطعون عليه – الدليل على أن ضرراً واقعياً – اقتصادياً أو غيره – قد لحق به ، ويجب أن يكون هذا الضرر مباشراً مستقلاً بعناصره ممكنا إدراكه ومواجهته بالترضية القضائية ، وليس ضرراً متوهماً أو نظرياً أو مجهلاً ، بما مؤداه أن الرقابة على الدستورية يجب أن تكون موطئاً لمواجهة أضرار واقعية بغية ردها وتصفية آثارها القانونية ، ولايتصور أن تقوم المصلحة الشخصية المباشرة إلا مرتبطة بدفعها . ثانيهما: – أن يكون مرد الأمر فى هذا الضرر إلى النص التشريعى المطعون عليه ، فإذا لم يكن هذا النص قد طبق على المدعى أصلا ، أو كان من غير المخاطبين بأحكامه ، أو كان قد أفاد من مزاياه ، او كان الإخلال بالحقوق التى يدعيها لايعود إليه ، فإن المصلحة الشخصية المباشرة

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

تكون منتفية ، ذلك أن إبطال النص التشريعى فى هذه الصور جميعها لن يحقق للمدعى أية فائدة عملية يمكن أن يتغير بها مركزه القانونى بعد الفصل فى الدعوى الدستورية عما كان عليه عند رفعها . وحيث إنه متى كان ماتقدم ، وكان شرط المصلحة الشخصية المباشرة – محددا على النحو المتقدم – يتصل بالحق فى رفع الدعوى الدستورية ، ويرتبط بالخصم الذى أثار المسألة الدستورية وليس بهذه المسألة فى ذاتها منظوراً إليها بصفة مجردة ، وكان هذا الشرط يبلور فكرة الخصومة فى الدعوى الدستورية ، مؤكدا التناقض بين مصالح أطرافها وكاشفاً عن ضرورة أن تكون المنفعة التى يقرها القانون هى محصلتها النهائية ، ومنفصلا دوما عن مطابقة النص التشريعى المطعون عليه لأحكام الدستور أو مخالفته لها ، فإن زمام إعمال هذا الشرط يكون بيد المحكمة الدستورية العليا وحدها، وإليها دون غيرها يعود أمر التحقق من توافره ، وليس لجهة أخرى أن تفرض عليها مفهوما معينا لمضمون هذه المصلحة بعنصريها.

وحيث إن ماقرره المدعى من أن شرط المصلحة غير لازم فى الدعوى الدستورية ولادليل عليه من قانون المحكمة الدستورية العليا ، مردود بأن هذا الشرط – محددا على ضوء عنصريه اللذين لايقوم إلابهما فى مجال الرقابة القضائية على دستورية النصوص القانونية –من الشروط الجوهرية التى لاتقبل الدعوى الدستورية فى غيبتها ، وهو بعد شرط مندمج فى قانون المحكمة الدستورية العليا بما نص عليه فى مادته الثامنة والعشرين من أنه «فيما عدا مانص عليه فى هذا الفصل تسرى على قرارات الإحالة والدعاوى والطلبات التى تقدم إلى المحكمة الأحكام المقررة فى قانون المرافعات المدنية والتجارية بما لايتعارض وطبيعة اختصاص المحكمة والأوضاع المقرر أمامها» . متى كان ذلك ، وكان نص المادة الثالثة من قانون المرافعات المدنية والتجارية مؤداه ألا تقبل أية دعوى لايكون لرافعها فيها مصلحة قائمة يقرها القانون او مصلحة محتملة بالشروط التى بينها ، وكان قضاء المحكمة الدستورية العليا قد جرى على أن الدستور أفرد هذه المحكمة بتنظيم خاص فى الفصل الخامس من الباب الخامس الخاص بنظام الحكم حين ناط بها – فى المادة (١٧٥)– مباشرة الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح ، وكذلك ولاية تفسير النصوص التشريعية وذلك كله على الوجه المبين بالقانون ، مستهدفاً بذلك أن يفوض المشرع فى أن يحدد القواعد الموضوعية والإجرائية التى تباشر المحكمة الدستورية العليا من خلالها وعلى ضوئها الرقابة القضائية على دستورية النصوص التشريعية، وكان قانون هذه المحكمة قد نظم بالمادتين (٢٧ ، ٢٩) منه الطرائق التى لاتقبل الدعوى الدستورية الا بولوجها ، وكان البين من هاتين المادتين ان كلتيهما لاتخولان الاشخاص الإعتبارية أوالأشخاص الطبيعيين الطعن فى النصوص التشريعية بالطريق المباشر، ذلك أن اولاهما تخول المحكمة الدستورية العليا – حين يعرض لها بمناسبة ممارستها لاختصاصها –نص فى قانون أو لائحة يتصل بالنزاع المطروح عليها ، أن تحكم بعدم دستوريته بعد اتخاذ الإجراءات المقررة لتحضير الدعاوى الدستورية

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

. وعملا بثانيتهما يجوز لمحكمة الموضوع أن تحيل من تلقاء نفسها إلى المحكمة الدستورية العليا اى نص تشريعى لازم للفصل فى النزاع المعروض عليها إذا تراءى لها مخالفته للدستور . ولها كذلك أن ترخص للخصم الذي دفع امامها بعدم دستورية نص تشريعى، وقدرت الدلائل على جدية دفعه ، أن يقيم دعواه الدستورية خلال أجل لايجاوز ثلاثة أشهر . وبذلك يكون قانون المحكمة الدستورية العليا قد استبعد بدلالة هاتين المادتين الطعون المباشرة التى تقدم إليها من الأشخاص الإعتبارية أو الأشخاص الطبيعيين عن طريق الدعوى الاصلية التى لاتتصل المسألة الدستورية التى تطرحها بأية منازعة موضوعية ، بل تستقل تماما عنها ، مبتغية بذلك إبطال النصوص التشريعية المطعون عليها إبطالا مجرداً استهدافا لمصلحة نظرية صرفة ، وهى مصلحة لايجوز الارتكان إليها لقبول الدعوى الدستورية التى يجب ان تتمثل محصلتها النهائية فى اجتناء منفعة يقرها القانون .

وحيث إنه متى كان ذلك ، وكان استبعاد الدعوى الاصلية بعدم الدستورية مؤداه أن شرط المصلحة فى الدعوى الدستورية لازال قائما ومتطلبا لقبولها ، وهو بعد شرط لايناقض طبيعة الرقابة القضائية على الدستورية التى تحركها هذه الدعوى ولايتعارض والأوضاع المقررة فى شأنها أمام المحكمة الدستورية العليا ، بل هواكثر مايكون التصاقا بها استصحابا للصلة الحتمية التى تقوم بين الدعويين الموضوعية والدستورية، وقوامها أن يكون الحكم فى المسألة الدستورية لازما للفصل فى مسألة كلية أو فرعية تدور حولها الخصومة بأكملها أو فى شق منها فى الدعوى الموضوعية، فإذا لم يكن قضاء المحكمة الدستورية العليا فى شأن صحة أو بطلان النصوص المطعون عليها بذى أثر على النزاع الموضوعى، انتفت المصلحة فى الدعوى الدستورية ، وهى مصلحة تتحراها – فى عنصريها – المحكمة الدستورية العليا فى سعيها للتثبت من توافر شروط قبول الدعاوى المطروحة عليها وليس لجهة غيرها أن تنازعها هذا الاختصاص ، أوأن تحل محلها فيه .

وحيث إن ماقرره المدعى من أن المصلحة الشخصية المباشرة لايجوز بحثها إلا أمام محكمة الموضوع وأن قرارها بتوافرها فى شأن الدفع بعدم الدستورية المثار أمامها يقيد المحكمة الدستورية العليا، مردود بأن لكل من الدعويين الموضوعية والدستورية ذاتيتها ومقوماتها ، ذلك أنهما لاتختلطان ببعضهما ولاتتحدان فى شرائط قبولهما ، بل تستقل كل منهما عن الأخرى فى موضوعها ، وكذلك فى مضمون الشروط التى يتطلبها القانون لجواز رفعها . فالدعوى الدستورية تتوخى الفصل فى التعارض المدعى به بين نص تشريعى وقاعدة فى الدستور ، فى حين تطرح الدعوى الموضوعية – فى صورها الأكثر شيوعا –الحقوق المدعى بها فى نزاع يدور حول إثباتها أو نفيها عند وقوع عدوان عليها . ومن المقرر كذلك ان الدعوى الدستورية ينبغى أن تؤكد – بماهية الخصومة التى تتناولها – التعارض بين المصالح المثارة فيها ، بما يعكس حدة التناقض بينها ويبلور من خلال تصادمها ومجابهتها لبعض، حقيقة المسألة الدستورية التى تدعى المحكمة الدستورية العليا للفصل فيها . فكان لازما بالتالى أن يكون للخصم الذى أقامها مصلحة

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

واضحة فى استخلاص الفائدة التى يتوقعها منها باعتبارها الترضية القضائية التى يرد بها عن الحقوق التى يدعيها مضار فعلية أصابتها أو تهددها من جراء إعمال النص التشريعى المطعون عليه وترتيبه لآثار قانونية بالنسبة إليه ، ذلك أن الحقوق الدستورية ليس لها قيمة مجردة فى ذاتها، ولايتصور أن تعمل فى فراغ ، وأنه أيا كان دورها أو وزنها أو أهميتها فى بناء النظام القانونى للدولة ودعم حرياته المنظمة ، فإن تقريرها تغيا دوما توفير الحماية التى تقتضيها مواجهة الأضرار الناشئة عن الإخلال بها ، يستوى فى ذلك أن تكون هذه الحقوق من طبيعة موضوعية أو إجرائية .

وحيث إن ماذهب إليه المدعى من أن المحكمة الدستورية العليا لا ولاية لها فى بحث شرط المصلحة، وإلا كان ذلك تعقيبا من جانبها على قرار محكمة الموضوع بتقدير جدية الدفع بعدم الدستورية ، مردود بأن ولاية محكمة الموضوع تنحصر بالضرورة فى المسائل التى ناطها المشرع بها ولاتمتد إلى مايدخل – بنص الدستور أوالقانون – فى ولاية جهه أخرى وإلا كان ذلك عدوانا عليها. وليس من بين المهام التى اختص المشرع بها محكمة الموضوع الفصل فى توافر الشروط التى تطلبها قانون المحكمة الدستورية العليا لاتصال الدعوى الدستورية بها وفقا للأوضاع المقررة أمامها، ذلك أن هذه الأوضاع التى يتصل تطبيقها بالنظام العام انما تتناول التنظيم الإجرائى للخصومة التى تطرح عليها ، وهى بذلك ترتبط بشرائط قبولها ومن بينها المصلحة فى الدعوى الدستورية ، ومناطها أن يكون الفصل فى المسألة الدستورية لازما للفصل فى الطلب الموضوعى المرتبط بها . ولا كذلك تقدير محكمة الموضوع جدية الدفع بعدم الدستورية المثار أمامها ، إذ لاتتعلق هذه الجدية بالشروط التى يتطلبها المشرع لانعقاد الخصومة ، ولكنها تتصل بالدلائل التى تقوم معها شبهة قوية على مخالفة النص التشريعى المطعون عليه للدستور ، وهى شبهة يتعين أن تتحراها المحكمة الدستورية العليا لتقرير صحتها أو فسادها . كذلك فإن قضاء محكمة الموضوع وقف الدعوى الموضوعية بعد الترخيص لمن أثار الدفع أمامها برفع دعواه الدستورية ، لايعد فصلا فى شرائط قبولها ، بل هو إرجاء للفصل فى النزاع الموضوعى إلى أن تقول المحكمة الدستورية العليا كلمتها فى المطاعن الموجهة إلى النص التشريعى المدعى مخالفته للدستور . وإذ تتربص محكمة الموضوع قضاء المحكمة الدستورية العليا على هذا النحو ، فذلك لتباشر ولايتها بعد صدوره بإعمال أثره فى النزاع الموضوعى المعروض عليها .

وحيث إنه متى كان ذلك ، وكان مطلق الحاضنة بعد أن دفع أمام محكمة الموضوع بعدم دستورية نص المادة (١٨ مكرراً ثالثا) المشار إليها وصرحت له بالطعن عليه ، لم يقم دعواه الدستورية امام المحكمة الدستورية العليا ، واعتبر هذا الدفع بالتالى كأن لم يكن عملاً بنص البند (ب) من المادة (٢٩) من قانون هذه المحكمة الصادر بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٩ ، وكان المدعى فى الدعوى الدستورية الراهنة لايحل محل المطلق فى اقامتها ولايعد نائبا عنه فى مباشرتها ، بل رفعها بصفته الشخصية، فإن مصلحته هو فيها تتحدد على ضوء ارتباطها بالمصلحة القائمة فى الدعوى الموضوعية ، وذلك بأن

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

يكون الحكم الصادر فى المسألة الدستورية مؤثراً فى النزاع الموضوعى المرتبط بها ، فإذا لم يكن لهذا الحكم من صلة بذلك النزاع ، غدت الدعوى الدستورية غير مقبولة . وحيث إنه متى كان ماتقدم ، وكان المدعى قد قرر ان عقد إيجار عين النزاع – الذى تنازل عنه اخوه للجهه التى تملكها –قد امتد إليه ، وأنه وابنته اقاما فى هذه العين ولازال شاغلين لها وأن مطلقة أخيه لم تتزوج فيها او تدخلها مطلقا ، مؤداه أن الأمر لايعدو أحد فرضين أولهما : ان عين النزاع لم تشغلها مطلقة أخيه أثناء قيام علاقة الزوجية وأن أخرين « من دونها « قد استقلوا بها ، وعندئذ لاتعامل هذه العين بوصفها مسكنا للزوجية وليس للمطلقة أو محضونتها بالتالى ، من سبيل إليها ، ولا حق لها فى الاقامة فيها ، ذلك أن النص المطعون عليه لايخولها أكثر من الاستمرار فى شغل العين التى سبق اتخاذها مسكنا حال قيام الزوجية فاذا لم تكن كذلك ، فإن يدها على هذه العين تكون غاصبة متعينا رفعها ، ثانيهما: أن أخرين من دونها لاينفردون بعين النزاع ولكنهم يشاركونها فيها من خلال انتفاعهم ببعض اجزائها . وليس للحاضنة بالتالى أن تستقل بها منحية حقوق الأخرين على منفعتها . ذلك أن النص المطعون عليه لايخول الحاضنة – اذا لم يوفر الزوج مسكنا مناسبا – سوى الاستمرار هى ومحضونتها «دون المطلق « فى شغل مسكن الزوجية، بما مؤداه أنه إذا شاركها آخرون فى الانتفاع بالعين ، فإن حقهم على أجزائها التى لم يشملها مسكن الزوجية يظل قائما ، وليس لأحد أن يحول دون إقامتهم فيها . متى كان ذلك كذلك ، فإن المركز القانونى للمدعى – فى أى من الفرضين السابقين – لن يتغير بعد الفصل فى الدعوى الدستورية عما كان عليه عند رفعها ، ومن ثم تكون مصلحته فيها منتفية ، يؤيد ذلك أن النص المطعون عليه لايعرض إلا للعلاقة بين الزوج المطلق ولصغاره من مطلقته وحاضنتهم ، وهى علاقة غايتها – وعلى ماجاء بالنص – تمكينهم دون المطلق من الاستمرارفى شغل مسكن الزوجية المؤجر خلال مدة الحضانة إذا لم يوفر لهم – إبان فترة العدة – مسكنا مناسبا مستقلا ، ولاشأن لها بالتالى بعين لم تتخذ على الإطلاق مسكنا للزوجية أو بعين لآخرين على منفعتها حقوقا لانزاع فيها. وحيث إن المحكمة تُعرض عما قدمه المدعى – بغير الطرق المقررة قانونا – مما لايتصل بمقطع النزاع فى الدعوى الماثلة .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم قبول الدعوى ، وبمصادرة الكفالة ، وألزمت المدعى المصروفات ومبلغ مائة جنيه مقابل اتعاب المحاماة.

أما عن تحديد نطاق الدعوى فيتم عن طريق التعرض للنص أو جزء من النص المطعون بعدم دستوريته والذى تتحقق من خلاله مصلحة الطاعن دون تجاوز أو تزيد حتى لا تفتأت المحكمة الدستورية على السلطة التشريعية دون مقتض.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا فى أكثر من موضع على أن نطاق الطعن بعدم الدستورية يتحدد بنطاق الدفع الذى أبداه المدعى أمام محكمة الموضوع[٥] .

خامساً : التعرض للموضوع :

وأخيراً وبعد أن تخلص المحكمة الدستورية إلى توافر المصلحة فى الطعن المطروح امامها ، وتحدد نطاق الدعوى الدستورية ، تتعرض لفحص دستورية النصوص التشريعية المعروضة عليها وتصدر حكمها بعد ذلك.

والمحكمة العليا بصفتها محكمة دستورية تناولت فى قضائها عدة أمور من أهمها أنها لم تتعّرض لدستورية القانونين محل الطعن ، وإنما خلصت فى أسبابها إلى أسباباً منطقية يفهم منها ذلك إذ إنه اورد أن القانونين المطعون فيهما لا يخاطب بهما المدعى فى الدعوى الدستورية لأنه من المدنيين والقانونين لا يسريان إلا على العسكريين فقط، وأن ما تم ليس إلا من قبيل التطبيق الخاطئ للقانون ، وأن القانونين صدرا من السلطة التشريعية المختصة وأصدرهما المرحوم ياسر عرفات بصفته رئيساً للجنة التنفيذية لمنظمة التحرير الفلسطينية .

ونضع بعض المبادئ الدستورية التى يستعان بها فى صياغة أسباب مثل هذ الجزء من الحكم:

١. **أن القوانين وإن طال العهد بها ولم تطبق فهى تظل سارية إلى أن تلغى بالطرق القانونية المقررة وتخضع لأحكام الدستور مهما كان تاريخ العمل بها** ، وقد أكدت على ذلك المحكمة الدستورية العليا ونذكر على سبيل المثال قولها « وحيث إن دفاع المدعية فى النزاع الموضوعى، يتوخى إبقاء حضانتها لابنتيها من زوجها إلى سن الحضانة المقرر لكل صغير مسلم ؛ وكان نص المادة ١٠٩ المطعون عليها، يحول بذاته دون إجابتها إلى طلبها، فإن مصلحتها الشخصية والمباشرة تتوافر بالحكم ببطلان هذا النص.

ولاينال من مصلحتها هذه، قالة أن المدعية غير أمينة على ابنتيها هاتين، ذلك أن النزاع حول أحقيتها فى حضانتهما، وأهليتها بالتالى لموالاة شئونهما، قد ينتهى لصالحها، فإذا ماقضى ببطلان نص المادة ١٠٩ المطعون عليها، زال كل أثر لها، فلاتكون سن حضانتها لابنتيها محددة وفق نظم الأحوال الشخصية السارية فى شأن الأرمن الأرثوذكس، بل على ضوء القواعد التى فصلتها الفقرة الأولى من المادة ٢٠ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩، فى شأن حضانة الصغير المسلم.

وحيث إن ماينعاه المدعى عليهما من أن أحكام الدستور القائم لايجوز تطبيقها فى شأن النص المطعون فيه، لصدوره قبل العمل بهذا الدستور، مردود، بأن الطبيعة الآمرة لقواعد الدستور، وعلوها على مادونها من القواعد القانونية، وضبطها للقيم التى ينبغى أن تقوم عليها الجماعة، والتى ترتبط بها الأسرة كذلك بوصفها قاعدة بنيانها ومدخل تكوينها، تقتضى إخضاع القواعد

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

القانونية جميعها – وأيا كان تاريخ العمل بها – لأحكام الدستور، لضمان اتساقها والمفاهيم التى أتى بها، فلا تتفرق هذه القواعد – فى مضامينها – بين نظم مختلفة يناقض بعضها البعض، بما يحول دون جريانها وفق المقاييس الموضوعية ذاتها التى تطلبها الدستور القائم كشرط لمشروعيتها الدستورية[٦].

٢. **الخطأ فى تطبيق النصوص القانونية لا يؤدى إلى تعارضها مع الدستور.**

وقد استقرت المحكمة الدستورية العليا على أن الخطأ فى تأويل أو تطبيق النصوص القانونية لا يوقعها فى حمأة المخالفة الدستورية إذا كانت صحيحة فى ذاتها[٧].

٣. **الرقابة تتم استناداً إلى الدستور القائم :**

إذا أرادت المحكمة الدستورية العليا أن تتعرض لأمر دستورية تشريع ما فلا ينبغى أن تنظر إلى تاريخ صدرو هذا التشريع سواء صدر قبل إقرار الدستور أو صدر بعد العمل بالدستور، فالدستور القائم وقت الرقابة هو الذى تطبقه المحكمة الدستورية العليا ولا شأن لها بالدستور الذى صدر التشريع فى ظله إلا إذا كانت تتعرض لأمور شكلية أو إجرائية .

وقد أكدت على ذلك المحكمة الدستورية العليا فى أحدث أحكامها فقررت «وحيث إن الرقابة على دستورية القوانين ، من حيث مطابقتها للقواعد الموضوعية التى تضمنها الدستور ،إنما تخضع لأحكام الدستور القائم دون غيره ، إذ إن هذه الرقابة إنما تستهدف أصلاً – وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة – صون الدستور القائم وحمايته من الخروج على أحكامه، وأن نصوص هذا الدستور تمثل دائماً القواعد والأصول التى يقوم عليها نظام الحكم ، ولها مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التى يتعين التزامها ، ومراعاتها ، وإهدار ما يخالفها من تشريعات ، باعتبارها القواعد الآمرة «[٨].

٤. **الرقابة الدستورية رقابة شاملة**

وأخيراً نؤكد فى ختام هذا التعليق أن الرقابة الدستورية التى تباشرها المحاكم الدستورية – والتى من بينها بطبيعة الحال المحكمة الدستورية الفلسطينية – هى رقابة شاملة تتناول كافة المطاعن الموجهة إلى النصوص التشريعية بغض النظر عن المطاعن التى وجهها الطاعن، وتنصرف إلى المطاعن الشكلية والموضوعية جميعها .

وفى حكم جامع عن شمول الرقابة الدستورية أكدت المحكمة الدستورية العليا على أن «حيث إن الوقائع –على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق– تتحصل فى أن مجلس تأديب القضاة كان قد قضى بعزل المدعى من وظيفته القضائية إعمالاً للمواد (٩٩، ١٠٧، ١٠٨) من القرار بقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية، فطعن على قرار عزله أمام الدائرة المدنية بمحكمة النقض – دائرة طلبات رجال القضاء – حيث قيد طلبه تحت رقم ٢٠ لسنة ٥٧ قضائية .

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

وأثناء نظر هذه الدائرة لذلك الطلب، دفع بعدم دستورية القرار بقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ المشار إليه، وإذ ارتأت جدية دفعه، فقد صرحت له برفع الدعوى الدستورية، فأقام الدعوى الماثلة .

وحيث إن هيئة قضايا الدولة دفعت بعدم قبول الدعوى الماثلة فى خصوص ما ورد بها من طعن بعدم الدستورية على المواد (٩٩، ١٠٧، ١٠٨) من القرار بقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ المشار إليه بمقولة أن محكمة الموضوع لم تصرح للمدعى بالطعن عليها، وبالتالى فإن نعيه عدم دستوريتها لا يعدو أن يكون اختصاماً لها عن طريق الدعوى الأصلية التى لا يجوز قبولها أمام هذه المحكمة وفقاً للأوضاع المنصوص عليها فى قانونها .

وحيث إن هذا النعى مردود بأن المدعى إذ طعن أمام محكمة الموضوع بعدم دستورية القرار بقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بأكمله، وكان التصريح الصادر عنها برفع الدعوى الدستورية قد تعلق بهذا القرار بقانون فى جملة أحكامه، فإن هذا التصريح يكون منصرفاً إلى مواده بأكملها بما فى ذلك تلك التى عينها المدعى بذواتها وحددها على وجه الخصوص، الأمر الذى يتعين معه رفض هذا الدفع .

وحيث إن المدعى ينعى على القرار بقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ المشار إليه انطواءه على عيبين شكليين هما صدوره فى غير حالة الضرورة بالمخالفة لنص المادة (١٤٧) من الدستور، وعدم مراعاة الأغلبية اللازمة لإقراره وفقاً لما تنص عليه المادة (١٠٧) من الدستور .

وحيث إن الأصل فى الرقابة التى تباشرها هذه المحكمة على دستورية النصوص التشريعية أنها رقابة شاملة تتناول كافة المطاعن الموجهة إليها أياً كانت طبيعتها، وأنها بالتالى لا تقتصر على العيوب الموضوعية التى تقوم على مخالفة نص تشريعى للمضمون الموضوعى لقاعدة واردة فى الدستور، وإنما تمتد هذه الرقابة – وبوصفها رقابة مركزية قصرها الدستور والمشرع كلاهما على هذه المحكمة – إلى المطاعن الشكلية التى تقوم فى مبناها على مخالفة نص تشريعى للأوضاع الإجرائية التى تطلبها الدستور سواء فى ذلك ما كان منها متصلاً باقتراح النصوص التشريعية أو إقرارها أو إصدارها حال انعقاد السلطة التشريعية، أو ما كان منها متعلقاً بالشروط التى يفرضها الدستور لمباشرة الاختصاص بإصدارها فى غيبة السلطة التشريعية أوبتفويض منها، وذلك لورود النصوص المنظمة لهذه الرقابة فى صيغة عامة مطلقة، ولأن قصرها على المطاعن الموضوعية الموجهة إلى النصوص التشريعية، إنما يخرج عيوبها الشكلية عن ولاية هذه المحكمة ويعود بالرقابة عليها إلى رقابة الامتناع عن إعمال النصوص التشريعية المخالفة للدستور، وهى رقابة كانت تفتقر إلى مناهج موحدة فى تقرير ضوابطها، إذ كان زمامها بيد المحاكم على اختلافها، وكان لكل منها فهمها الخاص لأحكام الدستور مما أسفر عن تناقض أحكامها فى الدعاوى المتماثلة، وأخل بالوحدة العضوية للنصوص الدستورية، وحال دون اتساق مفاهيمها وتجانسها، وهو ما حدا بالدستور وقانون هذه المحكمة إلى إبدالها برقابة البطلان – وبها يفقد النص المحكوم بعدم دستوريته قوة نفاذه – لتقوم عليها محكمة عليا تنحصر

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

فيها الرقابة على دستورية النصوص التشريعية جميعها أياً كانت المطاعن الموجهة إليها كى تتولى دون غيرها صون أحكام الدستور وحمايتها .

وحيث إن الرقابة التى تباشرها هذه المحكمة غايتها أن ترد إلى قواعد الدستور كافة النصوص التشريعية المطعون عليها . وسبيلها إلى ذلك أن تفصل بأحكامها النهائية فى الطعون الموجهة إليها شكلية أو موضوعية، وأن يكون استيثاقها من استيفاء هذه النصوص لأوضاعها الشكلية أمراً سابقاً بالضرورة على خوضها فى عيوبها الموضوعية، ذلك أن الأوضاع الشكلية للنصوص التشريعية هى من مقوماتها كقواعد قانونية لا يشمل كيانها أصلاً فى غيبة متطلباتها الشكلية، وذلك خلافاً للعيوب الموضوعية التى تقوم فى مبناها على مخالفة النصوص المطعون عليها لقاعدة فى الدستور من حيث مضمونها الموضوعى، وهو ما يفترض لزوماً اكتمال أوضاعها الشكلية، وإن شابها عوار موضوعى لخروجها على الأحكام الموضوعية فى الدستور.

وحيث إنه إذ كان ذلك، فإن الفصل فى التعارض المدعى به بين نص تشريعى وقاعدة موضوعية فى الدستور سواء بتقرير قيام المخالفة المدعى بها أو بنفيها، إنما يعد قضاء فى موضوعها منطوياً لزوماً على استيفاء النص المطعون عليه للأوضاع الشكلية التى تطلبها الدستور ومانعاً من العودة لبحثها، ذلك أن العيوب الشكلية -وبالنظر إلى طبيعتها- لا يتصور أن يكون بحثها تالياً للخوض فى المطاعن الموضوعية، ولكنها تتقدمها، ويتعين على هذه المحكمة بالتالى أن تتحراها بلوغاً لغاية الأمر فيها ولو كان نطاق الطعن المعروض عليها محدداً فى إطار المطاعن الموضوعية دون سواها، ومن ثم تفرض العيوب الشكلية نفسها على المحكمة دوماً إذ يستحيل عليها أن تتجاهلها عند مواجهتها لأى مطاعن موضوعية، والأمر على نقيض ذلك حين يكون نطاق الطعن منحصراً فى المطاعن الشكلية، إذ يكون قرار المحكمة بشأنها متعلقاً بها وحدها، ولا يعتبر حكمها برفض هذه المطاعن مطهراً للنصوص المطعون عليها من مثالبها الموضوعية، أو مانعاً كل ذى مصلحة من طرحها على المحكمة وفقاً لقانونها .

وحيث إنه أياً كانت المطاعن الموجهة إلى النصوص التشريعية فإن قضاء المحكمة فى شأنها -وفى النطاق السالف بيانه- إنما يحوز حجية مطلقة فى مواجهة سلطات الدولة جميعها، وبالنسبة إلى الكافة، وهى حجية لا يجوز المساس بها وتعتبر بذاتها مانعة من إعادة عرض النزاع محلها من جديد على هذه المحكمة .

وحيث إنه إذ كان ما تقدم، وكان قد سبق لهذه المحكمة بجلستها المنعقدة بتاريخ ١٦ مايو سنة ١٩٨٢ التصدى فى الدعوى رقم ١٠ لسنة ١ قضائية لنص الفقرة الأولى من المادة (٨٣) من قانون السلطة القضائية الصادر بالقرار بقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ منتهية فى قضائها – وحجيته مطلقة فى مواجهة الكافة وسلطات الدولة جميعها – إلى عدم دستوريتها وذلك فيما تضمنته من حظر الطعن

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

فى قرارات نقل وندب رجال القضاء والنيابة العامة أمام الدوائر المختصة بالفصل فى طلبات إلغاء القرارات الإدارية النهائية المتعلقة بأى شأن من شئونهم وذلك إستناداً إلى أن هذا الحظر ينحل إلى حصانة أسبغها القرار بقانون المطعون عليه على قرارات إدارية نهائية بما يحول دون إخضاعها للرقابة القضائية بالمخالفة لنص المادة (٦٨) من الدستور، وكان قضاء هذه المحكمة فى تلك الدعوى على النحو المتقدم بيانه هو فصل فى عوار موضوعى يقوم على مخالفة نص تشريعى فى قانون السلطة القضائية للمضمون الموضوعى لقاعدة دستورية توفر لكل ذى شأن حق النفاذ إلى القضاء وتسقط موانعه على اختلافها، فإن قضاءها فى هذه المخالفة والقائمة فى مضمونها على طعن موضوعى يكون متضمناً على وجه القطع واللزوم تحققها من استيفاء القرار بقانون الذى اشتمل عليها لأوضاعه الشكلية، إذ لو قام لديها الدليل على تخلفها لسقط هذا القرار بقانون برمته، ولامتنع عليها الخوض فى اتفاق بعض مواده أو مخالفتها لأحكام الدستور الموضوعية، الأمر الذى يعتبر معه هذا الوجه من النعى على غير أساس حرياً بالالتفات عنه» [٩].

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

التعليق على قرار الحكم الصادر في الطعن الدستوري رقم ١ / ٢٠١١ عن المحكمة العليا بصفتها الدستورية

المحامي الدكتور محمد الظاهر
عمان - الاردن

في معرض التعليق على قرار الحكم الصادر في الطعن الدستوري رقم (٢٠١١/١) عن المحكمة العليا بصفتها الدستورية، فاننا نبدي الملاحظات التي نوردها تاليا مع الاحترام للمحكمة الموقرة التي اصدرت هذا الحكم:

١. نصت المادة (٣٧) من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (٥) لسنة ٢٠٠١ على ان تتولى المحكمة العليا مؤقتا كل المهام المسندة للمحاكم الادارية والمحكمة الدستورية العليا لحين تشكيلها بقانون ما لم تكن داخلة في اختصاص جهة قضائية اخرى وفقا للقوانين النافذة، كما نصت المادة (١) من قانون المحكمة الدستورية رقم (٣) لسنة ٢٠٠٦ على ان تنشأ بمقتضى احكام هذا القانون «محكمة دستورية عليا» وهي هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها في فلسطين، وفي ضوء هذين النصين فاننا نبدي انه بعد صدور قانون المحكمة الدستورية العليا المشار اليه اعلاه فاننا نرى ان القرار مدار الحديث صادر عن جهة غير مختصة باصداره، باعتبار **ان المحكمة العليا كانت تستمد صلاحياتها بالنظر في الطعون الدستوريه من الماده (٣٧) المذكورة وذلك بصفة مؤقته لحين تشكيل وانشاء المحكمة الدستوريه العليا، اما وقد صدر قانون المحكمة الدستورية والذي نص صراحة على انشاء محكمة دستورية كهيئة قضائية مستقلة بذاتها، فان الصلاحية المؤقته للمحكمة العليا قد انقضت واصبحت – مع الاحترام- جهة قضائية غير مختصة بالنظر في الطعون الدستورية.**

٢. فيما يتعلق **بالخصومة**، فاننا نجد ان المحكمة التي اصدرت القرار لم تتعرض لصحة الخصومة من حيث صحة توجيهها واقامة الطعن ضد المطعون ضدهم الوارد ذكرهم في لائحة الطعن، وفي ذلك نقول **ان الفقه الدستوري يكاد يكون مجمعا على ان الخصومة في الدعاوى والطعون الدستورية عينية بطبيعتها، مناطها اختصام النص التشريعي المطعون بصحة دستوريتة في ذاته، وذلك استهدافا لمراقبة مدى دستوريته وانضباطه داخل اطر الشرعية الحاكمة داخل اطر الشرعية الحاكمة على هدى من احكام الدستور**، وعليه فاننا نرى ان هناك خلل في الخصومة في الطعن مدار الحديث، حيث كان من المتعين على المحكمة التي اصدرت القرار موضوع التعليق – مع الاحترام- ان تتعرض لمسألة الخصومة التي من شأنها أن تؤدي الى رد الدعوى شكلا.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

٣. فيما يتعلق **بشكل القرار**، فقد لجأت المحكمة في القرار مدار الحديث الى معالجة كل جزئية من جزئيات الطعن بشكل منفصل وبصورة مباشرة، وفي ذلك نرى **ان قرار الحكم يجب ان يتضمن بعد اسم المحكمة التي اصدرته واسماء الخصوم وصفاتهم، ملخصا للوقائع ثم بعد ذلك معالجة هذه الوقائع والادعاءات من خلال النصوص القانونية وتسبيبها وتعليلها، واخيرا المنطوق (الفقرة الحكمية) الذي يتضمن ما خلصت اليه المحكمة في كل جزئيه من جزئيات الطعن، وعليه وحيث ان القرار محل التعليق لم يتضمن في منطوقه الوارد تحت مسمى (لهذه الاسباب) ما خلصت اليه المحكمة في الرد على كافة طلبات الطاعن**، فيكون هناك –مع الاحترام- خلل في شكل القرار باعتبار انه لا يجوز ان يشتمل قرار الحكم على اكثر من فقرة حكمية.

٤. بخصوص ما توصلت اليه المحكمة الموقرة مصدرة القرار مدار التعليق في ردها على الطعن في القرار الصادر عن المدعي العام العسكري بتوقيف الطاعن من تاريخ ٢٠١٠/١/١٧ فاننا نتفق مع ما ذهبت اليه المحكمة الموقرة في ردها على هذه الجزئية من حيث النتيجة والتسبيب، وان كان **من الواجب على المحكمة الموقرة – مع الاحترام- ان تضيف الى تسبيبها حكم المادة (٢٤) من قانون المحكمة الدستورية رقم (٣) لسنة ٢٠٠٦ وتعلل ما خلصت اليه بقولها ان هذا الطعن لا يقوم على اساس قانوني ولا يتفق مع وظيفة المحكمة الدستورية التي حددت اختصاصاتها بموجب المادة (٢٤) المذكورة**، وذلك كما فعلت في ردها على الطعن الوارد على القرار الثاني المطعون فيه الصادر عن المحكمة العسكرية الدائمة/الخليل.

٥. فيما يتعلق برد المحكمة الموقرة مصدرة القرار على الطعن بدستورية قانون المحاكمات الجزائية الثوري وقانون العقوبات الثوري لعام ١٩٧٩، فاننا نتفق مع ما ذهبت اليه المحكمة الموقرة من تمتع هذين القانونين بالمشروعية في الحدود التي صدرا فيها، غير **انه كان يتعين عليها – مع الاحترام- وفي مجال تسبيب قرارها من هذه الناحية وتعليله ان تتعرض للمادة (١٠٩) من القانون الاساسي والتي نصت على بقاء القوانين واللوائح والقرارات المعمول بها في فلسطين قبل العمل بهذا القانون سارية الى ان تعدل وتلغى وفقا للقانون، باعتبار ان القانونين المطعون بعدم دستوريتهما قد صدر عن جهة مختصة وانه لم يتم تعديلهما او الغائهما.**

اما فيما يتعلق بما ذهب اليه القرار مدار التعليق من ان القانونين المذكورين قد استهدفا فئة العسكريين فقط في حين ان المدنيين لا يخضعون لاحكامهما، وان المحاكم النظامية هي من تطبق القوانين على هذه الفئة الاخيرة، فاننا نجد ان المحكمة الموقرة – مع الاحترام- قد اقحمت نفسها بمسالة خارجة عن اختصاصها، حيث كان على المحكمة الموقرة ان تبقى في اطار المعالجة الدستورية للقانونين المطعون بدستوريتهما دون ان تقحم نفسها بمسالة الفئات المستهدفة في كل قانون واختصاصات المحاكم العسكرية والمحاكم النظامية.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

الهوامش

١ نص الطلبات حرفياً من واقع الحكم محل التعليق .

٢ أستاذنا المستشار الدكتور/ عوض المر : مقدمة الجزء الخامس من أحكام المحكمة الدستورية العليا .

٣ يراجع تعليقنا على قرار المحكمة العليا بصفتها محكمة دستورية فى الطعن رقم ٤ لسنة ٢٠٠٧.

٤ الحكم الصادر فى الدعوى رقم ١٢ لسنة ١٥ ق دستورية – جلسة ١٩٩٤/١٢/٣

٥ يراجع على سبيل المثال حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٨ لسنة ١٥ قضائية «دستورية» جلسة ١٩٩٥/١/١٤.

٦ حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٨١ لسنة ١٨ قضائية «دستورية» جلسة ١٩٩٨/٤/٤.

٧ حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٧ لسنة ١٦ قضائية «دستورية» جلسة ١٩٩٧/٢/١.

٨ حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ١٨٣ لسنة ٢٩ قضائية «دستورية» جلسة ٢٠١٢/١١/٤.

٩ حكم المحكمة الدستورية العليا رقم ٣١ لسنة ١٠ قضائية «دستورية» – جلسة ١٩٩١/١٢/٧.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

احكام صادرة عن محكمه العدل العليا والتعليق عليها

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

دعوى عدل عليا
رقم: ٢٠١١/٢٥

السلطة الوطنية الفلسطينية
السلطة القضائية
محكمة العدل العليا

القرار

الصادر عن محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله المأذونة بإجراء المحاكمة وإصدار الحكم باسم الشعب العربي الفلسطيني

الهيئة الحاكمة : برئاسة السيد القاضي هشام الحتو
وعضوية السيدين القاضيين مصطفى القاق و تيسير ابو زاهر

المستدعون :-

١) د.عامر محمود محمد ابو فرحة / جنين – فقوعة
٢) محمد حسن عبد الرحمن عمري / جنين – فقوعه
٣) محمد عبد الرحمن محمود صلاح / جنين – فقوعه
٤) محمود عبد الرؤوف محمود خضور / جنين –فقوعه
٥) محمود صدقي محمود صلاح / جنين – فقوعه
٦) بسمة صالح خليل زيدات / جنين– فقوعه
٧) زينب محمد صالح مخيمر / جنين – فقوعه
٨) محمد فايز حسن جالودي / جنين – فقوعه
٩) حسين عبد الله حسين ابو فرحة / جنين – فقوعه

وكيلاهم المحاميان غسان مساد و/أو إبراهيم البرغوثي

الرئيس

الكاتب-دقق: م.ع

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

دعوى عدل عليا
رقم: ٢٠١١/٢٥

المستدعى ضدهما:-

١) مجلس الوزراء الفلسطيني / رام الله

٢) وزير الحكم المحلي بصفته الوظيفية / رام الله

الإجـــــــراءات

بتاريخ ٢٠١١/١/٦ تقدم المستدعون بواسطة وكيلاهم بهذه الدعوى للطعن في القرارات التالية :-

١. القرار الصادر عن المستدعى ضـــده الاول رقـــم (٠٦ / ٧٢ /١٣ / م .ن. و/س .ف) لعام ٢٠١٠ بشأن احداث وضم هيئات محليـــة مـــن شـــمال شـــرق محافظة جنين ، والصادر في مدينة رام الله بتاريخ ٢٠١٠/١١/١٠ والمتـــضمن احداث وتشكيل هيئة محلية جديدة باسم بلدية مرج بن عامر في شـــمال شـــرق محافظة جنين/ وحل الهيئات المحلية ولجان المشاريع (مجلس قروي عرانـــة ، والجلمة ، وفقوعة ، ودير ابو ضعيف ، وجلبون ، ولجان المشاريع بيـــت قـــاد الشمالي ، وبيت قاد الجنوبي ، ودير غزالة ، وعابة الشرقية ، وعربونة) الـــى الهيئة المستحدثة ، وتكليف وزير الحكم المحلي بتشكيل مجلس بلدية مـــرج بـــن عامر الى حين اجراء انتخابات المجالس المحلية على ان يعرض التشكيل علـــى مجلس الوزراء للمصادقة عليه .

٢. القرار الصادر عن وزير الحكم المحلي رقم ٧٥١٧/١١/١) والـــصادر بتـــاريخ ٢٠١٠/١٢/٦ بشأن بلدية مرج بن عامر والمتضمن تشكيل لجنة تسير اعمـــال بلدية مرج بن عامر من خمسة عشر شخص، والمتضمن ايضا سريان العمل به

الرئيـــس

الكاتب-دقق: م.ع

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

دعوى عدل عليا
رقم: ٢٠١١/٢٥

اعتبارا من تاريخه على ان يبلغ لمن يلزم وعلى جميع الجهات التعاون لتنفيذه كل فيما يخصه.

يستند المستدعون في طعنهم الى ان القرارات المطعون فيها مخالفة للأصول والقانون ومشوبة بعيب التعسف في استعمال السلطة وضد المصلحة العامة .

في جلسة٢٠١١/١/١٨ كرر وكيل المستدعين لائحة الدعوى وقدم بينته ضمن حافظة مستندات المبرز (س/١) وختم بينته وطلب إصدار القرار المؤقت حسب الأصول والقانون وفي ذات الجلسة أصدرت المحكمة مذكرة للمستدعى ضدهما لبيان الأسباب الموجبة لإصدار القرار المطعون فيه و/أو بيان ما يحول دون إلغاءه وفي حال المعارضة تقديم لائحة جوابية ضمن المدة القانونية .

بتاريخ ٢٠١١/٢/٧ قدم رئيس النيابة العامة ممثلاً عن المستدعى ضدهما لائحة جوابية طلب في نتيجتها رد الدعوى وقدم وكيل المستدعين باقي بينته المبرز (س/٢) والشاهد عامر محمود أبو فرحة وختم بينته .

وفي جلسة ٢٠١١/٥/١٦ كرر رئيس النيابة العامة اللائحة الجوابية وقدم بينته ضمن حافظة مستندات المبرز (ن/١) وختم بينته وصرح وكيل المستدعين انه لا يرغب في تقديم بينة مفندة وقدم مرافعة خطية طلب في نتيجتها إلغاء القرارات المطعون فيها في حين قدم رئيس النيابة العامة مرافعة خطية طلب في نتيجتها رد الدعوى.

الرئيـــس

الكاتب-دقق: م.ع

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

دعوى عدل عليا
رقم: ٢٠١١/٢٥

السلطة القضائية
المحكمة

بالتدقيق والمداولة و بعد الاطلاع على لائحة الدعوى واللائحة الجوابية والبينات المقدمة وسماع مرافعات الطرفين تجد المحكمة ان المادة الرابعة من قانون الهيئات المحلية رقم ١ لسنة ١٩٩٧ تنص على :-

١. وفقاً لأحكام هذا القانون تنظم هيكلية الهيئات المحلية الفلسطينية وتحدد تشكيلاتها وحدودها لائحة تصدر عن مجلس الوزراء بناءً على تنسيب من الوزارة .
٢. بما لا يتعارض مع احكام هذا القانون او المصلحة العامة يكون إحداث او إلغاء او ضم او فصل اية هيئة محلية او تجمعات سكانية او اجزاء منها او تشكيل هيئة محلية لها بقرار من مجلس الوزراء بناءً على تنسيب من الوزير .
٣. يتم توسيع حدود منطقة الهيئة المحلية او تغييرها بتوصية من المجلس وبقرار من الوزير .

وان القرار المطعون فيه الاول المذكور اعلاه والموجود ضمن حافظة المستندات المبرز (س/١) صادر عن مجلس الوزراء بناء على تنسيب من وزير الحكم المحلي بالإضافة الى انه صادر بناء على المصلحة العامة وعلى الصلاحيات المعطاة لمجلس الوزراء بالاستناد الى قانون الهيئات المحلية رقم ١ لسنة ١٩٩٧ وعلى قرار بقانون لسنة ٢٠٠٨ بشأن تعديل قانون الهيئات المحلية المذكور أعلاه كما تجد المحكمة ان البينة التي قدمها وكيل المستدعين لاثبات رغبات موكله ان سكان قرية فقوعة لا يريدون الانضمام الى باقي القرى المشمولة بالقرار المطعون فيه وان الانضمام يضر بمصلحتهم وبمشاريعهم وتؤثر عليهم سلبياً اذا ما تم الانضمام وتشكيل بلدية واحدة فان المحكمة تجد ان تسعة اشخاص (المستدعون) لا يشكلون الأكثرية من سكان قرية فقوعة الذي يبلغ عدد سكانها (٣٧٠٠) نسمة حسب ما هو واضح من

الرئيس

الكاتب-دقق:

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

دعوى عدل عليا
رقم: ٢٠١١/٢٥

شهادة المستدعي الأول عامر محمود ابو فرحة على الصفحة (١١) من الضبط وذلك لإبداء رغبات جميع سكان القرية بعدم الانضمام كما ان ذلك يشكل مصلحة خاصة وفردية للمستدعين بعدم الانضمام وتشكيل البلدية مع ان رغبة المستدعين بعدم الانضمام لا تغير من الوضع القانوني شيئاً لان العبرة في تقرير الانضمام وتشكيل البلدية الواحدة هي لتنسيب وزير الحكم المحلي ولقرار مجلس الوزراء لا لتقرير شخص آخر وذلك حسب ما تقضي به المادة الثانية من قانون الهيئات المحلية رقم ١ لسنة ١٩٩٧ المذكورة أعلاه والتي تعطي الصلاحية والسلطة التقديرية الكاملة لمجلس الوزراء بضم هيئات محلية مع بعضها البعض لتصبح بلدية واحدة ذات هيئة محلية جديدة كما انه لم تقدم أية بينة على الإطلاق تشير إلى التعسف في استعمال السلطة باتخاذ القرار المطعون فيه او ان هناك مخالفة لاحكام القانون عند إصدار القرار المطعون فيه خاصة وانه ليس ثمه أي قانون او نظام يمنع سكان قرى متجاورة من الاندماج مع بعضها لتشكيل بلدة واحدة.

كما ان المصلحة العامة لا تتوازى مع المصلحة الفردية الخاصة للمستدعين بل تعلو عليها وانه اذا تعارضت مصلحتان عامة وخاصة ترجح المصلحة العامة على المصلحة الخاصة (قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم ٧٧/١١٢ صفحة ٥٤ سنة ١٩٨٧) وبناءً عليه يكون القرار المطعون فيه الأول متفق احكام القانون .

اما بالنسبة للقرار المطعون فيه الثاني فأننا نجد انه قد صدر عن جهة مختصة وذات صلاحية بتنفيذ قرار مجلس الوزراء اذ تتولى وزارة الحكم المحلي مهمة الاشراف على البلديات والمجالس المحلية وتشكيلها والرقابة المالية والإدارية والقانونية عليها / وذلك عملا بإحكام المادة ٢ من قانون الهيئات المحلية رقم ١ لسنة ١٩٩٧ التي تنص على (وفقاً لاحكام

الرئيـــس

الكاتب-دقق: م.ع

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

دعوى عدل عليا
رقم: ٢٠١١/٢٥

القانون تقوم الوزارة بما يلي : رسم السياسة العامة المقررة لاعمال مجالس الهيئات المحلية الفلسطينية والإشراف على وظائف واختصاصات هذه المجالس وشؤون تنظيم المشاريع العامة وأعمال الميزانيات والرقابة المالية والإدارية والقانونية والإجراءات الخاصة بتشكيل هذه المجالس . القيام بالإعمال الفنية والإدارية المتعلقة بأعمال التنظيم والتخطيط الإقليمي في فلسطين وضع اية أنظمة او لوائح لازمة من اجل تنفيذ واجباتها المنصوص عليها في البنود السابقة او بمقتضى أحكام القانون.

وعليه يكون القرار المطعون فيه الثاني متفق وأحكام القانون وان دعوى المستدعين لا تستند على أي سبب قانوني سليم.

لهذه الأســـبـــاب

تقرر المحكمة رد الدعوى.

قــراراً صدر وتلي علناً باسم الشعب العربي الفلسطيني وأفهــم بتــاريخ ٢٠١٢/١١/٥

الرئيـــس

الكاتب-دقق: م.ع

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

تعليق على حكم محكمة العدل العليا الصادر
فى الدعوى رقم ٢٥ لسنة ٢٠١١

تعليق معالي الدكتور فتحى فكرى - مصر

تعليق المحامي الدكتور محمد خليل يوسف ابو بكر – الاردن

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

تعليق على حكم محكمة العدل العليا الصادر فى الدعوى رقم ٢٥ لسنة ٢٠١١

معالي الدكتور فتحى فكرى
أستاذ القانون العام
بكلية الحقوق – جامعة القاهرة

فى التعليق على الأحكام للوقائع أهمية موازية للمفترضات القانونية المنبثقة عن النزاع.
فترتيب الوقائع لا ينبىء فقط عن مجرد تسلسل زمني للأحداث ، وإنما يكشف أيضاً عن مراحل تّكون مراكز الخصوم ، والقواعد الواجبة الإعمال عليها زمن تبلورها وتشكل ملامحها.
من هذا المنطلق نستهل تحليلنا بتتبع وقائع الدعوى المتوجه بالحكم محل التعليق ، والتى جرت كالتالى:

١. فى ١٠ نوفمبر ٢٠١٠ أصدر مجلس الوزراء قراراً من مقتضاه إحداث وتشكيل هيئة محلية جديدة باسم بلدية مرج بن عامر فى شمال شرق محافظة جنين.
وهذا الإحداث نتج عن حل وضم الهيئات المحلية المتمثلة فى مجلس بلدى قروى عرانة والجلعه وفقوعه ودير أبو ضعيف وجلبون ، ولجان مشاريع بيت قاد الشمالى وبيت قاد الجنوبى ودير غزالة وعابا الشرقية وعربونة .
وكلف القرار المنوه عنه وزير الحكم المحلى بتشكيل مجلس مؤقت للبلدية المستحدثة ، مع عرض التشكيل على مجلس الوزراء للمصادقة عليه.
٢. فى ٦ ديسمبر ٢٠١٠ أصدر وزير الحكم المحلى قراراً بتشكيل لجنة تسيير أعمال بلدية مرج بن عامر من خمس عشر عضواً. وتضمن القرار سريانه من تاريخ سنه.
٣. لم يلق هذا القرار قبولاً من مجلس بلدى فقوعه ، وترجم المجلس موقفه بولوج سبيل التقاضى ، حيث تقدم فى ٦ يناير ٢٠١١ بالدعوى رقم ٢٥ لسنة ٢٠١١ أمام محكمة العدل العليا للمطالبة بإلغاء القرارين محل النزاع لمخالفتهما للقانون، فضلاً عما شابهما من إنحراف بالسلطة وإساءة استعمالها.
٤. تدوولت الدعوى بالجلسات إلى أن حسمت محكمة العدل العليا الخصومة بحكمها الصادر فى ٥ نوفمبر ٢٠١٢ والقاضى برفض الطعن ضد القرارين المنعى عليهما، بحسبان أن الدعوى لا تستند على أى سبب قانونى سليم.

والوقائع المبسوطة أعلاه تستوقف النظر ، وتحفزه لسبر غور عدة ركائز قانونية محورية.
وقبل الدلوف إلى ثنايا التعليق ومحتواه لا يفوتنا أن نبدى ملحوظة أولية استرعت انتباهنا بقوة ، ألا وهى إضفاء وصف القرار على حكم محكمة العدل العليا.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

فهذا الوصف غير سديد لسببين:

- اننا بصدد عمل قضائى ، سواء اعتنقنا المعيار العضوى (صدور العمل من قضاة) أو الموضوعى (حسم خصومة بين طرفين أو أكثر)[١] أو حتى جمعنا بينهما[٢].

وبالتالى فالأمر يتعلق بعمل قضائى يتمثل فى صدور حكم بكل ما يحمله المصطلح من معانى.

- وصف القرار يعطى الانطباع باننا بصدد مجرد تظلم ، لا دعوى قضائية تختتم بحكم له حجيه تفرض نفسها على الكافة ، والأهم من ذلك ، على السلطات العامة المعنية.

ولا مجال لازاحة التحليل السالف ، اعتماداً على أن العبرة بالمضمون لا المظهر ، وما وصف بالقرار هو فى حقيقة ومكنونه حكم قضائى ، ففى الأمور الأساسية ، لا يجوز ترك أدنى مجال لتأويلات واجتهادات نحن فى غنى عنها ، وربما تصرفنا عن القضايا الجوهرية .

وإذ فرغنا من الجزئية السابقة ، فقد حان الأوان للوقوف على مدار التعليق وأبعاده.

وقد استحسنا أن نبسط بداية ما استوقفنا من جوانب الطعن الشكلية (أولاً) قبل الغوص فى اشكالياته الموضوعية (ثانياً).

أولاً – الجوانب الشكلية:

فى إطار الجوانب الشكلية للطعن نعرض لمسألتين استحقتا – من وجهة نظرنا – التحليل والتمحيص.

أ- تعدد المدعين (المستدعين) وأثره على قبول الدعوى:

تم تحريك إجراءات الدعوى الماثلة من قبل تسعة أشخاص ، أى أن هناك تعدداً من المدعين. ولم يقم هذا التعدد عائقاً أمام قبول الدعوى. وهذه الموقف جدير بالإنحياز له. وسبب إثارة هذه الملحوظة أن المحكمة الإدارية العليا فى مصر تسير على قاعدة عدم قبول الدعوى الجماعية كأصل عام ، وفى ذلك تقول انه « من المقرر أنه يتعين كأصل عام أن يكون مقدم الإدعاء أو المدعى فى صحيفة الدعوى فرداً واحداً سواء كان شخصاً طبيعياً أو شخصاً اعتبارياً وهو ما عبر عنه المشرع بتعبير المدعى أو الطالب فى المادة (٦٣) من قانون المرافعات ، والمادة (٢٥) من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ .. وأساس ذلك أن لكل شخص طبيعى أو معنوى حالة قانونية أو مركز قانونى متميز ومستقل لا يختلط قانوناً بالحالة القانونية أو المركز القانونى لغيره ، ولا يجوز قانوناً الاستغناء عن الأصل العام المتقدم بأن يرفع أكثر من دعوى واحدة بصحيفة واحدة سواء كانت طلباتهم واحدة ومتماثلة أم طلبات متعددة ومتغايرة إلا فى الحالات التى تكون فيها مراكزهم القانونية مندمجة فى مركز قانونى واحد غير قابل للانفصال أو التجزئة على نحو يفترض قانوناً توجيه الخصومة بصورة جماعية لا تقبل التجزئة فى دعوى واحدة يتعدد المدعين فى صحيفتها ، والمناط فى ذلك أن تتحقق المصلحة فى توجية الخصومة

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

بصورة جماعية وهو أثر يرجع تقديره إلى المحكمة وفق ما تراه من ظروف الدعوى .. وبغير تحقق هذا الوضع الاستثنائى لا يسوغ قانوناً أن يتعدد أشخاص المدعين فى دعوى واحدة يرفعونها باسمائهم فى صحيفة واحدة وإن تماثلت طلباتهم فى موضوعها وإلا كانت الدعوى غير مقبولة قانوناً وبحسبان أن الأصل المتقدم من الأصول التى تقتضيها حسن سير العدالة» [٣].

والواقع أن استخدام لفظ المفرد هو الأسلوب الشائع فى الاصطلاح التشريعى ، وبالتالى لا يصح التعويل عليه لكى نغلق الباب – كمبدأ عام – أمام الخصومة الجماعية. وربما كان الاعتبار العملى المتمثل فى أن الدعوى الجماعية قد تنطوى على طلبات مختلفة لكل طرف فيها ، مما يعرقل الفصل فى مثل هذه الدعاوى. وهذا الاعتبار تتبدى أهميته فى الحالات التى يعانى فيها القاضى الإدارى من تراكم شديد الوطأة فى الدعاوى المطروحة على ساحته ، فتظهر فكرة منع الدعوى الجماعية كأداة لمعاونته فى حسن سير العدالة بحجب ما يمكن تسميته بالدعاوى المركبة ، أى تلك المنطوية على عدة خصومات فى صحيفة واحدة[٤].

اما وأن الوضع لم يبلغ فى فلسطين هذا المدى ، فاننا نميل إلى أن فكرة الدعوى الجماعية لا محل للتذرع بها لمنع قبول الدعاوى المقدمة من أكثر من شخص ، ويكفى أن الدعاوى الإدارية تنظر أمام محكمة العدل العليا كأول وآخر درجة.

ب- عدم الرد على الدفع بانتفاء المصلحة بصورة صريحة:

من الدفوع التى اثارتها الجهة الإدارية عدم قبول الطعن لإنتفاء المصلحة.

فمن المبادئ المقررة ، بل والثابتة ، انه لا دعوى بلا مصلحة. وهذا المبدأ يسرى على طعون الإلغاء سريانه على الطعون الأخرى ، وإن كانت دعوى الإلغاء تتميز بالتوسع فى شرط المصلحة بحيث يكفى أن يمس القرار محل النزاع حالة قانونية للطاعن ، دون أن يبلغ الأمر إهدار اياً من الحقوق المحمية بنصوص قانونية.

إلا ان التوسع المتاح لضابط المصلحة فى الطعن بالإلغاء لا يصل إلى حد كفاية صفة المواطن لتقديم الطعن ، حتى لا نصبح أمام دعوى حسبه[٥] ، ويبدو الأمر وكأن القاضى يتصدى للنزاع من تلقاء نفسه ، وهو ما يناقض المجمع عليها ، من أن القاضى لا يفصل فى أى خصومة إلا بناء على طلب مقدم من أطرافها[٦].

وقدرت الجهة الإدارية ان تطلب المصلحة ، حتى مع التوسع فى مفهومها ، يقف حجر عثرة فى وجه قبول الطعن. فلا مصلحة للمدعين، وهم مجرد مواطنين محليين ، فى الطعن على قرار إحداث بلدية جديدة. وأعلنت الجهة الإدارية رفضها للقياس على جواز الطعن على إلغاء بلدية التى استقر الاجتهاد على قبول الطعن بقرار الإلغاء من كل مواطن ناخب فى القرية ، على أساس أن الغاء البلدية القائمة

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

من شأنه أن يسد باب الترشيح ويؤثر فى مركز كل من يطمع فى أن يرشح نفسه لانتخابات المجلس البلدى ، ويحرم المواطن من الخدمات التى تقوم بها البلدية وهذه الحالة غير متوفرة فى قرار إحداث البلدية[٧].

والواقع ان احداث بلدية الناتج عن ضم عدة هيئات محلية يوفر مصلحة لكل مقيم فى النطاق الجغرافى للهيئة المضمومة بالطعن على قرار الضم.

فالمقيم فى الهيئة المحلية المضمومة له مصلحة فى الدفاع عن مستوى الخدمات التى تقدم له ، إذا قدر أن تلك الخدمات قد تضار فى نطاقها أو جودتها باستحداث بلدية جديدة.

وفى تأكيد ذلك أعلنت المحكمة الإدارية العليا فى مصر أنه «يكفى لمخاصمة القرار الإدارى فى دعوى الإلغاء أن يكون لرافعها مصلحة شخصية يؤثر فيها ذلك القرار تأثيراً مباشراً وللمدعى مصلحة شخصية مباشرة فى الطعن على القرار الإدارى الصادر بإلغاء الموافقة على إقامة الوحدة المجمعة بأرضه التى تبرع بها لهذا الغرض وذلك بصفته مواطناً وبصفته عمدة القرية وبصفته متبرعاً وفى الحق أنه يكفى لمخاصمة هذا القرار فى هذه الحالة المطروحة أن يثبت أن المدعى **مواطن يقيم فى تلك القرية** حتى تتحقق له مصلحة شخصية فى كل قرار يتعلق بمصالح هذه القرية والمقيمين بها»[٨].

وتتوافر المصلحة ، من باب أولى ، لعضو مجلس الهيئة المحلية المنضمة ، فعلاوة على كونه مواطناً محلياً ، فله مصلحة تنبع من عضويته فى مجلس تم حله ، وهو ما يحرمه من شرف التمثيل المحلى، فضلاً عن أن خطة عمل المجلس التى شارك فى وضعها ، وبدأت تترجم فى صورة خطوات عملية ، باتت معرضة للإرجاء والتعديل وحتى الإلغاء[٩].

وقد انحاز الحكم لهذا التوجه من خلال الفصل فى الموضوع ، وهو ما يعنى ضمناً استيفاء شروط القبول ومنها المصلحة.

وكنا نأمل أن يكرس الحكم شطراً من أسبابه لهذا الدفع وتفنيده ، سيما وأننا نميل إلى أن الدفع بانتفاء المصلحة هو دفع بعدم القبول لا دفع موضوعى[١٠] ، وبالتالى يتعلق بالنظام العام ، مما يفرض على القاضى بيان موقفه بجلاء لا يحتمل المواربه ، بل أن عليه إثارته من تلقاء نفسه دون انتظار لطرحه من قبل أطراف الخصومة المعروضة أمامه.

ثانياً: الجوانب الموضوعية:

انصب الطعن المقدم للمحكمة العليا على قرارين:

- قرار مجلس الوزراء باستحداث بلدية جديدة.
- قرار وزير الحكم المحلى بتشكيل مجلس إدارة مؤقت للبلدية المستحدثة.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

ولا تخفى وشائج الصلة الوثيقة بين القرارين ، فالثانى لا يمكن أن يوجد إلا تبعاً للأول واثراً له. إلا أن تلك العلاقة لا تفيد بالضرورة أن النتيجة التى نلخص إليها حول مشروعية أولهما تنصرف حتماً إلى ثانيهما.

للسبب المسطور أعلاه ، فضلنا تناول شرعية كل قرار كل حدة.

- قرار مجلس الوزراء :

كما سلف القول استحدث قرار مجلس الوزراء هيئة محلية جديدة تحمل أسم مرج بن عامر فى شمال شرق محافظة جنين ، ونشأ هذا الإستحداث من خلال ضم مجموعة من الهيئات المحلية القائمة.

وبادئ ذى بدء يتعين بيان السند القانونى الذى عول عليه مجلس الوزراء فى إصدار قراره.

ويستجيب هذا المسعى لمبدأين حاكمين:

- انه لا اختصاص إلا بنص ، وفى حدود هذا النص.
- بيان طبيعة الاختصاص الممنوح للجهة المعنية ، فالإختصاصات المسندة للجهات الإدارية ليست من نوعية واحدة ، فبعضها تقديرى يترك للإدارة – بطريقة أو بأخرى – مساحة للاختيار وحرية للتصرف ، وبعضها مقيد ، يفرض على المسئول إتخاذ القرار حال استكمال مقوماته.

وبالنظر لقانون الهيئات المحلية – ستقابل المادة (٤) والتى تقضى فى بندها الثانى بأنه «بما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون أو المصلحة العامة يكون إحداث أو إلغاء أو ضم أو فصل أية هيئة محلية أو تجمعات سكانية أو أجزاء منها أو تشكيل هيئة محلية لها بقرار من مجلس الوزراء بناء على تنسيب من الوزير».

ومن الوهلة الأولى يبين أن النص لم يثقل سلطة الاستحداث بقيود حقيقية. فتطلب عدم مخالفة قرار الاستحداث للقانون أمر بديهى، يفرضه التدرج القانونى الذى يعلى التشريع على قرارات السلطة التنفيذية ، ولو اتسمت بطابع العمومية (القرارات اللائحية أو النظامية).

ولا يختلف الحال كثيراً بالنسبة للنص على توخى المصلحة العامة ، فكل أعمال الجهات الإدارية يجب أن تتغيا الصالح العام ، وإلا تحولت من أداة لتنظيم المجتمع إلى وسيلة تحكمية سلطوية ، للإضرار بالمعارضين وإفادة المريدين.

من هنا فسر النص المشار إليه أعلاه على أنه يخول مجلس الوزراء سلطة تقديرية ، فى أوسع صورها. وهذه الدرجة من السلطة التقديرية لا يحدها إلا توقى الإنحراف بالسلطة أو إساءة استعمالها.

وللمحكمة الإدارية العليا فى مصر قضاء غزير فى هذا الصدد من أبرز مجالاته قرارات التعيين فى بداية الوظائف القضائية[١١].

وتبنى الحكم محل الدراسة هذا التحليل ، وهو ما تعبر عنه تلك الفقرة من الأسباب : «العبرة فى تقرير الانضمام وتشكيل البلدية الواحدة هى لتنسيب وزير الحكم المحلى ولقرار مجلس الوزراء لا

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

لتقرير شخص آخر وذلك حسب ما تقضى به المادة الرابعة من قانون الهيئات المحلية رقم ١ لسنة ١٩٩٧ المذكورة أعلاه والتى تعطى الصلاحية والسلطة التقديرية الكاملة لمجلس الوزراء بضم هيئات محلية مع بعضها البعض لتصبح بلدية واحدة ذات هيئة محلية جديدة كما انه لم تقدم أية بينه على الاطلاق تشير إلى التعسف فى استعمال السلطة باتخاذ القرار المطعون فيه».

والحقيقة أن انحصار البحث فى دائرة نصوص قانون الهيئات المحلية لم يكن صائباً. فقد كان من الضرورى التقدم خطوة أخرى صوب النصوص الدستورية لنرى إذا كانت تلك النصوص قد تطرقت للمسألة ، وما قد يكون قد اسفر عنه هذا التطرق من قيود يتعين أخذها فى الحسبان.

ووفقاً للمادة ٨٥ من القانون الأساسى لفلسطين «تنظم البلاد بقانون فى وحدات إدارة محلية تتمتع بالشخصية الاعتبارية ، ويكون لكل وحدة منها مجلس منتخب انتخاباً مباشراً على الوجه المبين فى القانون . ويحدد القانون اختصاصات وحدات الإدارة المحلية ومواردها المالية وعلاقتها بالسلطة المركزية ودورها فى إعداد خطط التنمية وتنفيذها ، كما يحدد القانون أوجه الرقابة على الوحدات ونشاطاتها المختلفة . ويراعى عند التقسيم المعايير السكانية والجغرافية والاقتصادية والسياسية للحفاظ على الوحدة الترابية للوطن ومصالح التجمعات فيه».

والملحوظة التى تشد الإنتباه فى هذا النص إسلوب صياغته. فالمألوف فى المواد الدستورية الوقوف عند الكليات دون الخوض فى الفرعيات ، التى تترك للنصوص الأدنى درجة ومرتبة.

وعزوفاً عن هذا المسلك بخصوص الهيئات المحلية وتعبيراً عن الاهتمام بها ، وجدنا الشارع التأسيسى يتحدث عن أداة إنشاء تلك الوحدات وتمتعها بالشخصية الاعتبارية ، وانتخاب مجالسها ، وتحديد الموضوعات المتروك للقانون تنظيمها (اختصاص الوحدات المحلية - بيان مواردها المالية – العلاقة بين الهيئات المحلية والسلطة المركزية – دور الوحدات المحلية فى اعداد خطة التنمية وكذا تنفيذها واقعياً).

وفى عجز النص ، وهو ما يتصل بموضوعنا ، تناول الدستور تقسيم الوحدات المحلية مبيناً ضرورة أن يراعى هذا التقسيم ضابط ثنائى القطب:

- المعايير السكانية والجغرافية والإقتصادية والسياسية.
- مصالح التجمعات التى يضمها تقسيم الهيئات المحلية.

وهذا القيد بشقيه يفرض نفسه على النصوص التى تصاغ لإنفاذ القواعد الدستورية.

ولا محل للقول بأن الضابط المزدوج المشار إليه ينطبق على إنشاء وتقسيم الهيئات المحلية ابتداء ، ولا مجال له حال إعادة التقسيم ، فعبارة التقسيم وردت مطلقة ، وطبقاً لقواعد التفسير فإن المطلق يترك على إطلاقه ما لم يقيد. هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى ، فإن مراعاة المعايير السكانية والجغرافية والاقتصادية والسياسية ومصالح تجمعات التقسيم ، هدفها ان الهيئات المحلية تؤدى خدماتها للقاطنين فى رحابها بصورة فعالة ، وهو ما لا يعود بالنفع على هؤلاء فقط ، وإنما أيضاً على

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

الدولة ككل من خلال تخفيف العبء عن كاهل السلطة المركزية باعفائها من واجب التدخل للوفاء بالاحتياجات المحلية.

ولذا كان ضرورياً أن يبحث الحكم استجابة قرار الاستحداث للضابطين المقررين بالقانون الأساسى، وبيان مدى توافرهما من عدمه ، قبل أن ينتهى إلى اتفاق القرار الطعين مع القانون أو انتهاكه له.

وإذ لم يتجه الحكم هذه الوجهة ، فانه بات موصوماً بمخالفة القانون ، ولولا أننا بصدد حكم من المحكمة العليا ، لكان هذا المثلب كافياً للطعن عليه والحصول على حكم بنقضه وإبطاله.

- قرار وزير الحكم المحلى:

أعقب استحداث مجلس الوزراء هيئة محلية جديدة تحت مسمى مرج بن عامر ، أصدر وزير الحكم المحلى قراراً بتشكيل لجنة تسيير أعمال الهيئة المستحدثة.

والسؤال هل يملك وزير الحكم المحلى سن القرار سالف البيان؟

وبداية لا محل لتبرير الاختصاص باستدعاء ما ورد فى قرار مجلس الوزراء بتكليف الوزير بتشكيل مجلس بلدية مؤقت لحين إجراء الانتخابات وتكوين مجلس يعكس الإرادة الشعبية المحلية عبر صناديق الاقتراع.

فهذا التكليف يعنى أن الاختصاص بالتشكيل المؤقت يقع ضمن صلاحيات مجلس الوزراء ، وانه رأى لأسباب قدرها العهود به – لوزير الحكم المحلى ، وهو ما يترجم قانوناً بوجود تفويض إدارى . والقاعدة المتعارف عليها انه لا تفويض إلا بنص ، وفى نطاق هذا النص.

ولما كان قانون الهيئات المحلية قد أجدب من نصوص تشير إلى إمكانية التفويض فى هذا الاختصاص ، فلا معدى من الإعراض عما سمى «بالتكليف الوارد فى قرار مجلس الوزراء الصادر فى ١٠ نوفمبر ٢٠١٠.

وهنا ترتد المشكلة إلى أصولها ، حيث يتعين البحث فيما إذا كان الاختصاص بتشكيل مجلس مؤقت من الصلاحيات الأصلية لوزير الحكم المحلى.

ربما دلل البعض على ذلك بالمادتين الثانية والثانية عشر مكرر من قانون الهيئات المحلية لتأكيد ذلك . وسنبدأ تعقيبنا بالمادة الأخيرة لكونها طرحت فى مذكرة النيابة العامة ونحاها الحكم ، بخلاف المادة الأخرى التى عولت عليها المحكمة لإصدار حكمها مما يتطلب أن يدور التحليل النهائى حولها.

طبقاً للمادة ١/١٢ مكرر المضافة بالقرار بقانون رقم ٩ لسنة ٢٠٠٨ «أ- يجوز لمجلس الوزراء بتنسيب من الوزير حل مجلس الهيئة المحلية فى الحالات الآتية[١٢]:

أ. «إذا تجاوز أو أخل بصلاحيته المنصوص عليها فى القانون».

ب. «يعين الوزير لجنة تقوم بمهام المجلس المنحل لمدة أقصاها سنة ، ويصادق مجلس الوزراء عليها ، وتجرى انتخابات مجلس الهيئة المحلية خلال هذه الفترة ».

PDFcompression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

وجلى أن الحالة التى أجاز فيها المشرع حل مجلس هيئة محلية ، وبالتالى تشكيل وزير الحكم المحلى إدارة مؤقتة – لا تطول المنازعة الماثلة.

فالفرض المثار يتعلق بإجراء إدارى له طابع الجزاء لإخلال المجلس بصلاحيته أو تجاوزه لها ، وعلى الجملة عدم ممارسة الاختصاصات المنوطة به على النحو الذى يحقق مصالح مواطنى الهيئة المحلية بالقدر المأمول.

وهذا التطبيق مُستبعد لأن قرار مجلس الوزراء لم ينسب أى مخالفة لأى مجلس من المجالس التى تم ضمها فى هيئة محلية واحدة.

ناهيك من أن الاستحداث يفترن عن الحل ، ففى الاستحداث تنقضى الشخصية الاعتبارية للوحدات المنضمة ، وتتكون شخصية جديدة للهيئة التى تقرر تكوينها ، هذا على خلاف الحل حيث تحتفظ الهيئة المحلية بذات الشخصية ، وينحصر الأمر فى تشكيل مجلس إدارة جديد ، لتفادى النقائص التى مهدت إلى الحل وكانت ذريعة له.

ولا يصح – فى اعتقادنا – قياس الحل على الإستحداث لمنح وزير الحكم المحلى سلطة تشكيل مجلس إدارة مؤقت لسبب آخر ألا وهو أن الحل يسبقه مجلس إدارة منتخب ، أما فى الاستحداث فلا يوجد – بالبداهة – أى إرادة شعبية تم التعبير عنها. ولما كانت الإرادة الشعبية هى الأساس فى تكوين مجلس إدارة الهيئة المحلية ، فلابد من الدعوة ، فى ذات قرار إنشاء الهيئة الجديدة ، للإنتخابات.

ويمكن أن تشكل لجنة مؤقتة لحين إجراء الانتخابات ، ليس تطبيقاً للفقرة (ب) من المادة ١٢ مكرر من قانون الهيئات المحلية ، وإنما استناداً لطبيعة الأشياء . ولكى يتضح الفارق بين الفرضين نشير إلى أن اللجنة الناجمة عن الاستحداث لا يمكن أن يمتد عملها لمدة سنة ، وإنما سينفد اختصاصها فى أقرب فرصة ممكنة ، وهى الفترة اللازمة لإتمام الإقتراع المحلى وإعلان نتائجه دون زيادة أو نقصان .

ولا يصح القول بأن القرار أشار إلى أن اللجنة المؤقتة ستدير الأمور المحلية لحين إجراء الانتخابات ، فمثل ذلك القول يتناسى التجهيل المضروب حول موعد الاقتراع ، لأنه فلا أحد يعرف متى ستجرى الانتخابات.

وربما يثار أن هناك عوائق عسيرة التخطى لإجراء الانتخابات المحلية ، والرد على ذلك من اليسر بمكان. فعلى الفرض الجدلى ، أن ثمة ما يحول دون إجراء الانتخابات المحلية على مستوى الدولة ، فإن ذلك ليس من شأنه إقرار عدم إجراء الانتخابات فى نطاق محدود يتمثل فى الوحدة المحلية المستحدثة ، فالتغلب على الصعوبات فى هذا الإطار لا يتصور أن يشق على أى سلطة[١٣].

وإذ خالف القرار الطعين هذا النهج ، فإنه – فى تحليلنا – خالف القانون ، مما كان يجعله حرياً بالإلغاء جديراً به [١٤].

ويبدو أن هذا هو موقف محكمة العدل العليا ، وهو ما يستفاد من إغفالها دفاع الإدارة فى هذا الشأن. وهنا كان على القاضى أن يتجه وجهه أخرى إن أراد إسباغ المشروعية على قرار وزير الحكم المحلى،

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

وقد وجد ضالته بالفعل فى المادة الثانية من قانون الهيئات المحلية.

وتنيط المادة الفائتة بوزارة الحكم المحلى ما يلى:

١. «رسم السياسة العامة المقررة لأعمال مجالس الهيئات المحلية الفلسطينية والإشراف على وظائف واختصاصات هذه المجالس وشئون تنظيم المشاريع العامة وأعمال الميزانيات والرقابة المالية والإدارية والقانونية والإجراءات الخاصة بتشكيل هذه المجالس.

٢. «القيام بالأعمال الفنية والإدارية المتعلقة بأعمال التنظيم والتخطيط الأقليمى فى فلسطين.

٣. «وضع أية أنظمة أو لوائح لازمة من أجل تنفيذ واجباتها المنصوص عليها فى البنود السابقة أو بمقتضى أحكام القانون».

وأقام الحكم النتيجة التى خلص إليها بمشروعية قرار وزير الحكم المحلى على هذه المادة.

وتعبيراً عن ذلك ابان القاضى أن وزارة الحكم المحلى تتولى «مهمة الإشراف على البلديات والمجالس المحلية وتشكيلها والرقابة المالية والإدارية عليها وذلك عملاً بأحكام المادة ٢ من قانون الهيئات المحلية رقم ١ لسنة ١٩٩٧ ..».

وهذا التفسير لا يمكن التسليم به ، لأن النص المشار إليه وإن منح وزارة الحكم المحلى الإشراف على مباشرة المجالس لسلطاتها ، فلا يعنى ذلك أكثر من المتابعة والتوجيه بما يلزم لكفالة أدائها لوظائفها بوجه مرضى.

أما ما ورد فى النص من إسناد الإجراءات الخاصة بتشكيل المجالس المحلية لوزارة الحكم المحلى، فلا تعنى تشكيل لجان مؤقتة ، فهناك فارق بين إجراءات التشكيل ، والتشكيل ذاته . فالأولى تفيد وضع تسلسل إجرائى لكيفية التشكيل ، وبطبيعة الحال لا يجب أن يناهض هذا التسلسل نص قانونى أو يتعارض معه.

اما التشكيل نفسه فيتمثل فى اختيار الأعضاء ، وسبيله الطبيعى الانتخاب .

والخلط بين الأمرين يفضى إلى نتيجة لا يمكن قبولها ألا وهى أن التعيين من وزارة الحكم المحلى هو السبيل لعضوية الهيئة المحلية. وفى هذا الفرض تتحول الهيئات المحلية من إدارات لا مركزية إلى وحدات مركزية تابعة للسلطة القابعة فى العاصمة ، وهو ما يناقض النص الدستورى والتنظيم القانونى القاضيان بوجود هيئة محلية لا مركزية.

وقصارى القول ان قرار وزير الحكم المحلى إذ التزم الصمت إزاء تحديد موعد قريب ومحدد لإجراء الانتخابات للهيئة المحلية المستحدثة ، يصطدم بالنصوص الدستورية[١٥] والقانونية الفارضة لتشكيل تلك الهيئات بالإرادة الشعبية.

إلا أن عدم مشروعية قرار وزير الحكم المحلى بتشكيل المجلس المؤقت للهيئة المحلية المستحدثة تتراجع أهميته إذا سلمنا بعدم مشروعية قرار مجلس الوزراء بالاستحداث ، وهو ما سبق إيضاحه وعرض البراهين الداعمة له .

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

التعليق على القرار رقم ٢٠١١/٢٥ عدل عليا الصادر عن محكمه العدل العليا- في رام الله- فصل ٢٠١١/١١/٢٥

المحامي الدكتور محمد خليل يوسف ابو بكر
عميد كلية الحقوق جامعه الزيتونة
رئيس قسم القانون جامعه الزيتونة «عمان»

اولاً : ملخص وقائع الطعن :

تقدم المستدعون كل من :

١. د. عامر محمود محمد ابو فرحة – رئيس مجلس قروي فقوعه.
٢. محمد حسن عبد الرحمن عمري – نائب رئيس مجلس قروي فقوعه.
٣. محمد عبد الرحمن محمود صلاح .
٤. محمود عبد الرؤوف محمود خضور.
٥. محمود صدقي محمود صلاح.
٦. بسمة صالح خليل زيدان.
٧. زينب محمد صالح مخيمر.
٨. محمد فايز حسن جالودي.
٩. حسين عبد الله حسين ابو فرحة.

وجميعهم من – فقوعه – جنين –وبصفتهم الشخصية وكونهم من احد ابناء فقوعه وبصفتهم اعضاء في مجلس فقوعه.

ضد :المستدعى ضدهم :

١. مجلس الوزراء الفلسطيني – رام الله.
٢. وزير الحكم المحلي بصفته الوظيفية.

الطعن بالقراران :

١. القرار الصادر عن المستدعى ضده الاول رقم (١٣/٧٢/٠٦/م ن و /س.ف) بشأن احداث وضم هيئات محلية في شمال شرق محافظة جنين والصادر في مدينة رام الله تاريخ ٢٠١٠/١١/١٠ والمتضمن احداث وتشكيل هيئة محلية جديدة باسم بلدية مرج بن عامر في شمال شرق محافظة جنين، وحل الهيئات المحلية ولجان المشاريع (مجلس قروي عرانه،

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

والجلمة، وفقوعه، ودير ابو ضعيف، وجلبون، ولجان مشاريع بيت قاد الشمالي وبيت قاد الجنوبي ودير غزالة وعابة الشرقية وعربونه) وضمها الى الهيئة المستحدثة وتكليف وزير الحكم المحلي بتشكيل مجلس بلدية مرج بن عامر الى حين اجراء انتخابات المجالس المحلية على ان يعرض التشكيل على مجلس الوزراء للمصادقه عليه.

٢. القرار الصادر عن وزير الحكم المحلي رقم ٧٥١٧/١١/١ والصادر بتاريخ ٢٠١٠/١٢/٦ بشأن بلدية مرج بن عامر والمتضمن تشكيل لجنة تيسير اعمال بلدية مرج بن عامر من خمسة عشر شخص والمتضمن ايضاً سريان العمل به اعتباراً من تاريخه على ان يبلغ لمن يلزم وعلى جميع الجهات التعاون لتنفيذه كل فيما يخصه.

وقد جاء في لائحة اسباب الطعن:

١. تم تشكيل مجلس قروي فقوعه واعلن عنه رسمياً في عام ١٩٩٥، وعام ١٩٩٧ اضفى قانون الهيئات المحلية على هذا المجلس صفه هيئة محلية ذات شخصية اعتبارية وعام ٢٠٠٢ تم تشكيل مجلس خدمات مشترك بقرى شمال شرق جنين، وعام ٢٠٠٦ جرى اول انتخابات للهيئات المحلية ومنها قرية فقوعه وقرر المستدعى ضده الاول تاريخ ٢٠١٠/٢/٨ اجراء انتخابات لمجالس الهيئات المحلية وبتاريخ ٢٠١٠/٦/١٠ صدر قرار بالغاء الانتخابات المحلية، وصدر القرار الاول الذي يقضي بحل مجلس قروي فقوعه وضمه الى هيئة محلية مستحدثة باسم بلدية كرج بن عامر ثم اصدار القرار الثاني.

وتقدم المستدعين بهذا الطعن مستندين للاسباب التالية:

١. عدم قانونية القرارات .
٢. مخالفه مضمون المصلحة العامه.
٣. القراران مشوبان بعيب التعسف باستعمال السلطة.
٤. القراران مشوبان بعيب الشكل.

مطالبين بإلغاء القراران موضوع الطعن.

وتقدم المستدعى ضدهما بلائحة جوابية:

وتضمنت: ان القرار المطعون فيه صدر استناداً للاصول والقانون وان القرار صدر من جهة ذات اختصاص وضمن صلاحياتها التي منحها اياها القانون وبناء على تنسيب وزير الحكم المحلي وذلك عملاً بالفقرة الثانية من المادة (٤) من قانون الهيئات المحلية رقم (١) لسنة ١٩٩٧.

(مراعاه للمصلحة العامه)

وان القراران صحيحان وصدرا وفقاً للقانون وضمن الصلاحيات المخولة لها قانوناً وصدر من جهة

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

مختصة، ولا يشوبه اي عيب من عيوب القرارات الادارية.

وتقدم كل من الطرفين البينات في هذه الدعوى وقدم كل منهما مرافعتهما الاخيرة واصدرت المحكمه القرار (بأن القراران المطعون فيهما قد صدرا وفقاً للقانون وان دعوى المستدعين لا تستند الى اي سبب قانوني سليم وقررت المحكمه رد الدعوى) تاريخ ٢٠١٢/١١/٥.

ثانياً : المبادئ القانونية التي تضمنها قرارمحكمه العدل العليا :

أ. النقطة القانونية التي طرحت عل المحكمه :

هل القراران الذين تم الطعن بهما قد صدرا وشابهما عيب السبب/ وعيب الانحراف بالسلطة او اساءة استعمالها وهل هناك عيب مخالفه القانون وعيب عدم الاختصاص ومخالفه الشكل والاجراءات وخروج هذين القراران عن حكم القانون ويتناقضان مع المصلحة العامه.

ب. تطبيق المحكمه القواعد القانونية الواجبة التطبيق :

١. من قانون الهيئات المحلية رقم ١ لسنة ١٩٩٧

المادة (٤) : الفقرة (١) وفقاً لاحكام هذا القانون تنظيم هيكليات الهيئات المحلية الفلسطينية وتحدد تشكيلاتها وحدودها لائحة تصدر عن مجلس الوزراء بناء على تنسيب من الوزارة الفقرة (٢) بما لا يتعارض مع احكام هذا القانون او المصلحة العامه يكون احداث او الغاء او ضم او فصل اي هيئة محلية او تجمعات سكانية او اجزاء منها او تشكيل هيئة محلية لها بقرار من مجلس الوزراء بناء على تنسيب من الوزير. الفقرة (٣) يتم توسيع حدود منطقة الهيئة المحلية او تغييرها بتوصية من المجلس وبقرار من الوزير.

المادة (٢) من القانون نفسه : وفقاً لاحكام القانون تقوم الوزارة بما يلي :

١. رسم السياسة العامه المقررة لاعمال مجالس الهيئات المحلية الفلسطينية والاشراف على وظائف واختصاصات هذه المجالس وشؤون تنظيم المشاريع العامه واعمال الميزانيات والرقابة المالية والادارية والقانونية والاجراءات الخاصة بتشكيل هذه المجالس.
٢. القيام بالاعمال الفنية والادارية المتعلقة باعمال التنظيم والتخطيط الاقليمي في فلسطين.
٣. وضع اية انظمة او لوائح لازمة من اجل تنفيذ واجباتها المنصوص عليها في البنود السابقة او بمقتضى احكام القانون.

ج. المبادئ القانونية التي تضمنها القرار :

١. صدور القرار موافقاً للقانون : (وهو بناء على تنسيب من وزير الحكم المحلي) وعملاً بالفقرة الثانية من المادة (٤) من قانون الهيئات المحلية رقم (١) لسنة ١٩٩٧ .
٢. صدر القانون من جهة مختصة وذات صلاحية عملاً بالمادة (٢) من القانون نفسه.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

٣. من حيث السبب : ان القرار صدر مسبباً وفقاً للفقرة (٢) من المادة (٤) من القانون نفسه وهي المصلحة العامه.

٤. المصلحة في الدعوى بالنسبة للمستدعين يجب ان يكون مصلحة شخصية مباشرة قرار محكمه العدل العليا الاردنية رقم ٨٠/٣٨ ص ١٦٤ لسنة ١٩٨١.

٥. المصلحة العامه : تعارض مصلحتان عامه وخاصة ترجح المصلحة العامه على المصلحة الخاصة (قرار محكمه العدل العليا الاردنية رقم ٧٧/١١٢ ص ٥٤ لسنة ١٩٧٨ .

ثالثاً : التعليق على القرار:

أ. ان الاجراءات التي تمت في صدور القراران الاداريين موافق للاصول والقانون – وغير مخالفين للقانون – وتم وفقاً للاصول الشكلية المطلوبة ولا يشوبهما عيب مخالفه الاختصاص او الشكل والتشكيل او عيب انعدام السبب وصد القراران بناء على نصوص قانونية واضحة موافقة للقانون.

ب. المصلحة للمستدعين:

من شروط دعوى الالغاء توفر شرط المصلحة لرافع الدعوى وان تكون هذه المصلحة شخصية مباشرة مادية او ادبية.

كما ان الغاية من اقامه دعوى الالغاء هي الدفاع عن مصلحة ذاتية للمستدعي اثر فيها القرار المطعون فيه تأثيراً مباشراً وهذا ما استقرت عليه قرارات محكمه العدل العليا الاردنية.

(رقم ٨٧/١٢٠ ص ١٦١٠ لسنة ١٩٨٩)

(والقرار رقم ٨٠/٣٨ ص ١٦٤ لسنة ١٩٨١)

(والقرار رقم ٨٠/٨٢ ص ١٢٨٣ لسنة ١٩٨١)

ج- تعارض المصلحة العامه مع الخاصة :

لقد استقر القضاء على انه اذا تعارضت مصلحة خاصة ترجح المصلحة العامه على المصلحة الخاصة.

(قرار محكمه العدل العليا الاردنية رقم ٧٧/١١٢ ص ٥٤ لسنة ١٩٧٨)

وعليه فإن القرار والحل الذي اعتمدته محكمه العدل العليا لا يتعارض مع القانون ولم يخالف القانون وطبق النصوص القانونية التي اعتمد عليها صدور القراران المطعون فيهما من حيث الاختصاص وصدورهما والشكل والتشكيل ولا يوجد عيب في انعدام السبب اذ ان السبب في صدور القرارين وهو المصلحة العامه الذي استند اليها القرار من نص الفقرة (٢) من المادة (٤) من قانون رقم ١ لسنة ١٩٩٧ قانون الهيئات المحلية الفلسطينية واذا تعارضت مصلحتان ترجح المصلحة العامه على المصلحة الخاصة وهذا القرار يؤسس لقاعدة قانونية وهي تغليب المصلحة العامه على المصلحة الخاصة وشروط اقامه دعوى الطعن من شخص له مصلحة شخصية/ مباشرة مادية او ادبية ذاتية للمستدعي اثر فيها القرار المطعون تأثيراً مباشراً.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

دعوى عدل عليا
رقم: ٢٠١١/١٨٣

السلطـــة الوطنيـــة الفلسطينيـــة
الســـلطـــة القضائيـــة
محـــكـــمـــة العدل العليـــا

القـــــرار

الصادر عن محكمـــة العدل العليا المنعقدة في رام الله المأذونه بإجراء المحاكمة وإصدار الحكم باسم الشعب العربي الفلسطيني

الهيئة الحاكمـــة : برئاسة السيد القاضي هشام الحتو
وعضويـــة السيدين القاضيين/ ابراهيم عمرو وهاني الناطور

المستدعـــــــية :- شيرين حكمت أحمد دعاس حاج قاسم / طولكرم
وكلاؤها المحامون طارق طوقان و/أو لبنى كاتبه و/أو ميسون ابو شـلبك و/أو علاء طوقان و/أو احمد البيطار

المستدعى ضدهما:-

١) وزير الصحة الفلسطينية بالإضافة إلى وظيفته
٢) مدير عام الشؤون الإدارية والمالية في وزارة الصحة الفلسطينية بالإضافة إلى وظيفته

الإجـــــراءات

بتاريخ ٢٠١١/٥/١١ تقدمت المستدعية بواسطة وكيلها بهذه الدعوى للطعن في القرارات التالية :

١. القرار الصادر عن المستدعى ضده الأول والقاضي بإنهـاء انتـداب المـستدعية فـي المجلس الطبي اعتباراً من تاريخ ٢٠١١/٣/١٥ وانتداب المستدعية للعمل فـي مجمـع فلسطين الطبي (والذي لم تتبلغه المستدعية بشكل قانوني) والمشار إليـه فـي كتـاب

الكاتب: ...
دقق:

الرئيـــــس

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

دعوى عدل عليا
رقم: ٢٠١١/١٨٣

المستدعى ضده الثاني الذي يحمل الرقم (ش أ م /١٥٩٥٥ / ٢٠١١ تاريخ ٢٠١١/٣/١٥ والناطق بإنهاء انتداب المستدعية في المجلس الطبي اعتباراً من تاريخ القرار ، وتغيير مقر عمل المستدعية الى مجمع فلسطين الطبي.

٢. القرار الصادر عن المستدعى ضده الثاني بموجب الكتاب رقم (ش أ م /١٥٩٥٥ /٢٠١١) تاريخ ٢٠١١/٣/١٥ والقاضي بإنهاء انتداب المستدعية في المجلس الطبي اعتباراً من تاريخه ويكون مقر عملها الحالي في مجمع فلسطين الطبي ، بناء على الكتاب الصادر عن المجلس الطبي الفلسطيني بتاريخ ٢٠١١/٣/١٥ وتعليمات المستدعى ضده الأول .

تستند المستدعية في طعنها الى ان القرارات المطعون فيها مخالفة للقانون وفيها إساءة استعمال السلطة .

في جلسة ٢٠١١/٧/١١ كرر وكيل المستدعية لائحة الدعوى وقدم بينته ضمن حافظة مستندات المبرز (س/١) وختم بينته وطلب إصدار القرار التمهيدي المتفق واحكام القانون وفي ذات الجلسة أصدرت المحكمة مذكرة للمستدعى ضدهما لبيان الأسباب الموجبة لإصدار القرارات المطعون فيها و/أو بيان ما يحول دون إلغائها وفي حال المعارضة تقديم لائحة جوابية ضمن المدة القانونية .

بتاريخ ٢٠١١/٨/٤قدم رئيس النيابة العامة ممثلاً عن المستدعى ضدهما لائحة جوابية طلب في نتيجتها رد الدعوى .

وفي جلسة ٢٠١١/١٢/١٢ كرر رئيس النيابة العامة اللائحة الجوابية وصرح انه لا يرغب في تقديم بينة وقدم وكيل المستدعية مرافعة خطية طلب في نتيجتها إلغاء القرارات المطعون فيها في حين قدم رئيس النيابة العامة مرافعة خطية طلب في نتيجتها رد الدعوى .

الكاتب:
دقق:
م.ع

الرئيس

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

دعوى عدل عليا
رقم:٢٠١١/١٨٣

بالرجوع الى لائحة الدعوى المقدمة من المستدعية تجد المحكمة انه قد جاء فيها :

١. بتاريخ ٢٠٠٧/٢/١٧ تم انتدابها للعمل في الإدارة العامة للمستشفيات وبتاريخ ٢٠٠٧/٤/١٧تقرر تمديد انتداب المستدعية في مقر وزارة الصحة الفلسطينية في الإدارة العامة للمستشفيات بنفس الوضع الوظيفي بموجب الكتاب رقم (م و /٤/ ٦٤٥ /٢٠٠٧) تاريخ ٢٠٠٧/٤/١٧ وكانت تعمل كموظفة ادارية في قسم السكرتاريا.

٢. بتاريخ ٢٠٠٧/٧/٢٤ تقرر انتداب المستدعية في الإدارة العامة للمستشفيات للعمل في المجلس الطبي الفلسطيني من تاريخه بموجب الكتاب رقم (م و /٣١٠) تاريخ ٢٠٠٧/٧/٢٤ وكانت تعمل موظف تحليل بيانات وجرافيك .

٣. بتاريخ ٢٠٠٧/١١/١ تقرر تعديل عقد عمل المستدعية ليصبح على عقد اعتماد مالي اعتباراً من تاريخه بموجب الكتاب رقم (أ /و /٤٠٠٩٨) تاريخ ٢٠٠٧/١١/١.

٤. بتاريخ ٢٠٠٩/٢/٢ تقرر نقل المستدعية من مكان عملها الحالي إلى مستشفى رفيديا للعمل في الإدارة العامة للمستشفيات / رام الله اعتباراً من تاريخه ، بموجب الكتاب(م و ١٤ / ٤١٩ /٢٠٠٩) تاريخ ٢٠٠٩/٢/٢.

٥. بتاريخ ٢٠٠٩/٧/٩ تقرر تحويل المستدعية الى موظف دائم صنف (١) اعتباراً من تاريخ ٢٠٠٧/١٠/١ بموجب الكتاب رقم (م و أ/ ٣٣٥٩ / ٢٠٠٩) تاريخ ٧/٩/ ٢٠٠٩.

٦. فوجئت المستدعية بتاريخ ٢٠١١/٣/١٥ بقرار المستدعى ضده الأول (غير المتبلغ نسخة منه – القرار الطعين) من خلال الكتاب الذي يحمل الرقم (ش أ م /١٥٩٥٥ /٢٠١١) المتضمن إنهاء انتدابها في المجلس الطبي الفلسطيني وإعلامها بأن مقر عملها الحالي في مجمع فلسطين الطبي وعملت فيه ليوم واحد كموظفة في الشؤون الإدارية لدى مجمع فلسطين الطبي وبتاريخ ٢٠١١/٣/١٦ تم تبليغها بان دوامها سيكون في قسم التسجيل / قسم الطوارئ بوظيفة كاتب .

الرئيس

الكاتب:
دقق:
م.ع:

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

دعوى عدل عليا
رقم: ٢٠١١/١٨٣

المحكمـــــــة

بالتدقيق والمداولة وبعد الاطلاع على لائحة الدعوى واللائحة الجوابية والبينات المقدمة وسماع مرافعات الطرفين تبين للمحكمة ان الأصل ان للإدارة سلطة مطلقة في اجراء الندب من وظيفة إلى أخرى ومن موقع الى أخر تبعاً لما تقتضيه مصلحة العمل وهذا ما اكدته المادة (٦١) من قانون الخدمة المدنية رقم ٤ لسنة ١٩٩٨ وكذلك المواد (٧٣) و (٧٤) من اللائحة التنفيذية رقم ٤٥ لسنة ٢٠٠٥ طالما ان هذا الندب يهدف للمصلحة العامة ولا يشوبه سوء استعمال السلطة ولا ينطوي على أي تنزيل للموظف سواء كان هذا التنزيل في الوظيفة او الدرجة او الراتب وبالرغم من ان مدة الانتداب قد تجاوزت المدة المنصوص عليها في المادة (٦١) المذكورة أعلاه الا ان ذلك كان بموافقة المستدعية وعدم اعتراضها على ذلك بدليل انها لم تقدم أية بينة على الإطلاق تفيد انها أجبرت او أكرهت على البقاء في الوظيفة التي انتدبت اليها كما يدل ذلك على تجاوز الإدارة في صلاحيتها بعدم الالتزام بالمادة (٦١) ببقاء المستدعية في انتدابها مدة تتجاوز الحد المطلوب وبالتالي فان القرار الأول المطعون فيه جاء متفقاً مع الأصول والقانون ولم تقدم اية بينة على ان الوظيفة التي تم الانتداب اليها هي اقل درجة او اقل مرتبة من الوظيفة التي كانت عليها .

اما بالنسبة الى القرار الثاني المطعون فيه فانه جاء تنفيذاً لقرار وزير الصحة بانهاء الانتداب كما انه جاء تصحيحاً لوضع المستدعية الوظيفي بعودتها الى مكان عملها قبل الانتداب وهذا الامر يتفق مع المادة (٦١) من قانون الخدمة المدنية المذكور أعلاه وعليه يكون القرار المطعون فيه الثاني متفق واحكام القانون .

لـــهذه الاســـــباب

تقرر المحكمة رد الدعوى.

قراراً صدر وتلي علناً باسم الشعب العربي الفلسطيني وافهم بتاريخ ٢٠١٢/٥/١٦

الرئيـــــس

الكاتب:
دقق:
مدع:

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

التعليق على قرار محكمه العدل العليا الفلسطينية
رقم ١٨٣ / ٢٠١١ تاريخ ١٦ / ٥ / ٢٠١٢

تعليق المستشار عبد الغفار سليمان - مصر

تعليق المحامية نداء عبد اللطيف الشيخ ياسين - الاردن

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

الندب ليس سلطة مطلقة لجهة الإدارة

المستشار : عبد الغفار سليمان

بتاريخ ٢٠١١/٥/١١ أقامت المدعية ( ) دعواها أمام محكمة العدل العليا ضد :

١. وزير الصحة الفلسطينية بصفته
٢. مديرعام الشئون الإدارية والمالية بصفته

طعنا على :

١. قرار المدعى عليه الأول الصادر بإنهاء ندب المدعية بالمجلس الطبى اعتبارا من ٢٠١١/٣/١٥ وندب المدعية للعمل بمجمع فلسطين الطبى .
٢. قرار المدعى عليه الثانى الصادر بإنهاء ندب المدعية فى ٢٠١١/٣/١٥ وتحديد مقر عملها بمجمع فلسطين الطبى .

وقد ضمنت المدعية مذكرة الطعن بيانا بالوقائع على النحو التالى :

١. تشغل المدعية وظيفة إدارى بالدرجة الخامسة بقسم الشئون الإدارية بشئون الموظفين منذ تعيينها فى ٢٠٠٧/١/٧ .
٢. بتاريخ ٢٠٠٧/٢/١٧ تم ندب المدعية للعمل بـالإدارة العامة للمستشفيات ، ثم بتاريخ ٢٠٠٧/٤/١٧تقرر تجديد ندبها للعمل كموظفة إدارية بقسم السكرتارية بمقر وزارة الصحة الفلسطينية – الإدارة العامة للمستشفيات .
٣. بتاريخ ٢٠٠٧/٧/٢٤ تقرر ندب المدعية للعمل بالمجلس الطبى الفلسطينى ، وشغلت به وظيفة موظف تحليل وجرافيك
٤. بتاريخ ٢٠٠٧/١١/١ تقرر تعديل عقد عمل المدعية ليصبح على عقد باعتماد مالى .
٥. بتاريخ ٢٠٠٩/٢/٢ تقرر نقل المدعية من مستشفى رفيديا إلى الإدارة العامة للمستشفيات / رام الله .
٦. بتاريخ ٢٠٠٩/٧/٩ تقرر تحويل المدعية إلى موظف دائم صنف (١) اعتبارا من ٢٠٠٧/١٠/١ .
٧. بتاريخ ٢٠١١/٣/١٥ أصدر المدعى عليه الثانى قراره بإنهاء ندب المدعية بالمجلس الطبى اعتبارا من تاريخه ، وعلى أن يكون عملها بمجمع فلسطين الطبى ، وبتاريخ ٢٠١١/٣/١٦ تم إبلاغها بأنها ستعمل بوظيفة كاتب بقسم التسجيل / قسم الطوارئ .
٨. تقدمت المدعية بعدة تظلمات بشأن طلب إلغاء القرار الطعين إلى المدعى عليه الأول بتاريخ ٢٠١١/٤/١١ إلا أنها لم تتلق ردا .

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

وقد نعت المدعية القرار الطعين بمخالفة القانون ، وكونه مشوبا بعيب عدم الاختصاص واغتصاب السلطة ، ومخالفة قواعد الشكل والإجراءات ، وإساءة استعمال السلطة على النحو التالى :

- استمرار ندب المدعية بالمجلس الطبى الفلسطينى منذ ٢٠٠٧/٧/٢٤ بما يجاوز الحد الأقصى لمدد الندب من دائرة جكومية إلى دائرة حكومية أخرى والمحددة بسنة واحدة قابلة للتجديد مرة واحدة ، بالمخالفة لأحكام قانون الخدمة المدنية رقم ٤ لسنة ١٩٩٨ .
- صدور قرار إنهاء ندب المدعية بالمجلس الطبى الفلسطينى ، وندبها للعمل بمجمع فلسطين الطبى من مدير شئون الموظفين حال كونه غير مختص بإصدار القرار .
- عدم إعلان المدعية بالقرار محل الطعن .
- الوظيفة التى انتدبت إليها المدعية بمجمع فلسطين الطبى بموجب القرار الطعين والمتمثلة فى موظفة استقبال أقل من وظيفتها الأصلية بالإدارة العامة للمستشفيات حيث كانت تعمل كمبرمجة وإدرية بموجب شهادتها الجامعية فى مجال تكنولوجيا المعلومات .
- قرارات ندب المدعية منذ تعيينها والإصرار على تجديد الندب بالمخالفة للقانون ، وأخيرا ندبها إلى وظيفة أقل من وظيفتها الأصلية هى فى حقيقتها إجراءات تأديبية مقنعة .
- عدم استهداف المصلحة العامة من القرار محل الطعن ، وهى الغاية التى شرع الندب من أجل تحقيقها .

هذا وقد أرفقت المدعية بصحيفة دعواها المستندات المؤيدة لطلباتها ومن بينها :

- قرار وزير الصحة فى ٢٠٠٧/٧/٢٤ بشأن ندب المدعية من الإدارة العامة للمستشفيات للعمل بالمجلس الطبى الفلسطينى .
- كتاب مدير عام الشئون الإدارية والمالية بوزارة الصحة الموجه إلى المدعية بتاريخ ٢٠١١/٣/١٥ والمتضمن أنه بناء على تعليمات معالى وزير الصحة فقد تقرر إنهاء ندبها بالمجلس الطبى اعتبارا من تاريخه ، وعليه يكون مقر عملها الحالى فى مجمع فلسطين الطبى .
- كتاب المدير الإدارى بمجمع فلسطين الطبى الموجه إلى المدعية فى ٢٠١١/٣/١٦ والمتضمن أنه بناء على كتاب مدير عام الشئون الإدارية والمالية بخصوص إنهاء انتدابها بالمجلس الطبى، سيكون دوامها فى قسم التسجيل / قسم الطوارئ اعتبارا من تاريخه .

واختتمت المدعية دعواها بطلب وقف تنفيذ القرار محل الطعن بصفة مؤقتة ، وفى الموضوع بإلغاء القرارت الطعينة وما ترتب عليها من آثار، وإعادة المدعية للعمل بالإدارة العامة للمستشفيات بوزارة الصحة ، وتحميل المدعى عليهم بالمصاريف وأتعاب المحاماة .

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

وبتاريخ ٢٠١١/٧/١١ أصدرت محكمة العدل العليا قرارا مؤقتا بدعوة المدعى عليهما لبيان الأسباب الموجبة للقرار المطعون فيه أو المانعة من إلغائه وتكليفهما بتقديم مذكرة بالرد خلال خمسة عشر يوما، وحددت جلسة ٢٠١١/١٠/١٢ موعدا لنظر الدعوى .

وبتاريخ ٢٠١١/٨/٤ تقدمت النيابة العامة بصفتها ممثلة للجهة المدعى عليها بمذكرتها التى التمست من خلالها رفض الدعوى للأسباب الآتية :

١. أن القرار المطعون فيه صدر صحيحا ومتفقا وأحكام القانون ومحمولا على قرينة الصحة والسلامة، ولم يقم أى دليل على مخالفته أحكام القانون .
٢. أنه فى شأن الرد على النعى على القرار الطعين بعيب عدم الاختصاص ، فإن القرار صدر عن وزير الصحة ، وأن ماصدر عن مدير عام الشئون الإدارية والمالية بوزارة الصحة ما هو إلا قرارا كاشفا عن قرار وزير الصحة وتنفيذا له ، ومن ثم فلا محل للقول بصدور القرار عن جهة غير مختصة .
٣. أنه على الرغم من تمديد ندب المدعية بالمجلس الطبى الفلسطينى لأكثر من ثلاث سنوات بالمخالفة لأحكام القانون ، فإنها لم تبد اعتراضا على الندب أو تمديده طوال تلك المدة ، بما يسقط حقها فى الطعن على القرار .
٤. أنه فى شأن تسبيب القرار محل الطعن ، فإن المشرع لم يلزم جهة الإدارة بتسبيب قرار الندب أو إلغائه، ومن ثم فإن الجهة المدعى عليها غير مطالبة ببيان سبب إصدار قرارها .
٥. أن المدعية ومنذ تعيينها بوزارة الصحة وهى منتدبة ، وأنه لأول مرة يتم تعيين مكان عملها بموجب القرار محل الطعن .
٦. أن الجهة الإدارية لم تستهدف من إصدار القرار محل الطعن سوى تحقيق المصلحة العامة، وأن القضاء قد استقر على أن القرار يصدر متمتعا بقرينة الصحة وعلى من يدعى أنه معيب بعيب إساءة استعمال السلطة إثبات ما يدعيه أو تقديم ما يزعزع هذه القرينة ، وهو ما لم تثبته أو تقدمه المدعية فى شأن القرار محل الطعن .

واختتمت النيابة العامة مذكرتها بالتماس رفض الدعوى شكلا وموضوعا ، وإلزام المدعية بالرسوم والمصاريف .

وإذ تدولت الدعوى بالجلسات فقد أصدرت المحكمة حكمها فى الدعوى بجلسة ٢٠١٢/٥/١٦ والذى قضت فيه برفض الدعوى .

وقد أسست المحكمة حكمها فى الدعوى على سند من أنه :

- للإدارة سلطة مطلقة فى إجراء الندب من وظيفة إلى أخرى ومن موقع إلى آخر تبعا لما تقتضيه مصلحة العمل ، طالما أن هذا الندب يهدف للمصلحة العامة ولا يشوبه سوء استعمال السلطة

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

ولا ينطوى على أى تنزيل للموظف سواء كان هذا التنزيل فى الوظيفة أو الدرجة أو الراتب .

- على الرغم من أن مدة الانتداب قد تجاوزت المدة المنصوص عليها بالمادة ٦١ من قانون الخدمة المدنية ، إلا أن ذلك كان بموافقة المدعية وعدم اعتراضها .
- لم تقدم المدعية أية بينة على أن الوظيفة التى تم الانتداب إليها هى أقل درجة أو أقل مرتبة من الوظيفة التى كانت عليها ، ومن ثم فإن القرار الأول المطعون فيه جاء متفقا مع الأصول والقانون .
- بالنسبة إلى القرار الثانى المطعون فيه فقد جاء تنفيذا لقرار وزير الصحة بإنهاء الانتداب، كما أنه جاء تصحيحا لوضع المدعية الوظيفى بعودتها إلى مكان عملها قبل الانتداب وبما يتفق وحكم المادة (٦١) من قانون الخدمة الوطنية وعليه يكون القرار المطعون عليه الثانى متفقا وأحكام القانون .

التعليق

أولا : القواعد الحاكمة لموضوع الندب

الندب هو أحد طرق أربعة لشغل الوظائف وهى التعيين والترقية والنقل والندب ، وقد تشريعات الخدمة المدنية فى الأنظمة المقارنة النص على تلك الطرق لشغل الوظائف بغرض منح السلطة المختصة المرونة اللازمة لسد احتياجات العمل بهدف تحقيق المصلحة العامة ، وهو مانص عليه صراحة المشرع المصرى من خلال المادة ١٢من قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ التى جاء نصها على النحو التالى :

«يكون شغل الوظائف عن طريق التعيين أو الترقية أو النقل أو الندب بمراعاة استيفاء الاشتراطات اللازمة»

وإذا كان المشرع المصرى قد أجاز الندب كطريقة من طرق شغل الوظائف فإنه لم يتركها سلطة مطلقة تستخدمها السلطة المختصة متى شاءت ، وتتخلى عنها حين تريد ، وإنما أحاطها بعدد من القواعد والضوابط والضمانات بما يكفل استخدامها لتحقيق المصلحة العامة ، وبما يحول دون اساءة استخدام سلطة الندب فى غير أهداف المصلحة العامة .

إذ جاءت المادة ٥٦ من قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ لتضع قواعد الندب فنصت على أنه :

«يجوز بقرار من السلطة المختصة ندب العامل للقيام مؤقتا بعمل وظيفة أخرى من نفس درجة وظيفته أو وظيفة تعلوها مباشرة فى نفس الوحدة التى يعمل بها أو فى وحدة أخرى إذا كانت حاجة العمل فى الوظيفة الأصلية تسمح بذلك»

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

كما جاءت اللائحة التنفيذية لقانون نظام العاملين المدنيين بالدولة لتضع قواعد أكثر تفصيلا فى شأن ندب العاملين ، إذ نصت المادة (٤٥) من اللائحة على أنه :

« يكون ندب العامل كل أو بعض الوقت لمدة سنة قابلة للتجديد حتى أربع سنوات ، ولا يجوز تجديد الندب بعدها إلا فى حالة الضرورة وبشرط عدم توافر درجات الوظائف التى يجوز شغلها عن طريق النقل . ولا يسرى حكم الفقرة السابقة على أعضاء الهيئات القضائية والعاملين الذين ينتدبون للتدريس أو التدريب بالكليات والمعاهد والمدارس ومراكز التدريب .

ويجوز بقرار من وزير التنمية الإدارية بناء على عرض لجنة شئون الخدمة المدنية إضافة وظائف أو جهات أخرى لا يتقيد فيها الندب بالقواعد الواردة بالفقرة الأولى من هذه المادة» .

وقد استقر الفقه والقضاء المصرى على أن للندب شروط يتعين على الجهة مراعاتها لدى اتباعها طريق الندب فى شغل الوظائف المدنية هى :

١. **أن يصدر قرار الندب من السلطة المختصة**

والسلطة المختصة كما عرفها قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة تتمثل فى الوزير أو المحافظ أو رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة بحسب الأحوال ، حيث لا يملك سواهم إصدار قرار الندب ، فإن صدر من غيرهم كان مشوبا بعيب عدم الاختصاص .

٢. **أن يكون الندب موقوتا**

ذلك أن الندب كما وصفته المحكمة الإدارية العليا طريق مؤقت لشغل الوظائف بالجهاز الإدارى للدولة ، ويتضمن الندب إعفاء العامل مؤقتا من أعباء وظيفته الأصلية وإسناد مسئوليات وظيفية أخرى إليه . وسواء كان الندب لكل الوقت أو بعضه فلا يصح أن يتجاوز المدد الزمنية المنصوص عليها بالقانون، ذلك أن الندب موقوت بطبيعته إذ يتم على أساس التوقيت وليس على أساس الدوام والاستقرار «حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية فى الطعن رقم ٢٦٤٤ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٩٧/٥/٣ » .

وكما أنه ليس للسلطة المختصة أن تتجاوز المدد الزمنية المقررة قانونا للندب ، فإنه ليس للموظف أن يتمسك باستكمال مدة الندب ، إذ تملك السلطة المختصة أن تصدر قرارها بإلغاء الندب فى أى وقت ما دامت تستهدف من قرارها تحقيق المصلحة العامة ، فالندب إلى وظيفة معينة لا ينشأ معه حق فى شغلها من قبل العامل المنتدب وإن توافرت فيه شروط شغلها « حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٢٠٠٨ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٩٧/٨/٩ » .

٣. **أن يكون الندب لوظيفة من نفس درجة وظيفة العامل المنتدب أو تعلوها** ويضم هذا الشرط فى طياته عدة شروط مترابطة تتمثل فى :

أ. أن يتم الندب إلى وظيفة محددة

ويعنى ذلك أن الندب يتعين أن يتم من الوظيفة التى يشغلها العامل إلى وظيفة محددة لها

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

مسمى وتمويل ، ذلك أن الندب إلى غير وظيفة محددة باطل «حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٤٤١١ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٩٥/٦/٢٤ » .

ب . أن تكون كل من الوظيفتين المنتدب منها العامل والمنتدب إليها تندرجان تحت مجموعة نوعية واحدة .

ذلك أن ندب العامل خارج نطاق المجموعة النوعية التى شغل وظيفته بها بناء على تأهيله العلمى واكتسب بها خبرته ، يعنى استخدام سلطة الندب فى غير ما شرعت من أجله .

ج. أن تكون الوظيفة المنتدب إليها العامل من نفس درجة وظيفته الأصلية أو من درجة تعلوها مباشرة .

ويترتب على ذلك أنه يتعين أن يتضمن قرار الندب تحديد الوظيفة المنتدب إليها العامل ودرجتها والمجموعة النوعية التى تنتمى إليها .

٤. أن تكون حاجة العمل فى الوظيفة الأصلية تسمح بالندب منها .

فعندما تحتاج جهتان إداريتان لجهد عامل ما ، فإن جهة عمله الأصلية هى الأولى بالاستفادة بجهوده، وعلى السلطة المختصة أن تبحث عن طريق قانونى لسد احتياجات الجهة المراد الندب إليها بعيدا عن التأثير فى مصلحة جهة العمل الأصلية .

٥. أن تستهدف السلطة المختصة من قرار الندب تحقيق المصلحة العامة .

الأصل أن المصلحة العامة هى هدف كل قرار إدارى ، ولم يكن المشرع المصرى بحاجة إلى النص على وجوب استهداف المصلحة العامة من قرار الندب ، لكنه يمكن أن يفهم على أنه تأكيد من المشرع وحث للمخاطبين بالنص على تحرى المصلحة العامة فى شأن إصدار قرارات الندب تجنبا لإساءة استعمال تلك السلطة .

وفى الغالب فإن اساءة استعمال سلطة الندب تقع لتحقيق أحد هدفين ، الأول محاباة ومجاملة الموظف المنتدب ، والثانى عقاب مقنع للموظف المنتدب فى صورة قرار الندب .

وقد كان للمحكمة الإدارية العليا العديد من الأحكام التى حاولت من خلالها تقديم عدة صور لإساءة استعمال السلطة استخدمت فيها السلطة المختصة قرارات الندب لتحقيق أهداف بعيدة عن المصلحة العامة .

واعتبرت المحكمة عدم تحديد الوظيفة المنتدب إليها العامل وعدم تحديد مدة الندب وتكرار إصدار قرارات ندب العامل بما يؤدى إلى عدم استقرار العامل فى وظيفة بذاتها قرينة على إساءة استعمال السلطة فتقول

«إن الندب لا يجوز أن يكون مجرد وسيلة لعقاب العامل بإبعاده عن و ظيفته الأصلية ، وأن تكون الوظيفة المنتدب إليها العامل من نفس درجة وظيفته الأصلية أو من درجة تعلوها مباشرة ، ومن ثم يتعين أن يتضمن

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

قرار الندب تحديد الوظيفة المنتدب إليها ، وأن تكون حاجة العمل فى الوظيفة الأصلية تسمح بالندب منها ، وأن يكون الندب موقوتا بمدة لا تجاوز سنة . . . . . وبحيث لا يجوز بعد انقضاء هذه المدة تجديد الندب إلا لضرورة تستدعى ذلك التجديد ، ولعدم توافر الوظائف التى يجوز شغلها بطريق النقل . . . . . فمن ثم فإن تكرار ندب المدعى بعد تنفيذ حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ٤٥٠٥ لسنة ٤١ ق ، بالقرار رقم ٣٤ لسنة ١٩٩٢ بإلحاقه للعمل بقطاع التنمية الإدارية بديوان عام الوزارة ، وبالقرار رقم ٨٠ لسنة ١٩٩٢ إلى مديرية التموين والتجارة الداخلية بمحافظة أسيوط ، ثم إلغاء هذا الندب بالقرار رقم ٣٤٦ لسنة ١٩٩٢ ، مع إلحاقه للعمل بمديرية التموين والتجارة الداخلية بمحافظة القاهرة ، ودون تحديد الوظيفة المنتدب إليها ، أو مدة الندب ، قد ترتب عليه ، بلا شك عدم استقرار الطاعن نسبيا فى وظيفة بذاتها ، وهو ما يقيم قرينة على إساءة استعمال السلطة فى الندب «حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٢٩١٨ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٩٧/٧/٥ »

وتؤكد المحكمة على ذات نهجها فتقول أنه وبمراعاة أن الندب مؤقت بطبيعته فإن المحكمة ترى فى تكرار ندب الطاعن تارة إلى وظيفة أخرى كما فى ندبه لقسم التراث ، وتارة إلى وظائف أخرى مغايرة دون إعادته إلى عمله الأصلى ، ترى فى كل ذلك مما ترتب عليه من عدم كفالة استقرار الطاعن نسبيا فى وظيفة بذاتها ، مما يكشف عن حالة واقعية جديدة تستخلص من جماع هذه التصرفات تفيد فى قيام قرينة على أن الإدارة قد أساءت استعمال سلطتها فى الندب « حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٩٤٠ لسنة ٢٦ ق جلسة ٢٩ /١/ ١٩٨٥ » .

تلك هى قواعد الندب كما وردت فى نصوص قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة والتى استقرت لدى القضاء المصرى .

فماذا عن تلك القواعد بقانون الخدمة الوطنية الفلسطينى

الحقيقة أن المشرع الفلسطينى لم يبتعد كثيرا عن نصوص القانون المصرى فى شأن قواعد الندب . فقد نظمت المادة (٦١) من قانون الخدمة الوطنية رقم ٤ لسنة ١٩٩٨ أحكام الندب بالنص على أنه : « يجوز بقرار من رئيس الدائرة الحكومية المختص بالتنسيق مع ديوان الموظفين ندب الموظف مؤقتا لمدة أقصاها سنة قابلة للتجديد مرة واحدة للعمل فى دائرة حكومية أخرى بنفس درجة وظيفته أو وظيفة تعلوها إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك وتنظم اللائحة القواعد الخاصة بالندب » .

ثم فصلت اللائحة التنفيذية رقم ٤٥ لسنة ٢٠٠٥ أحكام الندب من خلال المواد من (٧٣) إلى (٧٧) على النحو التالى :

فنصت المادة (٧٣) على أنه :

١. «يندب الموظف من دائرة حكومية إلى دائرة حكومية أخرى لمدة سنة قابلة للتجديد مرة واحدة إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك .

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

٢. يصدر رئيس الدائرة الحكومية بالتنسيق المسبق مع الديوان قرارا بندب الموظف بعد موافقة الدائرة الحكومية المنتدب إليها الموظف « .

كما نصت المادة (٧٤) على أنه :

١. «لا يكون الندب إلا للدوائر الحكومية .
٢. لا يجوز أن تقل الوظيفة المنتدب إليها الموظف عن وظيفته الأصلية
٣. يستمر صرف راتب الموظف المنتدب من حساب الدائرة الحكومية المنتدب منها
٤. تكون مدة الندب لمدة أقصاها سنة قابلة للتجديد لمرة واحدة فقط
٥. لا يجوز ندب الموظف مرة أخرى لنفس الجهة التى ندب إليها إلا بعد انقضاء ثلاث سنوات من عودته للعمل بدائرته الحكومية الأصلية « .

وتولت المواد من (٧٥) إلى (٧٧) بيان خضوع المنتدبين إداريا للجهة المنتدبين إليها ، وأحقية هذه الجهة فى إنهاء ندب الموظف ، إضافة إلى وجوب بقاء وظيفة الموظف المنتدب شاغرة .

ثانيا : الملاحظات على الحكم

١. إن أول ما لم ينتبه الحكم أن الدعوى تتضمن طعنا على قرارين ليسا هما على وجه الدقة القرارين اللذين اصب عليهما الطعن وصدر بشأنهما الحكم .

فقد صورت الدعوى أننا إزاء قرارين الأول من وزير الصحة ، والثانى من مدير عام الشئون الإدارية والمالية بوزارة الصحة ، وكليهما ورد على محل واحد والذى تمثل فى إنهاء ندب المدعية بالمجلس الطبى وندبها بمجمع فلسطين الطبى ، وعلى ذات النهج سار الحكم فى الدعوى .

فى حين التكييف الصحيح للدعوى – وهو أمر تملكه المحكمة – يتمثل فى أن الطعن يتعلق بقرارين :

الأول : قرار إنهاء ندب المدعية بالمجلس الطبى الفلسطينى اعتبارا من ٢٠١١/٣/١٥ .

الثانى : قرار ندب المدعية للعمل بمجمع فلسطين الطبى اعتبارا من ذات التاريخ .

ولا شك أن الفهم الدقيق للواقع فى الدعوى والتكييف الصحيح للطلبات كان يقتضى تناول كل قرار على حدة وفحص مشروعيته وإصدار الحكم بشأنه ، إلا أن الحكم محل التعليق لم ينتبه لذلك ، وسار على النهج الذى ورد بصحيفة الدعوى .

٢. كان عيب عدم الاختصاص هو أحد العيوب التى وصمت بها المدعية قرار مدير عام الشئون الإدارية والمالية محل الدعوى ، إلا أن الحكم جاء غافلا عن تناول مدى توافر ركن الاختصاص فى القرار محل الدعوى على الرغم من :

أ . أن إصدار قرار ندب الموظفين وفقا لصريح نص المادة (٦١) من قانون الخدمة المدنية من اختصاص رئيس الدائرة الحكومية المختص .

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

ب . أن وزير الصحة هو الذى أصدر ابتداء فى عام ٢٠٠٧ قرار ندب المدعية للعمل بالمجلس الطبى الفلسطينى ، وهو الذى وقع على القرار .

ج. أن قيام مدير عام الشئون الإدارية والمالية بإخطار المدعية بقرارى إنهاء ندبها و ندبها إلى جهة أخرى بدعوى أن ذلك بناء على تعليمات وزير الصحة

لايكفى للقول بصحة نسبة إصدار القرار إلى وزير الصحة سيما وقد خلت الأوراق من دليل على صدور أية قرارات أو تعليمات من وزير الصحة فى هذا الخصوص .

ولما كان إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة تشكل عنصرا أساسيا فى القرار الإدارى وفقا للتعريف الذى تبناه القضاء الإدارى المصرى ، فإن الثابت إن هذا الإفصاح من السلطة المختصة فى شأن إنهاء ندب المدعية وإعادة ندبها كان غائبا فى الدعوى الماثلة ، وهو الأمر الذى التفت عنه الحكم الذى نسب قرارى إنهاء الندب إعادة الندب إلى وزير الصحة دون سند من الأوراق .

٣. أنه لما كانت الحكمة التى من أجلها منح المشرع الإدارة السلطة فى ندب موظفيها تقوم أساسا على سد احتياجات المصلحة العامة للوظيفة المنتدب إليها الموظف بضمانات أهمها ألا تقل درجة الوظيفة المنتدب إليها عن درجة وظيفته الأصلية ، فإن كل ذلك لا يمكن التحقق منه إلا إذا تضمن قرار الندب تحديد الوظيفة المنتدب إليها الموظف ، وإلا كان منتدبا إلى غير وظيفة .

والحقيقة التى غابت عن الحكم محل التعليق أن القرار الطعين خلا من تحديد الوظيفة المنتدبة إليها المدعية بمجمع فلسطين الطبى ، والتى تم تحديدها لاحقا – من قبل سلطة غير مختصة – بموجب كتاب المدير الإدارى بجمع فلسطين الطبى المؤرخ ٢٠١١/٣/١٦ الذى حدد أخطر المدعية بأن عملها سيكون فى قسم التسجيل / قسم الطوارئ اعتبارا من تاريخه ، وهو عيب يتعلق بمخالفة القانون وينحى بالهدف من القرار بعيدا عن اعتبارات المصلحة العامة .

٤. أن الحكم محل التعليق لم يلتفت إلى ما ثبت بالاوراق من أن المدعية منذ تعيينها لم تستقر بالوظيفة التى عينت بها ، أو بالأحرى انتبه الحكم إلى ذلك لكنه وقع فى خطأ فهم أن قرار إنهاء ندبها يعيدها إلى جهة عملها الأصلية حيث ورد بختام أسباب الحكم فى وصف القرار الطعين أنه «جاء تصحيحا لوضع المستدعية الوظيفى بعودتها إلى مكان عملها قبل الانتداب»

وهو أمر فضلا عما ينم عنه من عدم فهم الواقع فى الدعوى لتصادمه مع صراحة عبارات القرار الطعين الذى يعيد ندب المدعية إلى جهة جديدة ، فإنه يغفل النظر إلى الندب بوصفه سلطة استثنائية يجبر الموظف من خلالها على شغل وظيفة لم يتقدم للتعيين بها .

والثابت أن الجهة الإدارية أعملت تلك السلطة الاستثنائية تجاه المدعية منذ تعيينها ، ثم قامت بتجديد ندبها متجاوزة القيود الزمنية للندب ، ثم عندما قررت أن تنهى هذا الوضع المخالف للقانون ، أصرت

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

على الاستمرار فى استخدام سلطتها الاستثنائية تجاه المدعية ، فقامت بندبها إلى جهة جديدة ، دون تحديد الوظيفة المنتدبة إليها ، ودون تحديد مدة الندب ، فضلا عما سبق الإشارة إليه فيما يتعلق باختصاص مصدر القرار .

الأمر الذى كان يطرح سؤالا جليا كان يتعين التوقف أمامه دون أن يغفله الحكم وهو أى مصلحة عامة استهدفها قرار ندب المدعية إلى مجمع فلسطين الطبى .

فالندب ليس سلطة مطلقة كما وصفها الحكم محل التعليق ، لكنه سلطة استثنائية ، ولكونها سلطة استثنائية فقد قيدها المشروع بقيود زمنية وسلطة مختصة تقرر الندب ، بالإضافة إلى ضمانات تحول دون الإضرار بمركز الموظف المنتدب ، ودون أن تحولها السلطة المختصة إلى أداة للمحاباة أو للتنكيل .

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

الهوامش

١ فى معايير التعرف على العمل القضائى راجع على سبيل المثال:
- فتحى والى – قانون القضاء المدنى – ١٩٧٢ – ص٣٨ وما بعدها ،
- محمود حافظ – القرار الإدارى – ١٩٧٥ – ص١٨ وما بعدها.

٢ تميل المحكمة الدستورية العليا فى مصر نحو تبنى المعيار المزدوج وترجمة لذلك نطالع فى حكم حديث نسبياً قولها بإن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن التمييز بين الأعمال القضائية وبين غيرها من الأعمال التى قد تلتبس بها، إنما يقوم على مجموعة من العناصر، لا تتحدد بها ضوابط هذا التمييز على وجه قطعى، ولكنها تعين على إبراز الخصائص الرئيسية للعمل القضائى. ومن بينها أن اسباغ الصفة القضائية على أعمال أية جهة عهد إليها المشرع بالفصل فى نزاع معين، يفترض أن يكون تشكيلها واستقلالها كاشفين عن حيدتها عند الفصل فى النزاع، ومؤديين إلى غيريتها فى مواجهة أطرافه ، وأنه فى كل حال يتعين أن يثير النزاع المطروح عليها إدعاءً قانونياً يبلور الحق فى الدعوى كرابطة قانونية، تنعقد الخصومة القضائية من خلالها ، وبوصفها الوسيلة التى عينها المشرع لاقتضاء الحقوق المدعى بها ، وبمراعاة أن يكون إطار الفصل فيها محدداً بما لا يخل بالضمانات القضائية الرئيسية ، التى لا يجوز النزول عنها ، وعلى ضوء قاعدة قانونية نص عليها المشرع سلفاً ، ليكون القرار الصادر فى النزاع مؤكداً للحقيقة القانونية ، مبلوراً لمضمونها ، لتفرض نفسها على كل من الزمه المشرع بها ، بافتراض تطابقها مع الحقيقة الواقعة ».
المحكمة الدستورية العليا – ٢٠٠٦/٥/٧ – مجموعة الأحكام – جـ (١١) المجلد الأول – ص٢٥٣٧.

٣ المحكمة الإدارية العليا (مصر) – ٢٠٠٧/٣/٢٤ – الطعن رقم ١١٢٦٣ لسنة ٤٧ قضائية عليا – منشور فى مجموعة المبادئ الهامة التى أقرتها المحكمة الإدارية العليا (٢٠٠٧ – ٢٠٠٩) والصادرة عن هيئة قضايا الدولة - الجزء الأول – ص٧٧٩.

٤ قرب محمد ماهر أبو العينين – الدفوع فى نطاق القانون العام – الكتاب الأول – ٢٠٠٢ – ص٣٠٢ حيث جاء : «.. يتعين أن تكون ثمة رابطة تضم المدعين وأن تكون هذه الرابطة يمكن النظر إليها كمسألة قانونية واحدة كأن يطالبون جميعاً ببدل معين وكانوا ينتمون إلى مجموعة وظيفية واحدة أما أن يطالب المدعين بطلب واحد يتطلب تفرقة فى الحالة القانونية لكل منهم فإن ذلك من شأنه أن يجعل العريضة قاصرة على تحديد الطلبات بالنسبة لكل منهم حيث يتطلب الأمر تطبيق قواعد مختلفة على كل فرد بما يخل فى النهاية بصحة الحكم وإمكانيات الطعن عليه ».

٥ فى واحد من أحدث أحكامها أعلنت المحكمة الإدارية العليا أن « مناط قبول الدعوى كشرط عام – سواء فى شقها المستعجل أو الموضوعى وسواء كانت دعوى من دعاوى الإلغاء أو من دعاوى القضاء الكامل - أن تتوافر مصلحة المدعى فى إقامتها من وقت رفعها حتى الفصل فيها نهائياً – غير أن نطاق المصلحة فى دعوى الإلغاء – وذلك بتأثير الطبيعة العينية لهذه الدعاوى وما تستهدف من إرساء قواعد المشروعية – كشرط لقبول هذه الدعاوى – يتسع لكل دعوى إلغاء يكون رافعها فى حالة قانونية خاصة بالنسبة إلى القرار المطعون فيه من شأنها أن تجعل هذا القرار مؤثراً فى مصلحة جدية ، وهذا الاتساع لا يعنى الخلط بينها وبين دعوى الحسبة ...» .
المحكمة الإدارية العليا – ٢٠٠٨/١٢/٢٧ – الطعنان رقمى ٤٠٣٧ ، ٤٤٤٨ لسنة ٥١ق.ع. – مجموعة المبادئ الهامة فى أحكام المحكمة الإدارية العليا – ٢٠٠٧ – ٢٠٠٩ – اصدار هيئة قضايا الدولة - ص٩٤٩.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

٦ لمزيد من التفاصيل حول ضابط المصلحة فى دعوى الإلغاء ، والنقاش الذى دار بشأنه راجع على سبيل المثال:
- سليمان الطماوى – القضاء الإدارى – الكتاب الأول – قضاء الإلغاء – ١٩٨٦ – ص٥٠١.
- محمود حافظ – القضاء الإدارى – ١٩٩٣ – ص٥٦٦،
- فتحى فكرى – دعوى الإلغاء – ٢٠٠٩ – ص١٥٢.

٧ مذكرة المستدعى ضدهما الخطية المقدمة بتاريخ ١ يوليو ٢٠١٢ – ص(٢).

٨ المحكمة الإدارية العليا – ١٩٦١/١٢/٩ – مجموعة الأحكام – السنة (١٠) ص٤٩٠.
وقد سبق وان سارت فى ذات الاتجاه محكمة القضاء الإدارى بإقرارها بتوافر المصلحة لكل فرد من سكان البلدة فيما يخص القرارات الماسة بمجموع السكان ، واعمالاً لما تقدم أوضحت المحكمة «أن النزاع بين بلدتى الروضة والمحرص يقوم على مصلحة مواطني كل بلدة منهما فى جعل مقر المركز الجديد فى بلدتهم لتحصل الفوائد الكثيرة المادية والأدبية من جراء وجود مقر المركز بها ، والمدعى باعتباره أحد مواطنى بلدة الروضة له مصلحة شخصية محققة كغيره من مواطنيها فى جعل مقر المركز الجديد بها. كما أن نقل المركز منها يعود عليه بالحرمان من تلك الفوائد وهو فى هذا لا يمثل غيره من المواطنين بل يمثل نفسه ما دامت له مصلحة شخصية ، فدعواه ليست إذن بدعوى حسبه ، ومن ثم تكون مقبولة منه بصفته الشخصية...».
محكمة القضاء الإدارى – ١٩٥٢/٣/١١ – مجموعة الأحكام – السنة (٦) – ص٦٣٨.

٩ منذ بواكير ايامها الأولى أقرت محكمة القضاء الإدارى أن عضو المجلس المحلى له مصلحة فى الطعن على قرارات السلطة المركزية المتعلقة بشئون المجلس ، وترجمة لذلك أعلنت «أن لأعضاء المجالس البلدية مصلحة محققة فى إلغاء القرارات الإدارية التى تصدرها جهات الحكومة المركزية فى شأن من شئون المجالس الممثلين فيها إذا انطوت هذه القرارات على عيب من عيوب تجاوز السلطة».
محكمة القضاء الإدارى – ١٩٤٩/٣/١٠ – مجموعة الأحكام – السنة (٣) ص٤٥٨.

١٠ كانت المحكمة الإدارية العليا فى مصر تتجه إلى أن الدفع بانتفاء المصلحة «من الدفوع الموضوعية».
المحكمة الإدارية العليا – ١٩٨٣/١٢/٢٧ – المجموعة – السنة (٢٩) ص١٩٠ ، وانظر أيضاً: =
المحكمة الإدارية العليا – ١٩٨٧/٤/١٤ – المجموعة – السنة (٣٢) ص١١١٨ ،
المحكمة الإدارية العليا – ١٩٩٥/١/٢٩ – المجموعة – السنة (٤٠) ص١٠٤٣.
على نقيض ذلك قدر جانب غير قليل من الفقه أن الدفع بانعدام المصلحة فى حقيقته دفع بعدم القبول ، استناداً – بصفة أساسية – إلى ما ينص عليه قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ فى المادة (١٢) من أنه «لا تقبل الطلبات المقدمة من اشخاص ليست لهم فيها مصلحة شخصية».
راجع على سبيل المثال:
- عاطف البنا – الوسيط فى القضاء الإدارى – ١٩٩٧ – ص٣١٦،
- عبد الغنى بسيونى – القضاء الإدارى – ١٩٩٦ – ص٥٠٣ ، ٥٠٤.
- رأفت فودة – القضاء الإدارى – ١٩٩٧ – ص٤٧٥.
- مصطفى أبو زيد فهمى – قضاء الإلغاء – ٢٠٠١ – ص٦٩.
- فتحى فكرى – دعوى الإلغاء – ٢٠١٠ – ص١٧٦.
ويبدو من الأحكام الأخيرة أن المحكمة بدلت موقفها وغدت تعتبر أن انتفاء المصلحة من الدفوع المتعلقة بعدم

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

قبول الدعوى. انظر على سبيل المثال:

المحكمة الإدارية العليا – ٢٠٠٨/٣/١٩ – الطعن رقم ٤٤٥٨ لسنة ٤٨ق.ع. – مجموعة المبادئ الهامة فى أحكام المحكمة الإدارية العليا – ٢٠٠٧ – ٢٠٠٩ – إصدار هيئة قضايا الدولة – ص٩٤٢.

ونقتطع من حيثيات هذا الحكم الشطر التالى: «... أن قضاء هذه المحكمة جرى على أن شرط المصلحة فى الدعوى هو شرط جوهرى يتعين توافره ابتداء كما يتعين استمرار قيامه حتى صدور حكم نهائى وان القاضى الإدارى بما له من هيمنه ايجابية كاملة على إجراءات الخصومة الإدارية فإنه يملك توجيهها وتقصى شروط قبولها واستمرارها دون أن يترك ذلك لإرداة الخصوم وعليه التحقق من جدوى الاستمرار فى الخصومة فى ضوء تغير المراكز القانونية لأطرافها حتى لا يُشغل القضاء الإدارى بخصومات لا جدوى من ورائها ويسرى ذلك على الدعاوى كما يسرى على الطعون على اعتبار أن دعوى الإلغاء هى دعوى عينية تنصب على مشروعية القرار المطعون فيه وتستهدف إعادة الأوضاع إلى ما كانت عليه قبل صدوره ، فإذا حال دون ذلك مانع قانونى بتغيير المراكز القانونية فلا يكون هناك ثمة وجه للإستمرار فى الدعوى ويتعين القضاء بعدم قبولها لزوال المصلحة».

١١ وقع اختيارنا على حكم لدائرة توحيد المبادئ فى هذا الشأن لترجمة النهج السابق، ونعرض لجانباً من الحيثيات الواردة فى هذا الحكم لدلالته : «ولا وجه للقول بأن السلطة التقديرية المقررة للجان المقابلة تعد امتيازاً يتعين الحد منه برقابة قضائية حاسمة ، وذلك لأن ممارسة السلطة التقديرية فى مجال التعيين فى الوظائف القضائية سيظل على وجه الدوام واجباً يستهدف الصالح العام باختيار أنسب العناصر ، وهو أمر سيبقى محاطاً باطار المشروعية التى تتحقق باستهداف المصلحة العامة دون سواها وذلك بالتمسك بضرورة توافر ضمانات شغل الوظيفة والقدرة على مباشرة مهامها فى إرساء العدالة دون ميل أو هوى ، وفضلاً عن ذلك ، فإن تلك السلطة التقديرية هى وحدها التى تقيم الميزان بين حق كل من توافرت فيه الشروط العامة لشغل الوظائف القضائية وبين فعالية مرفق القضاء وحسن تسييره ، ومن ثم إذا اتيحت للمتقدم فرصة مقابلة اللجنة المنوط بها استخلاص الصلاحية والمشكلة من قمم الجهة التى تقدم لشغل إحدى وظائفها ، فإنه لا يكون أمامه إن أراد الطعن فى القرار الذى تخطاه فى التعيين سوى التمسك بعيب الإنحراف عن المصلحة العامة وعندئذ يقع على عاتقه عبء إثبات هذا العيب».

المحكمة الإدارية العليا (دائرة توحيد المبادئ) – ٢٠٠٤/٥/٦ – الطعن رقم ٥٨٥٠ لسنة ٤٧ق.ع – غير منشور.

وفى نقد هذا الاتجاه راجع:

- فتحى فكرى – قضاء الإلغاء – المرجع السابق – ص٣٢٣ وما بعدها.

١٢ قضى النص المشار إليه بحاله أخرى للحل فى البند الثانى تتمثل فى « انتهاء مدة دورة المجلس ».

ونعتقد أن الشارع لم يحالفه التوفيق فى هذه الاشارة ، فالحل ، وهو أمر لا خلاف حوله ، يفيد إنهاء مدة مجلس بصورة مبتسرة ، أى قبل انصرام الفترة المحددة له فى النصوص .

وبناء عليه فإن انتهاء مدة المجلس لا يمكن أن تندرج فى إطار الحل .

لهذا السبب لم يرد هذا الفرض فى المتن .

١٣ لا يفوتنا أن ننوه إلى حكم محكمة العدل العليا الصادر فى ١٣ ديسمبر ٢٠١٠ (الدعوى ٥٣١ لسنة ٢٠١٠) والذى قضى بإلغاء قرار مجلس الوزراء بإلغاء الانتخابات المحلية التى كان من المقرر إقامتها فى ١٧ يوليو ٢٠١٠.

١٤ انظر مذكرة المستدعى ضدهما المقدمة فى الدعوى بتاريخ ٢٠١١/١٢/٦ – الصفحة الأولى .

١٥ يراجع على وجه الخصوص المادة ٨٥ من القانون الأساسى وقد سبق ايرادها فى المتن.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

التعليق على قرار محكمه العدل العليا الفلسطينية رقم ٢٠١١/١٨٣ تاريخ ٢٠١٢/٥/١٦

المحامية نداء عبد اللطيف الشيخ ياسين
«عمان»

الفقرة الحكمية للقرار محل التعليق:

نشير الى قرار محكمه العدل العليا الفلسطينية الموقرة رقم ٢٠١١/١٨٣ بتاريخ ٢٠١٢/٥/١٦، الذي ورد الحكم به كما يلي :

«تبين للمحكمه ان الاصل ان للادارة سلطة مطلقة في اجراء الندب من وظيفه الى اخرى ومن موقع الى اخر تبعاً لما تقتضيه مصلحة العمل طالما ان هذا الندب يهدف للمصلحة العامه ولا يشوبه سوء استعمال السلطة ولا ينطوي على اي تنزيل للموظف سواء في الوظيفه او الدرجة او الراتب.

وبالرغم من ان مدة الانتداب قد تجاوزت المدة المنصوص عليها في القانون الا ان ذلك كان بموافقه المستدعية وعدم اعتراضها على ذلك بدليل انها لم تقدم اية بينه على الاطلاق تفيد بأنها اجبرت او اكرهت على البقاء في الوظيفه التي انتدبت اليها مما يدل ذلك على عدم تجاوز الادارة لصلاحياتها بموجب القانون ببقاء المستدعية في انتدابها مدة تتجاوز الحد المطلوب، وبالتالي فإن القرار الاول المطعون فيه جاء متفقاً مع الاصول والقانون ولم يقدم اية بينه على انها الوظيفه التي تم الانتداب اليها هي اقل درجة او اقل مرتبة من الوظيفه التي كانت عليها.

اما بالنسبة الى القرار الثاني المطعون فيه فإنه جاء تنفيذاً لقرار وزير الصحة بانهاء الانتداب، كما انه جاء تصحيحاً لوضع المستدعية الوظيفي بعودتها الى مكان عملها قبل الانتداب، وهذا الامر يتفق مع القانون المذكور، وعليه يكون القرار المطعون فيه الثاني متفق واحكام القانون».

وقائع دعوى الطعن بالقرار الاداري:

تبينت لنا وقائع الدعوى حسب القرار المذكور والاوراق المرفقه، والتي نرى ضرورة تفصيلها على الوجه الاتي:

١. بتاريخ ٢٠٠٧/١/٧ تم تعيين المستدعية كموظفه مصنفه في شؤون الموظفين لدى مستشفى رفيديا التابع لوزارة الصحة الفلسطينية.
٢. بتاريخ ٢٠٠٧/٢/١٧ تم انتداب المستدعية للعمل في الادارة العامه للمستشفيات، ثم تم بتاريخ ٢٠٠٧/٤/١٧ تمديد انتدابها وفي نفس الوضع الوظيفي.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

٣. بتاريخ ٢٠٠٧/٧/٢٤ تم انتداب المستدعية للعمل في المجلس الطبي الفلسطيني بوظيفه تحليل بيانات وجرافيك.
٤. بتاريخ ٢٠٠٩/٢/٢ تم نقل المستدعية للعمل في الادارة العامه للمستشفيات.
٥. بتاريخ ٢٠١١/٣/١٥ تم انهاء انتداب المستدعية ونقلها الى مجمع فلسطين الطبي كموظفه في الشؤون الادارية وذلك بموجب كتاب مدير عام الشؤون الادارية والمالية في وزارة الصحة الذي اشار فيه الى كتاب المجلس الطبي الفلسطيني تاريخ ٢٠١١/٣/١٥ والى تعليمات وزير الصحة، ثم حيث تلقت المستدعية كتاباً من المدير الاداري في مجمع فلسطين الطبي بتاريخ ٢٠٠٩/٣/١٦ يفيد بتحديد دوام المستدعية في قسم التسجيل/ قسم الطوارئ دون تحديد لوظيفه المستدعية.
٦. تم تبليغ المستدعية كتاب مدير عام الشؤون الادارية والمالية في وزارة الصحة الا انها لم تتبلغ كتاب المجلس الطبي الفلسطيني المشار اليه في كتابه المذكور ولم تتبين ماهي تعليمات وزير الصحة بهذا الخصوص.
٧. بتاريخ ٢٠١١/٤/١١ تقدم وكلاء المستدعية بتظلم الى وزير الصحة حول قرار نقلها الصادر بتاريخ ٢٠١١/٣/١٥ الا انه لم يتم اتخاذ اي قرار من قبله بهذا الخصوص.
٨. بتاريخ ٢٠١١/٥/١١ تقدمت المستدعية للطعن في القرار المذكور للاسباب التي ذكرها موكلوها في استدعاء الدعوى وقامت بمخاصمة كل من وزير الصحة بالاضافه الى وظيفته ومدير عام الشؤون الادارية والمالية في وزارة الصحة بالاضافه الى وظيفته لالغاء القرار المطعون فيه واعاده المستدعية الى الادارة العامه للمستشفيات.

ونبدي فيما يلي المبادئ والنصوص القانونية التي نرى ان محكمه العدل العليا استندت اليها في اتخاذ قرارها محل التعليق:

بين القرار المذكور ضمن حيثياته مسألتين رئيسيتين وتمثلان المبدأين القانونيين اللذين ارتكز عليهما، وهما كما يلي:

- بيان ان الادارة العامه لها السلطة المطلقة في اجراء ندب الموظف العام من وظيفة الى اخرى ومن موقع الى اخر وفقاً للمصلحة العامه ودون اساءة في استعمال السلطة ودون تنزيل في درجة الموظف او راتبه او وصفه الوظيفي.
- ان القرار الاداري اذا خالف القانون ووافق عليه صاحب الشأن دون اكراه ولم يعترض عليه اصبح نافذاً بحقه وصحيحاً ومنتجاً لاثاره القانونية.

وقد استند قرار محكمه العدل العليا المذكور وفي النتيجة التي توصل اليها الى قانون الخدمة المدنية رقم ٤ لسنة ١٩٩٨ المعدل بالقانون رقم ٤ لسنة ٢٠٠٥، وتحديداً نص المادة (٦١) « يجوز بقرار من

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

رئيس الدائرة الحكومية المختص وبالتنسيق مع ديوان الموظفين ندب الموظف مؤقتاً لمدة اقصاها سنة قابله للتجديد مرة واحدة للعمل في دائرة حكومية اخرى بنفس درجة وظيفته او وظيفه تعلوها اذا اقتضت المصلحة العامه ذلك. وتنظم اللائحة القواعد الخاصة بالندب».

واستند قرار المحكمه كذلك الى اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية المذكور رقم ٤٥ لسنة ٢٠٠٥، وتحديداً النصين التاليين:

- المادة (٧٣) ونصت على ما يلي :» ندب الموظف :

١. يندب الموظف من دائرة حكومية الى دائرة حكومية اخرى لمدة سنة قابله للتجديد مرة واحدة اذا اقتضت المصلحة العامه ذلك.
٢. يصدر رئيس الدائرة الحكومية بالتنسيق مع الديوان قراراً بندب الموظف بعد موافقه الدائرة الحكومية المندوب اليها الموظف».

- المادة (٧٤) ونصت على ما يلي : « قيودات على الندب:

١. لا يكون الندب الا للدوائر الحكومية.
٢. لا يجوز ان تقل الوظيفه المندوب اليها الموظف عن وظيفته الاصلية.
٣. يستمر صرف راتب الموظف المندوب من حساب الدائرة الحكومية المندوب منها.
٤. تكون مدة الندب لمدة اقصاها سنة قابله للتجديد لمرة واحدة فقط.
٥. لا يجوز ندب الموظف مرة اخرى لنفس الجهة التي ندب اليها الا بعد انقضاء ثلاث سنوات من عودته للعمل بدائرته الحكومية الاصلية».

التعليق على قرار محكمه العدل العليا وفق ما ورد من وقائع ومبادئ قانونية :

١. سلطة الادارة في اجراء النقل والانتداب :

ان الاصل المقرر في هذا الصدد، هو حرية الادارة في الاستفادة من خدمات موظفيها في المكان الوظيفي الذي تريده، والعمل الذي تعينه لمقتضيات المصلحة العامه، بشرط الا يتضمن ذلك اي انتقاص من المزايا التي يتضمنها مركزه الوظيفي، لان واجب الموظف ينحصر في اداء واجبات وظيفته كما تحددها الادارة، ولكن يمتنع على الادارة ان يكون قرارها في مواجهة الموظف بقصد العقوبة التأديبية المقنعه ودون اتخاذ الاجراءات التأديبية، والا كان قرارها معرضاً للالغاء لعله الانحراف بالسلطة.

وقد اشترطت المادة (٦١) من قانون الخدمة المدنية الفلسطيني انه عند اتخاذ القرار الاداري بانتداب الموظف ان يتم ذلك بنفس درجة وظيفته او بوظيفه تعلوها اذا اقتضت المصلحة العامه ذلك، وهذا ما اكدته المادة (٧٤) من اللائحة التنفيذية للقانون المذكور.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

٢. صلاحية محكمه العدل العليا (الفلسطينية) بنظر النزاع حول الانتداب :

نصت المادة (٣٣) من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (٥) لسنة ٢٠٠١ «تختص محكمة العدل العليا بالنظر فيما يلي :

٤) المنازعات المتعلقة بالوظائف العمومية من حيث التعيين او الترقية او العلاوات او او المرتبات او النقل او الاحالة الى المعاش او التأديب او الاستيداع او الفصل، وسائر ما يتعلق بالاعمال الوظيفية.

- ويستفاد من هذا النص ان الانتداب يدخل ضمن سائر ما يتعلق بالاعمال الوظيفية ويدخل بالنتيجة ضمن المنازعات المتعلقة بالوظيفة العامه التي تعتبر المحكمه الادارية مختصة بنظرها.
- ولكن السؤال الهام الذي يثار هنا، هل تعتبر المنازعات المتعلقة بانهاء الانتداب من المنازعات الادارية المتعلقة بالاعمال الوظيفية؟؟

اجابت محكمه العدل العليا الاردنية في قرار فريد لم نجد له مثيلا من هيئتها العامه رقم ١٩٩٠/١٥٥ تاريخ ١٩٩١/٣/٣٠:

« تكون محكمه العدل العليا مختصة بالنظر في انهاء التعيين لانه فصل من الوظيفة. اما الندب فهو تكليف الموظف لمدة مؤقتة بمهام وظيفة اخرى غير وظيفته التي يباشر مهامها سواء اكان ذلك بالاضافة لوظيفته او التفرغ بالقيام بمهام الوظيفة التي انتدب للقيام بأعبائها، **وبالتالي فلا يعتبر انهاء قرار الندب قرارا بالفصل من الوظيفة ولا تختص محكمه العدل العليا بالنظر فيه**».

ان من شأن قرار محكمه العدل العليا الاردنية المذكور ان يثري المبادئ القضائية الادارية، وهو من حيث النتيجة ينساق مع المفهوم العام للانتداب الذي لا يكسب حقاً في ذاته للموظف، ويحق للادارة اصدار قرارها او خضوعه لدعوى الابطال وذلك لطبيعه الانتداب المؤقتة والاستثنائية عن الوظيفه الدائمة المستقرة للموظف.

ان الجهة الادارية التي تملك حق انهاء الانتداب من حيث الاصل هي الجهة الادارية التي قررت الانتداب، وربما لهذا السبب وجدنا ان اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية في المقابل قد شددت على الجهة الادارية التي انتدب اليها الموظف في حال رغبتها بانهاء الانتداب بستة شروط، حيث نصت في المادة (٧٦) : « يجوز للجهة المندوب اليه الموظف انهاء الندب اذا اقتضت المصلحة العامه ذلك بشرط اخطار الموظف والجهة المندوب منها قبل التاريخ المقرر لانهاء الندب بشهر على الاقل اذا كان هناك من الاسباب ما يحتم انهاء الندب فوراً ويبلغ الديوان بذلك».

ومما يقال في هذا الجانب، ان القرار الصادر عن محكمه العدل العليا الموقرة موضوع التعليق، لم يتطرق الى قرار انهاء الانتداب وانما تطرق بشكل كامل لمفهوم الانتداب ومناقشة شروطه واهداف الادارة من اصداره، ونعتقد – مع الاحترام- انه كان يجب التطرق الى مسأله انهاء الانتداب بالاضافه الى ما ذكر.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

٣. الرؤية القانونية للانتداب :

- **تعريف الانتداب :** هو اعفاء الموظف مؤقتاً من مهام وظيفته الاصلية واسناد مهمة او وظيفة اخرى اليه على ان يحتفظ بحقة في الراتب والتدرج والترقية والترفيع والتقاعد من ادارته الاصلية.
- **الفرق بين الانتداب والنقل :** يؤدي الانتداب، كما قلنا، الى تغيير موقع الموظف الوظيفي او الجغرافي او كليهما معاً، الا انه يختلف عن النقل في كونه تغيير مؤقت للعمل، يعود في نهايته الى وظيفته الاصلية التي تبقى **شاغرة ومحفوظة له**، كما نصت على ذلك المادة (٧٧) من اللائحة التنفيذية المذكورة :» عند ندب الموظف من دائرة حكومية الى دائرة حكومية اخرى تبقى وظيفته شاغرة» . في حين ان النقل من وظيفه الى اخرى ذو صفه دائمة والوظيفه المنقول منها تصبح شاغرة لغيره، كما ان علاقة الموظف المنتدب الى دائرة اخرى لا تنقطع مع ادارته الاصلية ويبقى راتبه مندرجا في موازنتها، في حين ان نقل الموظف يقطع علاقته مع ادارته الاصلية.
- **هل يجوز اتخاذ قرار النقل اثناء فترة الانتداب ؟**

ان الطبيعه القانونية والادارية للنقل تختلف تماما عن الانتداب، ونحن نرى انه لا يجوز للجهة الادراية التي انتدب اليها الموظف ان تتخذ قرارا اداريا بنقله، لان من شأن ذلك ان يتنافى مع الطبيعه المؤقتة والمخصصة للانتداب، وبنفس الوقت فإنه يشكل مخالفه لاحكام اللائحة التنظيمية المذكورة التي حددت على سبيل الحصر صلاحيات الجهة الادارية التي انتدب اليها الموظف وذلك في المادة (٧٥):» يكون المندوبون خاضعين ادارياً للجهة المندوبين اليها فيما يتعلق بالاشراف عليهم ومحاسبتهم وكتابة التقارير عنهم وارسال نسخة عنها للدائرة الاصلية».

اما الجهة الادارية الاصلية فإنه يحق لها ان تتخذ قرار النقل للموظف حتى اثناء سريان مدة الانتداب (بعد التنسيب المشترك فيما بين الادارتين) ، ويعني اتخاذ القرار بنقل الموظف انه تقرر انهاء انتدابه بشكل ضمني دون الحاجة الى اصدار قرار صريح بذلك، وهذا هو الاثر القانوني الذي نراه نتيجة اتخاذ قرار النقل اثناء سريان فترة الانتداب.

ولم نجد في الكتب الفقهية من تحدث او شرح هذه الجزئية، الا اننا استقيناها من مفهوم وطبيعه الانتداب والفرق بينه وبين النقل، وكذلك مما استخلصناه من بعض قرارات المحاكم الادارية.

حيث قررت محكمه العدل العليا الاردنية في قرارها رقم ١٩٩٥/١٧٣ تاريخ ١٩٩٦/١/٢١ (هيئة خماسية) :» لرئيس الجامعه ان ينتدب اي موظف للعمل في اية كلية او دائرة ادارية اخرى بناء على تنسيب مشترك من عميد الكلية او الدائرة التي يعمل فيها وعميد الكلية او مدير الدائرة

PDFcompression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

التي سينتدب اليها وذلك عملاً بالمادة ٢٦/ب من نظام الموظفين الاداريين والفنيين لجامعه اليرموك رقم ١٩٧٦/٧٧، وعليه فإن اصدار رئيس الجامعه قراراً بانتداب المستدعي للعمل في وظيفه اخرى ثم اصداره قراراً لاحقاً بتعيين المستدعي على ذات الوظيفه المنتدب اليها وذلك قبل انقضاء فترة الانتداب الامر الذي تبين منه انه الغى قرار الانتداب ضمناً ثم اصداره قراراً ثالثاً بانهاء انتداب المستدعي وذلك بعد انتهاء فترة الانتداب حكماً، مما يجعل قرراه بانهاء الانتداب مخالفاً للقانون ومستوجباً الالغاء».

اذن، وحسب الحكم المذكور، قام رئيس الجامعه بعد ان الغى قرار الانتداب ضمناً، باصداره قراره بالغاء الانتداب صراحة، وهذا ما دعا المحكمه الى الغاء القرار الصريح بالغاء الانتداب لعلة مخالفة القانون، حيث اعتبرت ان قرار التعيين في نفس الوظيفة التي انتدب اليها الموظف بمثابة الغاء للانتداب ضمناً وبالتالي تثبيتاً له في وظيفته التي تم تعيينه بها.

٤. **مناقشة مدى توافر ووجود قرار اداري قابل للطعن على ضوء القرار محل التعليق:**

- نصت المادة (٢/٧٣) من اللائحة المشار اليها اعلاه:» يصدر رئيس الدائرة الحكومية بالتنسيق مع الديوان قراراً بندب الموظف بعد موافقة الدائرة الحكومية المندوب اليها الموظف».
- ونصت المادة (١) من اللائحة المذكورة في معرض تعريفها لرئيس الدائرة الحكومية : « الوزير او رئيس اي ادارة او مؤسسة عامه او سلطة او اية جهة اخرى تكون موازنتها ضمن الموازنة العامه للسلطة الوطنية الفلسطينية او ملحقة بها».
- بالرجوع الى القرار الطعين نجد ان نصه كما يلي :» بالاشارة لكتاب المجلس الطبي الفلسطيني بتاريخ ٢٠١١/٣/١٥، وبناء على تعليمات معالي وزير الصحة حفظه الله فقد تقرر انهاء انتدابك في المجلس الطبي اعتباراً من تاريخه، وعليه يكون مقر عملك الحالي في مجمع فلسطين الطبي»، وهذا القرار موقع وموجه من مدير عام الشؤون الادارية والمالية في وزارة الصحة.
- **اما ملاحظاتنا القانونية على القرار الطعين المذكور فهي كما يلي :**

أ. لم يبين القرار ماهو مضمون كتاب المجلس الطبي الفلسطيني، ولو اننا نرجح انه من باب التنسيق مع ادارة مجمع فلسطين الطبي، وبالنتيجة نخلص بأن قرار انهاء انتداب المستدعية لم يصدر عن المجلس الطبي الفلسطيني.

ب. لم يبين القرار ماهي طبيعه التعليمات الصادرة عن وزير الصحة، ولو اننا نرجح انها تعليمات ذات طابع تنظيمي (لوائح تنظيمية) وليست قراراً فردياً متعلقاً بذات الموظفه المستدعية، الا لما ذكر القرار بانها «تعليمات»، وبالنتيجة فاننا نخلص ايضاً بأن قرار انهاء انتداب المستدعية لم يصدر كذلك عن وزير الصحة.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

ج. ويبقى ان مدير عام الشؤون الادارية والمالية لدى وزارة الصحة هو من قام باصدار القرار بانهاء الانتداب على ضوء كتاب المجلس وتعليمات الوزير، حيث قام المدير الاداري بتبليغ المستدعية قرار المدير العام المذكور كما يتضح صراحة من كتاب التبليغ.

- ونحن نتيجة الملاحظات المذكورة، فإننا لن نكون الا امام احد خيارين:

الاول: عدم اعتبار انهاء الانتداب قراراً ادارياً، وبالتالي عدم قابليته للطعن امام المحكمه الادارية وفقاً للرؤية التي ذكرناها في فقرات سابقة، وبالتالي عدم احقية المستدعية بالتوجه الى المحكمه الادارية لابطال القرار المذكور او النيل من مشروعيته.

الثاني: اعتبار القرار بانهاء الانتداب قراراً باطلاً (وليس منعدماً) لعدم صدوره عن الجهة الادارية المختصة حسب النص التشريعي وهي رئيس الدائرة الحكومية (وزير الصحة او حتى رئيس الدائرة المتمثل بمدير عام الادارة العامه للمستشفيات)، وانما صدر عن موظف غير مختص وهو مدير عام الشؤون الادارية والمالية لدى وزارة الصحة، وهذا باختصار هو عيب الاختصاص الذي ما يزال العيب الوحيد الذي يتعلق بالنظام العام.

وسنبين خلال هذه الدراسة والتعليق موقفنا من اي الاحتمالين والخيارين نميل، او اننا سنفتح الخيارات امام احتمالات جديدة.

٤. **استعراض ومناقشة تسلسل انتداب ونقل المستدعية والموقف القانوني منه على ضوء ما ذكرناه وعلى ضوء ان مدة الانتداب حسب اللائحة التنفيذية المذكورة هي سنة قابله للتجديد لمرة واحدة ولنفس المدة اي لمدة اقصاها سنتين (المادة ٤/٧٤):**

سوف نعيد التسلسل المذكور ليس من باب التكرار ولكن من باب الوصول الى الوضع القانوني الذي نظنه سليماً وهو كما يلي:

- بتاريخ ٢٠٠٧/١/٧ تم تعيين المستدعية كموظفه مصنفه في شؤون الموظفين لدى مستشفى رفيديا التابع لوزارة الصحة الفلسطينية.
- بتاريخ ٢٠٠٧/٢/١٧ تم انتداب المستدعية للعمل في الادارة العامه للمستشفيات، ثم تم تمديد انتدابها بتاريخ ٢٠٠٧/٤/١٧ وفي نفس الوضع الوظيفي.
- بتاريخ ٢٠٠٧/٧/٢٤ تم انتداب المستدعية للعمل في المجلس الطبي الفلسطيني بوظيفه تحليل بيانات وجرافيك.
- بتاريخ ٢٠٠٩/٢/٢ تم نقل المستدعية للعمل في الادارة العامه للمستشفيات.

ونتوقف عند تاريخ ٢٠٠٩/٢/٢ لنعلق على ما يلي :

أ. ان وزارة الصحة لم تخالف فترة الانتداب التي مدتها سنة والتي تم تمديدها من قبلها ضمناً

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

وذلك بسكوتها (اي بقرارها السلبي) بالتمديد لمدة سنة اضافية طالما بقيت المستدعية على رأس وظيفتها دون اعتراض من الادارة.

ب. نرى بأن فترة الانتداب قد انتهت بقرار ضمني بمجرد اتخاذ الادارة لقرارها بنقل المستدعية للعمل في مكان وظيفي اخر.

- بتاريخ ٢٠١١/٣/١٥ تم انهاء انتداب المستدعية ونقلها الى مجمع فلسطين الطبي كموظفة في الشؤون الادارية وذلك بموجب كتاب مدير عام الشؤون الادارية والمالية في وزارة الصحة.

ونتوقف عند هذا التاريخ لنقول بأنه طالما صدر قرار اداري ضمني بانهاء الانتداب بتاريخ ٢٠٠٩/٢/٢، فإن القرار الصادر بتاريخ ٢٠١١/٣/١٥ بشكل صريح بانهاء انتداب المستدعية يكون قراراً ادارياً غير قانوني بصرف النظر عن الجهة التي اصدرته ويكون من غير المنتج البحث في مدى اختصاص الجهة مصدرة القرار سواء وزير الصحة او المجلس الطبي او المدير العام، وهذا هو خيارنا الثالث الذي نميل اليه.

وطالما ان القرار الصريح المذكور هو قرار مخالف للقانون، فإنه ايضاً لا يندرج ضمن الرأي القائل بعدم امكانية الطعن بقرار انهاء الانتداب بحجة كونه يخرج عن المنازعات الادارية، ليس لعدم صحة هذا الرأي ولكن لعدم مناسبته في هذا المقام، وعليه فإنه يجوز الطعن بالقرار المذكور وكان يتوجب الغاؤه والتأكيد على قرار النقل وابقاء المستدعية في مكانها الوظيفي بعد النقل وهو الادارة العامه للمستشفيات.

ونقصد الذي يجب الطعن به هو القرار الصادر عن مدير عام الشؤون الادارية والمالية وليس اي قرار اخر لانتفاء وجوده، وليس كما ذهبت محكمه العدل العليا في قرارها محل التعليق بأن القرار المذكور تنفيذاً لقرار وزير الصحة بإنهاء الانتداب او انه جاء تصحيحاً لوضع المستدعية الوظيفي بعودتها الى مكان عملها قبل الانتداب.

- ويثور التساؤل هنا .... من هو الخصم في دعوى الغاء القرار المذكور ... هل هو مدير عام الشؤون الادارية والمالية بالاضافه لوظيفته ام وزير الصحة بالاضافه لوظيفته؟؟

من المقرر فقهاً وقضاءاً بأن مصدر القرار الاداري هو الجهة التي يجب ان تتم مخاصمتها في دعوى الالغاء، وبالتالي فإن مدير عام الشؤون الادارية والمالية لدى وزارة الصحة بالاضافة لوظيفته هو من يجب ان تتم مخاصمته فقط في هذه الدعوى.

ورد في قرار محكمه العدل العليا الاردنية في قرارها رقم ٢٠١٠/١٨٨ (هيئة خماسية) تاريخ ٢٠١٠/٧/٢١ :» اذا كان القرار صادر باسم وزير الداخلية ولكنه موقع من شخص اخر وهو الذي اصدر هذا القرار فهو يعتبر الخصم الحقيقي وفقاً لاحكام المادة العاشرة من قانون محكمه العدل

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

العليا وحيث لم يختصمه المستدعيان وان المستدعى ضده لا ينتصب خصماً في الدعوى من هذه الناحية وتكون الدعوى مستوجبة للرد عنه لعدم الخصومة».

وورد في في قرار محكمه العدل العليا الاردنية في قرارها رقم ١٩٦٨/٢٠ تاريخ ١٩٦٨/١/١ :» اذا صدر القرار المطعون فيه عن مساعد مدير الترخيص، فإن الدعوى يجب ان تقام على مصدر القرار سواء اكان منابا من الوزير بممارسة صلاحيات سلطة الترخيص او غير مناب بذلك. اما الدعوى التي تقام على مدير الترخيص وليس على المساعد مصدر القرار فترد شكلاً لعدم الخصومة.

٥. **مسأله قانونية : اثر اذعان المتضرر للقرار الاداري:**

هل يعتبر تنفيذ المستدعية لقرار انهاء الانتداب ودوامها في الادارة الجديدة اذعاناً منها، وما هو مفهوم الاذعان وشروطه؟ سنقوم بتوضيح ذلك من خلال الاحكام القضائية التالية :

قررت محكمه العدل العليا الفلسطينية في قرارها رقم ٢٠٠٠/٤٨٦ تاريخ ٢٠٠١/١/٢٢ (هيئة خماسية) :»ان الدفع بأن الدعوى مردودة شكلاً للإذعان بسبب تنفيذ المستدعي لقرار نقله من دائرة تكنولوجيا المعلومات/كلية العلوم التطبيقية الى كلية عمان للهندسة والتكنولوجيا ومباشرته لعمله في كلية عمان هو دفع غير وارد، **وذلك لانه لو امتنع المستدعي عن مباشرة عمله في الكلية التي نقل اليها فإنه يعتبر فاقداً لوظيفته** عملاً باحكام المادة ٤٤ من نظام الهيئة التدريسية في جامعه البلقاء التطبيقية رقم ٧٩ لسنة ١٩٩٨».

وفي ذات السياق قررت محكمه العدل العليا الاردنية في قرارها رقم ٢٠٠٠/٣٠ (هيئة خماسية) تاريخ ٢٠٠٠/٧/١٩ : « ان الاذعان الموجب لرد الدعوى هو ان يقبل الطاعن بالقرار المطعون فيه قبولاً ارادياً صريحاً لا افتراضياً، وان تنفيذ امر النقل لا يعبر عن قبول ارادي صريح لقرار النقل لان عدم تنفيذ امر النقل يفقد الطاعن عمله».

بالاضافه الى ذلك نشير الى ثبوت قيام وكلاء المستدعية بتقديم التظلم الى وزير الصحة للاعتراض وطلب الغاء قرار انهاء الانتداب، مما يشكل عدم اذعان بالقرار المذكور خلاف ما ذهبت اليه وقررته محكمه العدل العليا الموقرة في قرارها محل التعليق.

٦. **ما اثاره وكيل المستدعية بوجود عقوبة مقنعه وبتوافر القرار المنعدم، وكان من المستحسن قيام المحكمه بالرد على هذه النقاط كجزء من مشتملات القرار:**

أ. فيما يتعلق بالعقوبة المقنعة، فإنها تهدف الى الحاق الاذى بالموظف عن طريق الاستخدام غير الشرعي للتدابير الداخلية، اي الانحراف بهذه التدابير لغرض حرمان الموظف من حقوقه في الضمانات التأديبية.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

ولا بد ان يثبت للمحكمه ان الملابسات التي احاطت بقرار النقل او الانتداب تكشف بصراحة ووضوح عن الهدف العقابي وراء القرار المذكور، وانه لا مانع من استدلال المحكمه بالقرائن المؤيدة لذلك والتي تستهدي بها المحكمه في حكمها.

بالنتيجة، فإن القرار غير المسبب والمؤذي كالفصل والنقل الى درجة وظيفية اقل يعتبر جزاءاً مقنعاً، وبعكس ذلك فكل قرار يتخذ لمصلحة المرفق لا يعد جزاءاً مقنعاً مثل اعادة ترتيب المرفق العام مما ترتب على ذلك فقدان الموظف لبعض مزاياه وكذلك قرار ايقاف الندب.

ب. اما فيما يتعلق بالقرار المنعدم، فهو كما استقر عليه الفقه والقضاء الاداريين القرار المشوب بعيب جسيم بحيث يفقده خصائص القرار الاداري وينحدر به الى درجة الانعدام كأن يكون صادراً عن فرد عادي او عن ادارة لا تمت بصله الى الادارة المختصة باصدار القرار، اما صدور القرار عن موظف بما يشكل اعتداء على اختصاصات رئيسه فهذا يعتبر من باب عيب الاختصاص البسيط الذي يؤدي الى بطلان القرار الاداري وليس الى انعدامه.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

احكام صادرة عن محكمه النقض في الدعاوى الجزائية

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

نقض جزاء
رقم:٢٠١١/٦٥

السلطـــة الوطنيـــة الفلسطينيـــة

السلطـــة القضائيـــة

محكمـــة النقض

" الحكـــــــــــــــم "

الصادر عن محكمة النقض المنعقدة في رام الله المأذونه بإجراء المحاكمة وإصداره باسم الشعب العربي الفلسطيني.

الهيئة الحاكمة: برئاسة السيد القاضي/ محمد شحادة سدر.

وعضوية السادة القضاة: عماد سليم، د.عثمان التكروري، محمد سامح الدويك، خليل الصياد.

الطاعـــــــن: أحمد كمال عواد جعافره/الخليل

وكيله المحامي ناصر الرفاعي/البيرة

المطعون ضده: الحق العام

الإجـــــــــــــراءات

بتاريخ ٢٠١١/٤/٦ تقدم الطاعن بواسطة وكيله بهذا الطعن لنقض القـرار الـصادر عـن محكمة استئناف القدس في رام الله بتاريخ ٢٠١١/٣/١٥ في القـضية الاسـتئنافية الجزائيـة رقـم ٢٠١٠/١٠٣ المتضمن الحكم برد الاستئناف موضوعاً وتأييد القرار المستأنف من حيـث النتيجـة الصادر عن محكمة بداية الخليل بصفتها الجنائية.

بتاريخ ٢٠١٠/١١/٢٩ في القضية الجزائية رقم ٢٠٠٠/٣ المتضمن الحكم بادانـة المـتهم الطاعن بالتهمة المسنده اليه وهي القتل العمد بالاشتراك خلافاً لاحكام المـادتين ١/٣٢٨، ٧٦ مـن قانون العقوبات ووضعه بالاشغال الشاقه المؤبده.

وتتلخص أسباب الطعن بما يلي:-

١) أخطأت محكمة الاستئناف وخالفت القانون عندما لم تعالج جميع أسباب الاستئناف.

٢) أخطأت محكمة الاستئناف بتطبيق القانون على الوقائع التي توصلت اليها.

الكاتـب **الرئيـس**

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

نقض جزاء
رقم:٢٠١١/٦٥

٣) أخطأت محكمة الاستئناف في القول العلاقة السببية بالاستناد إلى المبرزين ن/٨، ن/٩ وشهادة منظمها الدكتور زياد الاشهب.

لهذه الأسباب يطلب وكيل الطاعن قبول الطعن شكلاً لتقديمه ضمن المدة القانونية وفي الموضوع نقض القرار المطعون فيه والحكم في الدعوى حسب الاصول والقانون او اعادة الاوراق إلى محكمة الاستئناف لاصدار حكم جديد ووقف تنفيذ العقوبة لحين الفصل في الاستئناف.

بتاريخ ٢٠١١/٧/٧ قدم مساعد النائب العام مطالعة خطية طلب بنتيجتها رد الطعن موضوعاً وتأييد القرار المطعون فيه.

المحكمـــــــــة

بعد التدقيق والمداولة قانونا نجد أن الطعن مقدم ضمن المدة القانونية فنقرر قبوله شكلا.

وفي الموضوع وعن أسباب الطعن جميعاً نجد ما يلي:-

١) **من حيث أسباب الاستئناف:-**

نجد ان محكمة الاستئناف لم تعالج كافة اسباب الاستئناف معالجة مفصله وقانونية وإنما اكتفت بالرد على بعضها واسعترضت بعض وقائع الدعوى والبينات دونما تحليل لهذه البينات وعدم رد محكمة الاستئناف على دفوع المتهم بكل وضوح وتفصيل يعد ذهولاً عن الفصل في أحد طلبات الدفاع موجباً للنقض ويوجب القانون على محكمة الاستئناف ان تفحص كافة الطلبات المتعلقة بالدعوى لانها تكون أكثر دقة وتمنعاً بالبحث والتمحيص في أوراقها للوصول إلى النتائج التي ترتئيها شعوراً منها بالمسؤولية المترتبة على قراراتها مما يجعل قرارها المطعون فيه مفتقراً إلى الشروط المتوجبة في القرارات القضائية وان القاعدة في الاحكام الجزائية وجوب اشتمالها على الادلة والاسباب الموجبة للادانة وبيان الاسباب الموجبة للادانة يعني استظهار اركان الجريمة وعناصرها المكونة لها والا كان الحكم معيباً ومشوباً بعدم كفاية الاسباب الموجبة للنقض.

٢) **من حيث الواقعة الجرمية والتطبيقات القانونية:-**

نجد ان قناعة عن محكمة الاستئناف وبصفتها محكمة موضوع بالبينة وان كانت لا تخضع لرقابة محكمتنا باعتبارها من الامور الواقعية التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع الا انها تخضع لرقابة محكمتنا من حيث اعتبار الدليل دليلاً قانونياً ام لا لان ذلك من المسائل المتعلقة بالتطبيقات القانونية.

الكاتب **الرئيس**

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

نقض جزاء
رقم:٢٠١١/٦٥

وبذلك نجد انه لا يكفي ان تقنع محكمة الاستئناف بقصور واقعة لا بد لها ان تبين الادلة التي ادت إلى قناعتها ولا يكفي ان تورد في حكمها ان المتهم الطاعن هو من قام بطعن المغدور بواسطة السكين المبرز ن/٥ مما أدى إلى وفاته دون ان تسوق الدليل الذي اعتمدته وأدى إلى قناعتها مما يشوب حكمها بعيب القصور في التعليل وايضاح الدليل المؤدى إلى القناعة.

ولا يتفق والقانون استناد محكمة الاستئناف على اقوال المتهم الطاعن لدى النيابة العامة المبرز ن/٢ في ادانته بالجرم المسند اليه والحكم عليه بالعقوبة المقررة لها قانوناً مع انها لا تفيد ذلك.

ويجافي المعقول تكييف محكمة الاستئناف ان القتل تم مع سبق الاصرار المنصوص عليه في المادة ٣٢٩ من قانونية العقوبات لان الوقائع الثابته في الدعوى لا تصلح منطقياً لترتيب القول بتوافر ظرف سبق الاصرار وان ما أوردته محكمة الاستئناف من تبريرات للوصول إلى نتيجة الحكم لا يستند إلى اساس قانوني أو واقعي سليم ولم تكن معالجتها في ذلك صحيحة وقد شاب قرارها الفساد في الاستدلال والتعليل وبالنتيجة فإن الحكم قد بني في منطوقه على عبارات وليس على علل واسباب مستخلصه مما تضمنته القضية من ادلة وعجزت عن التفريق بين القتل العمد بالاشتراك والقتل القصد بالاشتراك وبين القتل والضرب المفضي إلى الموت مما أوقعها في الخطأ بتضيق القانون على الوقائع التي توصلت اليها.

وما لمحكمتنا من صلاحية فيما يتعلق بالتطبيقات القانونية نجد ما يلي:-

١) يستفاد من نص المادة ٣٣٠ من قانون العقوبات ان الفعل المجرم بموجب هذه المادة هو الايذاء باداة ليس من شأنها ان تفضي إلى الموت ولم يكن قصد الفاعل القتل.
وحيث ان الاداة التي استعملت في القتل هي السكين المبرز ن/٥ وهي اداة من شأنها ان تفضي إلى الموت وحيث انه يكفي للدلالة على توفر فيه القتل استعمال الفاعل لاداة قاتلة وهي السكين واصابة المجنى عليه في مقتل وبالتالي فإن اركان وعناصر جناية الضرب المفضي إلى الموت المنصوص عليها في المادة ٣٣٠ من قانون العقوبات لا تنطبق على وقائع هذه الدعوى.

٢) عدم انطباق احكام المادة ٣٤٣ من قانون العقوبات لان القتل الخطأ لا تتصرف فيه ارادة الجاني إلى المساس بحياة المجنى عليه وسلامة جسمه وإنما تترتب الوفاة على توجيه الإرادة توجيهاً خاطئاً فتتحصل الوفاة بسبب الاهمال او قلة الاحتراز او عدم مراعاة القوانين والانظمة.

الكاتب **الرئيس**

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

نقض جزاء
رقم:٢٠١١/٦٥

٣) من المبادئ القانونية المتفق عليها انه اذا ارتكب عدة اشخاص فعلاً جنائياً تنفيذاً لقصد جنائي مشترك بينهم فإن كل واحد منهم مسؤول عن الفعل بنفس الدرجة كما لو حصل ارتكاب الفعل من كل واحد منهم على حده، ولا يشترط في اتحاد ارادتهم ان يكون مصمماً عليهم من قبل بل يكفي ان يكون سابقاً على ايقاع الجريمة بلحظات، ولا محل للبحث في الاصابات التي اوقعها كل منهم في المجنى عليه وبيان ما هو المميت منها وغير المميت، ويتوجب ادانتهم بالاشتراك في القتل اشتراكاً أصلياً ولا يجوز اعتبار بعضهم متدخلاً مادام ان الاعمال التي اقترفها كل منهم داخله مادياً في تنفيذ الجريمة التي حدثت.

وللتفريق بين الفاعل الاصلي والمتدخل في جريمة تعدد فيها المتهمون ينظر إلى الاعمال الداخلة مادياً في تنفيذ الجريمة فإذا كانت كذلك كان فاعلها فاعلاً اصلياً وان كانت هذه الافعال للمساعدة او تقوية تصميم الفاعل كان صاحبها متدخلاً ويعتبر شريكاً في الجريمة اذا ارتكب كل واحد من المتهمين فعلاً أو أكثر من الافعال المكونة لها بقصد حصول تلك الجريمة ويعتبرون كلهم شركاء فيها ويعاقب كل واحد منهم بالعقوبة بالمعينة لها في القانون كما لو كان فاعلاً مستقلاً لها عملاً بالمادة ٧٦ من قانون العقوبات.

وتطبيقاً لذلك فإن قيام المتهمين الثاني احمد (الطاعن) وشقيقه الاول عمر بالهجوم على المغدور ياسر للاعتداء عليه بالضرب على اثر قيام المغدور بالاعتداء على الطاعن بالضرب في اليوم السابق، واثناء ذلك قيام المتهم الاول عمر بسحب السكين التي كانت معه وطعن المغدور ياسر بواسطتها مما ادى إلى وفاته فيكون ما قام به الطاعن هو ارتكاب لفعل مادي من الافعال المكونة لجريمة القتل وساهم في حدوثها وبذلك يعد شريكاً فيها.

ومن ناحية ثانية نجد ان قيام المتهمين الاول عمر والطاعن احمد بالاعتداء على المجنى عليه ياسر بالضرب واثناء ذلك قيام المتهم الاول عمر بطعن المجنى عليه ياسر باداة حادة وهي (السكين) التي من شأنها ان تفضي إلى الموت ونشأ عن ذلك وفاة المجنى عليه يجعل المتهم الطاعن مسؤولاً عن النتيجة الاحتمالية سواء توقعها او لم يتوقعها لان الفعل ذاته يتضمن خطر وقوعها ولو لم يكن بقصد القتل ويكفي في ذلك ان يكون الضرب صدر عن اراده وعلم بانه يترتب عليه المساس سلامة المجنى عليه فحدثت الوفاة مما يجعل الجريمة قتلاً مقصوداً بمعنى ان المتهم الطاعن اراد الفعل وهو الضرب والاعتداء ولم يرد النتيجة التي كان يتوقعها نتيجة الضرب فإن المتهم الطاعن

الكاتب **الرئيس**

العدالة والقانون

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

نقض جزاء
رقم:٢٠١١/٦٥

يكون والحالة هذه ضمن دائرة القصد الاحتمالية المساوي للقتل القصد ويتوجب تجريمه طبقاً لذلك بالقتل قصداً بالاشتراك ولان قتل المتهمين الاول عمر والثاني الطاعن للمجنى عليه بسبب قيام الاخير بالاعتداء على المتهم الاول عمر بالضرب في اليوم السابق لارتكاب الجريمة لا يوفر شروط المادة ٩٨ من قانون العقوبات ولا يبرر له ان يستفيد من العذر المخفف بالمعنى المقصود في هذه المادة بمعنى ان وقائع الدعوى تخرج عن تطبيق أحكام المادة ٩٨ من قانون العقوبات.

وعليه فإن ما ذهبت اليه محكمة الاستئناف في قرارها المطعون فيه مخالف للقانون وكان عليها تعديل وصف التهمة المسنده للمتهم الطاعن من جناية القتل العمد بالاشتراك خلافاً لاحكام المدتين ١،٧٦/٣٢٨ من قانون العقوبات إلى جناية القتل القصد بالاشتراك خلافاً لاحكام المادتين ٣٢٦،٧٦ من ذات القانون وبذلك فان اسباب الطعن ترد عليه وداعيه الى نقضه.

لهـــــــــذه الأسبـــــــاب

لهذا كله واستناداً لما تقدم نقرر قبول الطعن موضوعاً ونقض القرار المطعون فيه وإعادة الأوراق لمصدرها محكمة استئناف القدس المنعقدة في رام الله لتحكيم بها من جديد في ضوء ما بيناه بهيئة مغايرة.

قراراً صدر تدقيقا باسم الشعب العربي الفلسطيني بتاريخ ٢٠١١/٩/١٨

الكاتب **الرئيس**

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

نقض جزاء
رقم:٢٠١٢/٤٤

السلطـــة الوطنيـــة الفلسطينيـــة

السلطـــة القضائيـــة

محكمـــة النقض

" الحكـــــــــــــــم "

الصادر عن محكمة النقض المنعقدة في رام الله المأذونه بإجراء المحاكمة وإصداره بإسم الشعب العربي الفلسطيني.

الهيئة الحاكمة برئاسة السيد القـــاضي/ محمد شحادة سدر

وعضوية السادة القضاة:عبد الله غزلان، إيمان ناصر الدين، عزمي طنجير، عدنان الشعيبي.

الطـــاعـــــن: احمد كمال عواد جعافرة/ ترقوميا/ الخليل.

وكيله المحامي ناصر الرفاعي / البيرة.

المطعـون ضـــده: الحق العام.

الإجـــــــراءات

تقدم الطاعن بهذا الطعن بواسطة وكيله بتاريخ ٢٠١٢/٢/٢٧ لنقض الحكم الصادر عن محكمة استئناف القدس بتاريخ ٢٠١٢/٢/٢٧ في الاستئناف الجزائي رقم ٢٠١٠/١٠٣ القاضي بقبول الاستئناف موضوعا وتعديل الحكم المستأنف ليصبح الحكم بإدانة المستأنف ((الطاعن)) بالتهمة المعدلة وهي جريمة القتل قصداً بالاشتراك المعاقب عليها بالمادة ٣٢٦ع لسنة ٦٠، ووضعه بالأشغال الشاقة مدة خمس عشرة سنة.

يستند الطعن للاسباب التالية:

١. أخطأت محكمة الاستئناف في تسبيب وتعليل الحكم الطعين وبنت حكمها على وقائع لا وجود لها، وقد شاب الحكم فساد في الاستدلال، حيث استندت المحكمة لوقائع خاطئة ساقتها محكمة النقض في النقض الاول لا أساس لها في ملف الدعوى.

الكاتـــب **الرئيـــس**

أج

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

نقض جزاء
رقم: ٢٠١٢/٤٤

٢. أخطأت المحكمة عندما حكمت بتوفر القصد الجنائي لدى الطاعن، بداعي أن قصد الطاعن واقع ضمن دائرة القصد الاحتمالي، لأنه لا يتصور أن يسأل غير الفاعل الأصلي ضمن دائرة القصد الإجمالي.

٣. أخطأت المحكمة عندما قالت ان الطاعن يعد شريكاً في القتل القصد أي في القول بتوافر الركن المادي لجريمة الاشتراك بالقتل القصد ولا حتى بالاشتراك بالإيذاء، وإنما كل أفعاله تقع في خانة التدخل في الإيذاء، وجانبت الصواب في تعريف معنى الاشتراك.

٤. أ- أخطأت المحكمة خطأ مهنياً جسيماً يستوجب المخاصمة (لولا أنه متدارك من قبل محكمة النقض) حين قالت بان القصد الاحتمالي يتحقق مكان المشرع فعدلت نص المادة ٧٤ ع لسنة ٦٠.

ب- إن الجرائم التي تقوم سواء توقع الجاني النتيجة الأشد جسامة أم لم يتوقعها هي جرائم القصد المتعدي فقط وأظهرها جريمة الإيذاء المفضي للموت، ولا يجوز لأي محكمة القول بذلك شذوذاً عن كل الاراء الفقهية وأحكام المحاكم.

وقد طلب الطاعن قبول الطعن شكلاً.

وفي الموضوع ١- رؤية الطعن مرافعة لتوضيح بعض النقاط القانونية.

٢- نقض الحكم الطعين والحكم حسب الأصول والقانون.

كما تقدم الطاعن بطلب وقف تنفيذ العقوبة حمل الرقم ٢٠١٢/٥٦.

تقدمت النيابة العامة بمطالعة خطية بتاريخ ٢٠١٢/٤/١٨ بواسطة النائب العام تضمنت ان الطعن مستوجب الرد شكلاً وموضوعاً، وان أسبابه التي ساقها الطاعن لا تقوى على نقض الحكم الطعين، حيث ان محكمة الاستئناف عالجت كافة هذه الأسباب معالجة قانونية متفقة والأصول والقانون.

المحكمـــــــــــة

بالتدقيق والمداولة، ولما كان الطعن مقدماً في الميعاد تقرر قبوله شكلاً.

وفي الموضوع، وحيث تفيد الأوراق ان النيابة العامة أحالت الطاعن وآخرين لمحاكمتهم أمام محكمة بداية الخليل بتهمة القتل العمد بالاشتراك المعاقب عليها بالمادة ٣٢٨ع لسنة ٦٠ وذلك في الدعوى الجزائية رقم ٢٠٠٠/٣.

الكاتـــب **الرئيـــس**

أج

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

نقض جزاء
رقم: ٢٠١٢/٤٤

باشرت المحكمة نظر الدعوى، وبعد سماع بينات الطرفين وأقوالهما الختامية أصدرت حكمها بتاريخ ٢٠١٠/١/٢٩ الذي قررت بموجبه إدانة الطاعن بالتهمة المسندة إليه ووضعه بالأشغال الشاقة المؤبدة.

لم يقبل الطاعن بالحكم البدائي فطعن فيه استئنافاً لدى محكمة استئناف القدس في الاستئناف الجزائي رقم ٢٠١٠/١٠٣ والتي وبعد استكمال الإجراءات لديها أصدرت حكمها بتاريخ ٢٠١١/٣/١٥ الذي قضت بموجبه رد الاستئناف موضوعاً، وتأييد الحكم المستأنف من حيث النتيجة.

لم يرتضي الطاعن بالحكم الإستئنافي وطعن فيه لدى محكمة النقض بالطعن رقم ٢٠١١/٦٥ والتي أصدرت حكمها بتاريخ ٢٠١١/٩/١٨ وقضت بموجبه بنقض الحكم الطعين بعد ان توصلت إلى ان المحكمة مصدرة الحكم أخطأت بإدانة الطاعن بتهمة القتل العمد بالاشتراك المعاقب عليها بالمادة ٢/٣٢٨ من قانون العقوبات لسنة ٦٠ وكان عليها تعديل وصف التهمة المسندة إليه ((الطاعن)) إلى جناية القتل بالاشتراك المعاقب عليها بالمادة ٣٢٦ع لسنة٦٠ كما قررت إعادة الأوراق إلى المحكمة مصدرة الحكم للسير فيها والحكم بها من جديد في ضوء ما تم بيانه ومن قبل هيئة مغايرة.

بعد إعادة الأوراق إلى محكمة استئناف القدس، فقد سارت على هدي حكم محكمة النقض، حيث نظرت الدعوى من قبل هيئة مغايرة وبعد استكمال الإجراءات لديها أصدرت حكمها بتاريخ ٢٠١٢/١/٣٠ الذي قضت بموجبه بقبول الاستئناف موضوعاً وتعديل الحكم المستأنف ليصبح الحكم بإدانة المستأنف "الطاعن" بالتهمة المعدلة وهي جريمة القتل قصدا بالاشتراك المعاقب عليها بالمادة ٣٢٦ع لسنة ١٩٦٠، ووضعه بالأشغال الشاقة مدة خمس عشرة سنة على ان تُحتسب له المدة التي أمضاها موقوفا على ذمة هذه الدعوى.

وعن أسباب الطعن الماثل، ولما كانت محكمتنا في حكمها نقض جزاء رقم (٢٠١١/٦٥) الصادر بتاريخ ٢٠١١/٩/١٨ قد قررت نقض الحكم الاستئنافي الاول الصادر عن محكمة استئناف القدس بتاريخ ٢٠١١/٣/١٥، وحيث تضمن حكمنا المشار إليه أنه كان يتوجب على محكمة الاستئناف تعديل وصف التهمة المسندة للطاعن من تهمة القتل العمد بالاشتراك المعاقب عليها بالمادة ٣٢٨ع لسنة ١٩٦٠ إلى تهمة القتل القصد بالاشتراك المعاقب عليها بالمادة ٣٢٦ من ذات القانون، وحيث سارت محكمة

الكاتـــب **الرئيـــس**

اج

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

نقض جزاء
رقم: ٢٠١٢/٤٤

الاستئناف على هدى حكم النقض واتبعت ما جاء فيه، وبعد أن نظرت الاستئناف من قبل هيئة مغايرة واستكملت الإجراءات لديها أصدرت حكمها الذي قضت بموجبه بإدانة الطاعن بالتهمة المعدلة عملا بما خلصت إليه محكمة النقض آنفا، وتبعا لذلك الحكم عليه بوضعه بالأشغال الشاقة مدة خمسة عشر سنة، فإنها تكون بذلك قد طبقت صحيح القانون في ما توصلت إليه وقضت به، ومارست صلاحياتها كمحكمة موضوع دون معقب عليها من محكمة النقض، ما دام أن ما توصلت إليه جاء في حدود ما نصت عليه المادة ٣٢٦ع لسنة ١٩٦٠ وفي الحدود التي قررتها هذه المادة كعقوبة على (الفاعل) الطاعن الأمر الذي تغدو معه الأسباب التي ساقها الطاعن في طعنه هذا غير ذي موضوع ويتوجب الالتفات عنها وردها.

وعليه ، وحيث لم يرد في أسباب الطعن ما يقوى على جرح الحكم الطعين، فان الطعن يغدو مستوجبا الرد .

لـــــهذه الأســـــباب

ولما بيناه تقرر المحكمة:

١- رفض طلب الطاعن نظر الطعن مرافعة.

٢- رد الطعن موضوعا، وتبعا لذلك رد طلب وقف تنفيذ العقوبة رقم ٢٠١٢/٥٦ المتفرع عن هذا الطعن.

حكما صدر تدقيقا باسم الشعب العربي الفلسطيني بتاريخ ٢٠١٢/٥/١٠

الكاتـــب **الرئيـــس**

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

التعليق على الحكم الصادر فى القضية الجزائية رقم (٣) لسنة ٢٠٠٠ استئناف جزاء رقم ١٠٣ لسنة ٢٠١٠ نقض جزاء ٤٤ لسنة ٢٠١٢

تعليق المستشار الدكتور صابر غلاب – مصر
تعليق المحامي الدكتور ربحي صبحي عطيوي – الأردن

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

التعليق على الحكم الصادر فى القضية الجزائية رقم (٣) لسنة ٢٠٠٠ استئناف جزاء رقم ١٠٣ لسنة ٢٠١٠ نقض جزاء ٤٤ لسنة ٢٠١٢

المستشا الدكتور
صابر غلاب
رئيس محكمة الإستئناف

الوقائــع

تخلص وقائع الدعوى فى أن النيابة العامة لدولة فلسطين أسندت للمتهم وآخرين قيامهم بالقتل العمد بالاشتراك وطلبت معاقبتهم بنص المادة ٣٢٨ من قانون العقوبات الفلسطينى.

وذلك على سند من قيام المتهم الثانى محل مناقشة الحكم الصادر ضده – وآخرين وعلى اثر تعدى المجنى عليه بالضرب عليه فى يوم سابق على ارتكاب الواقعة – بالاتفاق فيما بينه وبين شقيقه المتهم الأول ومتهمين آخرين منهم أحد الصبية من أقاربه حيث اتفقوا مع الاخير على ان يترقب وصول المجنى عليه وأخبارهم فور رؤيته له – وأنهم وعلى اثر إبلاغهم من هذا الصبى بتواجد المجنى عليه بأحد الأماكن قام المتهم الأول بإحضار سكين وتوجه المتهمين الى حيث مكان تواجده حيث اشتبك معه المتهم الثانى – المستأنف - بالبوكسات والحجارة، ثم قام المتهم الاول بالتعدى عليه بسكين بالبطن والصدر واليد فقام المتهم الثانى – المستأنف – بأخذ السكين من شقيقه المتهم الاول - ولم يقم بمواصلة التعدى عليه بها او توجيهها صوب المجنى عليه - وهى ملوثه بالدماء وذهب بها الى من يدعى احمد جميل وإعطاءه إياها.

وحيث قدمتهم النيابة العامة للمحاكمة حيث قضت محكمة الخليل الجزئية على المتهم الثانى – المستأنف – بالأشغال الشاقة المؤبدة على سند من توافر ظرف مشدد متمثلاً فى سبق الاصرار. وأستأنف المحكوم عليه – الثانى – واسس اسباب استئنافه على عدة أسباب قوامها خطأ محكمة الدرجة الأولى فى إدانة المتهم طبق لنص المادة ٣٢٨ عقوبات لعدم توافر عناصرها – وان عنصر سبق الإصرار غير متوافر فى هذه الجريمة وان بينة النيابة العامة قاصرة وعاجزة عن إثبات التهمة المنسوبة للمستأنف لعدم إثبات الظرف المشدد وكان على المحكمة تعديل وصف التهمة لتصبح وفقا لأحكام المادة ٣٢٦ عقوبات. وان نية المستأنف كانت الضرب فقط وان العقوبة المفروضة عليه قاسية ولا تتناسب وظروف الحادث.

وحيث نظرت الدعوى أمام محكمة الاستئناف والتى قضت بجلسة ٢٠١١/٣/١٥ برد الاستئناف موضوعا وتأييد القرار المستأنف من جهة النتيجة على ان تحسب له مدة توقيفه .

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

وقد حصلت تلك المحكمة الدعوى فى أن المغدور – المجنى عليه – ياسر طنينة بتاريخ يوم الجمعة ١٩٩٩/٥/٢٨ ضرب المستأنف احمد الجعافرة بُكس فى وجهه أدى إلى جرح من ثلاث غرز، وفى يوم السبت ١٩٩٩/٥/٢٩ اتفق المستأنف مع شقيقه عمر بعد إخباره بما حصل معه ومع المغدور – المجنى عليه – وانه ينوى ضرب الأخير، ومن اجل ذلك كلفوا احد أبناء عمومتهم ويدعى/ **محمد عبد الرحمن الجعافرة (١٢ سنه)** ليخبرهم إذا شاهد المغدور – المجنى عليه – وفعلا وفى الساعة الرابعة عصرا اخبرهم انه شاهد المغدور متوجها الى حارة الشلالفة ولحق به المستأنف واحضر عمر الذى احضر سكينا ووضعه فى جنبه واشتبكوا مع المغدور – المجنى عليه – ياسر بالبكسات والحجارة ومن ثم أخرج شقيق المستأنف السكين وطعن المغدور فى بطنه وصدره ويده ثم أخذ المستأنف السكين من شقيقه عمر وكانت مليئة بالدماء وذهبوا إلى احمد جميل وأعطاه السكين وقال له استدينا ضرب أمبارح وانه جاء فى إفادة المتهم الثالث سمعت احمد – المستأنف – يقول ضربناه استديت هواتى وجاء فى إفادة المتهم الرابع كان أول من وصل المستأنف واشتبك مع المغدور بكسات **وذكر الشاهد/ مهران عدلى شلالفه** بمشاهدته لشبان يتماسكون بالايدى فاعتقد أنهم يمزحون كما قال الشاهد المقدم/ أحمد الدراويش أحضرت من بيت **احمد جميل الجعافرة** السكين وكان عليها آثار دماء ووفقا لتقرير الكشف الطبى على الجثة الذى أفاد أن سبب الوفاة للمغدور نتيجة النزيف الحاد من اثار طعنات بالة حادة مثل السكين ، واعترف المتهم الأول/ **عمر كمال عواد الجعافرة** أمام المحكمة عند تلاوة التهمة بتاريخ ٢٠٠٠/٧/٥ انه هو الذى ارتكب الفعل.

وأسست قضائها على توافر نية القتل لدى المتهمين ومن بينهم المستأنف – المتهم الثانى - ودللت عليه بإحضار سكين ورغبة المتهمين فى رد اعتبارهم من المجنى عليه نظرا للاهانة السابقة وكون الأداة قاتلة بطبيعتها والجريمة نتيجة تفكير سابق وتخطيط للانتقام .

فلم يصادف ذلك القضاء قبولا لدى المحكوم عليه – المتهم الثانى – فطعن عليه بالنقض.

وبجلسة ٢٠١١/٩/١٨ قضت محكمة النقض – الدائرة الجزائية – قبول الطعن موضوعاً ونقض القرار المطعون فيه وإعادة الاوراق لمصدرها محكمة استئناف القدس المنعقدة فى رام الله لتحكم بها من جديد فى ضوء ما بينته وبهيئة مغايرة.

وأسست قضائها على انه لا يكفى ان تقنع محكمة الاستئناف بحصول الواقعة لابد لها أن تبين الأدلة التى أدت الى قناعتها، ولا يكفى ان تورد فى حكمها أن المتهم الطاعن هو من قام بطعن المغدور بواسطة السكين مما أدى إلى وفاته دون ان تسوق الدليل الذى اعتمدته وأدى إلى قناعتها مما يشوب حكمها بعيب القصور فى التعليل وإيضاح الدليل المؤدى الى القناعة وانه لا يتفق استناد محكمة الاستئناف على اقوال المتهم الطاعن لدى النيابة العامة فى إدانته بالجرم المسند اليه والحكم عليه بالعقوبة المقررة

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

لها قانونا مع أنها لا تفيد ذلك وانه يجافى المعقول تكييف محكمة الاستئناف ان القتل تم مع سبق الإصرار، المنصوص عليه فى المادة ٣٢٩ من قانون العقوبات لان الوقائع فى الدعوى لا تصلح منطقيا لترتيب القول بتوافر ظرف سبق الإصرار وان ما أوردته محكمة الاستئناف من تبريرات للوصول الى نتيجة الحكم لا يستند الى أساس قانونى أو واقعى سليم ولم تكن معالجتها فى ذلك صحيحة وقد شاب قرارها الفساد فى الاستدلال والتعليل وبالنتيجة فان الحكم قد بنى فى منطوقه على عبارات وليس على علل وأسباب مستخلصة مما تضمنته القضية من أدلة وعجزت عن التفريق بين القتل العمد بالاشتراك والقتل القصد بالاشتراك وبين القتل والضرب المفضى إلى الموت مما اوقعها فى الخطأ فى تطبيق القانون على الوقائع التى توصلت إليها. وانتهت الى عدم انطباق اركان عناصر جريمة الضرب المفضى الى الموت المنصوص عيها فى المادة ٣٣٠ عقوبات لكون الأداة المستخدمة – السكين – من شأنها ان تفضى إلى الموت . – كما انتهت الى عدم انطباق اركان عناصر جريمة القتل الخطأ المنصوص عيها فى المادة ٣٤٣ عقوبات لان تلك الجريمة لا تنصرف فيها إرادة الجانى إلى المساس بحياة المجنى عليه وسلامة جسمه – كما انتهت إلى توافر أركان الاشتراك في جريمة القتل والمنصوص عليها بالمادة ٧٦ عقوبات واتجاه إرادة المتهم المستأنف مع باقى المتهمين لارتكاب الفعل المادى المكون لجريمة القتل – **وان المتهم مسئول عن النتيجة الاحتمالية للاعتداء على المجنى عليه سواء توقعها او لم يتوقعها لان الفعل ذاته يتضمن خطر وقوعها ولو لم يكن يقصد القتل** ويكفى أن يكون الضرب صدر عن إرادة وعلم بأنه يترتب عليه المساس بسلامة المجنى عليه فحدثت الوفاة مما يجعل الجريمة قتلا مقصودا بمعنى أن المتهم الطاعن أراد الفعل وهو الضرب والاعتداء ولم يرد النتيجة التى كان يتوقعها نتيجة الضرب وانه على هذه الحالة يكون ضمن دائرة القصد الاحتمالية المساوى للقتل القصد وانه كان يجب على محكمة الاستئناف تعديل وصف التهمة من جناية القتل العمد بالاشتراك خلافا لأحكام المادتين ١/٣٢٨ ، ٧٦ عقوبات الى جناية القتل القصد بالاشتراك خلافا لأحكام المادتين ٧٦ ، ٣٢٦ عقوبات.

ونفاذا لذلك القضاء أعيدت الدعوى الى محكمة الاستئناف والتى قضت بجلسة ٢٠١٢/٢/٢٧ بقبول الاستئناف موضوعا وتعديل الحكم المستأنف ليصبح الحكم إدانة المستأنف – المتهم الثانى – بالتهمة المعدلة وهى جريمة القتل قصداً بالاشتراك المعاقب عليها بالمادة ٣٢٦ عقوبات ووضعه بالأشغال الشاقة مدة خمس عشر سنة .

فطعن المحكوم عليه – المتهم الثانى – بالنقض على القضاء الأخير وبجلسة ٢٠١٢/٥/١٠ قضت محكمة النقض برفض طلب الطاعن نظر الطعن مرافعة ورد الطعن موضوعا وتبعا لذلك وقف تنفيذ العقوبة رقم ٢٠١٢/٥٦ المتفرع عن هذا الطعن وأسست قضائها على التزام محكمة الاستئناف بما قضت به محكمة النقض مسبقا فى الطعن ٦٥ لسنة ٢٠١١ الصادر بتاريخ ٢٠١١/٩/١٨ من تعديلها

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

الوصف للتهمة من تهمة القتل العمد بالاشتراك المعاقب عليها بالمادة ٣٢٨ عقوبات الى تهمة القتل القصد بالاشتراك المعاقب عليها بالمادة ٣٢٦ من ذات القانون.

وحيث ان ذلك القضاء له حجيته واحترامه وقدسيته القانونية فلا مجال لمناقشته او الاعتراض عليه او التعقيب عليه ولكن سوف تتناول هذا الحكم بالدراسة والتحليل من الناحية القانونية البحتة على النحو التالى :

وحيث انه عما انتهى إليه الحكم النهائى الصادر فى تلك الدعوى من توافر عنصر الاشتراك فى الجريمة المبين بنص المادة ٧٦ عقوبات فلسطينى فان المادة رقم ٦٧ من قانون العقوبات الفلسطينى عرفت الشركاء فى الجريمة بانه إذا ارتكب عدة أشخاص متحدين جناية او جنحة تتكون من عدة أفعال فاتى كل واحد منهم فعلا أو أكثر من الأفعال المكونة لها وذلك بقصد حصول تلك الجناية او الجنحة اعتبروا جميعهم شركاء فيها وعوقب كل واحد منهم بالعقوبة المعينة لها فى القانون كما لو كان فاعلا مستقلاً .

ويقابل النص السابق فى قانون العقوبات المصرى المادة (٣٩) والتى نصت على أنه «يعد فاعلا للجريمة».

أولاً: من يرتكبها وحده أو مع غيره.

ثانياً: من يدخل فى ارتكابها إذا كانت تتكون من جملة أعمال فيأتي عمداً عملاً من الأعمال المكونة لها.

ومع ذلك إذا وجدت أحوال خاصة بأحد الفاعلين تقتضي تغيير وصف الجريمة أو العقوبة بالنسبة له فلا يتعدى أثرها إلى غيره منهم وكذلك الحال إذا تغير الوصف باعتبار قصد مرتكب الجريمة أو كيفية علمه بها.

والمادة (٤٠) والتى نصت على: «أنه يعد شريكا فى الجريمة:

أولاً: كل من حرض على ارتكاب الفعل المكون للجريمة إذا كان هذا الفعل قد وقع بناء على هذا التحريض.

ثانياً: من اتفق مع غيره على ارتكاب الجريمة فوقعت بناء على هذا الاتفاق.

ثالثاً: من أعطي للفاعل أو الفاعلين سلاحاً أو آلات أو أي شيء أخر مما استعمل فى ارتكاب الجريمة مع علمه بها أو ساعدهم بأي طريقة أخري فى الأعمال المجهزة أو المسهلة أو المتممة لارتكابها».

والمادة (٤١) والتى نصت على أنه «من اشتراك فى جريمة فعليه عقوبتها إلا ما استثني قانوناً بنص خاص. ومع هذا:

أولاً: لا تأثير على الشريك من الأحوال الخاصة بالفاعل التي تقتضي تغيير وصف الجريمة إذا كلن الشريك غير عالم بتلك الأحوال.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

ثانياً: إذا تغير وصف الجريمة نظراً إلى قصد الفاعل منها أو كيفية علمه بها يعاقب الشريك بالعقوبة التي يستحقها لو كان قصد الفاعل من الجريمة او علمه بها كقصد الشريك منها أو علمه بها.

والمادة (٤٢) والتى نصت على انه: «إذا كان فاعل الجريمة غير معاقب لسبب من أسباب الإباحة أو لعدم وجود القصد الجنائي أو الأحوال أخري خاصة به وجبت مع ذلك معاقبة الشريك بالعقوبة المنصوص عليها قانوناً».

والمادة (٤٣) والتى نصت على أنه: «من اشتراك فى جريمة فعليه عقوبتها ولو كانت غير التي تعمد ارتكابها متى كانت الجريمة التي وقعت بالفعل نتيجة محتمله للتحريض أو الاتفاق أو المساعدة التي حصلت».

وعلى ذلك فصور الإشتراك فى الجريمة هى التحريض والإتفاق والمساعدة وهو ما يطلق عليه شراح القانون (صور المساهمة الجنائية).

وبالسرد السابق يتضح ان تعريف الاشتراك فى الجريمة فى القانون المصرى أوسع واعم واشمل عنه فى القانون الفلسطينى إذ أن المادة ٧٦ من قانون العقوبات الفلسطينى قد عرفت الاشتراك بارتكاب الفعل المادى للجريمة بالاشتراك مع آخرين، بينما القانون المصرى فى المواد من ٣٩ الى ٤٣ بين فى المادة ٣٩ شروط كون الجانى فاعلا فيها من ارتكاب الجريمة وحده أو مع غيره او يدخل فى ارتكابها إذا كانت تتكون من جملة أعمال فيأتي عمداً عملاً من الأعمال المكونة لها وبينت المادة ٤١ شروط توافره من تحريض واتفاق ومساعدة الجانى بأداة الجريمة ثم بينت شرط كونه فاعلا اصليا لها .

وبتطبيق ذلك على ما انتهى اليه الحكم يتضح ان ما انتهى اليه من توافر الاشتراك فى الفعل المادى للجريمة يتفق مع نص المادة ٧٦ من قانون العقوبات الفلسطينى، حيث اتفق المتهمون على احداث الفعل المجرم وهو المساس بسلامة جسد المجنى عليه. **إلا أن الحكم لم يستظهر تلاقى الإرادة لدى جميع المتهمين حيث أن إرادة المتهم الأول كانت القتل وإرادة الثانى كانت الضرب .**

وبمطالعة الأوراق يتبين ان المتهم الثانى (أحمد) وعلى اثر تعدى المجنى عليه بالضرب بتاريخ يوم سابق على الواقعة اتفق مع باقى المتهمين على التعدى على المجنى عليه بالضرب وعندما علموا بمكان تواجده قام المتهم الأول – عمر – بإحضار سكين ووضعه بجانبه وما ان شاهدوا المجنى عليه قام المتهم الثانى بالاشتباك معه بالضرب بالبوكسات وإلقاء الحجارة وعندما اشتد الاشتباك قام المتهم الأول بطعنه عدة طعنات أودت بحياته .

فانه يستنتج من هذا السرد أن النية المبيتة كانت للتعدى على المجنى عليه بالضرب وهذا ما قصده المتهم – الثانى – وخلو الأوراق من علمه بما يضمره المتهم الأول – عمر – من نية قتله للمجنى عليه وهو ما يوفر فى حق المتهم الأول القتل العمد – ويوفر فى حق المتهم الثانى – جريمة الضرب المفضى

PDFCompression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

إلى الموت ذلك انه مما لا يستقيم القول بتوافر القصد الاحتمالى للجريمة – القتل القصد - حيث أن غاية ما كان يأمله المتهم الثانى هو استيداء حقه فى الضرب وانه ان صح مساءلته يسأل عما يطلق عليه **الجريمة متعدية القصد** إذ أن قصده كان الضرب فتعدى الضرب القصد إلى الموت وهنا يسأل عن **النتيجة الاحتمالية** – وهى فى القانون المصرى – الضرب المفضى الى الموت

وفى ذلك قضت محكمة النقض المصرية انه لما كانت المادة ٤٣ من قانون العقوبات و إن جاءت على خلاف الأصل فى المسئولية الجنائية من أن الجانى لا يسأل إلا عن الجريمة التى إرتكبها أو إشترك فيها بإحدى الطرق المنصوص عليها فى المادة ٤٠ من القانون ذاته ، إلا أن الشارع إذ تصور حالات تقع فيها نتائج غير مقصودة، وإنما تقع نتيجة محتملة للمساهمة فى الجريمة الأصلية المقصودة إبتداء وفقاً للمجرى العادى للأمور ، قد خرج عن ذلك الأصل و جعل المتهم مسئولاً أيضاً عن النتائج المحتملة لجريمته الأصلية متى كان فى مقدوره أو كان من واجبه أن يتوقع حدوثها، على أساس إفتراض أن إرادة الجانى لابد أن تكون قد توجهت نحو الجرم الأصلى ونتائجه الطبيعية، و هو ما نص عليه فى المادة ٤٣ من قانون العقوبات، التى وإن كانت قد وردت فى باب الإشتراك إلا أنها قد وردت فى باب الأحكام الإبتدائية، فدل الشارع بذلك و بعبارتها الصريحة المطلقة على أنها إنما تقرر قاعدة عامة هى أن **مناط تقدير الإحتمال إنما يكون بالنظر إلى الجريمة التى إتجهت إليها إرادة الفاعل إبتداء و بالذات** و ما يحتمل أن ينتج عنها عقلاً و بحكم المجرى العادى للأمور .

(الفقرة ٥ من الطعن رقم ١٢١٥ لسنة ٣٩ مكتب فنى ٢٠ صفحة رقم ١٤٥١ بتاريخ ٢٢-١٢-١٩٦٩)

مثال: ونضرب لذلك مثالاً مفاده إذا اتفق (س) مع (ص) على السرقة فدلف (ص) لداخل العقار لسرقة الخزينة أو المنقولات فشاهد صاحب العقار فقتله فهنا يسأل كل من (س، ص) عن السرقة والقتل لأن القتل نتيجة محتملة للسرقة وفق المجرى العادى للأمور، أما إذا قام المتهم (ص) بإغتصاب زوجة أو إبنه صاحب العقار حيث وجدها نائمة فى غرفة نومها بملابسها الداخلية فيسأل هو وحده عن جريمة الإغتصاب هذه لانها ليست نتيجة محتملة للسرقة.

ولما كان الثابت ان الجريمة التى اتجهت اليها ارادة المتهم الثانى ابتداءا وبالذات كانت الضرب لا القتل ومن ثم فهو مسئول عن النتيجة الاحتمالية الناشئة عنها وهى الموت فنكون بصدد **جريمة الضرب المفضى الى الموت.**

اما فى جريمة القتل فلابد ان تتوافر نية القتل لدى المتهم ابتداءاً ولا يكفى أن تتوافر تلك النية لدى متهم آخر ما دام أن الظاهر من مطالعة ظاهر الأوراق أن قصد المتهم الثانى كان هو التعدى على المجنى عليه بالضرب فانه يسأل عن النتيجة الاحتمالية ومنها وفاة المجنى عليه وفى تلك الحالة فانه يكون مسئولا عن جريمة الضرب المفضى إلى الموت.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

وفى ذلك قضت محكمة النقض المصرية أن العمد فى القتل هو التوجه إليه بإرادة إحداثه. و لا يعد القتل عمداً إذا إنتفت هذه النية مهما كانت درجة إحتمال حدوثه. بل يعتبر الفعل ضرباً أو جرحاً أفضى إلى الموت، فنية القتل هى الفارق الجوهرى بين الجريمتين. وإذاً فليس من القتل العمد أن يكتم شخص نفس آخر بقصد هتك عرضه فيموت، بل تكون الجريمة هتك عرض بالقوة مرتبطة إرتباطاً غير متجزئ مع ضرب أفضى إلى الموت بغير سبق إصرار.

(الطعن رقم ٠٢٩٣لسنة ٤٦ مجموعة عمر ١ع صفحة رقم ١٢٢ بتاريخ ٠٣-٠١-١٩٢٩)

كما أنه من المقرر أن جريمة القتل العمد تميز عن غيرها من جرائم التعدى على النفس بعنصر خاص هو أن يقصد الجانى من إرتكابه الفعل الجنائى إزهاق روح المجنى عليه و هذا العنصر ذو طابع خاص يختلف عن القصد الجنائى العام الذى يتطلبه القانون فى سائر الجرائم و هو بطبيعته أمر يبطنه الجانى و يضمره فى نفسه ويتعين على القاضى أن يعنى بالتحدث عنه إستقلالاً و إستظهاره بإيراد الأدلة التى تدل عليه و تكشف عنه.

ولما كان إستدلال الحكم من أقوال الشاهدين و كيفية التصويب وظروف الحال فى الدعوى على توافر نية القتل لدى الطاعن لم يكن سوى مجرد رأى إستنتاجى لا يفيد العلم الحقيقى بنية الفاعل و لا يدل على وجه اليقين بأن التصويب فى هذه الصورة كان بقصد إزهاق روحه ، و كان ما قاله الحكم من عنف الخصومة فى المعركة و عدد الأعيرة المسند إلى الطاعن إطلاقها لا تؤدى حتماً إلى إثبات نية القتل لديه **لإحتمال أن لا تتعدى نيته فى هذه الحالة مجرد الإصابة و هو لا يكفى فى إثبات نية القتل**،. و من ثم فإن ما أورده الحكم فى هذا الصدد لا يكفى فى الكشف عن القصد الخاص فى جريمة القتل التى دان الطاعن بها و هو ما كان الحكم مطالباً بإستخلاصه مما يعيبه بما يستوجب نقضه .

(الطعن رقم ٠٦٧٣ لسنة ٣٩ مكتب فنى ٢٠ صفحة رقم ٨٥٩ بتاريخ ١٩٦٩/٦/٩)

ولما كانت المادة ٣٤٣ من قانون العقوبات الفلسطينى قد وضعت شرطاً لاعتبار الجريمة ضرب افضى الى موت وهى حدوث الضرب او الجرح من أداة ليس من شأنها الإفضاء الى الموت – ما جعل الحكم يلتزم بحرفية نص هذه المادة **دون واقع الدعوى** واستبعدت جريمة الضرب المفضى الى الموت، ودون النظر لما أراده المتهم ابتداءاً واتجهت نيته اليه والأداة التى استخدمها وهى **يده والحجارة** ودون توافر شروط الاشتراك فى جريمة القتل والتى **لا يتصور فيها الاحتمال** وهو ما أدى الى توقيع عقوبة جسيمة على المتهم.

وفى هذا الشأن قضت محكمة النقض المصرية من المقرر أنه متى دان الحكم المتهمين فى جريمة الإشتراك فى القتل بطريقى الإتفاق و المساعدة فإن عليه أن يستظهر عناصر هذا الإشتراك و طريقته و أن يبين الأدلة الدالة على ذلك بياناً يوضحها و يكشف عن قيامها و ذلك من واقع الدعوى و ظروفها.

PDFCompression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

فإذا كان ما أورده الحكم و إن كان يدل على التوافق بين المتهمين لا يفيد الإتفاق كطريق من طرق الإشتراك لأنه لا يكفى لقيامه مجرد توارد الخواطر بل يشترط فى ذلك أن تتحد النية على إرتكاب الفعل المتفق عليه ، الأمر الذى لم يدلل الحكم على توافره بل نفاه فى صراحة كما لم يثبت فى حق الطاعنين توافر الإشتراك بأى طريق آخر حدده القانون. و **كان مجرد التوافق لا يرتب فى صحيح القانون تضامناً بين المتهمين فى المسئولية الجنائية بل يجعل كلا منهم مسئولاً عن نتيجة فعله الذى إرتكبه**. وكان الحكم من جهة أخرى لم يثبت فى حق المتهمين أنهم ساهموا فى قتل جميع المجنى عليهم، فإنه بذلك يكون مشوباً بالقصور مما يستوجب نقضه .

(الطعن رقم ٠٤٨٠ لسنة ٣٤ مكتب فنى ١٥ صفحة رقم ٦١٩ بتاريخ ٢٦-١٠-١٩٦٤)

كما أنه من المقرر قانوناً ان جناية القتل العمد تتميز عن غيرها من جرائم التعدى على النفس بعنصر خاص هو أن يقصد الجانى من إرتكابه الفعل الجنائى إزهاق روح المجنى عليه، و هذا العنصر ذا طابع خاص يختلف عن القصد الجنائى العام الذى يتطلبه القانون فى سائر الجرائم وهو بطبيعته أمر يبطنه الجانى و يضمره فى نفسه، ومن ثم فإن الحكم الذى يقضى بإدانة المتهم فى هذه الجناية أو الشروع فيها يجب أن يعنى بالتحدث عن هذا الركن إستقلالاً وإستظهاره بإيراد الأدلة التى تكون المحكمة قد إستخلصت منها أن الجانى حين إرتكب الفعل المادى المسند إليه كان فى الواقع يقصد إزهاق روح المجنى عليه، و حتى تصلح تلك الأدلة أساساً تبنى عليه النتيجة التى يتطلب القانون تحقيقها يجب أن تبين بياناً واضحاً و يرجعها إلى أصولها فى أوراق الدعوى، وأنه لا يُكتَفى بسرد أمور دون إسنادها إلى أصولها إلا أن يكون ذلك بالإحالة إلى ما سبق بيانه عنها فى الحكم. و لما كان ما أورده الحكم المطعون فيه لا يفيد سوى الحديث عن الفعل المادى الذى قارفه الطاعنان، ذلك أن إستعمال الطاعن الأول لسلاح قاتل بطبيعته و إصابة المجنى عليهما فى مقتل وعلى مسافة قريبة، كما أن إستعمال الطاعن الثانى مطواة، وتعدد الضربات، وإصابة المجنى عليه الثانى فى مقتل و سابقة حصول مشادة وهروب الطاعنين عقب الحادث، **لا يكفى بذاته لثبوت نية القتل فى حقهما** - إذ لم يكشف الحكم عن قيام هذه النية بنفس الجانيين - لأن تلك الإصابات قد تتحقق بغير القتل العمد. و لا يغنى فى ذلك ما قاله الحكم من أن الطاعنين قصدا قتل المجنى عليهما، إذ أن قصد إزهاق الروح إنما هو القصد الخاص المطلوب إستظهاره بإيراد الأدلة والمظاهر الخارجية التى رأت المحكمة أنها تدل عليه. لما كان ما تقدم فإن ما ذكره الحكم المطعون فيه تدليلاً على توفر نية القتل والشروع فيه لا يبلغ حد الكفاية مما يشوبه بالقصور و هذا يعيبه بما يستوجب نقضه والإحالة.

(الطعن رقم ٠٩٣٣ لسنة ٤٢ مكتب فنى ٢٣ صفحة رقم ١١٧٤ بتاريخ ١٢/١١/ ١٩٧٢)

وأن الإتفاق يتطلب تقابل الإرادات تقابلاً صريحاً على أركان الواقعة الجنائية التى تكوم محلاً

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

له، و هو غير التوافق الذى توارد خواطر الجناة على إرتكاب فعل معين ينتويه كل واحد منهم فى نفسه مستقلاً عن الآخرين دون أن يكون بينهم إتفاق سابق و لو كان كل منهم على حدة قد أصر على ما تواردت الخواطر عليه، وهو ما لا يستوجب مساءلة سائر من توافقوا على فعل إرتكبه بعضهم إلا فى الأحوال المبينة فى القانون على سبيل الحصر - كالشأن فيما نصت عليه المادة ٢٤٣ من قانون العقوبات - أما فى غير تلك الأحوال فإنه يجب لمعاقبة المتهم عن فعل إرتكبه غيره أن يكون فاعلاً فيه أو شريكاً بالمعنى المحدد فى القانون. لما كان ذلك، وكان الحكم قد أورد فى تحصيله لواقعة الدعوى أن الطاعنين دخلا منزل المجنى عليه - وهما يتعقبان الشاهد ... ... الذى إحتمى به - متوافقين على الإعتداء عليه بسبب الشجار الذى نشب بينهم ولما لم يتمكنا من إدراكه إعتديا على المجنى عليه . ثم عاد الحكم - وهو بصدد إطراح دفاع الطاعنين و إثبات مسئوليتهما معاً عن وفاة المجنى عليه - فقال أنهما إتفقا على ضرب المجنى عليه و أدلى كل منهم بدوره فى الإعتداء عليه حتى بعد سقوطه على الأرض و أن هذا السلوك الإجرامى يكفى لتضامنهما فى المسئولية الجنائية بإعتبارهما فاعلين أصليين و أنه ليس بلازم أن تحدد الأفعال التى أتاها كل منهما لما كان ذلك ، فإن الحكم يكون قد أورد واقعة الدعوى على صورتين متعارضتين و أخذ بهما معاً ، مما يدل على إختلال فكرته عن عناصرها و عدم إستقرارها فى عقيدة المحكمة الإستقرار الذى يجعلها فى حكم الوقائع الثابتة بحيث لا يستطاع إستخلاص مقوماته، سواء ما تعلق منها بتلك الواقعة أو بتطبيق القانون عليها. و ذكر الحكم لكل هذا الذى ذكره فى أقوال مرسلة يجعله متخاذلاً فى أسبابه متناقضاً بعضه مع بعض بحيث لا يمكن أن يعرف منه إن كانت محكمة الموضوع قد كونت عقيدتها على أساس توافر الإتفاق فى حق الطاعنين أو مجرد التوافق مع ما فى ذلك من أثر فى قيام المسئولية التضامنية بينهم أو عدم قيامها. و هو ما يعجز محكمة النقض عن تفهم مراميه والإستيثاق من أن القانون قد طبق تطبيقاً صحيحاً على واقعة الدعوى.

(الطعن رقم ١٩١٣ لسنة ٤٨ مكتب فنى ٣٠ صفحة رقم ٣٦٩ بتاريخ ١٩٧٩/١٩/١٩)

وخلاصة القول أنه بتطبيق المبادئ القضائية السابقة على واقعات الدعوى نجد أن نية المتهم الثانى كانت تتجه إلى المساس بسلامة جسد المجنى عليه دون قتله وما يؤيد ذلك ويظاهره هو قيامه فور رؤيته للأخير بالاشتباك معه بالايدى والقاء الحجارة وعدم تحضير ثمة أسلحة، وانه بالرغم من حمل المتهم الأول لسلاح سكين، إلا أن ذلك كان وليد لحظة علمه بمكان تواجد المجنى عليه ولا دخل للمتهم الثانى بما انتواه المتهم الاول – **فضلا عن ان التعدى بتلك الاداة لا يوفر نية القتل لدى المتهم الثانى.**

ولما كان المتهم الثانى لم يكن يعلم بما يضمره المتهم الاول فى نفسه وما ينتويه وما يحمله من سلاح فان استخدام المتهم الأول للحجارة والايدى فى الاشتباك مع المجنى عليه ما يكفى لتوافر جريمة

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

الضرب المفضى للموت فى حقه حيث ان مجرد التوافق بينه وبين باقى المتهمين على التعدى على المجنى عليه لا يرتب فى صحيح القانون وحسبما استقر عليه قضاء محكمة النقض المصرية تضامناً بين المتهمين فى المسئولية الجنائية بل يجعل كلا **منهم مسئولاً عن نتيجة فعله الذى إرتكبه – وهو ما كان يتعين على الحكم مراعاته والقضاء به طالما قد انتهى قضاء النقض الفلسطينى فى تلك الواقعة الى توافر القصد الاحتمالى وهو ما ينفى بالضرورة نية القتل عن المتهم وهو ما اوقع قضاء النقض فى تلك الدعوى فى تضارب حيث انتهت من جانب الى عدم توافر نية القتل لدى المتهم وان قصده احتمالى والحقت بذلك ان قصد المتهم كان القتل وإعادة الأوراق لمحكمة الاستئناف لمعاقبة المتهم على اساس القتل القصد** وهو ما جعل الحكم محلا لإضطراب العناصر التى أوردها عن الدعوى وعدم إستقرارها الإستقرار الذى يجعلها فى حكم الوقائع الثابتة وكان يجب عليها عند الأخذ فى ادانتها على واقعتين تتناقضان فيما بينهما ان تعمل على رفع ذلك التناقض أولا وإلا كان يتعين عليها ألا تجرى استنباطا من تلك الوقائع المتناقضة فإن اجرته رغما عن ذلك اصبح الدليلان متهاويين متساقطين لا يبقى منهما شئ يعد قواما لنتيجة سليمة يمكن الاعتماد عليها فى ادانة المتهم .

وهذا الامر قررته محكمة النقض المصرية فى العديد من احكامها تأكيدا لأهميته فى مجال اثبات الادانة وفى مدى الاثر الناتج عن تلك الادلة.

حيث قررت انه يجب على المحكمة عند استقراء وقائع متناقضة فى دلالتها ان تعمل على رفع هذه الوقائع المتناقضة فلا يجوز لها ان تجرى استنباطا من قائع متناقضة اذا لم تستطيع اجراء الملاءمة بينهما .

(نقض ٩ ديسمبر سنة ١٩٩٦ طعن رقم ١٣٣٦٢ لسنة ٦٤ ق)

(نقض ٣ أكتوبر ١٩٨٥ مجموعة الاحكام س ١٩ ص ٨١٤)

كما أن المقرر أنه إذا كان بالحكم غموض و قصور فى بيان الواقعة و تخاذل و تناقض فى الأسباب بحيث لا تستطيع محكمة النقض أن تراقب صحة تطبيق القانون على حقيقة واقعة الدعوى لإضطراب العناصر التى أوردها الحكم عنها و عدم إستقرارها الإستقرار الذى يجعلها فى حكم الوقائع الثابتة مما يستحيل عليها معه أن تتعرف على أى أساس كونت محكمة الموضوع عقيدتها فى الدعوى كان هذا الحكم معيباً متعيناً نقضه.

(الطعن رقم ١٩٠٢ لسنة ٨ مجموعة عمر ٤ع ص ٣٤٠ بتاريخ ١٩٣٨/١١/٢١)

وأنه إذا كان ما أوردته المحكمة فى ختام حكمها لا يتفق و ما ذكرته من بيان لواقعة الدعوى حسبما حصلتها من التحقيقات و سطرتها فى صدر الحكم ، و كان لا يمكن لمحكمة النقض أن تراقب صحة تطبيق القانون على حقيقة واقعة الدعوى مع إضطراب العناصر التى أوردها الحكم عنها ، و عدم إستقرارها الإستقرار الذى يجعلها فى حكم الوقائع الثابتة ، فإن الحكم يكون معيباً متعيناً نقضه .

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

(الطعن رقم ١٥٨ لسنة ٢٥ مكتب فنى ٦ ص ٩٤٩ بتاريخ ١٩٥٥/٥/٣)

ولما كان ذلك ما تقدم وقد انتفت نية القتل من الأوراق والتى تتطلب ان تكون نية القتل صريحة ومبيته وثابته ثبوتاً يقينياً ولا يتصور فيها الاحتمال وقد انتهى قضاء محكمة النقض الفلسطينى فى ذات الواقعة الى عدم توافر العمد وتوافر القصد الاحتمالى فان الواقعة الراهنة تتوافر فيها عناصر جريمة الضرب المفضى الى الموت وهى الجريمة التى استقرت احكام محكمة النقض المصرية على كونها من الجرائم الاحتمالية او ذات القصد الاحتمالى والتى كانت تتجه نية الجانى فيها ابتداءا الى المساس بسلامة جسد المجنى عليه فيتعدى القصد الى الموت فحينئذ يسأل المتهم عن تلك الجريمة. وكان يتعين على الحكم ان يبين ويستوضح ما اذا القصد المباشر للمتهم الثانى قد توافر من عدمه من اتجاه نيته الى احداث القتل وتوجهت إرادته اليه وانتهى فى **بيان قاصر الى توافر القصد** الاحتمالي وهو الذى يكون الشخص متوقع حدوثه ولكن لا يكون يقصده وهو ما كان يتعين على الحكم ان يوصف الواقعة بوصفها الصحيح بالنسبة للمتهم الثانى من ان جريمته ضرب افضى الى موت.

وقد قضت محكمة النقض المصرية فى هذا الشأن أنه فى جريمة الضرب أو إحداث جرح عمداً فإن الجانى يكون مسؤلاً عن جميع النتائج المحتمل حصولها نتيجة سلوكه الإجرامى - كإطالة أمد علاج المجنى عليه أو تخلف عاهة مستديمة به أو **الإفضاء إلى موته** - ولو كانت عن طريق غير مباشر ما دام لم تتداخل عوامل أجنبية غير مألوفة تقطع رابطة السببية بين فعل الجانى و النتيجة ،.

(الطعن رقم ٤٤٠٢ لسنة ٥٢ مكتب فنى ٣٣ صفحة رقم ٧٣٦ بتاريخ ١٩٨٢/١٠/٧)

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

التعليق على قـرار محكمة النقض الفلسطينية (نقض جـزاء) رقم ٢٠١١/٦٥ تاريخ ٢٠١١/٩/١٨

إعداد التعليق
المحامي د. ربحي صبحي عطيوي
(محام متخصص في القضايا الجنائية وحقوق الإنسان)
«عمان»

التقديم:

لقد صدر قرار محكمة النقض الفلسطينية – نقض جزاء رقم ٢٠١١/٦٥ بتاريخ ٢٠١١/٠٩/١٨ ، متضمناً الإشارة إلى عدة حيثيات ومسائل سوف نقوم باستعراضها ومناقشتها خلال هذا التعليق مبتعدين قدر الإمكان عن النواحي الشكلية التي وردت في متن القرار ، حيث تضمن قرار النقض المذكور تفاوتاً كبيراً مع القرار الصادر عن محكمة استئناف القدس التي أيدت قرار محكمة الخليل بصفتها الجنائية ويقضي قرارها باعتبار أن الوقائع الجرمية في الدعوى لا تعدو عن كونها جريمة القتل العمد بالاشتراك وأصدرت قرارها بالعقوبة بالأشغال الشاقة المؤبدة ، في حين أن محكمة النقض ومن خلال الحيثيات التي أوردتها وبما لها من رقابة قانونية على محكمة الاستئناف قد قررت بأن الوقائع الجرمية المنسوبة إلى الجاني هي في حقيقتها جريمة القتل القصد بالاشتراك وذلك في صورته العادية والبسيطة وعقوبتها الأشغال الشاقة مدة خمس عشرة سنة .

ولم يكتف الأمر بالتفاوت الكبير بين مضمونيّ الحكمين الصادرين عن محكمتي الاستئناف والنقض، بل قد دعا ذلك محكمة النقض أن وسمت محكمة الاستئناف بأنها عجزت عن التفريق بين القتل العمد بالاشتراك والقتل القصد بالاشتراك وبين القتل والضرب المفضي إلى الموت ، بالإضافة إلى قرارها بأن يتم نظر الاستئناف بعد النقض من قبل هيئة استئنافية مغايرة .

الحيثيات والمبادئ القانونية :

وقد تمثلت الحيثيات والمبادئ القانونية التي وردت في قرار النقض المذكور واستندت إليها وحسب التسلسل المنطقي الوارد بما يلي :

١. إن الوقائع الثابتة في الدعوى لا تصلح أساساً للقول بتوافر ظرف سبق الإصرار المنصوص عليه في المادة (٣٢٩) من قانون العقوبات ، وقد عابت محكمة النقض على محكمة الاستئناف أنها

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

عجزت عن التفريق بين القتل العمد بالاشتراك والقتل القصد بالاشتراك وبين القتل والضرب المفضي إلى الموت .

٢. إن الأداة التي استعملت في القتل وهي السكين تعتبر أداة من شأنها أن تفضي إلى الموت ، ولكنه لا يكفي للدلالة على توفر نية القتل استعمال الفاعل لأداة قاتلة وهي السكين وإصابة المجني عليه في مقتل ، وبالتالي فإن أركان وعناصر جناية الضرب المفضي إلى الموت المنصوص عليها في المادة (٣٣٠) من قانون العقوبات لا تنطبق على وقائع هذه الدعوى .

٣. عدم إنطباق القتل الخطأ في وقائع الدعوى وفق أحكام المادة (٣٤٣) من قانون العقوبات ، لأن القتل الخطأ لا تنصرف فيه إرادة الجاني إلى المساس بحياة المجني عليه ، وإنما تترتب الوفاة على «توجيه الإرادة» توجيهاً خاطئاً فتحصل الوفاة بسبب الإهمال أو قلة الاحتراز أو عدم مراعاة القوانين والأنظمة ، مع تحفظنا على قول المحكمة «توجيه الإرادة» ، لأن القتل الخطأ لا يقوم على توجيه الإرادة وإنما توجيه الفعل بالطريقة الخاطئة مما يفضي إلى إزهاق أرواح .

٤. إذا أرتكب عدة أشخاص فعلاً جنائياً تنفيذاً لقصد جنائي مشترك بينهم ، فإن كل واحد منهم يعتبر مسؤولاً عن الفعل بنفس الدرجة كما لو حصل ارتكاب الفعل من كل واحد منهم على حده ، ولا يشترط في إتحاد إرادتهم أن يكون مصمما عليها من قبل بل يكفي أن يكون سابقاً على إيقاع الجريمة ولو بلحظات ، ولا محل للبحث في الإصابات التي أوقعها كل منهم في المجني عليه وبيان ما هو مميت من غيره ، ويتوجب إدانتهم بالإشتراك في القتل إشتراكاً أصلياً وفق المادة (٧٦) من قانون العقوبات ، ولا يجوز إعتبار بعضهم متدخلاً ما دام أن الأعمال التي اقترفها كل منهم داخلة ماديا في تنفيذ الجريمة التي حدثت ، حيث أن التدخل مناطه مساعدة الفاعل الأصلي أو تقوية تصميم الفاعل .

٥. قررت محكمة النقض في قرارها المذكور بأن الفعل الجرمي الذي أتاه «المتهم الطاعن» هو عبارة عن القتل القصد بالإشتراك ، وذلك من خلال أمرين :

- أن ما قام به المتهم من أفعال تمثلت بضرب المجني عليه في ذات الوقت الذي كان فيه الجاني الآخر يطعن المغدور بواسطة السكين مما أفضى إلى وفاة المغدور ، فيكون ما قام به الطاعن هو ارتكاب لفعل مادي من الأفعال المكونة لجريمة القتل وساهم في حدوثه وبذلك يعد شريكاً فيها .
- استخدام أداة حادة وهي السكين من شأنها أن تفضي إلى الموت وقد نتج عنها وفاة المجني عليه يجعل المتهم مسؤولاً عن النتيجة الإحتمالية سواء توقعها أم لم يتوقعها ، لأن الفعل ذاته يتضمن خطر وقوعها ولو لم يكن بقصد القتل ، وهذا هو القصد الإحتمالي المساوي للقتل القصد .

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

٦. لا يستفيد المتهم من العذر المخفف وفق أحكام المادة (٩٨) بحجة قيام المتهم بفعله الجرمي نتيجة قيام المجني عليه بضرب المتهم في اليوم السابق على وقوع الجريمة .

ملخص الوقائع التي استخلصناها من أوراق الدعوى والقرار :

١. بتاريخ ١٩٩٩/٠٥/٢٩ قام الطاعن أحمد بإخبار شقيقه عمر المتهم الآخر في هذه الدعوى بنيته بالإعتداء على المجني عليه ياسر بالضرب كرد اعتبار له لأن المجني عليه ضربه على شفته قبل يوم ، وقد استدل أحمد على مكان تواجد المجني عليه بواسطة إبن عمه القاصر بعد أن أرسله للتقصي عن مكانه ، ولم يمانع المتهم عمر بمساندة شقيقه مع آخرين بالإعتداء على المجني عليه وذهب إلى بيته وأحضر سكيناً ووضعها في جيبه ثم توجه المتهمان إلى مكان إرتكاب الجريمة.
٢. أثناء سير المجني عليه على الأقدام ، قام المتهمان أحمد وعمر بضرب المجني عليه بالأيدي والحجارة ثم قام المتهم عمر بإخراج السكين التي كانت بحوزته وقام (وحده) بطعن المجني عليه (حسب الإفادات) عدة مرات في بطنه وصدره ويده وعلى عدة فترات.
٣. حاول المجني عليه الهرب إلا أن المتهم أحمد لحق به وتم استكمال الأعمال الجريمية ، حيث أعطى المتهم عمر السكين لشقيقه المتهم (الطاعن) أحمد الذي أخذها وهي مليئة بالدماء وذهب إلى المدعو «أحمد جميل» وقالا له : استدينا ضربة إمبارح.
٤. بعد نقل المجني عليه إلى المستشفى توفي نتيجة النزيف متأثراً بهذه الطعنات.

وفي إطار تعليقنا على حكم النقض المذكور ، فإننا سوف ننتهج التسلسل الآتي:

أولاً: جريمتا القتل القصد في صورته العادية والقتل القصد المقترن بظرف مشدد (القتل العمد):

١. لا بد من أن نعرّج على مفهوم كل نوع من نوعي أو صورتي القتل المذكورين لما لذلك من أهمية في بيان الفرق بينهما ، وهل هناك معايير واضحة للتفرقة بينهما ، أم تقترب الحدود بينهما كثيراً في بعض الأحيان فيختلط الأمر ويحتاج إلى فطنة وتروي من قبل المحكمة وإلى الركون إلى عقيدتها وقناعتها بعد أن تبسط وقائع وحيثيات الجريمة وأقوال الشهود وباقي البينات وتنظر إليها جميعاً كأنها كتاب مفتوح وخارطة واضحة توصل المحكمة بالنتيجة إلى العدالة المنشودة من جميع أطراف المعادلة ، فأهل المجني عليه يرتاحون للوصف الجرمي العادل وللعقوبة العادلة، والجاني يرتدع ويندم طالما نال العقاب المناسب ، والمحامون الوكلاء لن يخسر منهم أحمد طالما تحققت العدالة وتم تطبيق القانون تطبيقاً سليماً ، والمحكمة يرتاح ضميرها لأنها بتحقيق العدالة تكون قد ساهمت في إعادة التوازن إلى المجتمع بعد الثلم الذي أصابه ، وتكون قد ساهمت أيضاً في الوصوصل إلى سوابق قضائية جديرة بالإحترام لأنها بذلت جهدها في تأصيل جريمة القتل

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

وبيان إلى أي الأنواع والصور تنتمي ، هل إلى القتل العمد مع سبق الإصرار أم إلى القتل القصد ، ومما لا شك فيه أن مثل هذا التأصيل لا يكون بحاجة فقط إلى علم قانوني وإبداع في استعراض الوقائع والبينات ، لأن المسألة ليست من مسائل الرياضيات أو المنطق ، وإنما فوق ذلك فالأمر بحاجة إلى شجاعة بالغة من هيئة المحكمة للوصول إلى مثل هذا القرار ، فالأمر إما حكم بالإعدام وبالتالي إزهاق روح بشرية وإما حكم بالأشغال الشاقة لسنوات طوال ، ومن منا يتمنى أن يكون موقف القاضي الذي يتوجب عليه إصدار مثل هذا الحكم ! وربما أن طبيعة هذه المسؤولية الماسّة بحق الإنسان في الحياة هو ما دعى محكمة النقض لمؤاخذة محكمة استئناف القدس بشدة .

وبالنتيجة فإن تحقيق العدالة المنشودة يؤدي إلى أن يكون المجتمع قد أرسى قواعد السلم الإجتماعي وهو بهذا يعتبر المستفيد الأكبر من الحكم القضائي العادل .

٢. مفهوم القتل القصد بصورته العادية البسيطة :

وهو الركيزة الأساسية التي تنطوي تحت مسمى القتل المقصود والوارد ذكره في المادة (٣٢٦) من قانون العقوبات الأردني: «من قتل إنساناً قصداً ، عوقب بالأشغال الشاقة خمس عشرة سنة».

وحتى نبتعد عن الأسلوب الفقهي المفصّل الذي لا يستوعبه هذا التعليق ، فإننا سوف نتطرق إلى المفاهيم القانونية التي لها ارتباط مباشر بوقائع الدعوى .

إن فعل القتل وهو أهم مشتملات الركن المادي للجريمة ، ويسمى بسلوك القتل يتوافر بأي طريقة يسلكها الجاني فيتوصل إلى إزهاق روح المجني عليه ، لأن المشرع لا يشترط لوقوع الجريمة أن يكون القتل بوسيلة معينة ، وغاية ما هناك أن الوسيلة المستعملة قد تسهل على المحكمة استظهار نية القتل لدى الجاني.

وإزهاق الروح الإنسانية أو موت المجني عليه هي النتيجة التي تترتب على فعل القتل ، وبدون هذه النتيجة لا تقوم جريمة القتل المقصود.

ولا بد أخيراً من إثبات علاقة السببية بين فعل القتل والموت الحاصل للمجني عليه ، وتكون أسهل حالات إثبات السببية هي حدوث الوفاة مباشرة بعد ارتكاب فعل القتل وبحيث يكون هو السبب الوحيد في الوفاة ، أما في حال كان موت المجني عليه بعد فترة من فعل القتل (كما هي وقائع هذه الدعوى) فهذا يفتح الإحتمالات لتعدد أسباب الوفاة ويفتح الباب أمام المتهم للسعي للتشكيك بحصرية فعل القتل في إحداث الوفاة ، وعليه فإن تقرير الطبيب الشرعي الناتج عن تشريح الجثة هو الدليل القاطع في هذه الحالة لإثبات علاقة السببية المذكورة.

أما الركن المعنوي للجريمة ، فهو توجيه الفاعل لإرادته نحو النتيجة المجرّمة والمعاقب عليها قانوناً ، وبدون هذه النية أو القصد الجرمي فإن أركان جريمة القتل لا تكتمل وبحيث تعتبر الأفعال

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

الجرمية التي أتاها الجاني من باب الضرب المفضي إلى الموت شريطة أن يكون الإعتداء بالضرب مقصوداً ، وإلا أعتبر القتل قتلاً خطأ.

والأصل أن يتوافر القصد الجرمي وقت إتيان فعل القتل وقبل أن تتحقق النتيجة وليس بالضرورة قبل المباشرة بفعل القتل ، ومتى كان القصد معاصراً للنشاط فإن ذلك يكفي لمساءلة الجاني ، بمعنى لو أن الجاني بدأ بضرب المجني عليه بنية إيذائه ثم تطورت نيته إلى قتله بواسطة الضرب وتوفي نتيجة ذلك لانطبقت عليه جريمة القتل .

ويمكن للمحكمة أن تستدل على توافر القصد الجرمي من خلال صورة الأفعال التي أتاها الجاني وظروفها والوسائل والأدوات المستعملة في الجريمة والوقائع الثابته لديها والتي من شأنها أن تساهم في كشف قصد الجاني ، حيث أن إثبات القصد الجرمي في القتل جائز بكافة طرق الإثبات ومنها القرائن.

وفيما يتعلق بالأدوات المستعملة في جريمة القتل كالأسلحة القاتلة والسكاكين ، فإنها تدل دلالة واضحة وكافية على القصد الجرمي بالإضافة إلى موضع الإصابة وجسامتها وتعدد الضربات في جسم المجني عليه ، فيستحق عندها الجاني عقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة لمدة خمس عشرة سنة.

٣. **مفهوم القتل العمد المرتبط بسبق الإصرار:**

وهو ذاته القتل القصد بأركانه التي ذكرناها ولكن بصورته المشددة ، وسبب التشديد هنا هو إرتكاب فعل القتل مع سبق الإصرار (المادة ٣٢٨ عقوبات).

وقد عرّفت المادة (٣٢٩) من قانون العقوبات الأردني سبق الإصرار تعريفاً مقتضباً مبتوراً بما يلي:

«الإصرار السابق هو القصد المصمم عليه قبل الفعل لارتكاب جنحة أو جناية يكون غرض المصر منها إيذاء شخص معين أو أي شخص غير معين وجده أو صادفه ولو كان ذلك القصد معلقاً على حدوث أمر أو موقوفاً على شرط».

ويشترط في نهوض الظرف المشدد المتمثل بسبق الإصرار أن يقوم على عنصرين :

- **العنصر النفسي** : وهو المحور الأهم: لأن الجاني حينها يكون قد فكر فيما عزم عليه وتدبر عواقبه ورتب الوسائل اللازمة لتحقيق النتيجة ، ثم أقدم على ارتكاب فعله الجرمي ، ويسمى بالعنصر النفسي لأن الجاني يكون هادئ البال وليس لديه انفعال ويكون بذلك أشد خطراً ممن يرتكب الجريمة لمجرد الإنفعال .
- **العنصر الزمني** : وهو يدل على التروي والهدوء لدى الجاني وبذلك فإنه ليس عنصراً أساسياً لسبق الإصرار ، فلا يشترط له وقت طال أم قصر لأن العبرة بالفترة المتاحة للجاني للتفكير بالجريمة بهدوء.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

وقد أكد هذا التوجه د. كامل السعيد بقوله: «القتل المقصود الذي يقع إثر ما يثير الغضب في نفس الجاني هو قتل مقصود بسيط كالقتل الذي يقع خلال مشاجرة أو عقبها مباشرة طالما أن الفترة التي أعقبت المشاجرة لم تهدىء من هياجه وتجعله مسيطراً على زمام أموره».

فالتفكير بهدوء وروية إذن هو الفيصل في قيام سبق الإصرار ، وقد بين د. محمد الفاضل «بأن القتل يعتبر قصداً وليس عمداً حتى لو تراخى ولم يقع بعد المشاجرة مباشرة بل ولو غادر الجاني مكان الحادث لاستحضار السلاح إذا ثبت أنه كان خلال الفترة التي انقضت بين المشاجرة والقتل ما يزال تحت تأثير عامل الغضب والهياج» ، وهذا مما لا شك فيه يمكن للمحكمة الاستدلال عليه وبالتالي على توافر سبق الإصرار باعتباره أمرا نفسياً بكافة طرق الإثبات ومنها القرائن المحيطة بارتكاب الجريمة.

سبق الإصرار في حال تعدد الجناة ، فيمكن إثبات توافر سبق الإصرار ، بالإضافة إلى ما ذكر بوجود الاتفاق المسبق بينهم على ارتكاب جريمة القتل ، ولكن ليس كل اتفاق بين الجناة يعتبر من باب سبق الاصرار ، كما اذا اتجهت نية الجناة إلى الإعتداء على المجني عليه بالضرب ثم أثناء الإعتداء تم الإتفاق بينهم صراحة أو ضمناً على ارتكاب فعل القتل وبحيث لا يكون هناك وقت للتروي والاتفاق بينهم بهدوء ، فعندها لا يتوفر بحقهم ارتكاب جريمة القتل العمد وانما القتل القصد.

الترصد: إن المشرع الأردني لم يفرد الترصد كأحد الظروف المشددة لجريمة القتل المقصود ، لأن من يترصد لآخر بقصد قتله فان ذلك يعني أن سبق الإصرار متوافر لديه ، ولا يكون حينئذ من داع إلى ذكر الترصد على حده وجعله ظرفاً مشدداً مستقلاً عن ظرف سبق الإصرار .

ويمكن إعتبار أن الترصد نوع من أنواع سبق الإصرار ، وكل ترصد يعتبر من قبيل سبق الإصرار في غالب الأحوال ، وعليه فانه لا يتنافى مع هذا المفهوم أن يتم ارتكاب فعل القتل مع الترصد ولو كان قصد الجاني غير محدد ، فيقع الجاني في دائرة القتل العمد حتماً.

وبذلك قررت محكمة التمييز الأردنية بصفتها الجزائية في قرارها رقم ٢٠٠٧/٥٦٤ (هيئة خماسية) تاريخ ٢٠٠٧/٠٧/٠٤ : «إن أهم عنصرين في ركن العمد هما التفكير الهادئ المستنير والفترة الزمنية اللازمة لاستقرار الفكرة الإجرامية في ذهن المجرم ونفسه بحيث تصبح جزءاً من عقيدته لا يمكنه التراجع عنها ، فإذا حصلت مشاجرة سابقة بين المتهم والمجني عليه وشقيقه وأصيب فيها المتهم بيده ، وبأن المتهم قد أعد سلاح الجريمة وكان يعلم بقدوم المجني عليه لحضور جلسة المحاكمة الأولى على سيارة الزنزانة ، وبأنه قد حضر مبكراً وترصّد حضور المجني عليه واختبأ بصبر وثبات خلف إحدى السيارت المتوقفة أمام المحكمة ليضمن لنفسه عدم اكتشاف أمره وبخاصة في إزهاق روح المجني عليه ومباغتته ومفاجأته بحيث لا يستطيع التخلص من هذا الإعتداء أو دفعه عن نفسه سيما وأنه مقيد اليدين ، وعليه فإن فعل المتهم يشكل سائر أركان وعناصر جناية الشروع التام بالقتل العمد».

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

والقول بأن كل ترصد يعتبر من قبيل سبق الإصرار في غالب الأحوال ، يعني أنه يمكن إثبات أن الترصد لم يكن جزءاً أو عنصراً لسبق الإصرار بالرغم من توافره ، فليس كل ترصد ينجم عن تفكير هادئ وروية ، ومثال ذلك حصول مشاجرة بين شخصين في المنزل ، فخرج أحدهما من المنزل واختبأ وراء المنزل بنية القتل ثم فاجأ خصمه بإطلاق النار عليه عند خروجه فقتله ، فهنا يوجد ترصد ولكن العمد غير متوافر في هذه الواقعة لانتفاء الهدوء النفسي.

أما المشرع المصري (المادة ٢٣٢ عقوبات) فلم يجعل التربص نوع من أنواع سبق الإصرار ، وفي ذلك النهج عدم تشديد لظروف الجريمة التي يثبت فيها الترصّد ، ففي حال ثبوت الترصد مع سبق الإصرار فيتم الحكم بعقوبة القتل العمد ، أما في حال ثبوت الترصد دون سبق الإصرار فيتم

الحكم بعقوبة القتل القصد ، وذلك أن الترصد لا يتطلب لوجوده الهدوء والروية ، ومثال ذلك حالة ترصد الجاني للمجني عليه وقتله بعد مشاجرة دارت بينهما وكان الجاني لا يزال في حالة اضطراب نفسي ودون أن تهدأ ثائرة غضبه ، حيث تعتبر هذه الجريمة قتل مقترن بالترصد ودون سبق إصرار .

ثانياً: القصد الإحتمالي:

وقد أشارت محكمة النقض في قرارها المذكور إلى القصد الإحتمالي للمتهم عمر ، وذلك بأن قيامه بسحب السكين وطعن المغدور مما أدى إلى وفاته يعتبر فعلاً مادياً من الأفعال المكونة لجريمة القتل ، ثم بينت بأن السكين هي أداة حادة ومن شأن استعمالها في الطعن أن يؤدي إلى حدوث الموت ، مما يجعل الجاني مسؤولاً عن النتيجة الإحتمالية سواء توقعها أو لم يتوقعها !! حتى لو لم يقصد الجاني القتل لأن الفعل ذاته يتضمن خطر وقوع النتيجة الجرمية مما ينطبق على هذه الجريمة وصف القتل المقصود.

يجب أن تتوافر الشروط التالية في القصد الإحتمالي الذي يعدّل القصد المباشر ويتجاوز نتائجه :

١. أن يكون ثمة قصد مباشر نفّذ أو تم البدء بتنفيذه.
٢. أن تكون ثمة نتيجة غير التي قصدها الجاني مباشرة.
٣. أن يكون الجاني قد توقع حصول النتيجة الجرمية التي تجاوزت قصده ، وبالرغم من ذلك مضى في نشاطه الإجرامي وقبل حدوثها وإن لم يرغب فيها.
٤. أن تكون النتيجة الجرمية للقصد غير المباشر قد وقعت فعلاً.

مناقشة هادئة مع محكمة النقض:

وفي هذا الصدد نبين بأن محكمة النقض الموقرة قد أشارت في قرارها المذكور بأن الجاني يُسأل عن النتيجة الإحتمالية سواء توقعها أم لم يتوقعها ورتبت عليه بالتالي وصف القتل المقصود بقولها أن الجاني والحالة هذه يكون ضمن دائرة القصد الإحتمالي المساوي للقتل القصد ، ونحن سوف نناقش هذه المقولة مناقشة هادئة لنتبين مدى صحتها.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

نحن نرى بأن الجاني في القصد الإحتمالي الذي ينتهي إلى وصف الجريمة بالقتل المقصود يُسأل دائماً عن النتيجة التي يتوقعها وليس عن النتيجة التي لم يتوقعها ، ذلك أنه ينبغي التفريق بين القصد الإحتمالي الذي يشترط فيه توقع النتيجة التي تجاوز قصد الجاني وبين النتيجة الإحتمالية التي يعاقب عليها القانون حتى لو لم يتوقعها الجاني.

فلماذا يعاقب القانون على نتيجة إحتمالية غير متوقعة من قبل الجاني ؟ السبب أن هذه النتيجة وإن كانت غير متوقعة إلا أنه كان من واجبات الجاني أن يتوقعها ولكنه أهمل أو لم يحترز أو خالف القانون. فوفاة إنسان كنتيجة إحتمالية من قبل الجاني الذي لم يتوقع هذه النتيجة الناجمة عن فعله يدخل في إطار جريمة التسبب بالوفاة (المادة ٣٤٣ عقوبات – القتل غير المقصود) ، لأنه لم يقصد هذه النتيجة ولم يتوقعها حتى ، وذلك مثل وفاة شخص نتيجة قيام صديقه بتنظيف مسدس فانطلقت منه رصاصة استقرت في قلبه فقتلته ، ومبرر العقاب هنا أن الجاني كان من واجباته توقع النتيجة إلا أنه أهمل ولم يأخذ الحيطة ، أما إذا توقع الجاني حصول هذه النتيجة دون رغبة منه في وقوعها ومع ذلك استمر في تنظيف المسدس ثم وقعت النتيجة فنحن هنا أمام قصد إحتمالي يأخذ حكم القتل القصد.

وتطبق النتيجة الإحتمالية كذلك في جرائم الإيذاء ، حيث أن المعتدي الذي ينصرف قصده المباشر إلى الجرح أو الإيذاء فقط ثم يفضي هذا الضرب إلى موت المعتدى عليه دون أن تنصرف إرادة الجاني إلى إحداث الوفاة ودون أن يتوقع هذه النتيجة ، فإنه يُسأل عن جريمة الضرب المفضي إلى الموت (المادة ٣٣٠ عقوبات – القتل غير المقصود) لأنه كان يتوجب عليه توقع هذه النتيجة ، أما إذا توقع الجاني حصول هذه النتيجة دون رغبة منه في وقوعها ومع ذلك إستمر في الضرب والإيذاء ثم وقعت النتيجة فنحن هنا أمام قصد إحتمالي يأخذ حكم القتل القصد.

وفي هذا السياق قررت محكمة التمييز الأردنية / جزاء في قرارها رقم ٢٠٠٩/١١٣ (هيئة خماسية) تاريخ ٢٠٠٩/٠٢/٠٥ : «إن ما يميز جرائم القتل القصد والتسبب بالوفاة عن بعضها أن نية الفاعل تتجه في الحالة الأولى إلى إزهاق روح المجني عليه (في حالة القصد المباشر) أو أن النتيجة الجرمية الناشئة عن الفعل تجاوزت قصد الفاعل إذا كان قد توقع حصولها فقبل بالمخاطرة (في حالة القصد الإحتمالي) . في حين أن الوفاة في الحالة الثانية تنجم عن الإهمال وقلة الإحتراز وعدم مراعاة القوانين والأنظمة كما يتبين من استقراء نصوص المواد (٣٢٦،٣٢٧،٣٢٨،٦٤) من قانون العقوبات الباحثة في الجرائم الواقعة على حياة الإنسان . وفي الحالة المعروضة فإن وفاة زوجة المميز ضده نجمت عن إهمال وقلة إحتراز لعبثه في مسدسه على مقربة من مكان جلوسها وإن فعله يشكل بالتطبيق القانوني جرم التسبب بالوفاة».

وقررت كذلك في قرارها رقم ٢٠٠٨/٥٩٢ (هيئة عامة) تاريخ ٢٠٠٨/١٠/٠٥ : «تعتبر النية الجرمية في جرائم القتل والشروع فيه عنصراً خاصاً لا بد من إثباتها بصورة مستقلة عن باقي الجريمة وإقامة الأدلة القاطعة على توفرها لدى الجاني بشكل واضح حتى يمكن تمييز جريمة القتل العمد عن جريمة

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

القتل القصد وجريمة الضرب المفضي إلى الموت عن جريمة التسبب بالوفاة في ضور أحكام المواد ٣٢٦ – ٣٣٠ – ٣٤٣ من قانون العقوبات . ولما كانت النية الجرمية من الأمور الباطنية ، إذ قد يبالغ المتهم في كتمان قصده في اقتراف جريمته ، فإنه يستدل عليها من ظروف الدعوى وملابساتها وكيفية اقتراف الجريمة والوسائل المستخدمة في ذلك ، فإذا كان اقتراف الجريمة ثمرة تخطيط مسبق واتاها الجاني عن سبق تصور وتصميم وهو هادئ البال اعتبر القتل عمداً في ضوء ما نصت عليه المادتان ٣٢٨ و ٣٢٩ من قانون العقوبات ، أما إذا اتجهت نية الجاني لإزهاق روح المجني عليه لحظة حادث القتل ، أو تجاوزت النتيجة الجرمية الناشئة عن فعله قصده إذا كان يتوقع حصولها فقبل بالمخاطرة ، اعتبر القتل قصداً في ضوء ما نصت عليه المادتان ٦٤ و ٣٢٦ من قانون العقوبات ، وإذا اتجهت نية الجاني إلى ضرب المجني عليه بأداة ليس من شأنها أن تفضي للموت ولم يقصد من ذلك قتلاً قط ولكن المعتدى عليه توفي متأثراً مما وقع عليه أعتبر ذلك ضرباً مفضياً للموت بالمعنى المقصود بالمادة ٣٣٠ من قانون العقوبات ، وإذا تسبب الجاني بموت المجني عليه عن إهمال أو قلة إحتراز أو عدم مراعاته للقوانين والأنظمة أعتبر ذلك تسبباً بالوفاة بالمعنى المقصود بالمادة ٣٤٣ من القانون ذاته».

ثالثاً: تعدد المساهمين في الجريمة (الإشتراك الجرمي):

إذا قام بفعل القتل (سواء بصورته البسيطة أو بصورة العمد) شخص واحد وحصلت النتيجة وهي إزهاق الروح ، فلا تثور أدنى صعوبة في مساءلة الجاني عن جريمة القتل ، ولكن الصعوبة تثور حين يتعدد الجناة ، فيقوم كل واحد منهم بفعل من أفعال القتل المقصودة ضد شخص معين مما يؤدي إلى وفاته ، وفي مثل هذه الأحوال فإن الجناة يسألون جميعاً عن جريمة القتل إن كان بينهم اتفاق مسبق على إحداث الوفاة ، لأن جريمتهم عندئذ تعتبر واحدة ويُسأل المساهمون جميعاً عنها .

وبشكل عام تتفاوت مسؤولية كل من المساهمين حسب ما إذا كان ما أتاه من أفعال يجعله فاعلاً أصلياً أو مجرد شريك في الجريمة أو متدخلاً أو محرضاً (حسب التقسيم الأردني).

وسنكتفي هنا بمناقشة المساهمة الجرمية في شكل الشراكة دون باقي الأشكال وذلك انسجاماً مع وقائع الدعوى وظروفها ، حيث ورد النص على الاشتراك الجرمي في المادة (٧٦) من قانون العقوبات الأردني: « إذا ارتكب عدة أشخاص متحدين جناية أو جنحة أو كانت الجناية أو الجنحة تتكون من عدة أفعال فأتى كل واحد منهم فعلاً أو أكثر من الأفعال المكونة لها وذلك بقصد حصول تلك الجناية أو الجنحة اعتبروا جميعهم شركاء فيها وعوقب كل واحد منهم بالعقوبة المعينة لها في القانون ، كما لو كان فاعلاً مستقلاً لها».

وقد قررت محكمة التمييز الأردنية بصفتها الجزائية في قرارها رقم ١٩٩٧/٥٦٩ (هيئة عامة) تاريخ ١٩٩٧/١١/٢٢: « من المبادئ القانونية المتفق عليها أنه إذا ارتكب عدة أشخاص فعلاً جنائياً تنفيذاً لقصد جنائي مشترك بينهم فإن كل واحد منهم مسؤول عن الفعل بنفس الدرجة كما لو حصل ارتكاب الفعل من كل واحد منهم على حده ، ولا يشترط في اتحاد ارادتهم أن يكون مصمما عليه من

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

قبل بل يكفي أن يكون سابقاً على ايقاع الجريمة بلحظات ولا محل للبحث في الإصابات التي أوقعها كل منهم في المجني عليه وبيان ما هو المميت منها وغير المميت ويتوجب ادانتهم بالاشتراك في القتل اشتراكاً أصلياً ولا يجوز اعتبار بعضهم متدخلاً أو شارعاً في القتل ما دام أن الأعمال التي اقترفها كل منهم داخلة مادياً في تنفيذ الجريمة التي حدثت ، ويعتبر شريكاً في الجريمة اذا ارتكب كل واحد من المتهمين فعلاً أو أكثر من الأفعال المكونة لها بقصد حصول تلك الجريمة ويعتبرون كلهم شركاء فيها ويعاقب كل واحد منهم بالعقوبة المعينة لها في القانون كما لو كان فاعلاً مستقلاً لها عملاً بالمادة (٧٦) من قانون العقوبات وعليه فإن قيام المميز ضده الأول بضرب المجني عليه

بعصا غليظه على رأسه أوقعه أرضاً وهي أداة قاتلة وفي مكان قاتل وطلب من المتهم الثاني إطلاق النار عليه فقتله فيكون ما قام به المميز ضده الأول هو ارتكاب لفعل مادي من الأفعال المكونة لجريمة القتل وساهم في حدوثها وبذلك يعد شريكاً فيها ويكون ما ذهبت اليه محكمة الجنايات من اعتبار المتهم الأول متدخلاً وليس شريكاً مخالفاً للقانون».

وقررت محكمة التمييز الأردنية (جزاء) في قرارها رقم ٢٠٠٩/١٨ (هيئة عامة) تاريخ ٢٠٠٩/٠٣/٠٥: « قام المتهم أثناء المشاجرة مع المغدور بالإمساك بالمغدور ووضع رأس المغدور تحت إبطه وقيام المدعو حمزه بطعن المغدور في ظهره ثم قيام المدعو محمد بطعنه طعنة أخرى وأن إحدى هاتين الطعنتين قد نفذت إلى داخل التجويف البطني وأحدث تمزق في القولون النازل حصراً وأدى إلى التهاب الزيتون الخمجي المعمم وبالتالي انتان الدم ومن ثم الوفاة ، فإن هذه الأفعال الصادرة عن المتهم تشكل اشتراكاً في جناية القتل بالمعنى الوارد في المادة (٧٦) من قانون العقوبات وهي حالة تعدد الفاعلين في جريمة واحدة أسهموا في تحقيقها بحيث قام كل واحد منهم بفعل مادي من الأفعال المادية المكونة لجناية القتل . وعليه فإن فعل المتهم والحالة هذه يشكل جناية القتل بالإشتراك طبقاً للمادتين (٣٢٦ و ٧٦) من قانون العقوبات».

ويمكننا استخلاص ما يلي من النصوص والقرارات المذكورة بشأن الإشتراك الجرمي :

١. توافر الوحدة المادية للجريمة ، أي أن يكون الركن المادي للجريمة محتفظاً بوحدته وبالتالي تقع نتيجة واحدة فقط ، فإن تعددت النتائج فلا مجال للقول بوحدة الجريمة ، وإنما تتعدد الجرائم بقدر تعدد الجناة .

٢. توافر الوحدة المعنوية للجريمة ، أي أن تتوافر الرابطة الذهنية والنفسية التي تجمع بين المساهمين في الجريمة الواحدة ، وإلا نُسب إلى كل منهم جريمة مستقلة .

والإتفاق بين الجناة هو محور الرابطة المعنوية ، إلا أنه قد يستدل على هذه الرابطة توافر نية التعاون بين الجناة دون اشتراط توافر اتفاق صريح بينهم.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

والسؤال الذي نطرحه ، هل ساهم المتهم أحمد في فعل القتل أم مجرد أنه قام بالإعتداء بالضرب على المجني عليه ؟ أم أنه بذلك يعتبر قد ساهم في جزء من مكونات فعل القتل ؟ هذا ما سنناقشه في البند أدناه..

رابعاً: تطبيق المباديء التي ذكرناها على وقائع الدعوى :

بعد أن قمنا باستعراض النصوص القانونية وموقف الفقهاء والأحكام القضائية ومناقشتها وذلك فيما يتعلق مباشرة بالأعمال الجرمية موضوع الدعوى ، فإننا نبين موقفنا القانوني الذي نميل إليه على ضوء ذلك وعلى ضوء الوقائع والبينات والظروف التي نراها مؤثرة في توصيف الفعل الجرمي :

١. إن قيام المتهم عمر (شقيق المتهم أحمد) من أفعال تمثلت بطعن المجني عليه بواسطة السكين مما أفضى إلى وفاته ، فيكون ما قام به المتهم عمر هو ارتكاب لفعل مادي من الأفعال المكونة لجريمة القتل.

٢. أما فيما يتعلق بالنية أو القصد الجرمي (لعمر) ، ففي حال أنه لم يثبت القصد المباشر للقتل وازهاق روح المغدور على ضوء ظروف المشاجرة ، فقد ثبت لدينا توافر القصد الإحتمالي لدى المتهم عمر ، لكونه توقع حدوث الوفاة وقبل بهذه النتيجة واستمر في عملية طعن المغدور لأكثر من مرة وعلى عدة مواضع ومنها مواضع قاتلة.

٣. لم يتوافر حسب ظروف ووقائع هذه الدعوى سبق الإصرار أو التعمد في القتل ، حيث لم يتبين التخطيط المسبق الهادئ والمتروي بل أن المتهمين عمر وأحمد كانا في وضع ومزاج نفسي سيء وتملكهما ثوران أفقدهما القدرة على اتخاذ قرار متوازن.

٤. بالرغم من ثبوت عنصر الترصد ، وذلك من خلال إرسال القاصر ابن عم المتهمين لمعرفة مكان المجني عليه ، إلا أن هذا العنصر لا يؤدي القول بتوافر سبق الإصرار وذلك لذات السبب وهو توافر الإنفعال الشديد والحالة النفسية المتوثبة لدى المتهمين.

٥. ولا يمكننا القول بأن المتهم الطاعن أحمد لم يكن ينوي القتل وإنما كان قصده الضرب والإعتداء على المجني عليه وبالتالي فإنه لا يُسأل عن نتيجة القتل بحجة أن من قام بفعل القتل المباشر هو المتهم عمر بواسطة السكين ، والصحيح أن المتهم أحمد كان مشتركاً في جريمة القتل لتوافر الوحدة المادية للجريمة ، حيث أن النتيجة كانت واحدة وهي الوفاة ، ولتوافر الوحدة المعنوية للجريمة والتي ليس شرطها الإتفاق الصريح بل يكفي للدلالة عليها وجود التعاون ، ولا أدل على ذلك من الظروف التالية :

- لم يقم أحمد بمنع عمر من جلب السكين من المنزل .
- لم يقم أحمد بمنع عمر من طعن المجني عليه لأول مرة ولا للمرات التالية بالرغم من قربهما لبعض.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

- إن وجود أحمد فوق المجني عليه ساهم في استمرار الطعن.
- بعد أن تم طعن المجني عليه في مقتل وحاول الهرب من مكان الجريمة **لحق به أحمد وضربه**.
- ترك المجني عليه ينزف في مكانه.
- رمي السكين والقول بأنهما ثأرا لضربة أمس وأنهما «ضرباه».

كل ذلك يدل دلالة قاطعة على الوحدة المعنوية للجريمة.

٦. وإن ما أثرناه حول عدم توافر سبق الإصرار يكفي للرد على الدفع المقدم من المتهم بأنه يستفيد من العذر المخفف نتيجة إقدامه على الجريمة بصورة غضب شديد ، حيث أنه لا مكان أو مبرر للإستفادة من هذا العذر لعدم انطباق أركانه ، ونحن لسنا بصدد مناقشة هذا الجانب لعدم الإطالة.

٧. وحيث أنه ثبت اشتراك المتهم أحمد في الجريمة مع المتهم عمر ، فإنه يكون والحالة هذه قد ثبت بحقه ارتكاب جريمة القتل القصد وعقوبتها خمس عشرة سنة.

خامساً: مدى رقابة محكمة النقض لسبق الإصرار:

إذا استظهرت محكمة الموضوع وثبت لها توافر سبق الإصرار فيجب عليها أن تذكر ذلك في حكمها بالإدانة وأن تبين الدليل على توافره وأن تستعرض الظروف التي استخلصت منها توافر سبق الإصرار. ولا رقابة لمحكمة التمييز (النقض) على ما تقضي به محكمة الموضوع بتوافر سبق الإصرار إلا إذا كانت الظروف التي ساقتها لا تؤدي إلى استخلاصه أو إذا كانت تتعارض مع مفهوم سبق الإصرار أو خرجت المحكمة عن التصور السليم للوقائع الثابتة في الدعوى .

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

نقض جزاء
رقم:٢٠١٠/١٠٤

السلطـــة الوطنيـــة الفلسطينيـــة

السلطـــة القضائيـــة

محكمـــة النقض

" الحكـــــــــــــــم "

الصادر عن محكمة النقض المنعقدة في رام الله المأذونه بإجراء المحاكمة وإصداره باسم الشعب العربي الفلسطيني.

الهيئة الحاكمة: برئاسة السيد القاضي/ محمد شحادة سدر

وعضوية السادة القضاة: عماد سليم، د.عثمان التكروري، محمد سامح الدويك، خليل الصياد

الطاعـــــن: موسى محمد موسى قاضي/حلحول

وكيله المحامي خالد زواهرة/بيت لحم

المطعون ضده: الحق العام

الإجـــــــــــــراءات

بتاريخ ٢٠١٠/٦/١٣ تقدم الطاعن بواسطة وكيله بهذا الطعن لنقض القرار الصادر عن محكمـــة استئناف القدس المنعقدة في رام الله بتاريخ ٢٠١٠/٦/٢ في القضية الإستئنافية الجزائية رقم ٢٠٠٩/٨٤ المتضمن الحكم برد الاستئناف موضوعاً وتأييد القرار المستأنف الصادر عن محكمـــة بدايـــة الخليـــل بصفتها الجنائية بتاريخ ٢٠٠٩/٩/٣٠ في القضية الجزائية رقم ٢٠٠٩/٧ المتضـــمن الحكـــم بتعـــديل وصف التهمة المسنده للمتهم من جناية الخيانة خلافاً لأحكام المادة ١١٢ من قانون العقوبـــات لتصـــبح الخيانة خلافاً لأحكام المادة ٣/١١٠ من ذات القانون وادانته بهذه التهمة وبوصـــفها المعـــدل ووضـــعه بالأشغال المؤقته مدة خمس سنوات محسوبة له مدة التوقيف.

وتتلخص أسباب الطعن بما يلي:-

١) القرار المطعون فيه مخالف للأصول والقانون وباطل لاعتماده على إجراءات باطله ذلك أن جهـــاز المخابرات ليس من افراد الضابطه العدلية أو الضبط القضائي بالمعنى المنصوص عليه في قـــانون الإجراءات الجزائية.

الكاتـب **الرئيـــس**

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

نقض جزاء
رقم:٢٠١٠/١٠٤

٢) ان وكيل النيابة العامة هو صاحب الاختصاص بالتحقيق مع الطاعن وليس معاون النيابة العامة الذي قام بالتحقيق مع الطاعن وتعديل وصف التهمة المسندة للطاعن.

٣) القرار المطعون فيه مخالف للأصول والقانون وان محكمة الاستئناف قد أخطأت في تطبيق القانون وتفسير وتأويل نص المادة ٣/١١٠ من قانون العقوبات.

لهذه الأسباب يطلب وكيل الطاعن قبول الطعن شكلاً لتقديمه ضمن المدة القانونية وفي الموضوع نقض القرار المطعون فيه وإعلان براءة الطاعن مما اسند إليه و/أو اتخاذ القرار المناسب.

بتاريخ ٢٠١٠/٧/١٤ قدم مساعد النائب العام مطالعة خطية طلب بنتيجتها رد الطعن شكلاً و/أو موضوعاً وتأييد القرار المطعون فيه.

المحكمـــــــــــة

بعد التدقيق والمداولة قانوناً نجد أن الطعن مقدم ضمن المدة القانونية فنقرر قبوله شكلاً.

وفي الموضوع وعن أسباب الطعن.

وبالنسبة للسببين الأول والثاني نجد انه يتعين على محكمتنا البحث في مدى قانونية بينات النيابة العامة المتمثلة بالآتي:-

١) إفادة المتهم الطاعن لدى جهاز المخابرات العامة بتاريخ ٢٠٠٨/١٢/١ (المبرز ن/٣ لدى المحكمة) وشهادة منظمها هاني شاهين من مرتب جهاز المخابرات العامة.

٢) أقوال المتهم الطاعن لدى النيابة العامة بتاريخ ٢٠٠٨/١٢/١٦ (المبرز ن/٢ لدى المحكمة) – وكذلك أقوال المتهم الطاعن لدى النيابة العامة بتاريخ ٢٠٠٨/١٢/١٧ (المبرز ن/١ لدى المحكمة).

وفيما يتعلق بافادة المتهم الطاعن التحقيقية لدى جهاز المخابرات العامة نجد أن الشاهد هاني شاهين من مرتب المخابرات العامة قام بضبط إفادة المتهم التحقيقية بتاريخ ٢٠٠٨/١٢/١ وهو من ضمن افراد الضابطه القضائية التي عدد تهم المادة ٢١ من قانون الإجراءات الجزائية على اعتبار أن قانون المخابرات العامة رقم ١٧ لسنة ٢٠٠٥ كان قد صدر بتاريخ سابق على تاريخ التحقيق مع المتهم وان القانون المذكور كان قد أعطى جهاز المخابرات العامة في المادة ١٢ منه صفة الضبطية القضائية وان المادة ١٤ من ذات القانون بينت وظائف دائرة المخابرات العامة.

الكاتـب **الرئيـس**

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

نقض جزاء
رقم:٢٠١٠/١٠٤

وفي هذا الخصوص نجد أن الإفادة التي يؤديها المتهم في غير حضور وكيل النيابة العامة ويعترف فيها بارتكابه جرماً تقبل إذا قدمت النيابة العامة بينة على الظروف التي اديت فيها واقتنعت المحكمة بان المتهم أداها طوعاً واختياراً وبذلك فانه يجوز للمحكمة الاستناد في تكوين قناعتها على إفادة المتهم الذي أدلى بها أمام محقق دائرة المخابرات العامة المبرزة لدى المحكمة طالما قدمت النيابة العامة البينة على الظروف التي اديت فيها واقتنعت المحكمة بان المتهم اداها بطوعه واختياره فهي بينة مقبولة في الإثبات وفقاً لأحكام المادة ٢٢٧ من قانون الإجراءات الجزائية.

أما فيما يتعلق بأقوال المتهم لدى النيابة العامة بتاريخ ٢٠٠٨/١٢/١٦، ٢٠٠٨/١٢/١٧ المبرزين ن/٢، ن/١ لدى المحكمة نجد أن معاون النيابة العامة السيد رامي الشيخ هو من قام باستجواب المتهم بموجب الانتداب من وكيل النيابة العامة نسرين رشماوي بتاريخ ٢٠٠٨/٢/١٤ المحفوظ في ملف التحقيق المبرز ن/٥ لدى المحكمة.

وفي هذا الخصوص نجد أن المادة ٩٥ من قانون الإجراءات الجزائية قد نصت على انه (يتولى وكيل النيابة العامة استجواب المتهم في الجنايات جميعها والجنح التي يرى استجوابه فيها).

كما نصت الفقرة الأولى من المادة ٦٨ من قانون السلطة القضائية لسنة ٢٠٠٢ على انه (يقوم بأداء وظيفة النيابة العامة لدى المحاكم النائب العام أو أي من أعضاء النيابة العامة ويؤدي معاونو النيابة العامة ما يندبون له من أعمال تحت إشراف ومسؤولية المنوط بهم تدريبهم من أعضاء النيابة العامة).

وهذا ما أكدته الفقرة الثانية من المادة ٥٥ من قانون الإجراءات الجزائية على انه (للنائب العام أو وكيل النيابة العامة المختص تفويض أحد أعضاء الضبط القضائي المختص بالقيام بأي عمل من أعمال التحقيق في دعوى محددة وذلك عدا استجواب المتهم في مواد الجنايات.

وفي الفقرة الرابعة من ذات المادة نصت على انه يتمتع المفوض في حدود تفويضه بجميع السلطات المخوله لوكيل النيابة.

وقد حددت مواد الباب الثالث من قانون الإجراءات الجزائية الصلاحيات التي يمارسها أعضاء النيابة العامة وهو النائب العام ومساعدوه ووكيل النيابة العامة ويستمد هؤلاء صلاحياتهم من القانون مباشرةً لا من رؤسائهم ولا يجوز لأي فئة أن تمارس عملاً أو إجراء يعود لفئة أخرى في أية دعوى مما ينبني على ذلك انه يجوز تفويض معاون النيابة العامة باتخاذ أي إجراء أو تحقيق

الكاتب **الرئيس**

العدالة والقانون

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

نقض جزاء
رقم:٢٠١٠/١٠٤

باستثناء استجواب المتهم في الجنايات مما يترتب على كل ذلك استبعاد أقوال المتهم لدى النيابة العامة من عداد البينة.

وبذلك فان استناد محكمتا الموضوع إلى إفادة المتهم التحقيقية لدى المخابرات العامة لبناء حكم عليها لا يخالف القانون وهو دليل مستقل عن الإجراء المخالف للقانون الذي أشرنا إليه سابقاً (أقوال المتهم لدى النيابة العامة) ولا يؤثر على الدعوى طالما اعترف المتهم أمام المحقق هاني شاهين وان النيابة العامة قدمت البينة أمام المحكمة على الظروف التي أديت فيها واقتنعت المحكمة بان المتهم أداها بطوعه واختياره وعليه فإن هاذين السببين لا يردان على القرار المطعون فيه مما يستوجب ردهما.

أما بالنسبة للسبب الثالث المتعلق بالتطبيقات القانونية نجد أن التهمة المسنده للمتهم كما هي واردة في قرار الاتهام ولائحته الخيانة خلافاً لأحكام المادة ١١٢ من قانون العقوبات وبالرجوع إلى واقعة الدعوى كما هي واردة باسناد النيابة العامة المستخلصة من خلال اعتراف المتهم بافادته التحقيقية المبرز ن/٣ لدى المحكمة نجد أن الافعال الصادرة عن المتهم الطاعن لا تشكل أركان وعناصر الخيانة بالمعنى المنصوص عليه في المادة ١١٢ من قانون العقوبات كما ذهبت في ذلك النيابة العامة باسنادها ولا تشكل أركان وعناصر جناية الخيانة بالمعنى المنصوص عليه في المادة ٣/١١٠ من ذات القانون كما ذهبت في ذلك محكمتا الموضوع وإنما تشكل بالتطبيق القانوني السليم سائر أركان وعناصر الجناية المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ١١٨ من قانون العقوبات وهذا ما استقر عليه اجتهاد محكمة النقض المنعقدة بهيئتها العامة في القرارات ذوات الأرقام ٢٠١٠/٣٣، ٢٠١٠/٦٦ ، ٢٠١٠/١٧٠ مما يستوجب تعديل وصف التهمة المسنده للمتهم وادانته بالتهمة المسنده إليه وبوصفها المعدل والحكم عليه بالعقوبة المقررة لها قانوناً وبذلك فإن هذا السبب يرد على القرار المطعون فيه مما يستوجب نقضه من هذه الناحية.

لهذا كله واستناداً لما تقدم نقرر قبول الطعن موضوعاً ونقض القرار المطعون فيه وإعادة الأوراق لمصدرها محكمة استئناف القدس لتحكم فيها من جديد بهيئة مغايرة في ضوء ما بيناه.

حكما صدر تدقيقا باسم الشعب العربي الفلسطيني بتاريخ ٢٠١١/١١/٢٧

الكاتب **الرئيس**

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

التعليق على النقض الجزائي رقم ١٠٤ / ٢٠١٠

تعليق أ.د. أحمد السيد موسي - مصر

تعليق الاستاذ ايمن ظاهر - فلسطين

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

التعليق على النقض الجزائي رقم ١٠٤ / ٢٠١٠

الرأي
أ.د. أحمد السيد موسي
الأستاذ بكلية الحقوق – جامعة طنطا

- تعقيب حول قضاء محكمة النقض الفلسطينية (السلطة الوطنية الفلسطينية) الصادر بتاريخ ٢٠١١/١١/٢٧ بناحية « رام الله « في النقض الجزائي رقم ١٠٤ / ٢٠١٠ والمقام من المدعو / موسي محمد موسي قاضي المقيم بناحية « حلحول « ضد الحق العام ، والقاضي بقبول الطعن موضوعاً ونقض القرار المطعون فيه وإعادة الأوراق لمصدرها ، وهي محكمة استئناف القدس لتحكم فيها من جديد بهيئة مغايرة .

الموضوع : كما هو وارد بأوراق الدعوي ، فنحيل إليها منعاً للتكرار .

الرأي : تأييد محكمة النقض فيما إنتهت إليه من نقض للقرار المطعون فيه ، وإعادة الأوراق لمصدرها (محكمة الاستئناف) لتحكم في تكييف مادة الاتهام أو الإحالة أو الإسناد من جديد ، وبهيئة مغايرة، وللأسباب التالية :

أولاً : في تأييد قضاء محكمة النقض في تناولها للدفعين بالبطلان الإجرائي ، واللذان شابا إجراءات التحقيق (حسب زعم الطاعن) ، وفي تفنيدها لكلاهما ، ورفضها للأول ، وقبولها للثاني علي الرغم من تخلف أثاره في بطلان الإجراءات أو إعترافات الطاعن / المتهم ، وثبوت الاتهام في حقه ، وذلك علي أثر صحيح تطبيق محكمة النقض للقانون وتفسيره وتأويله في هذا الطعن :

١. طعن المتهم علي حكم الاستئناف الصادر عن محكمة استئناف القدس في القضية الاستئنافية الجزائية رقم ٢٠٠٩/٨٤ بتأييد إدانته ، ومن قبله حكم محكمة بداية الخليل بصفتها الجنائية في القضية الجزائية رقم ٢٠٠٩/٧ بإدانته وسجنه (وضعه) بالأشغال المؤقتة مدة خمس سنوات؛ بالبطلان لإعتماد المحكمتين لإجراءات باطلة قانوناً (من وجهة نظره) ، وإعتمادها أقواله أو أعترافه بالجرم أمام جهاز المخابرات ، والذي نفي المتهم عنه وأنكر صفة الضبط القضائي بالمعني المنصوص عليه في قانون الإجراءات الجزائية ، وعلي حد وصفه وعباراته ، وكما ورد عريضة طعنه بالنقض .

هذا وقد تصدت محكمة النقض لهذا الدفع بالبطلان ، بالتعليق والتفنيد والرد والتعقيب قبل رفضه ، أو عدم قبوله موضوعاً ، وذلك عندما أشارت إلي نص المادة ٢١ من قانون الإجراءات الجزائية ، والمعنونة بعنوان « فئات ممنوحة صفة الضبط القضائي « ، والتي تنص علي :

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

« يكون من مأموري الضبط القضائي :

١. مدير الشرطة ونوابه ومساعدوه ومديرو شرطة المحافظات والإدارات العامة .

٢. ضباط وضباط صف الشرطة ، كل في دائرة اختصاصه .

٣. رؤساء المراكب البحرية والجوية .

٤. الموظفون الذين خولوا صلاحيات الضبط القضائي بموجب القانون « .

وإذا كان المشرع قد حدد الفئات الممنوحة صفة الضبط القضائي في هذه المادة ، والخاضعين بدورهم لرقابة النيابة العامة بنص المادتين ١٩ ، ٢١ من ذات القانون ، فإنه كان قد جاء في نهاية المادة وفي الفقرة الرابعة منها ؛ ونص علي منح ذات الصفة للضبطية القضائية لهؤلاء الموظفون الذين خولوا (أو سيخولون في المستقبل) هذه الصلاحية وتسند إليهم بموجب قانون ، فإتسعت بذلك دائرة الأفراد الذين يكتسبون أو يمنحون هذه الصفة حسب حاجة القوانين ومستجدات الأحوال ، بشرط أن يتدخل المشرع بإصدار قانون بذلك .

وإذا ما كان قانون المخابرات العامة رقم ١٧ لسنة ٢٠٠٥ (وهو قانون صادر منذ ثلاث سنوات سابقة علي وقوع الجريمة) ، وفي مادته رقم ١٢ **يمنح** أفراده صفة الضبطية القضائية ، وإلحاقهم بفئة الموظفين المنصوص عليها في المادة ٢١ / فقرة ٤ من قانون الإجراءات الجزائية سابقة الذكر، فإن **إعترافات** الطاعن / المتهم أمامها تعد صحيحة إجرائياً وقانوناً ، ويعتد بها كمحضر إستدلال علي وقوع الجريمة وشخص مرتكبها لوقوعها ضمن مهام مأموري الضبط القضائي المنصوص عليها في المادة ٢٢ من قانون الإجراءات الجزائية ، يجوز للمحكمة أن تأخذ بها – ومنفردة في أحوال كثيرة – إن ما إطمئنت إليها وإلي خلوها من عيوب الإرادة ؛ في تكوين عقيدتها بالإدانة ، خاصة إن ما أيدت النيابة العامة – كسلطة إشرافية أعلى – هذه الإعترافات أو تلك التحقيقات وأخذت بها وأرفقتها أوراق دعواها ، ومن كونها قد جاءت طواعية واختياراً طليقة من قيد عيوب الإرادة ، وذلك ترديداً مباشراً لنص المادة ٢٢٧ من قانون الإجراءات الجزائية ، الذي يأخذ بهذه الحالة بينة مقبولة في الإثبات .

وبمراعاة إنعقاد الاختصاص لأفراد المخابرات العامة المكتسبين لصفة الضبط القضائي ؛ بإجراء التحقيقات الاستدلالية ، وتلقي وتدوين أقوال وإعترافات المتهمين لحظة ضبطهم أو إلقاء القبض عليهم متلبسين ، أو بناء علي قيام أدلة قوية لإتهامهم ، وتعلق تلك الجرائم بأمن الوطن في درجاته القصوى لإتصاله بشأن التخابر مع العدو أو الأجانب ، وهي وظائف أسندها القانون ونص عليها في قانون المخابرات العامة رقم ١٧ لسنة ٢٠٠٥ وفي مادته رقم ١٤ بالذات ، ولذلك فإن الطعن بالبطلان علي الحكم لإعتماده إجراءات باطلة كون جهاز المخابرات ليس من أفراد الضابطة العدلية أو الضبط القضائي ؛ غير حقيقي لا تتوافر صداه في نصوص القانون أو أوراق

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

الاتهام ، جديراً بالإلتفات عنه والرفض ، وهو ما كانت محكمة النقض قد انتهت إليه ، جديراً رأيها وقضائها بالتأييد لمصادفته صحيح القانون أو التكييف السليم ، والرد والتفنيد الملائمين .

٢. طعن المتهم أيضاً ومرة ثانية **بالبطلان** علي ذات الحكم ، وعلي سند من دفع ثان ببطلان أقواله وإعترافاته أيضاً أمام النيابة العامة ، عندما أسندت التحقيقات في إتهامه بإرتكاب **جناية** الخيانة إلي أحد السادة معاوني النيابة العامة من دون أحد وكلاء النائب العام ، وهي تلك التحقيقات التي جرت علي يومي ١٦ ، ١٧ ديسمبر من عام ٢٠٠٨ ، ورد فيها أو كرر إعترافاته بإرتكاب الجناية المنسوبة إليه في الأوراق .

هذا وقد صادف هذا الطعن بالبطلان **صحيح القانون** ، إذ أن المادة ٩٥ من قانون الإجراءات الجزائية تنص علي :

« يتولي وكيل النيابة إستجواب المتهم في الجنايات جميعها ، والجنح التي يري استجوابه فيها «

وهذه المادة تعقد الإختصاص بإستجواب المتهم في كافة الجنايات أو جميعها إلي وكيل النيابة العامة وحده ، دون سواه ، وذلك لخطورة هذا النوع من الجرائم وفداحة عقابه .

وقد أشار القانون في مادته ٥٥ / ٢ من ذات القانون السابق إلي جواز تفويض النائب العام أو أحد وكلائه المختصين لأحد أعضاء الضبط القضائي المختص (أي المنعقد له الاختصاص في هذا الشأن محل الإجراء أو العمل المفوض فيه) بالقيام بأي من أعمال التحقيق في دعوي محددة ، وذلك عدا استجواب المتهم في مواد الجنايات .

وتشير هذه المادة (٥٥ / ٢ من قانون الإجراءات الجزائية) إلي جواز التفويض هذا في إجراء التحقيق والصادر عن النائب العام أو أحد وكلائه ، ولكن بأربعة شروط مجتمعه :

أولها : أن يكون التفويض صادراً عن وكيل النيابة المختص – إن لم يكن النائب العام ذاته – أي المباشر للتحقيق في الإتهام بعينه ومختص به .

ثانيها : أن يكون المفوض إليه بدوره هو أحد أعضاء الضبط القضائي المختص أيضاً وبدوره ، وهو معيار أوسع من معيار اختصاص وكيل النيابة السالف ذكره ، تتولي محكمة النقض ضبطه واستبيانه عن طريق مبادئها وأحكامها القضائية ، إلا أنه وفي حد أدنى يقيني ، يشترط لانعقاد الاختصاص لهذا العضو من أعضاء الضبط القضائي – والمبينة صفاتهم الوظيفية حصراً بنص المادة ٢١ من قانون الإجراءات الجزائية ، سبق إستعراضها – أن يكون مختصاً أو علي صلة ما بالجريمة محل التحقيق ، وتعد من واجباته ومهامه ضبطها وتحرير محاضر جمع استدلالاتها هذا ويعد معاوني النيابة مختصاً أيضاً بإجراء التحقيقات التي تسند أو تفوض إليه من وكيل النيابة المختص بالتحقيق وتحت إشرافه .

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

ثالثها : أن يكون التفويض في دعوي محددة ولمرة واحدة ، يجدد بتعدد الدعاوي ، ولا يجوز التفويض العام أو المطلق أو المستمر في وظيفة التحقيق ذاتها ولو في الجنح أو أى إجراء إستدلالي آخر .

رابعها : حظر إسناد التحقيق أو الإستجواب في الجنايات لأحد أعضاء الضبط القضائي ، ولزومية أو حتمية ووجوب قيام وكيل النيابة العامة بشخصه وذاته بمباشرة التحقيقات والإستجوابات في الجنايات بنفسه دون تفويض لأحد عداه (مادة ٩٥ من ذات القانون سالفة الذكر) .

وبإنزال هذه القواعد علي وقائع الدعوي ، يتضح أن القائم بالتحقيقات في هذه الجناية أو الاتهام بالخيانة قد تم إسناده ندباً إلي أحد السادة معاوني النيابة العامة خلال يومي ١٦ ، ١٧ ديسمبر ٢٠٠٨، وإستجواب المتهم بارتكاب جناية ، ثم تعديل وصف التهمة المسندة للطاعن / المتهم (تعديل قيد ووصف النيابة) .

هذا وقد كان السيد معاون النيابة قد باشر التحقيق في الجناية المرتبطة بأمن الدولة الأعلى أو الإتهام بجناية الخيانة ، عن طريق الندب كتابة والذي كلفه به وكيل النيابة المختص في ٢٠٠٨/٢/١٤ ، أي قبل بداية التحقيقات بعشرة (١٠) شهور كاملة ؟! .

وهذا الندب في حد ذاته يعد إجراءاً مشوباً بالبطلان لأنه ندباً أو تفويضاً عاماً غير محدد بدعوي محددة لعدم النص أو ذكر رقم الدعوي محل الندب أو التفويض في إجراء تحقيقاتها ، يدلل عليه تاريخه الذي يباعد عن الدعوي محل الطعن بقرابة السنة (عشرة أشهر كاملة ؟! ، سابقة علي الجرم) .

ومن جهة ثانية ، فإن مواد القانون تشير في وضوح وجزم إلي وجوب إجراء التحقيقات في الجنايات أو إجراء الإستجوابات فيها بواسطة وكيل النيابة العامة دون سواه ، مع حظر التفويض (أو الندب) في هذا النوع من الجرائم ، ويترتب البطلان علي مخالفتها أو ترتبه .

لذلك فإن الإستجواب أو التحقيقات التي تمت أو جرت في هذه الجناية بواسطة أحد السادة **معاوني** النيابة العامة ، تعد **باطلة** بالكامل ، جرت أو تمت بدورها بتفويض أو ندب سابق (المؤرخ ٢٠٠٨/٢/١٤) **باطلاً** بدوره سواء للجنايات ، بطلاناً مطلقاً ، أو حتى للجنح التي يكون قد باشرها هذا السيد المحقق المعاون للنيابة العامة بصدور هذا التفويض أو الندب بالمخالفة الصريحة لنص المادة ٢/٥٥ من قانون الإجراءات الجزائية (وجوب الندب أو التفويض في دعوي محددة معينة معروفة ، وعدم جواز التفويض العام أو المطلق أو الدائم بلا تحديد ، وكما سلف الذكر) .

وهو ما كانت محكمة النقض أيضاً قد انتهت إليه من قبول لطعن المتهم ببطلان تحقيقات النيابة العامة المجراة يومي ١٦ ، ١٧ ديسمبر ٢٠٠٨ ، وإستبعادها من عداد البينة أو قرائن الاتهام .

ثانياً : حول الطعن بمخالفة الأصول والقانون ، والخطأ في تطبيق القانون وتفسيره وتأويله عند تصدي محكمة الاستئناف لنص المادة ٣/١١٠ من قانون العقوبات ، وإعتمادها والأخذ بها كمادة

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

إتهام وعقاب ضده ، وهو الدفع أو الطعن الموضوعي الذي نعاه الطاعن علي حكم هذه المحكمة الأخيرة ، وقبلته محكمة النقض فنقضت القرار المطعون فيه :

وحيث أن الطاعن / المتهم كان قد طعن بالنقض علي الحكم الصادر ضده من محكمة الاستئناف ، ونص عليه من إعتماد للمادة ٣/١١٠ من قانون العقوبات ؛ كمادة تأثيم ومخالفة وعقاب ، وهي المادة التي تؤثم التجند بأية صفة كانت في جيش معاد وعدم المبادرة بالإنفصال عنه قبل أي عمل عدواني ضد الدولة أو الوطن وإن يكن قد إكتسب بتجنيده هذا الجنسية الأجنبية ، وهي المادة المعنونة بوصف الأفعال المؤثمة من حمل للسلاح بشكل رئيسي والقيام بأعمال عدوانية ضد الدولة أو الوطن لصالح العدو ؟! .

هذا وكانت محكمة النقض قد راجعت تطبيق هذه المادة علي وقائع الدعوي ، وتأكدت من تخلف أركانها أو وصفها اللازم ، سواء هي أم المادة ١١٢ من قانون العقوبات والتي كان قد أحيل بها الطاعن / المتهم للمحاكمة بواسطة النيابة العامة ، وهي المادة المتعلقة بالإتصال بالعدو ودس الدسائس لديه بغرض معاونته علي فوز قواته علي الدولة أو الوطن .

وحيث أن محكمة النقض ، وبعد مراجعتها والاعتداد بأحكام النقض السابقة الصدور عنها بأرقامها : ٢٠١٠/٣٣ ، ٢٠١٠/٦٦ ، ٢٠١٠/١٧٠ ، قد استقر في وجدانها وقناعتها بأن الفعل الذي أتاه الطاعن / المتهم وإرتكب إياه ضد وطنه ، لهو فعل من أفعال خرق تدابير الحياد وتعكير صلات الدولة بأخرى أجنبية ، وتعريض الوطن لخطر أعمال عدائية أو ثأرية تقع علي بني وطنه أو علي أموالهم وهي الجريمة المؤثمة بنص المادة ١١٨ من قانون العقوبات وليس غيرها أو سواها ، وهو الأمر الذي ارتأت معه محكمة النقض وجوب تعديل وصف التهمة المسندة للطاعن / المتهم ، وإعادة محاكمته من جديد أمام محكمة الاستئناف بهيئة استئنافية جديدة أو مغايرة ، وهو قضاء يوافق صحيح القانون .

الرأي : تأييد حكم محكمة النقض الفلسطينية الصادر في ٢٠١١/١١/٢٧ في الطعن رقم ١٠٤ / ٢٠١٠ ، فيما قضت فيه من نقض للقرار المطعون فيه والصادر عن محكمة الاستئناف ، وإعادة الأوراق إليها لتحكم فيها من جديد بهيئة مغايرة علي ضوء تعديل مادة الاتهام وإسباغ الوصف القانوني الصحيح علي وقائع الجريمة وإسنادها إلي مادتها العقابية السليمة ، وبمراعاة الإعتداد بأقوال وإعترافات الطاعن / المتهم أمام جهة المخابرات العامة أو جهازها ، ومحاضر الإستدلال المحرر بمعرفتها ، لمصادفتها صحيح تطبيق القانون وجوازها ، ولدلالتها علي ثبوت وطبيعة الجرم المرتكب ، خاصة بعد بطلان محضر تحقيقات النيابة العامة والمجري بواسطة أحد السادة معاوني النيابة بالمخالفة للقانون ، وعلي النحو سالف الذكر ، حتى وإن كان هذا البطلان الأخير منعدم الأثر قانوناً في ثبوت الجرم الصحيح والاتهام في حق الطاعن / المتهم.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

تعليق ايمن ظاهر
التعليق على قرار صادر عن محكمه النقض الفلسطينية بصفتها الجزائية رقم ٢٠١٠/١٠٤ الصادر بتاريخ ٢٠١١/١١/٢٧ القاضي باستبعاد الاستجواب الذي يجريه معاون النيابة مع عداد البينه.

اعداد الاستاذ ايمن ظاهر
وكيل النيابة العامه-رام الله

مقدمة

لقد قررت التعليق على قرار محكمه النقض الفلسطينية موضوع بحثنا والقاضي ببطلان الاستجواب الذي يجريه معاون النيابة في الجنايات قياساً على الانتداب الذي يتم فيه تفويض مأمور الضبط القضائي من قبل وكيل النيابة بعد ان رجعت الى النصوص القانونية الواردة في قانون الاجراءات الجزائية الفلسطيني والنصوص القانونية الناظمة لعمل معاون النيابة العامه في قانون السلطة القضائية.

اما قانون الاجراءات الجزائية فهو بحث في مبدأ انتداب النائب العام او وكيل النيابة العامه مأمور الضبط القضائي ولم يشير لا من قريب ولا من بعيد الى انتداب معاون النيابة، بمعنى ان القانون الاجرائي واضح في قصده لمأمور الضبط القضائي، ولا يجوز القياس في الاجراءات، فنحن امام قانون اجرائي وليس امام قانون موضوعي يمكننا القياس .

اما قانون السلطة القضائية الفلسطيني فهو بحث في تعيين معاوني النيابة العامه، ولم يضع شروط خاصة لتعيينهم تختلف عن المطلوب توافرها في وكيل او رئيس النيابة، ولم نجد نص واحد في قانون السلطة القضائية من الممكن الاستناد اليه لاعتبار معاون النيابة مامور ضبط قضائي كما ذهبت محكمه النقض الفلسطينية في قرارها، بل ان معاون النيابة عند تعيينه يقوم بأداء اليمين القانونية قبل اداء عمله في النيابة العامه شأنه شأن باقي اعضاء النيابة العامه.

اذاً من اين جاءت محكمه النقض الفلسطينية في هذا الاجتهاد القضائي؟

لابد من ان يكون هناك مرجع او اساس قانوني استندت اليه المحكمه لتعليل مثل هذا القرار، برأيي المتواضع ان محكمه النقض الفلسطينية تأثرت ببعض اراء الفقه المصري وبتفسير لنصوص قانون السلطة القضائية المصري وقانون الاجراءات المصري، كل هذا ساهم في اخراج مثل هذا القرار الذي نجده في نتيجة تعليقنا عليه بأنه مخالف لاحكام القوانين الفلسطينية بل والمصرية كذلك، مع

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

احترامنا لمن قال بغير ذلك فلكل مجتهد نصيب.

نورد حيثيات قرار محكمه النقض الفلسطينية رقم ٢٠١٠/١٠٤ الصادر بتاريخ ٢٠١١/١١/٢٧ فيما يتعلق باستبعاد الاستجواب الذي قام به معاون النيابة والحجج القانونية التي استندت اليها المحكمه الموقرة ليتسنى للقارئ تقييم القرار والتعليق الوارد عليه من قبلنا:

(اما فيما يتعلق باقوال المتهم لدى النيابة العامه نجد ان معاون النيابة هو من قام باستجواب المتهم بموجب انتداب من وكيل النيابة العامه).

وفي هذا الخصوص نجد ان المادة ٩٥ من قانون الاجراءات الجزائية قد نصت على انه (يتولى وكيل النيابة العامه استجواب المتهم في الجنايات جميعها والجنح التي يرى استجوابه فيها).

كما نصت الفقرة الاولى من المادة ٦٨ من قانون السلطة القضائية لسنة ٢٠٠٢ على انه (يقوم باداء وظيفه النيابة العامه لدى المحاكم النائب العام او اي عضو من اعضاء النيابة العامه ويؤدي معاونو النيابة العامه ما ينتدبون له من اعمال تحت اشراف ومسؤولية المنوط بهم تدريبهم من اعضاء النيابة العامه).

وهذا ما اكدته الفقرة الثانية من المادة ٥٥ من قانون الاجراءات الجزائية على انه (للنائب العام او وكيل النيابة المختص تفويض احد اعضاء الضبط القضائي المختص بالقيام بأي عمل من اعمال التحقيق في دعوى محددة وذلك عدا استجواب المتهم في مواد الجنايات).

وفي الفقرة الرابعه من ذات المادة نصت على انه يتمتع المفوض في حدود تفويضه بجميع السلطات المخولة لوكيل النيابة.

وقد حددت مواد الباب الثالث من قانون الاجراءات الجزائية الصلاحيات التي يمارسها اعضاء النيابة العامه وهو النائب العام ومساعدوه ووكيل النيابة ويستمد هؤلاء صلاحياتهم من القانون مباشرة لا من رؤسائهم ولا يجوز لاي فئة ان تمارس عملاً او اجراء يعود لفئة اخرى في اية دعوى مما ينبغي على ذلك انه يجوز تفويض معاون النيابة العامه باتخاذ اي اجراء او تحقيق باستثناء استجواب المتهم في الجنايات مما يترتب على كل ذلك استبعاد اقوال المتهم لدى النيابة العامه من عداد البينة).

بموجب هذا القرار لا يعتبر معاون النيابة العامه في فلسطين من اعضاء النيابة العامه، اي انه لا يمارس اختصاصات النيابة العامه وانما يباشر فقط ما ينتدب له من اعمال تحقيقية ولا يتعدى كونه مأمور ضبط قضائي يتم انتدابه لاجراء تحقيقي معين، علماً ان محكمه النقض المصرية ذهبت الى عكس ذلك فقالت (ان معاون النيابة العامه لم يخرج عن كونه عضواً من اعضاء النيابة وانما له اختصاص محدد يتفق مع حداثة عهده بعمل النيابة) (نقض ٢٠ ابريل سنة ١٩٥٦ مجموعة احكام محكمه النقض س٧رقم ١٩٣ س ٦٨٨).

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

ونشير الى ان المشرع المصري سواء في قانونه الاجرائي او في قانون السلطة القضائية نظم عمل معاون النيابة، اي ان المشرع الفلسطيني تأثر منه بالمشرع المصري جاء بمنصب معاون النيابة، وبالعودة الى احكام التشريع المصري لا نجد ما يمنع معاون النيابة من اجراء الاستجواب سواء في الجنايات او الجنح، بالرغم من انه في التشريع المصري يمتنع على عضو النيابة انتداب مأمور ضبط قضائي في استجواب المتهم سواء في الجنح او الجنايات على حد سواء، وحسب المادة ٢٢ من قانون السلطة القضائية المصري يجوز تكليف معاون النيابة بتحقيق قضية باكملها، فيكون لمعاون النيابة جميع سلطات التحقيق في القضية التي يباشرها، وتطبيقاً لذلك قررت محكمه النقض المصرية بجواز انتداب معاون النيابة العامه لاحد مأموري الضبط القضائي للقيام ببعض اعماله كتفتيش شخص (نقض ٢٥ مارس سنة ١٩٦٣ مجموعه احكام محكمه النقض س ١٤ رقم ٤٥ ص ٢١٦ وكذلك نقض ٨ يونيه سنة ١٩٨٠ ص ٢١ رقم ١٤١ ص ٧٣١).

ونستغرب استخدام محكمه النقض الفلسطينية لاحكام مواد قانون الاجراءات الجزائية واحكام مواد قانون السلطة القضائية في حكمها الذي يصل بالنتيجة الى اعتبار معاون النيابة مأمور ضبط قضائي. فالمادة ٩٥ تحدثت عن وكيل النيابة العامه باعتباره هو من يملك صلاحية التحقيق في الجنح ويتوجب عليه الاستجواب في الجنايات جميعها، ولا نعلم ما علاقة معاون النيابة بهذا النص، بما ان وكيل النيابة العامه هو من يختص بالاستجواب في الجنح والجنايات فإنه بامكانه انتداب معاون النيابة العامه للاستجواب في الجنح والجنايات.

اما المادة ٦٨ من قانون السلطة القضائية المشار اليها في الحكم فهي تتحدث في مطلعها عن اداء اعضاء النيابة العامه لمهماتهم امام المحاكم ومعاون النيابة العامه هو وحسب ذات القانون من بين اعضاء النيابة العامه، وبذات النص يؤدي معاون النيابة العامه مهامه المنتدب بها من قبل وكيل النيابة المشرف على الجنايات كما هو حال مأمور الضبط القضائي، وهنا نتسائل هل يجوز قياس عمل مأمور الضبط القضائي على عمل معاون النيابة العامه على اعتبار ان كل منهما يعمل بموجب انتداب؟ ان جاز ذلك فيجوز لمأمور الضبط القضائي المثول بالمحاكم عدا محكمه النقض والعدل العليا كما هو حال معاون النيابة بموجب انتداب من وكيل النيابة؟ هذا غير صحيح.

على ما يبدوا ان محكمه النقض الفلسطينية في قرارها هذا تأثرت في رأي الدكتور محمود نجيب حسني والدكتور محمود محمود مصطفى اذ اعتبرا معاون النيابة العامه ليس عضو من اعضاء النيابة واعتبروه من مأموري الضبط القضائي، بمعنى ان محضره ان باشر تحقيقاً يعتبر محضر جمع استدلالات، (راجع في هذا الرأي الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون الاجراءات الجنائية، الجزء الاول، مرجع سابق ص ٧٦ القاهرة والكتاب الجامعي، ١٩٨٨، ص ٦١) وواضح ان رأي الدكتور محمود محمود

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

مصطفى في اعتبار معاون النيابة العامه مأمور ضبط قضائي مستند الى نص المادة ١٢١ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ والتي تنص على انه (يكون تعيين المعاونين بالنيابة على سبيل الاختيار) علماً ان هذا الرأي يخالف اتجاه محكمه النقض المصرية وقانون السلطة القضائية المصري (راجع موقف محكمه النقض المصرية في القرارات رقم نقض ٢٥ مارس سنة ١٩٦٣ مجموعه احكام محكمه النقض س ١٤ رقم ٤٥ ص ٢١٦ وكذلك نقض ٨ يونيه سنة ١٩٨٠ ص ٢١ رقم ١٤١ ص ٧٣١ نقض ٢٠ ابريل سنة ١٩٥٦ مجموعه احكام محكمه النقض س ٧ رقم ١٩٣ س ٦٨٨).

ومع ذلك وبالرغم من رأي الدكتور محمود نجيب حسني والدكتور محمود محمود مصطفى القاضي باعتبار معاون النيابة من مأموري الضبط القضائي فإنه لا يوجد ما يؤثر في ذلك على عمل معاون النيابة العامه في الاستجواب في الجنح والجنايات وممارسه عمله كأي عضو نيابة في مباشرة جميع اختصاصاتهم اذا ما تم ذلك بموجب انتداب من المسؤول عنه، وتطبيقاً لذلك اعتبرت محكمه النقض المصرية في احد قراراتها اعضاء النيابة العامه مأموري ضبط قضائي اذ قالت بخصوص انتداب قاضي التحقيق لاحد اعضاء النيابة العامه (اذا كان الواضح من امر الندب المكتوب على ذات اشارة الحادث المبلغه للنيابة العامه ان المندوب للتحقيق هو من اعضاء النيابة العامه، فإنه لا يلزم النص صراحة على درجته طالما ان جميع اعضاء النيابة العامه من مأموري الضبط القضائي) (نقض ٣٠ مايو سنة ١٩٦٠ مجموعه احكام النقض س ١١ ص ٥٠٨ رقم ٩٧ طعن رقم ٢٤١٥ لسنة ٢٩ق).

وقد يقول قائل بأن قانون السلطة القضائية المصري وبالتحديد المادة ٢٢ منه نصت على جواز تكليف معاون النيابة بتحقيق قضية بأكملها، وان المشرع الفلسطيني في قانون السلطة القضائية لم يضع مثل هذا النص، مما يعني قياس سلطة معاون النيابة على سلطات مأمور الضبط القضائي التي تقف عند الاستجواب في الجنايات في حال الانتداب، هذا قياس غير صحيح بدليل انه لو اراد المشرع الفلسطيني في تقييد صلاحيات معاون النيابة في الانتداب لنص على قيد من هذا النوع الامر الذي لم يفعله، واكثر من ذلك لم يقرن النص الخاص بعمل معاون النيابة بعمل مأمور الضبط القضائي كما فعل المشرع المصري في المادة ٢٢ حيث نصت على انه (مأموري الضبط القضائي يكونون فيما يتعلق باعمال وظيفتهم تابعين للنيابة العامه، ويجوز لها عند الضرورة تكليف معاون النيابة بتحقيق قضية بأكملها) نلاحظ على هذا النص بأن المشرع المصري قيد عمل مأموري الضبط القضائي بالانتداب المحدد الصادر لهم من عضو النيابة العامه وبذات الوقت وسع من عمل معاون النيابة حتى لا يفهم من النص بتقييد عمله والقياس على عمل مأمور الضبط القضائي.

وباعتقادي ان موقف المشرع الفلسطيني كان افضل من موقف المشرع المصري، الذي لم يقرن عمل معاون النيابة العامه بعمل مأمور الضبط القضائي، ولم ينص على اليه محددة ومنفصلة لتعيين

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

معاون النيابة للعمل لا في النيابة العامه كما فعل قانون السلطة القضائية المصري الذي جعل تعيينهم على سبيل الاختيار مما حدا بالفقهاء المصريين بالاختلاف حول طبيعه عمله ومسماه الوظيفي، بل تم ادراج معاون النيابة العامه في تشكيلة جهاز النيابة العامه ولم يفرده بالية محددة لتعينه كما فعل المشرع المصري، وخير فعل المشرع الفلسطيني عندما لم يأتي على ذكر معاون النيابة في النصوص المنظمة لعمل مأمور الضبط القضائي حتى في حال انتدابه، بل جاء النص على عمل معاون النيابة العامه في قانون السلطة القضائية في باب تشكيل النيابة العامه، فاعتبر معاون النيابة عضو فيها يأتي في السلم الهرمي في الادنى، وعندما تحدث عن عمل اعضاء النيابة العامه في المادة ٦٨ اطلق لهم جميع صلاحيات مباشرة الدعوى الجزائية في التحقيق والمثول امام المحاكم وفي نهاية النص اشترط فقط الانتداب له للعمل ممن هو منوط به تدريبه او الاشراف عليه في عمله، وعليه يكون عمل معاون النيابة مطلق من اي قيود سوى قيد الانتداب وما عدا ذلك فهو غير مقيد، فله التحقيق في قضية برمتها وله الاستجواب في الجنح والجنايات وله تمثيل النيابة العامه امام جميع المحاكم باستثناء محكمتي النقض والعدل العليا.

على ضوء كل ذلك نرى بأن حكم محكمه النقض الفلسطينية في غير محله، ولا يجوز القياس على حكم الفقه المصري الذي وان كنا نعارضه الا انه قد يكون له ما يبرره في ظل قانون السلطة القضائية المصري والتي جاءت نصوص قانوننا مختلفه بالكامل عنه، فمعاون النيابة هو عضو اصيل من اعضاء النيابة العامه نظم عمله قانون السلطة القضائية شأنه في ذلك شأن وكيل النيابة العامه الذي وحسب ذلك القانون يمتنع عليه من تمثيل النيابة العامه في محكمتي النقض والعدل العليا، وشأن رئيس النيابة العامه الذي اناط به مهمة تمثيل النيابة العامه في جميع المحاكم بالاضافه الى محكمتي النقض والعدل العليا، اللهم ان معاون النيابة العامه لا يؤدي عمله الا بالانتداب ممن ينوط به مهمة تدريبه، وعليه يكون له الاستجواب في الجنايات والجنح على حد سواء ويكون له الحق في تمثيل النيابة العامه امام جميع المحاكم باستثناء محكمتي النقض والعدل العليا بموجب الانتداب، ولا يعني ذلك في اي حال من الاحوال اعتبار معاون النيابة العامه مأمور ضبط قضائي بحاجة الى انتداب والانتداب لا يخوله الاستجواب في الجنايات كما ذهبت محكمه النقض الفلسطينية.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

احكام صادرة عن محكمه النقض في الدعاوى المدنية

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

نقض مدني
رقم: ٢٠١٠/٦١٨

السلطـــة الوطنيـــة الفلسطينيـــة

السلطـــة القضائيـــة

محكمـــة النقض

" الحكـــــــــــــــم "

الصادر عن محكمة النقض المنعقدة في رام الله المأذونه بإجراء المحاكمة وإصداره باسم الشعب العربي الفلسطيني.

الهيئة الحاكمة: برئاسة السيد القاضي/ سامي صرصور

وعضوية السادة القضاة: عبد الله غزلان، ايمان ناصر الدين، محمد سامح الدويك، عدنان الشعيبي

الطاعـــن: نضال محمود احمد اقحش/جنين

وكيله المحامي بدر عمارنة/جنين

المطـــعون ضده: عماد محمد أمين ابو بكر/جنين

وكيله المحامي محمد جرار/جنين

الإجـــــــــــــــراءات

تقدم الطاعن بواسطة وكيله بهذا الطعن بتاريخ ٢٠١٠/١٢/٦ لنقض الحكـم الـصادر عـن محكمة بداية جنين بصفتها الإستئنافية بتاريخ ٢٠١٠/١١/٣٠ في الاستئناف المدني رقم ٢٠٠٩/٤٠ القاضي بقبول الاستئناف موضوعاً وإلغاء الحكم المستأنف ورد دعوى المدعي وإلزامـه بالرسـوم والمصاريف ومائة دينار أتعاب محاماة.

يستند الطعن للاسباب التالية:-

١) الحكم المطعون فيه جاء مخالفاً للأمر رقم (١٢٧١) المعدل لقانون المالكين والمستأجرين والذي عرّف المالك في المادة ٢/أ بأنه صاحب حق التصرف في العقار حيث تبين لمحكمـة الدرجـة الأولى ان الطاعن كان يستلم ويدخل لذمته بدل الأجرة وكان صاحب حق التصرف المطلق فـي العقار".

الكاتـب **الرئيـس**

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

نقض مدني
رقم: ٢٠١٠/٦١٨

٢) الحكم المطعون فيه مخالف لأحكام الأمر المذكور من ناحية ان هذا الأمر لم يشترط اجتماع كافة فقرات المادة (٢) منه لتوفر صفة المالك وإنما اشترط لذلك فقرة واحدة من الفقرات الأربعة من المادة المذكورة وهذه الحالة هي التي تنطبق على الطاعن وانه المالك وله الحق الشرعي والقانوني باللجوء للقضاء منفرداً.

٣) الحكم المطعون فيه مخالف لأحكام المادة (٣) من قانون أصول المحاكمات والتجارية التي تنص على قبول أية دعوى أو طلب أو دفع أو طعن يكون لصاحبه مصلحة قائمة وتكفي المصلحة المحتملة.

٤) الحكم المطعون فيه مخالف للقانون ذلك ان شرط ان يكون المالك يملك ٥١% هي لمقاصد إدارة العقار وليس لحق اللجوء إلى القضاء.

٥) ان عقد الإيجار منظم بين والد الطاعن والمطعون ضده، وان والد الطاعن باع كامل حصته وهي الدار "المأجور" للطاعن، ولم يعترض أحد من الآخرين حيث كان يقبض بدل الأجرة بنفسه دون أي اعتراض من قبل باقي الشركاء بما في ذلك تخلية المطعون ضده، حيث تم تقسيم الدار الكبيرة بين الشركاء.

٦) لقد تم إخطار المطعون ضده بواسطة كاتب العدل ورغم مضي المدة القانونية لم يدفع بدل الأجرة المستحقة وقد أقر بذلك من خلال اللائحة الجوابية.

وطلب الطاعن قبول الطعن شكلاً ونقض الحكم المطعون فيه والحكم برد استئناف المطعون ضده موضوعاً وتصديق الحكم الصادر عن محكمة صلح جنين مع تضمين المطعون ضده الرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة.

تبلغ المطعون ضده حسب الأصول ولم يتقدم بلائحة جوابية.

المحكمـــــــــة

بالتدقيق والمداولة، ولما كان الطعن مقدماً في الميعاد مستوف لشرائطه الشكلية، تقرر قبوله شكلاً.

وفي الموضوع، وحيث تفيد الأوراق ان الطاعن أقام في مواجهة المطعون ضده الدعوى المدنية رقم ٢٠٠٩/١٥٥ لدى محكمة صلح جنين موضوعها "إخلاء مأجور والمطالبة ببدل أجور قيمتها ٢١٦٠ ديناراً أردنياً".

الكاتب **الرئيس**

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

نقض مدني
رقم: ٢٠١٠/٦١٨

باشرت المحكمة النظر في الدعوى، وبعد سماع بينات وأقوال الطرفين الختامية واستكمال الإجراءات لديها، أصدرت حكمها بتاريخ ٢٠٠٩/٦/٢١ الذي قضت بموجبه بإلزام المدعى عليه "المطعون ضده" بتخلية المأجور موضوع الدعوى، كما قضت بإلزامه بان يدفع للمدعي كامل المبلغ المدعى به مع الرسوم والمصاريف وخمسين ديناراً أتعاب محاماة مع الفائدة القانونية بواقع ٩% من تاريخ الادعاء وحتى السداد التام.

لم يقبل المدعى عليه "المطعون ضده" بالحكم فطعن فيه استئنافاً لدى محكمة بداية جنين بصفتها الاستئنافية في الاستئناف المدني رقم ٢٠٠٩/٤٠، والتي وبعد استكمال الإجراءات لديها اصدرت حكمها بتاريخ ٢٠٠٩/١١/١٧ قضت بموجبه برد الاستئناف شكلاً بداعي "عدم توقيع لائحة الاستئناف من قبل محام استناداً".

لدى طعن المستأنف "المطعون ضده" بالحكم نقضاً قررت محكمة النقض نقض الحكم الطعين بموجب قرارها رقم ٢٠٠٩/٤٢٩، تاريخ ٢٠١٠/٤/١٩ والمتضمن إعادة الأوراق إلى المحكمة الإستئنافية مصدرة الحكم.

سارت محكمة بداية جنين بصفتها الإستئنافية على هدي محكمة النقض، وبعد تكرار المرافعات أمامها وبهيئة مغايرة أصدرت حكمها بتاريخ ٢٠١٠/١١/٣٠ الذي قضت بموجبه بقبول الاستئناف موضوعاً وإلغاء الحكم المستأنف ورد دعوى المدعي "الطاعن" وإلزامه بالرسوم والمصاريف ومائة دينار أتعاب محاماة والذي لم يرتضيه الطاعن فتقدم للطعن فيه بموجب هذا الطعن.

وعن أسباب الطعن وحاصلها النعي على المحكمة مصدرة الحكم الخطأ في تطبيق أحكام الامر رقم (١٢٧١) المعدل لبعض أحكام قانون المالكين والمستأجرين، وان حق الطاعن يبقى قائماً في اقامة هذه الدعوى حتى ولو لم يكن مالكاً لما نسبته أكثر من ٥٠% من حصص الملكية في العقار، وان متطلبات هذه النسبة هي لغايات إدارة العقار وبيعه وتأجيره، أما حق اللجوء إلى القضاء فيبقى محكوماً بما نصت عليه المادة (٣) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية.

الكاتب **الرئيس**

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

نقض مدني
رقم: ٢٠١٠/٦١٨

فإننا وفي ذلك نجد بان المحكمة مصدرة الحكم الطعين إذ قضت بقبول الاستئناف موضوعاً وإلغاء الحكم المستأنف ورد دعوى المدعي "الطاعن" حملته على صحيح تطبيق القانون، مستندة في ذلك لبينات وأوراق لها أصل ثابت في ملف الدعوى، وعللت حكمها تعليلاً قانونياً سليماً نقرها على ما توصلت إليه وخلصت إليه في حكمها.

ذلك ان الأمر رقم (١٢٧١) المعدل لبعض أحكام قانون المالكين المستأجرين رقم ٦٢ لسنة ١٩٥٣ قد عرّف المالك بأنه "صاحب حق التصرف في المؤجر (المؤجر) أو من يملك أكثر من نصف الحصص في العقار أو صاحب إدارة في العقار، أو أي شخص تنتقل إليه ملكية العقار".

ولما كان المدعي "الطاعن" قد اخفق في إثبات هذه الصفة (حيث انه يملك حصتين من أصل عشرة حصص في العقار موضوع الدعوى)، وفقاً لما هو ثابت في هذه الدعوى ووفقاً لما توصلت إليه المحكمة مصدرة الحكم، فإن الطاعن يغدو والحالة هذه غير ذي صفة في تحريك دعوى التخلية هذه، ولا يحق له أيضاً ابتداءً توجيه إخطار عدلي للمستأجر "المطعون ضده" استناداً لمؤدى أحكام قانون المالكين والمستأجرين والأمر رقم (١٢٧١) سالف الإشارة.

وبالبناء على ما تقدم فانه لا يرد قول الطاعن في أسباب الطعن (ان المقصود بالمالك، الذي يملك نسبة ٥١% هو لغايات إدارة العقار سواء بيعه أو تأجيره، وان حق اللجوء إلى القضاء هو لأي شخص له مصلحة في ذلك وفق أحكام المادة (٣) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية) ذلك ان هذا القول لا ينسجم مع الأحكام الواردة في الأمر (١٢٧١) المشار إليه ولا مع أحكام قانون المالكين والمستأجرين حيث وضع الأمر المذكور آنفاً ضوابط واضحة فيما يتعلق بالمالك والني تبعا لها تتحقق الصفة الواجب توافرها لإقامة دعوى التخلية.

وعليه، وحيث لم يثبت ان الطاعن ذو صفة تخوله إقامة دعوى التخلية، كونه ليس المالك وفق أي من الأحوال الثلاثة المبينة في الأمر المعدل لقانون المالكين والمستأجرين المشار إليه آنفا، فإن أسباب الطعن تغدو واقعة في غير محلها مستوجبة الرد.

لهذه الأسباب

تقرر المحكمة رد الطعن موضوعاً، وتضمين الطاعن بالرسوم والمصاريف وسبعين ديناراً أتعاب محاماة.

حكما صدر تدقيقا باسم الشعب العربي الفلسطيني بتاريخ ٢٠١٢/٢٨/٢٨

الكاتب **الرئيس**

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

قراءة في قرار محكمه النقض رقم ٦١٨ / ٢٠١٠
الصادر عن محكمه نقض رام الله

تعليق المحامي محمد نصر ابو صيني - الاردن

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

قراءة في قرار محكمه النقض رقم ٦١٨ / ٢٠١٠ الصادر عن محكمه نقض رام الله

المحامي
محمد نصر ابو صيني
«الاردن»

المبدأ القانوني الذي توصلت اليه محكمه النقض هو :

ان الامر رقم (١٢٧١) المعدل لبعض احكام قانون المالكين والمسأجرين رقم ٦٢ لسنة ١٩٥٣ قد عرف المالك بأنه صاحب حق التصرف في المؤجر او من يمتلك اكثر من نصف الحصص في العقار او صاحب ادارة في العقار او اي شخص تنتقل اليه ملكية العقار.

ولما كان المدعي «الطاعن» قد اخفق في اثبات هذه الصفه حيث انه يملك حصتين من اصل عشرة حصص في العقار موضوع الدعوى وفقاً لما هو ثابت في هذه الدعوى ووفقاً لما توصلت اليه المحكمه مصدرة الحكم فإن الطاعن يغدو والحالة هذه غير ذي صفه في تحريك دعوى التخلية هذه ولا يحق له ابتداءاً توجيه اخطار عدلي للمستأجر «المطعون ضده» استناداً لمؤدى احكام قانون المالكين والمستأجرين والامر (١٢٧١) سالف الاشارة.

والبناء على ما تقدم فإنه لا يرد قول الطاعن في اسباب الطعن ان المقصود بالمالك الذي يملك نسبة ٥١٪ هو لغايات ادارة العقار سواء بيعه او تأجيره وان حق اللجوء الى القضاء هو لأي شخص له مصلحة في ذلك وفق احكام المادة «٣» من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية ذلك ان هذا القول لا ينسجم مع الاحكام الواردة في الامر (١٢٧١) المشار اليه ولا مع احكام قانون المالكين والمستاجرين حيث وضع الامر المذكور آنفاً ضوابط واضحة فيما يتعلق بالمالك والتي تبعاً لها تتحقق الصفه الواجب توافرها لاقامة دعوى التخلية وعليه وحيث لم يثبت ان الطاعن ذو صفه تخوله اقامه دعوى التخلية كونه ليس المالك وفق اي من الاحوال الثلاثة المبينه في الامر المعدل لقانون المالكين والمستأجرين المشار اليه آنفاً فإن اسباب الطعن تغدو واقعه في غير محلها مستوجبة الرد.

ملخص وقائع الطعن

يستند الطاعن في اسباب طعنه للاسباب التالية:

١. لحكم المطعون فيه جاء مخالفاً للامر رقم (١٢٧١) المعدل لقانون المالكين والمستأجرين والذي عرف المالك في المادة ٢/أ بأنه صاحب حق التصرف في العقار حيث تبين لمحكمه الدرجة الاولى ان الطاعن كان يستلم ويدخل لذمته بدل الاجرة وكان صاحب حق التصرف المطلق في العقار.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

٢. الحكم المطعون فيه مخالف لاحكام الامر المذكور من ناحية ان هذا الامر لم يشترط اجتماع كافه فقرات المادة ٢ منه لتوفر صفه المالك وانما اشترط لذلك فقرة واحدة من الفقرات الاربعه من المادة المذكورة وهذه الحالة هي التي تنطبق على الطاعن وانه المالك وله الحق الشرعي والقانوني باللجوء الى القضاء منفرداً.

٣. الحكم المطعون فيه مخالف لاحكام المادة ٣ من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية التي تنص على قبول اية دعوى او طلب او دفع او طعن يكون لصاحبه مصلحة قائمة وتكفي المصلحة المحتمله.

٤. الحكم المطعون فيه مخالف للقانون ذلك ان شرط ان يكون المالك يملك ٥١٪ هي لمقاصد ادارة العقار وليس لحق اللجوء الى القضاء.

٥. ان عقد الايجار منظم بين والد الطاعن والمطعون ضده وان والد الطاعن باع كامل حصته وهي الدار «المأجور» للطاعن ولم يعترض احد من الاخرين حيث كان يقبض بدل الاجرة بنفسه دون اي اعتراض من قبل باقي الشركاء بما في ذلك تخلية المطعون ضده حيث تقسيم الدار الكبيرة بين الشركاء.

٦. لقد تم اخطار المطعون ضده بواسطة كاتب العدل ورغم مضي المدة القانونية لم يدفع بدل الاجرة المستحقة وقد اقر بذلك من خلال اللائحة الجوابية.

وطلب الطاعن قبول الطعن شكلاً ونقض الحكم المطعون فيه والحكم برد استئناف المطعون ضده موضوعاً وتصديق الحكم الصادر عن محكمه صلح جنين مع تضمين المطعون ضده الرسوم والمصاريف واتعاب المحاماة.

يتضح من ملخص الدعوى بأن الطاعن ينعى على المحكمه مصدرة الحكم الخطأ في تطبيق احكام الامر (١٢٧١) المعدل لبعض احكام قانون المالكين والمستأجرين وان حق الطاعن يبقى قائماً في اقامه هذه الدعوى حتى ولو لم يكن مالكاً لما نسبته ٥١٪ من حصص الملكية في العقار وان متطلبات هذه النسبة هي لغايات ادارة العقار وبيعه وتأجيره اما حق اللجوء الى القضاء فيبقى محكوماً بما نصت عليه المادة ٣ من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية.

ويفهم من اسباب الطعن اعلاه وهو ما توصلت اليه المحكمه ان الطاعن ليس مالكاً لما نسبته اكثر من ٥٠٪ من العقار الذي يطالب بإخلائه ، ويدعي ان له الحق بإقامه دعوى الاخلاء على الرغم من عدم توفر ملكيته للنسبة كما هي مبينة في الامر رقم (١٢٧١) المعدل لقانون المالكين والمستأجرين.

وبالرجوع للامر العسكري رقم ١٢٧١ والذي جاء ليعدل قانون المالكين والمستأجرين رقم ٦٢ لسنة ١٩٥٣ المادة الثالثة منه **فقد عرف المالك او المتصرف** «بأنه هو الذي يملك اكثر من نصف حق الملكية او اصحاب حق ادارة العقار او اي شخص تنتقل اليه ملكية العقار» اي ان القانون استوجب لاقامة مثل هذه الدعوى ان يكون عدد حصص المالكين اكثر من ٥٠٪ .

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

في التعليق على القرار المذكور:

ان الامر رقم (١٢٧١) المعدل لبعض احكام قانون المالكين والمستأجرين رقم ٦٢ لسنة ١٩٥٣ **عرف المالك بأنه من يملك حق التصرف فيما يؤجره او الشريك الذي يملك ما يزيد على نصف العقار ... وبالتالي، فإن هذه الدعوى مقامه من شخص ليس صاحب صفه لانه لا يملك اكثر من نصف العقار المأجور، وبالتالي، لا تكون الخصومة متوافرة بين طرفي الدعوى واقامه الدعوى من المدعي ابتداءاً يكون غير صحيح لعدم توافر شرط الملكية، ويكون ما توصلت المحكمه سليماً متفقاً مع النص.**

وبما ان التعريف للمالك جاء في قانون خاص وهو قانون المالكين والمستأجرين ، فهو القانون الاولى بالتطبيق حيث يسري حكم هذا النص على العلاقة بين المالك والمستأجر، لان القانون الخاص اولى بالتطبيق من القانون العام ، اذ ان قانون اصول المحاكمات قانون عام واذا تعارض العام والخاص فيقدم الخاص على العام.

اما ما ذكره الطاعن من ان نص الامر المشار له اعلاه يتعلق بما يختص في ادارة العقار؟ فهو قول يدحضه النص الصريح ، فالنص توجه لتعريف المالك الذي يملك حق مباشرة التقاضي وحق الادارة وحق توجيه الاخطارات العدلية وكل ما يلزم لاقامه الدعوى، وفي حال عدم توفر النسبة اي اكثر من ٥٠٪ من ملكية العقار فيمن يباشر الدعوى فيكون قد فقد عنصراً اساسياً من شروط صفه من يملك اقامه الدعوى الا وهو حق اغلبية الملكية.

كما ان قبض الطاعن لاجرة المأجور، لا يحوله الى مالك حق التقاضي، لان قبض الاجرة ليس شرطاً من الشروط الواردة في تعريف المالك الذي يملك حق اقامه الدعوى والمطالبة بالاخلاء وحق توجيه الاخطارات العدلية وفق احكام الامر ١٢٧١ المذكور، خاصة وان المالك يستطيع ان يكلف اي شخص بقبض الاجرة.

يضاف لذلك، فإذا كان والد الطاعن هو من قام بالتأجير للعقار، وهو لا يملك النسبة المقررة للقانون، فإن ذلك يحكمه النصوص المتعلقة بالفضولي، والتي تتوقف على اجازة المالك، وبالتالي وان اجاز المالك العقد الذي عقده الشريك الذي لا يملك الاغلبية في العقار فإن هذه الاجازة لا تحول الشريك الى صاحب صفه في اقامه الدعاوى بخصوص المأجور، لان نص الامر اعلاه قد حدد صراحة من ينطبق عليه وصف المالك صاحب الصفه في اقامه الدعاوى وهو من يملك اكثر من ٥٠٪ من العقار.

اما بالنسبة للمصلحة الواردة في المادة ٣ من قانون اصول المحاكمات المدنية فهي معلقة على ان تكون المصلحة متفقه وحكم القانون، وبما ان حكم القانون قد حدد وصف المالك وصفته بأنه الشخص الذي يملك اكثر من ٥٠٪ من ملكية العقار، وهذا مالم يتوفر في الطاعن وبالتالي فإن الطاعن لا تتوفر له المصلحة ولا الصفه التي تعطيه الحق بإقامه دعوى الاخلاء او توجيه الانذارات.

وبما ان المحكمه قد توصلت الى هذه النتيجة فيكون قرارها موافقاً للقانون والاصول.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

حوارات قانونية

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

ضوابط سلطـة رئيـس الدولـة في التشريع في حالـة الضـرورة
«تعليق على القرار بقانون بتعديل قانون المحكمة الدستورية الفلسطينية»

بقلم المستشار الدكتور
عبد العزيز محمد سالمان
رئيس هيئة المفوضين
بالمحكمة الدستورية العليا المصرية

بتاريخ ٢٠١٢/١٠/٣٠ أصدر السيد رئيس دولة فلسطين، رئيس اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير الفلسطينية، رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية قراراً بقانون بتعديل قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٣ لسنة ٢٠٠٦ مستنداً إلى صلاحياته التشريعية المقررة بالدستور وبصفة خاصة المادة ٤٣ منه. والواضح أن السيد رئيس الدولة الفلسطينية قد ارتكن إلى وجود حالة ضرورة تخوله التشريع في مسالة تتعلق بتنظيم أحد أهم أركان السلطة القضائية «المحكمة الدستورية العليا» بعيداً عن المجلس التشريعي المنوط به التشريع.

– وبعيداً عن التعرض لأحكام القرار بقانون المشار إليه من الناحية الموضوعية ولا ما تناوله من أحكام تتعلق بتشكيل المحكمة الدستورية العليا واستقلالها وضمانات عدم قابلية أعضائها للعزل، نتناول التعليق على أسلوب ما تناوله من أحكام تتعلق بتشكيل المحكمة الدستورية العليا واستقلالها وضمانات عدم قابلية أعضائها للعزل، نتناول التعليق على أسلوب إصدار القرار بقانون ومدى توافقه أو تعارضه مع القانون الأساسي الفلسطيني وبصفة خاصة مدى تعارضه مع المادة (٤٣) من ذلك القانون الأساسي التي أبانت عن ضوابط التشريع بمعرفة رئيس الجمهورية في حالة الضرورة، وذلك خلال عدة نقاط:

١. التشريع في الظروف العادية والاستثنائية.
٢. ضوابط ممارسة رئيس الجمهورية للتشريع في حالة الضرورة.
٣. تحديد مفهوم الضرورة.
٤. من المنوط به تقدير قيام حالة الضرورة.
٥. خطورة إصدار القرارات بقوانين.
٦. رقابة السلطة التشريعية على القرارات بقوانين (إقرار المجلس التشريعي لتلك القرارات لا يعني تطهيرها من العوار الدستوري).
٧. رقابة القضاء الدستوري على القرارات بقوانين الصادرة في حالة الضرورة.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

١- التشريع في ضوء مبدأ فصل السلطات:

يعتبر مبدأ الفصل بين السلطات في تفسيره السليم، قاعدة من قواعد فن السياسة، تمليه الحكمة السياسية.

يقضي هذا المبدأ بإسناد عناصر السيادة إلى أفراد أو هيئات مستقلة بعضها عن بعض. إذ أن وظائف الدولة تقسم إلى ثلاث وظائف تشريعية، وتنفيذية وقضائية حيث يناط بالسلطة التشريعية مهمة التشريع، والسلطة التنفيذية يناط بها تنفيذ القوانين، بينما تختص السلطة القضائية بتطبيق القانون على المنازعات التي تثور أمامها بين الأفراد بعضهم بعضاً أو بين الأفراد والحكومة [١].

والنظام النيابي البرلماني يقوم على الفصل بين السلطات مع التعاون والرقابة المتبادلة بين تلك السلطات.

وإنطلاقاً من هذا التعاون والرقابة المتبادلة فإن كثير من الدساتير كالدستور المصري والفلسطيني قد نصت صراحة على منح رئيس الدولة دوراً أساسياً في عملية التشريع في الظروف العادية والاستثنائية، والدور الذي يلعبه رئيس الدولة في التشريع في الظروف الاستثنائية هو دور استثنائي له حدود ضيقة لا يستطيع القيام به إلا على سبيل الاستثناء.

ذلك أن الأصل أن سلطة سن التشريع منوط بالمجلس التشريعي يتولاها بنفسه، وقد أورد هذا الأصل الدستور المصري في المادة ٨٦ منه، والتي يجري نصها على أن «يتولى مجلس الشعب سلطة التشريع، ويقر السياسة العامة للدولة والخطة العامة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية، والموازنة العامة للدولة، كما يمارس الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية، وذلك كله على الوجه المبين بالدستور».

وإذا كان هذا هو الأصل، فإن الدساتير– توازناً بين ما يقتضيه الفصل بين السلطتين التشريعية والتنفيذية من تولي كل منهما لوظائفهما في المجال المحدد لها أصلاً، وما يقتضيه صون كيان الدولة وإقرار النظام في ربوعها إزاء ما قد تواجهه، فيما بين أدوار انعقاد السلطة التشريعية أو حال غيابها، من مخاطر تعتبر في ذاتها أحوالاً استثنائية تتطلب التدخل التشريعي العاجل لمنعها أو للسيطرة عليها أو الحد منها – أجازت للسلطة التنفيذية – استثناء من الأصل – التشريع بالقدر الذي يلزم لمواجهة هذه الأوضاع والظروف الطارئة.

وإذا كان التشريع من قبل السلطة التنفيذية – رئيس الجمهورية – هو استثناء، فيلزم أن يتحدد في الإطار الضيق الذي تستلزمه حالة الضرورة وبشروطها التي توردها الدساتير.

وقد أعطت المادة ١٤٧ من الدستور المصري لرئيس الجمهورية الحق في إصدار قرارات لها قوة القانون يتخذ من خلالها تدابير لا تحتمل التأخير، وقد جرى نص هذه المادة على أنه: «إذا حدث في غيبة مجلس الشعب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير جاز لرئيس الجمهورية أن

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

يصدر في شأنها قرارات تكون لها قوة القانون. ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائماً. وتعرض في أول اجتماع له في حالة الحل أو وقف جلساته، فإذا لم تعرض زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثارها بوجه آخر» [٢].

وقد رددت المادة (٤٣) من القانون الأساسي الفلسطيني ذات المضمون السابق مع خلاف يسير في بعض التفصيلات.

وإذا كان الاستثناء المشار إليه يجب أن يكون في حدود مواجهة الضرورة والحالة التي طرأت دون تجاوز فلا ينبغي التوسع فيه بحيث تتحول هذه الرخصة التشريعية إلى سلطة تشريعية كاملة ومطلقة لا قيد عليها ولا عاصم من جموحها وانحرافها.

ذلك أن حقوق الإنسان وحرياته التي ينتظمها الدستور أو التي ترد في إعلانات الحقوق أو تلك التي يكون مصدرها المباشر المشرع العادي يجب ألا يشملها التنظيم أو التقييد بأداة أقل من القانون الذي يصدر عن السلطة التشريعية ذاتها، ومن خلال حوار يديره أعضائها، حواراً جاداً وحقيقياً وعلنياً ذلك أنه لا ينبغي أن يكون الحوار حول مضمون القانون ومقاصده خفياً واقعاً خلف جدران مغلقة، وإنما يقوم هذا الحوار على آراء مختلفة تصارع بعضها البعض، وتتنوع اتجاهاتها، وتتعدد مداخلها، وتتزاحم القيم التي تدور حولها، فلا تتوافق هذه الآراء فيما بينها، ولكنها قد تتعارض في جملتها، ليخرج القانون من رحمها على ضوء حلول توفيقية يزيل ما بين مواد القانون من تناقض وما بين المصالح المثارة فيه من تخالف، فلا يكون القانون في صورته النهائية غير حصاد آراء متوافقة – وعلى الأقل في العريض من خطواتها – لينجو من تدخل السلطة التنفيذية التي لا يجوز لها أن تؤثر في نصوص القانون بضغوطها أو باغواءاتها، ولا أن تعطل مباشرة السلطة التشريعية لاختصاصاتها التي تمارسها في الحدود التي نص الدستور عليها [٣].

٢- ضوابط ممارسة رئيس الدولة للتشريع في حالة الضرورة:

إذا كان سن القوانين هو اختصاص أصيل للسلطة التشريعية تباشره وفقاً للدستور، فإن الدستور الفلسطيني موازنة من جانبه بين ما يقضيه الفصل بين السلطات وخاصة السلطتين التشريعية والتنفيذية من تولي كل منهما لوظيفتها في المجال المحدد لها أصلاً، وبين ضرورات المحافظة على كيان الدولة وإقرار النظام في ربوعها إزاء ما قد تواجهه – فيما بين أدوار انعقاد البرلمان – من مخاطر تلوح نذرها أو تشخص الأضرار التي تواكبها، فإن الدستور قد أجاز للسلطة التنفيذية – ممثلة في رئيس الدولة – التدخل بالتشريع لمواجهة هذه الحالات الطارئة، وفي ذلك تنص المادة (٤٣) من القانون الأساسي على أن «لرئيس السلطة الوطنية في حالات الضرورة التي لا تحتمل التأخير في غير أدوار

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

انعقاد المجلس التشريعي، إصدار قرارات لها قوة القانون، ويجب عرضها على المجلس التشريعي في أول جلسة يعقدها بعد صدور هذه القرارات وإلا زال ما كان لها من قوة القانون. أما إذا ما عرضت على المجلس التشريعي على النحو السالف ولم يقرها زال ما يكون لها من قوة القانون».

والمستفاد من حكم هذه المادة أن ثمة ضابطين رئيسيين يتعين توافرها أمام السلطة التنفيذية حتى تستطيع أن تتدخل لإصدار قرارات بقوانين تكون لها ذات قوة القانون ويتمثل هذين الضابطين في الآتي:

أولاً: أن يكون المجلس التشريعي غائباً. والغيبة هنا تنطبق على حالة حل المجلس أو وقف جلساته أو أن يكون المجلس في إجازة ما بين أدوار الانعقاد. ولئن كان نص المادة ٤٣ من القانون الأساسي الفلسطيني قد أورد أن «لرئيس السلطة الوطنية في حالات الضرورة التي لا تحتمل التأخير في غير أدوار انعقاد المجلس التشريعي .....» فإن تفسيرها يجب أن يتم استناداً إلى أصلها التي أخذت منه وهو نص المادة ١٤٧ من الدستور المصري والتي تعطي لرئيس الدولة الحق في إصدار قرارات بقوانين في حالة غياب المجلس التشريعي أياً كان سبب هذا الغياب.

ثانياً: أن تطرأ خلال هذه الغيبة أموراً تقتضي التدخل لعلاجها ومواجهتها بصورة سريعة وحاسمة لا تحتمل التأخير أو الانتظار لحين انعقاد المجلس التشريعي. أي أن تقوم بالبلاد حالة ضرورة.

وتقدير قيام الضرورة لا يخضع لمعيار ثابت، وإنما يتغير بتغير الظروف والأوضاع.

وما يعتبر ضرورة في وقت من الأوقات قد لا يعتبر كذلك في وقت آخر، وسوف نحاول تحديد مفهوم الضرورة في القانون الدستوري.

٣- تحديد مدلول الضرورة في القانون الدستوري [٤] :

نستطيع أن نقول بصفة مبدئية أن حالة الضرورة – في نطاق القانون الدستوري – توجد كلما وجدت الدولة في وضع لا تستطيع فيه أن تواجه أخطاراً معينة سواء كان مصدرها داخلياً أو خارجياً إلا بالتضحية بالاعتبارات الدستورية التي لا يمكن – أو يفترض أنه لا يمكن – تجاوزها في الأوضاع العادية. ولكن توضيح المفهوم يقتضي بالضرورة تحديد الحقوق والمصالح الجوهرية التي يحميها القانون الدستوري. والقانون الدستوري هو الذي يحدد شكل السلطات العامة في الدولة وكيف تقوم وما هي اختصاصاتها وكيف تمارس هذه الاختصاصات ، وعلاقة السلطات ببعضها وعلاقتها بالأفراد وما تثيره تلك العلاقة مما يتعلق بالحريات – والواجبات والحقوق العامة للمواطنين.

وللقول بوجود حالة الضرورة، فإنه لابد من وجود خطر يتهدد حقاً دستورياً جوهرياً، ونقول حقاً ونقصد المعنى الواسع للكلمة، فالاختصاص الدستوري لجهاز من أجهزة الدولة أو سلطة من سلطانها هو حق من حقوق هذا الجهاز أو تلك السلطة، كذلك فإن استمرار مؤسسة دستورية معينة يماثل تماثل الحق في الحياة بالنسبة لهذه المؤسسة، وتهديد استمرار الوجود أو تهديد حق لسلطة أو جهاز أو مؤسسة

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

دستورية – مثل ذلك التهديد يمثل الخطوة الأولى للقول بقيام الركن الموضوعي من ركني نظرية حالة الضرورة.

لابد إذن من وجود خطر يهدد «موضوعاً» دستورياً. هذا «الموضوع الدستوري» قد يكون سلطة من سلطات الدولة وقد يكون مؤسسة من مؤسساتها الدستورية وقد يكون التنظيم القانوني للحقوق والحريات على النحو الذي صاغه دستور الدولة.

وهذا الخطر يتعين أن يكون خطراً جسيماً وأن يكون خطراً حالاً.

ذلك أن الأخطار العادية تواجهها التنظيمات العادية ولا يمكن أن تخلو حياة الدول من أخطار، وما وجدت أجهزة القمع إلا من أجل مواجهة تلك الأخطار العادية في حدود التنظيم القانوني العادي.

الأخطار العادية ليست هي الأخطار المؤدية إلى تحريك حالة الضرورة، ولكن الخطر يجب أن يكون جسيماً. ولكن ما هو معيار الجسامة؟.

ولا يوجد مقياس مادي تقاس به جسامة الخطر المؤدي لحالة الضرورة، ولكن ذلك الخطر يجب أن يخرج عن حدود المعتاد الذي يحدث بين وقت وآخر، إن ذلك الخطر يجب أن يكون ذا طبيعة استثنائية حتى يمكن أن يقال إنه خطر جسيم ذلك أن الخطر المعتاد المتوقع يمكن أن يحسب حسابه ويمكن أن يواجه بالطرق العادية وبالأنظمة القانونية العادية. وعلى ذلك نستطيع أن نقول أن الخطر الجسيم هو خطر غير متوقع وغير ممكن دفعه والتغلب عليه بمراعاة الأنظمة القانونية العادية، كذلك فإن هذا الخطر – في إطار القانون الدستوري – يتعين أن يكون مهدداً «لموضوع دستوري» جوهري. ولعل بعض الأمثلة هنا توضح المعنى أكثر من الشروح. فهياج الأهالي في بلد من البلاد ضد مجلس القرية واحتلال مبنى هذا المجلس يمثل واقعة خطيرة ولكنه من نوع الأخطار التي يمكن أن يتغلب عليها بالوسائل القانونية العادية، ولكن قيام عصيان مسلح ووصول القائمين عليه إلى الاستيلاء على مبنى البرلمان، ومنعه من الانعقاد هو من نوع الخطر الجسيم غير المتوقع والذي لا يمكن دفعه – في الغالب- مع المحافظة على الأنظمة القانونية العادية [٥] .

الموضوع الذي يلحقه التهديد من ناحية. ومدى الخطر نفسه من ناحية أخرى هما اللذان يحددان جسامة الخطر، يجب أن يكون الموضوع المهدد – جهازاً أو مؤسسة أو سلطة أو حقاً – موضوع دستورياً وأن يكون التهديد من الجسامة بحيث لا يمكن مواجهته في إطار الأوضاع الدستورية العادية.

والخطر الجسيم قد يكون خارجياً في صورة إعلان حرب أو شروع في غزو أو تهديد جدي خطير يوشك وقوع ذلك. وقد يكون الخطر داخلياً في صورة عصيان مسلح لدى قطاع واسع من قطاعات الشعب أو إضراب عام يشل مرافق الحياة العامة أو أزمة اقتصادية تهز الحياة الاقتصادية هزاً عنيفاً وتوشك أن تحدث كوارث اجتماعية أو وباء كاسحاً أو طوفاناً لا تجدي في دفعه الوسائل العادية أو كارثة من كوارث الطبيعة يتعدى نطاقها الحدود العادية. هذه كلها أمثلة للخطر الجسيم.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

وإذا كان ذلك هو الخطر الجسيم – فيما نذهب إليه – فما هو الخطر الحال؟
لا يمكن أن يكون الخطر حالاً إذا كان خطراً متوهماً لم يتحقق بعد.
ولا يمكن أن يكون الخطر حالاً إذا كان من الممكن التنبؤ به قبل وقوعه بفترة طويلة بحيث يجري الأعداد لمواجهته. كذلك فإن الخطر لا يكون حالاً إذا كان قد وقع بالفعل وانتهى أمره وأحدث أثره.
ولكن الخطر يكون حالاً إذا كان على وشك الوقوع على نحو مؤكد أو أن يكون قد بدأ فعلاً ولكنه لم ينته بعد.
وذلك أن انتهاء الخطر بمعنى وقوع الفعل نفسه وانتهائه – في إطار القانون الدستوري – لابد وأن ينتهي بتغيير التنظيم الدستوري نفسه مما لا يعود معه مجال للقول بوجود خطر أو إثارة لنظرية الضرورة أو ما إلى ذلك – سيكون هناك واقع جديد له حكم جديد. ولذلك فإن الخطر الذي يثير – نظرية الضرورة – يتعين أن يكون جسيماً وأن يكون حالاً ولكنه لم يكتمل بعد ولم يصل إلى مداه الذي يقصده إليه أصحابه.
لابد إذن وأن يكون الخطر جسيماً وحالاً على ذلك النحو الذي عرضناه. ولكن من الذي يناط به تقدير أن الخطر هو فعلاً خطر جسيم وحال مما يؤدي إلى اللجوء إلى نظرية الضرورة؟ [٦]
هذا هو – بصفة عامة – المفهوم الدستوري لحالة الضرورة.

٤- من المنوط به تقدير قيام حالة الضرورة:

تقدير قيام حالة الضرورة التي تستلزم إصدار القرار بقانون منوط برئيس الدولة مصدر القرار فهو الذي يقدر وجود الضرورة وهو الذي يقرر متى يتدخل لمواجهتها، لكن ذلك كله يتم تحت رقابة السلطة التشريعية الأصلية إذ لا تستقل السلطة التنفيذية بتقدير هذه الحالة.
ورقابة المجلس التشريعي تأتي من أن الدستور أوجب عرض هذه القرارات على المجلس التشريعي في أول جلسة يعقدها بعد صدور هذه القرارات ورتب على عدم العرض أثراً هاماً وهو زوال ما كان لها من قوة القانون بأثر رجعي، على تفصيل سوف تتناوله فيما بعد.

٥- خطورة إصدار القرارات بقوانين:

تأتي خطورة إصدار قرارات بقوانين في أنها تماثل القوانين في قوتها وليست محدودة بإطار محدد ولا مقيدة بنوعية معينة من الموضوعات، وإنما تتناول بالتنظيم كل ما يتناوله القانون.
وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا المصرية على ذلك في أكثر من موضع ومن ذلك على سبيل المثال حكمها الصادر بجلسة ١٩٩٥/٩/٢ في القضية رقم ١٤ لسنة ٢٧ قضائية «دستورية» حيث قررت «حيث إن الدستور بعد أن نص فى المادة (١٦٥) على أن السلطة القضائية مستقلة تتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، قرنها بالمادة (١٦٧) التى تفوض المشرع فى تحديد الشروط التى يُعَيَّنَ أو ينقل على ضوئها من يباشرون الوظيفة القضائية، ويتولون شئونها؛ وكان من المقرر أن كل مايتصل بشروط خدمتهم، بما فى ذلك مرتباتهم ومعاشاتهم وسن تقاعدهم، وعدم قابليتهم للعزل، ضمانة

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

أساسية لايستقيم عملهم بدونها، ويكفلها الدستور أو القانون أو كلاهما. متى كان ذلك، وكان قضاء المحكمة الدستورية العليا، قد جرى على أن القرارات بقوانين التى تصدر عن رئيس الجمهورية - إعمالاً لسلطاته الدستورية المنصوص عليها فى المادتين (١٠٨، ١٤٧) من الدستور-، لها بصريح لفظها قوة القانون، وأنها بذلك يجوز أن تتناول بالتنظيم كل المسائل التى عهد الدستور إلى المشرع بتنظيمها بقانون، فإن القواعد التى عدل بها القرار بقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩٣- آنف البيان - سن التقاعد للقضاة - ومن فى حكمهم - بزيادتها إلى أربع وستين عاماً، لاتنال من استقلال السلطة القضائية، ولاتمثل تدخلاً فى شئونها؛ بالقدر - وفى الحدود - التى تقوم فيها هذه القواعد على أسس موضوعية لها معينها. وحيث إن البين من المذكرة الايضاحية لمشروع القرار بقانون آنف البيان، أن الإهدار المتزايد للثروة القضائية العريضة - وبوجه خاص فى خبراتها الأعلى وزناً وقدراً - كان يتفاقم يوماً بعد يوم، مما حتم اتخاذ إجراء عاجل فى شأنها، يكفل عدم استنزافها، ويضمن اتصال حلقاتها، تأميناً للعدل بين الناس، وصوناً لمصلحة قومية حيوية تكفل استقرار المراكز القانونية لمن يكون من القضاة - ومن فى حكمهم - متولياً فى تاريخ العمل بهذا القرار بقانون- وبالتطبيق لأحكامه – مسئولية الوظيفة القضائية ليكون بقاؤهم فى مناصبهم واتصال ارتباطهم بأعبائها منعطفاً رئيسياً لإنفاذ عدالة واعية ومقتدره ينهضون برسالتها، ويتحملون بأدق تبعاتها ولا تستقيم شئونها بغير تنظيمها والإنطلاق بها إلى مداها بدءً من أول العام القضائى وبما لا يؤثر على هذا التنظيم سلباً، إذا ظل متراخياً إلى ما بعد ذلك. وحيث إن الدساتير المصرية جميعاً بدءً من دستور سنة ١٩٢٣ وانتهاءً بالدستور القائم، ترد المواطنين جميعاً إلى قاعدة واحدة، حاصلها مساواتهم أمام القانون، باعتبارها قواماً للعدل، وجوهر الحرية والسلام الاجتماعى، وعلى تقدير أن الأغراض التى تستهدفها تتمثل أصلاً فى صون حقوق المواطنين وحرياتهم فى مواجهة صور التمييز التى تنال منها أوتقيد ممارستها.وغدا أمر هذه المساواة، فى أساس بنيانها - وسيلة لتقرير الحماية القانونية المتكافئة، التى لا يقتصر تطبيقها على الحقوق والحريات المنصوص عليها فى الدستور، بل يمتد مجال إعمالها - كذلك - إلى تلك التى كفلها المشرع للمواطنين فى حدود سلطته التقديرية، وعلى ضوء مايكون قد ارتآه كافلاً للصالح العام.

ولئن نص الدستور - فى المادة (٤٠)- على حظر التمييز بين المواطنين فى أحوال بعينها، هى تلك التى يقوم التمييز فيها على أساس من الأصل أو الجنس أو اللغة أو الدين أو العقيدة، إلا أن ايراد الدستور لصور بذاتها يكون التمييز فيها محظوراً، مرده أنها الأكثر شيوعاً من الناحية العملية، ولا يدل البتة على انحصاره فيها، وإلا جاز التمييز بين المواطنين على أساس من ثرواتهم أو مولدهم أو مراكزهم الاجتماعية أو انتماءاتهم الطبقية، أو ميولهم، أو آرائهم، أو عصبيتهم أو نزعاتهم، وهو ما لا يتصور أن يكون الدستور قد قصد إليه، ذلك أن صور التمييز جميعها - التى تفتقر إلى أسسها الموضوعية - تناقض المساواة التى كفلها، وتنقص بنيانها، أو تنال من محتواها. «

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

٦- رقابة السلطة التشريعية على القرارات بقوانين:

أوردت المادة ٤٣ من القانون الأساسي الفلسطيني أنه «..... ويجب عرضها على المجلس التشريعي في أول جلسة يعقدها بعد صدور هذه القرارات وإلا زال ما كان لها من قوة القانون .....».

وحكم هذه المادة مماثل لما أوردته المادة ١٤٧ من الدستور المصري الصادر عام ١٩٧١ وقد استقر الأمر في ظل الدساتير المصرية المتعاقبة على أن قرار المجلس التشريعي للقرار بقانون الصادر من السلطة التنفيذية ممثلة في رئيس الدولة لا يترتب عليه سوى مجرد استمرار نفاذه بوصفه الذي نشأ عليه كقرار بقانون دون تطهيره من العوار الدستوري الذي لازمه منذ صدوره، كما أنه ليس من شأن هذا الإقرار في ذاته، أن ينقلب به القرار بقانون إلى عمل تشريعي جديد يدخل في زمرة القوانين التي يتعين أن يتبع في كيفية اقتراحها والموافقة عليها وإصدارها القواعد والإجراءات التي حددها الدستور. وقد أكدت على ذلك المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر بجلسة ١٩٨٥/٥/٤ في القضية الدستورية رقم ٢٨ لسنة ٢ قضائية «دستورية».

إذا أوردت «وحيث أن نصوص الدستور تمثل القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم في الدولة، ولها مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التي يتعين التزامها ومراعاتها باعتبارها أسمى القواعد الآمرة وإهدار ما يخالفها من تشريعات. وهذه القواعد والأصول هي التي يرد إليها الأمر في تحديد ما تتولاه السلطات العامة من وظائف أصلية وما تباشره كل منها من أعمال أخرى استثناء من الأصل العام الذي يقضي بانحصار نشاطها في المجال الذي يتفق مع طبيعة وظيفتها. وإذ كانت هذه الأعمال الاستثنائية قد أوردها الدستور على سبيل الحصر والتحديد فلا يجوز لأي من تلك السلطات أن تتعداها إلى غيرها أو تجور على الضوابط والقيود المحددة لها، فيشكل عملها حينئذ مخالفة دستورية تخضع – متى انصبت على قانون أو لائحة – للرقابة القضائية التي عهد بها الدستور إلى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها، بغية الحفاظ على مبادئه وصون أحكامه من الخروج عليها.

وحيث أنه يبين من الأعمال التحضيرية للقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ المطعون عليه أن الأسباب التي استندت إليها الحكومة في التعجيل بإصداره في غيبة مجلس الشعب، تتمثل فيما أوردته مذكرته الإيضاحية من «أن القانونين رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ورقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاصين ببعض أحكام الأحوال الشخصية قد مضى على صدورهما قرابة خمسين عاماً طرأ فيها على المجتمع كثير من التغيير المادي والأدبي التي انعكست آثارها على العلاقات الاجتماعية الأمر الذي حمل القضاء عبئاً كبيراً في تخريج أحكام الحوادث التي تعرض عليهم، وقد كشف ذلك عن قصور في بعض أحكام القوانين القائمة مما دعا إلى البحث عن أحكام الأحوال التي استجدت في حياة المجتمع المصري وذلك في نطاق نصوص الشريعة دون مصادرة أي حق مقرر بدليل قطعي لأي فرد من أفراد الأسرة بل الهدف من المشروع هو تنظيم استعمال بعض هذه الحقوق....» كما أنه عند عرض القرار بقانون (محل الطعن) على مجلس

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

الشعب للنظر في إقراره، أفصح وزير الدولة لشئون مجلس الشعب عن ماهية الضرورة التي دعت إلى إصداره بقوله « ولا شك أن الضرورة تحتم استصدار قانون لتعديل قانون الأحوال الشخصية.... وقد طال الأمد على استصدار هذه القوانين، وطول الأمد و استطالة المدة هي حالة الضرورة، بل هي حالة الخطورة فالأسرة المصرية تنتظر هذا الإصلاح منذ عام ١٩٠٥، واللجان تنعقد وتتعثر أعمالها ولكن دون جدوى ولائحة ترتيب المحاكم الشرعية، والقانونان اللذان يحكمان مجال الأسرة رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٠ ورقم (٢٥) لسنة ١٩٢٩ كلاهما يحتاج إلى تعديل منذ صدورهما، أي منذ عامي ١٩٢٠ و١٩٢٩. أليس في هذا كله مدعاة لضرورة يقدرها ولي الأمر ليصدر قراراً ثورياً بإصلاح الأسرة؟ لو ترك الأمر لاقتراح قرار بقانون أو لمشروع بقانون وثارت حوله المناقشات وظل شهوراً وسنين فأين هي الحاجة التي تدعو إلى تحقيق إصلاح الأسرة بقرار ثوري مثل القرار بقانون المعروض»

.....

وحيث أنه – من ناحية أخرى – فإن إقرار مجلس الشعب للقرار بقانون المطعون عليه لا يترتب عليه سوى مجرد استمرار نفاذه بوصفه الذي نشأ عليه كقرار بقانون دون تطهيره من العوار الدستوري الذي لازم صدوره. كما أنه ليس من شأن هذا الإقرار في ذاته أن ينقلب به القرار بقانون المذكور إلى عمل تشريعي جديد يدخل في زمرة القوانين التي يتعين أن يتبع في كيفية اقتراحها والموافقة عليها وإصدارها القواعد والإجراءات التي حددها الدستور في هذا الصدد وإلا ترتب على مخالفتها عدم دستورية القانون» .

٧- رقابة القضاء الدستوري على القرارات بقوانين الصادرة في حالة الضرورة:

إذا كنا قد انتهينا إلى أن إقرار السلطة التشريعية للقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الدولة في حالة الضرورة لا يعني البتة تطهيرها من العوار الدستوري الذي لحق بها وإنما يخضع هذا الاختصاص كاملاً لرقابتين: **أولها:** رقابة السلطة التشريعية صاحبة الاختصاص الأصيل بالتشريع، إذ أنها تقوم بالتحقق من توافر الضابطين الذين يحركان اختصاص رئيس الدولة بإصدار قرارات بقوانين والسابق بيانهما، وهما غيبة المجلس التشريعي ووجود حالة استثنائية تسوغ لرئيس الدولة سرعة مواجهتها بتدابير لا تحتمل التأخير. فإن تخلف لديها ضابطاً جاز لها ألا تعتد بهذه القرارات ويزول ما لها من قوة القانون.

ثانيها: رقابة القضاء الدستوري والذي يخضع له السلطتين التنفيذية والتشريعية، إذ تتولى المحكمة الدستورية العليا رقابة مدى توافر الشرطين أو الضابطين المشار إليهما، كما تمتد رقابتها أيضاً إلى التحقق من سلامة الإجراءات واحترام المواعيد التي تطلبها الدستور في عرض تلك القرارات على المجلس التشريعي للنظر في إقرارها أو علاج آثارها حتى لا يتحول هذا الاختصاص الاستثنائي إلى سلطة تشريعية كاملة ومطلقة لا قيد عليها.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

وفي حكم هام للمحكمة الدستورية العليا المصرية أكدت المحكمة على هذه المبادئ السابقة جميعها وأبانت عن إجراءات عرض هذه القرارات بقوانين على المجلس التشريعي والمواعيد المقررة لذلك والجزاء المترتب على عدم العرض أو العرض بعد فوات المواعيد التي حددها الدستور.

ولأهمية هذا الحكم نورد حيثياته كاملة (٧) «وحيث إن قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٥٤ لسنة ١٩٨١ بإضافة بند جديد إلى المادة (٣٤) من قانون حماية القيم من العيب الصادر بالقانون ٩٥ لسنة ١٩٨٠ ينص فى المادة الأولى منه على أن «يضاف بند جديد إلى المادة (٣٤) من قانون حماية القيم من العيب الصادر بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٨٠ بالنص الأتى:

«خامساً: الفصل فى التظلمات من الإجراءات التى تتخذ وفقاً للمادة (٧٤) من الدستور».

وتنص المادة الثانية منه على أن «ينشر هذا القرار فى الجريدة الرسمية وتكون له قوة القانون ويعمل به اعتباراً من اليوم التالى لتاريخ نشره».

وحيث إن المدعين ينعون على القرار بالقانون الطعين أنه صدر دون مراعاة الضوابط التى حددها نص المادة (١٤٧) من الدستور لمباشرة رئيس الجمهورية سلطته الاستثنائية فى مجال إصدار القرارات التى تكون لها قوة القانون، ومناطها قيام ضرورة تقتضى الإسراع فى اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير وذلك فى غيبة مجلس الشعب. وإذ أصدر رئيس الجمهورية بياناً إلى الشعب فى ٥ سبتمبر سنة ١٩٨١ أكد فيه أن الأحداث التى وقعت فى منطقة الزاوية الحمراء بين بعض المسلمين والمسيحيين فى ١٧ يونيه سنة ١٩٨١ قد انتهت بتمام السيطرة عليها وأن الغالبية الساحقة من جماهير الشعب المصرى قد رفضت المشاركة فى تلك الأحداث؛ فإن مؤدى ذلك انتفاء حالة الضرورة التى يضطر معها رئيس الجمهورية إلى استخدام سلطته التشريعية الاستثنائية بإصداره القرار بقانون محل الطعن.

وحيث إن الدساتير المصرية المتعاقبة بدءً بدستور سنة ١٩٢٣ وانتهاءً بالدستور القائم تفصح جميعها عن اعتناقها لنظرية الضرورة وتضمينها لأحكامها فى صلبها تمكينا للسلطة التنفيذية – حال غيبة السلطة التشريعية – من مواجهة أوضاع قاهرة أو ملحة تطرأ خلال هذه الفترة الزمنية وتلجئها إلى الإسراع فى اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير فى شأنها، ومن ثم يكون تدخلها بهذه التدابير، وتطبيقاً لها، مُبَرَّراً بحالة الضرورة ومستنداً إليها، وبالقدر الذى يكون متناسباً مع متطلباتها، بوصفها تدابير من طبيعة استثنائية. وقد حرص المشرع الدستورى على أن يضع لهذه السلطة الاستثنائية – فى مجال ممارسة الوظيفة التشريعية – من الضوابط والقيود مايكفل عدم تحولها إلى ممارسة تشريعية مطلقة تتغول بها السلطة التنفيذية على الولاية التشريعية المعقودة دستورياً لمجلس الشعب. ذلك أن نصوص الدستور إنما تمثل القواعد والأصول التى يقوم عليها نظام الحكم فى الدولة، ولها مقام الصدارة بين

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

قواعد النظام العام التى يتعين إلتزامها ومراعاتها باعتبارها أسمى القواعد الآمرة وأحقها بالنزول على أحكامها. وهذه القواعد والأصول هى التى يُرد إليها الأمر فى تحديد ما تتولاه السلطات العامة من وظائف أصلية وما تباشره كل منها من أعمال أخرى لا تدخل فى نطاقها بل تعد استثناء من الأصل العام الذى يقضى بانحصار نشاطها فى المجال الذى يتفق مع طبيعة وظيفتها. وإذ كانت هذه الأعمال الاستثنائية قد أوردها الدستور على سبيل الحصر والتحديد وبيّن بصورة تفصيلية ضوابط وحدود ممارستها - كقيد على مبدأ الفصل بين السلطات الذى إلتزمه الدستور الحالى الصادر عام ١٩٧١ منحازاً بذلك إلى القيم الديموقراطية فى الدول المتحضرة - فقد تعين على كل سلطات الدولة أن تلتزم تلك الحدود الضيقة وأن تردها إلى ضوابطها الدقيقة الصارمة التى عينها الدستور، وإلا كان عملها مخالفاً للدستور مما يخضعه للرقابة القضائية التى عهد بها إلى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها، بغية الحفاظ على مبادئه وصون أحكامه من الخروج عليها.

وحيث إن سن القوانين عمل تشريعى تختص به السلطة التشريعية التى تتمثل فى مجلس الشعب طبقاً للمادة (٨٦) من الدستور. ولئن كان الأصل أن تتولى هذه السلطة بذاتها مباشرة هذه الوظيفة التى أسندها الدستور لها، وأقامها عليها، إلا أن الدستور قد وازن بين ما يقتضيه الفصل بين السلطتين التشريعية والتنفيذية من تولى كل منهما لوظائفها فى المجال المحدد لها أصلاً، وبين ضرورة المحافظة على كيان الدولة وإقرار النظام فى ربوعها إزاء ماقد تواجهه فى غيبة مجلس الشعب من مخاطر تلوح نذرها أو تشخص الأضرار التى تواكبها، يستوى فى ذلك أن تكون هذه المخاطر من طبيعة مادية أو أن يكون قيامها مستنداً إلى ضرورة تدخل الدولة بتنظيم تشريعى يكون لازماً بصورة عاجلة لا تحتمل التأخير لحين انعقاد مجلس الشعب. وتلك هى حالة الضرورة التى اعتبر الدستور قيامها من الشرائط التى تطلبها لمزاولة هذا الاختصاص الاستثنائى، ذلك أن الاختصاص المخول للسلطة التنفيذية فى هذا النطاق لايعدو أن يكون استثناء من أصل قيام السلطة التشريعية على مهمتها الأصلية فى المجال التشريعى. إذ كان ذلك، وكانت التدابير العاجلة التى تتخذها السلطة التنفيذية لمواجهة حالة الضرورة نابعة من متطلباتها، فإن انفكاكها عنها يوقعها فى حومة المخالفة الدستورية، ذلك أن توفر حالة الضرورة - بضوابطها الموضوعية التى لا تستقل السلطة التنفيذية بتقديرها - هى علة اختصاصها بمواجهة الأوضاع الطارئة والضاغطة بتلك التدابير العاجلة، بل هى مناط مباشرتها لهذا الاختصاص، وإليها تمتد الرقابة الدستورية التى تباشرها المحكمة الدستورية العليا للتحقق من قيامها فى الحدود التى رسمها الدستور، ولضمان ألا تتحول هذه الرخصة التشريعية - وهى من طبيعة استثنائية - إلى سلطة تشريعية كاملة ومطلقة لا قيد عليها ولا عاصم من جموحها وإنحرافها.

وحيث إن الدستور قد بين ضوابط ممارسة السلطة التنفيذية - ممثلة فى رئيس الجمهورية - لجانب من الوظيفة التشريعية فى أحوال الضرورة أثناء غياب مجلس الشعب، وذلك فى المادة (١٤٧) منه

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

التى تنص على ما يأتى:

«إذا حدث فى غيبة مجلس الشعب ما يوجب الإسراع فى اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر فى شأنها قرارات تكون لها قوة القانون.

ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائماً، وتعرض فى أول اجتماع له فى حالة الحل أو وقف جلساته، فإذا لم تعرض زال بأثر رجعى ما كان لها من قوة القانون دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك، وإذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعى ما كان لها من قوة القانون، إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها فى الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثارها بوجه آخر».

وحيث إن المستفاد من هذا النص أن الدستور وإن جعل لرئيس الجمهورية اختصاصاً فى إصدار قرارات تكون لها قوة القانون فى غيبة مجلس الشعب، إلا أنه رسم لهذا الاختصاص الاستثنائى حدوداً ضيقة تفرضها طبيعته الاستثنائية، منها ما يتعلق بشروط ممارسته ومنها ما يتصل بمآل ما قد يصدر من قرارات إستناداً إليه. فأوجب لإعمال سلطة التشريع الاستثنائية أن يكون مجلس الشعب غائباً وأن تطرأ خلال هذه الغيبة ظروف تتوافر بها حالة الضرورة التى تسوغ لرئيس الجمهورية سرعة مواجهتها بتدابير لا تحتمل التأخير إلى حين انعقاد مجلس الشعب باعتبار أن تلك الظروف هى مناط هذه السلطة وعلة تقريرها. وإذ كان الدستور يتطلب هذين الشرطين لممارسة ذلك الاختصاص التشريعى الاستثنائى، فإن رقابة المحكمة الدستورية العليا تمتد إليهما للتحقق من قيامهما باعتبارهما من الضوابط المقررة فى الدستور لممارسة مانص عليه من سلطات، كما تمتد هذه الرقابة أيضا إلى التحقق من سلامة الإجراءات واحترام المواعيد التى تطلبها الدستور فى عرض تلك القرارات على مجلس الشعب للنظر فى إقرارها أو علاج آثارها وذلك حتى لايتحول هذا الاختصاص التشريعى الاستثنائى إلى سلطة تشريعية كاملة مطلقة لاقيد عليها.

وحيث إن البين مما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة (١٤٧) من الدستور، أن مواعيد وإجراءات عرض القرارات المشار إليها على مجلس الشعب، تختلف باختلاف ما إذا كان المجلس منحلاً أو موقوفاً أو قائماً، فإذا كان المجلس منحلاً أو موقوفاً، وجب عرض القرارات المشار إليها عليه فى أول اجتماع له؛ فور انعقاده، أما فى غير هاتين الحالتين – الوقف والحل – فيتعين أن يدعى المجلس للانعقاد لعرض تلك القرارات عليه خلال فترة زمنية محددة هى خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها، وعلة ذلك تمكين المجلس – باعتباره صاحب الاختصاص الأصيل فى ممارسة الوظيفة التشريعية – من مراجعة التشريعات التى تصدرها السلطة التنفيذية– فى غيبته عند الضرورة – فى أسرع وقت ممكن للنظر فى شأنها، وإلا زال مالهذه التشريعات – وفقاً لما نص عليه الدستور – من قوة القانون بأثر رجعى دون حاجة لاتخاذ أى إجراء فى هذا الشأن.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

وحيث إنه يبين من الاطلاع على قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٥٤ لسنة ١٩٨١، أنه قد صدر دون مذكرة إيضاحية تفصح عن الأسباب التى استندت إليها الحكومة فى التعجيل بإصداره فى غيبة مجلس الشعب، إلا أنه عند عرض القرار بقانون المشار إليه على مجلس الشعب للنظر فى إقراره، أبدى وزير الدولة لشئون مجلس الشعب -على ما ورد بمضبطة الجلسة الثالثة للاجتماع غير العادى المعقودة فى ١٤ سبتمبر سنة ١٩٨١ - أن رئيس الجمهورية أصدر ذلك القرار بقانون طبقاً للصلاحية التى خولها له الدستور فى المادة (١٤٧)، وأنه قد صدر لفتح باب التظلم أمام من شملتهم الإجراءات التى اتخذها رئيس الجمهورية طبقاً للمادة (٧٤) من الدستور - وهو ما ردده أيضاً تقرير لجنة الشئون الدستورية والتشريعية بمجلس الشعب فى هذا الشأن - وكان ذلك وإن جاز أن يندرج فى مجال البواعث والأهداف التى تدعو سلطة التشريع الأصلية إلى سن قواعد قانونية جديدة أو استكمال ما يشوب التشريع القائم من قصور تحقيقاً لإصلاح مرتجى، إلا أنه لا يصلح سنداً لقيام حالة الضرورة المبرِّرة لإصدار هذا القرار بقانون إذ لم يطرأ خلال غيبة مجلس الشعب ظرف معين يمكن أن تتوفر معه تلك الضرورة التى تبيح ممارسة سلطة التشريع الاستثنائية طبقاً للمادة (١٤٧) من الدستور. كما أن هذا القول -إن صح- كان يقتضى اللجوء إلى السلطة التشريعية لاستصدار قانون بتحديد الجهة القضائية التى تختص بالنظر فى التظلمات من الإجراءات التى تتخذ وفقاً للمادة (٧٤) من الدستور إعمالاً للتفويض المخول للمشرع بمقتضى المادة (١٦٧) من الدستور فى شأن تحديد الهيئات القضائية واختصاصاتها وتنظيم طريقة تشكيلها.

وحيث إن من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن نصوص الدستور لا تتعارض أو تتهادم أو تتنافر فيما بينها، ولكنها تتكامل فى إطار الوحدة العضوية التى تنتظمها من خلال التوفيق بين مجموع أحكامها وربطها بالقيم العليا التى تؤمن بها الجماعة فى مراحل تطورها المختلفة. ويتعين دوماً أن يعتد بهذه النصوص بوصفها متآلفة فيما بينها لا تتماحى أو تتآكل، بل تتجانس معانيها وتتضافر توجهاتها، ولا محل بالتالى لقالة إلغاء بعضها البعض بقدر تصادمها، ذلك أن إنفاذ الوثيقة الدستورية وفرض أحكامها على المخاطبين بها، يفترض العمل بها فى مجموعها، باعتبار أن لكل نص منها مضموناً ذاتياً لا ينعزل به عن غيره من النصوص أو ينافيها أو يسقطها، بل يقوم إلى جوارها متساندا معها، مقيداً بالأغراض النهائية والمقاصد الكلية التى تجمعها. وإذ كان الدستور قد نص فى المادة (٦٥) منه على خضوع الدولة للقانون، دالاً بذلك على أن الدولة القانونية هى التى تتقيد فى كافة مظاهر نشاطها - وأياً كانت طبيعة سلطاتها – بقواعد قانونية تعلو عليها، وتكون بذاتها ضابطاً لأعمالها وتصرفاتها فى أشكالها المختلفة، باعتبار أن ممارسة السلطة لم تعد امتيازاً شخصياً لأحد ولكنها تُبَاشر نيابة عن الجماعة ولصالحها؛ ومن ثم فقد أضحى مبدأ خضوع الدولة للقانون مقترناً بمبدأ مشروعية السلطة هو الأساس الذى تقوم عليه الدولة القانونية. متى كان ذلك وكان الدستور يؤكد

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

فى المادة (٧٣) منه مسئولية رئيس الجمهورية عن احترام الدستور وسيادة القانون ورعاية الحدود بين السلطات فإنه إذا ما قرر ملاءمة إصدار قرار بقانون لمواجهة أحد الأخطار التى أشارت إليها المادة (٧٤) من الدستور فإن هذه السلطة تكون مقيدة بالضوابط المقررة لممارسة هذا الاختصاص التشريعى الاستثنائى وأخصها تلك التى تضمنتها المادة (١٤٧) من الدستور، ذلك أن ما تقرره المادة (٧٤) من سلطات لرئيس الجمهورية لمواجهة الأخطار المشار إليها فيها، لايعنى الترخص فى تجاوز الضوابط والخروج على القيود التى تضمنتها مبادئ الدستور الأخرى وفى مقدمتها ألا تمارس السلطة التنفيذية شيئاً من الوظيفة التشريعية إلا على سبيل الاستثناء وفى الحدود الضيقة التى أجاز فيها الدستور ذلك فى المادة (١٤٧) منه.

لما كان ذلك، وكان السبب الذى حدا برئيس الجمهورية لإصدار القرار بقانون الطعين لا يشكل بذاته حالة ضرورة تدعو رئيس الجمهورية إلى مباشرة سلطته التشريعية الاستثنائية المقررة بالمادة (١٤٧) من الدستور، فإن هذا القرار وقد صدر إستناداً إلى هذه المادة وعلى خلاف الأوضاع المقررة فيها، يكون مشوباً بمخالفة الدستور.

وحيث إنه لا ينال مما تقدم قالة إن مجلس الشعب وقد أقر القرار بقانون المطعون فيه، فإنه بذلك يكون قد طهره مما شابه من عيوب دستورية، ذلك أن إقرار مجلس الشعب له لا يترتب عليه سوى مجرد استمرار نفاذه بوصفه الذى نشأ عليه كقرار بقانون دون تطهيره من العوار الدستورى الذى لازم صدوره. كما أنه ليس من شأن هذا الإقرار فى ذاته أن ينقلب به القرار بقانون المذكور إلى عمل تشريعى جديد يدخل فى زمرة القوانين التى يتعين أن يتبع فى كيفية اقتراحها والموافقة عليها وإصدارها القواعد والإجراءات التى حددها الدستور فى هذا الصدد وإلا ترتب على مخالفتها عدم دستورية القانون. «

الهوامش

١ لمزيد من التفاصيل د. عبد العزيز سالمان: رقابة دستورية القوانين سنة ١٩٩٥، دار الفكر العربي صـ ١٠ وما بعدها.

٢ يراجع: المستشار الدكتور/ عبد العزيز سالمان، الآثار القانونية لأحكام المحكمة الدستورية العليا- الطبعة الثانية – نادي القضاة صـ ٤٦٣ وما بعدها.

٣ المستشار الدكتور/ عوض المر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية صـ ١٣٣٦.

٤ يراجع: د. يحيى الجمل: نظرية الضرورة في القانون الدستوري الطبعة الرابعة سنة ٢٠٠٥ دار النهضة العربية صـ ٢٠ وما بعدها.

٥ د. يحيى الجمل: المرجع السابق صـ ٢٢.

٦ د. يحيى الجمل: المرجع السابق صـ ٢٣.

٧ حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ١٥ لسنة ١٨ قضائية «دستورية» جلسة ١٩٩٩/١/٢.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

الإصلاح القضائي في الأردن

ايفا ابو حليوة

شهدت المنطقة العربية العديد من الثورات العربية و المطالبات الشعبية بالتغيير أو الإصلاح والتي تعرف بما يسمى الربيع العربي، و لم يكن الأردن بمنأى عن هذه المطالبات و التحركات الشعبية و التي كان عنوانها المطالبة بالإصلاح و ليس التغيير، وأدت إلى مجموعة من الاعتصامات و التعديلات و الحوارات انعكس بعضها على السلطة القضائية في الأردن ، و انشغل المجلس القضائي على أثرها بإجراء مناقشات و حوارات حول القوانين التي تنظم عمل السلطة القضائية و أبرزها مناقشة إقرار قانون خاص بالسلطة القضائية الذي يعتبر في حال إقراره الأول في تاريخ المملكة.

وستعرض هذه الورقة نبذة عن النظام القضائي في الأردن، استقلال القضاء في الأردن، الإصلاح القضائي، الأردن و القانون الدولي لحقوق الإنسان، التوصيات.

أولا: النظام القضائي في الأردن

يعتبر المجلس القضائي في الأردن هو قمة هرم السلطة القضائية، و وزارة العدل هي التي تتولى الأمور التنفيذية للنظام القضائي في الأردن ، و يتألف المجلس القضائي الأردني من أحد عشر عضوا جميعهم من القضاة النظاميين، هم: رئيس محكمة التمييز رئيسا، رئيس محكمة العدل العليا نائبا للرئيس، رئيس النيابة العامة لدى محكمة التمييز، و أقدم قاضيين في محكمة التمييز، و رؤساء محاكم الاستئناف الثلاثة (عمان ، إربد، معان)، أقدم مفتشي المحاكم النظامية، أمين عام وزارة العدل، رئيس محكمة بداية عمان.

تقسم المحاكم الأردنية بموجب المادة ٩٩ من الدستور إلى ثلاثة أنواع: محاكم نظامية، محاكم دينية، محاكم خاصة، وتشمل المحاكم النظامية محاكم الدرجة الأولى (الصلح و البداية) ، و محاكم الدرجة الثانية (الاستئناف)، و محكمة التمييز أعلى هيئة قضائية في الأردن. و تتولى محكمة العدل العليا جهة القضاء الإداري.

وتتشكل المحاكم الدينية من المحاكم الشرعية وتختص بالنظر في قضايا الأحوال الشخصية للمسلمين وتشرف عليها دائرة قاضي القضاة، و المحاكم الكنسية وتختص بالنظر في قضايا الأحوال الشخصية لأبناء الطوائف الدينية في الأردن وتشرف مجالس الطوائف الدينية على المحاكم الكنسية التابعة لكل طائفة.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

ثانيا: استقلال القضاء في الأردن:

أقرت الحكومة الأردنية سنة ٢٠١٠ عددا من القوانين المؤقتة المتعلقة بإستقلال القضاء من أبرزها قانون إستقلال القضاء و نظام التفتيش القضائي وقانون قضايا الدولة و نظام الخدمة القضائية.

و تتضمن هذه التشريعات عددا من النصوص التي تشكلإخلالا بإستقلال القضاء و خاصة فيما يتعلق بإتباع النيابة العامة لأوامر وزير العدل في تحريك دعوى الحق العام و تبعية جهاز التفتيش القضائي لوزير العدل.

و فيما يلي أبرز الأمور التي تعتبر مساسا بإستقلال القضاء في الأردن:

١. عدم وحدة القضاء في الأردن: أي تعدد مرجعيات المحاكم في الأردن وعدم ولاية السلطة القضائية على جميع المسائل ذات الطابع القضائي حيث لا تنضوي جميع المحاكم في الأردن تحت ولاية السلطة القضائية و ذلك لوجود محاكم نظامية تتبع المجلس القضائي، و محاكم خاصة (كمحكمة الشرطة و المحاكم العسكرية و محكمة أمن الدولة) تتبع للسلطة التنفيذية، و محاكم دينية تتبع دائرة قاضي القضاة للمسلمين و مجالس الطوائف الدينية لغير المسلمين، كما يعطي قانون منع الجرائم صلاحيات قضائية كسلطة التوقيف لجهات إدارية (الحكام الإداريون) الذين يتبعون وزير الداخلية.

٢. عدم توفر الإستقلال الإداري و المالي للسلطة القضائية : فالمجلس القضائي غير مستقل ماليا و تقوم وزارة العدل بإعداد ميزانيته وذلك بحجة عدم إشغال القضاء بأمور مالية وإدارية، مع الإشارة إلى أن الدستور كفل الاستقلال الشخصي للقاضي في المادة ٩٧ من الدستور التي تنص على أن (القضاة مستقلون في عملهم لا سلطان عليهم إلا للقانون).

٣. تدخل السلطة التنفيذية بتعيين القضاة حيث لا تملك السلطة القضائية وحدها صلاحية تعيين القضاة فالتعيين يتم من خلال تنسيب وزير العدل و بدون هذا التنسيب لا تملك السلطة القضائية تعيين أي قاض، كما أعطى القانون لوزير العدل صلاحية التنسيب لانتداب أي قاض للقيام بمهام الأمين العام للوزارة لمدة ثلاثة أشهر، كما أنه يجوز إعارة القاضي إلى الحكومات الأجنبية أو الهيئات الإقليمية أو الدولية بقرار من مجلس الوزراء بناء على تنسيب المجلس.

٤. لا يتمتع القضاة بالأمن الوظيفي (أي بقاء القاضي في منصبه لحين رغبته بالتقاعد طالما مارس عمله بمهنية و شفافية و نزاهة) أو حتى بلوغ سن معينة.

٥. عدم وجود نادي أو جمعية في الأردن تمثل حقوق و مصالح القضاة.

٦. التدخل في عمل النيابة العامة: حيث حصر القانون الإشراف الإداري على جميع أعضاء

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

النيابة العامة للوزير و للنائب العام، كما لوزير العدل حق الإشراف على أداء المحامي العام المدني و مساعديه.

٧. تبعية دائرة التفتيش القضائي لوزارة العدل و تقديم تقاريرها لوزير العدل.

٨. إعطاء مجلس الوزراء صلاحية إصدار الأنظمة اللازمة لتنفيذ قانون استقلال القضاء.

ثالثا: الإصلاح القضائي في الأردن

إن أبرز ما شهده الأردن منذ بداية عام ٢٠١١ أي عام الثورات العربية و حتى الآن هو الإصلاحات الدستورية، إذ لم يخل الأردن من الحركات الاحتجاجية و الاعتصامات الشعبية المطالبة بالإصلاح و كانت باكورة الإصلاحات تعديل قانون الاجتماعات العامة الذي كان يعطي للحاكم الإداري صلاحية الموافقة على عقد المسيرات و الاجتماعات العامة و تم تعديله بحيث أصبحت الإجراءات تتطلب إشعار الحاكم الإداري فقط. و برزت حركات إصلاحية تنادي بالعودة إلى دستور ١٩٥٢ و ركزت المطالبات على الإصلاح المتعلق بالعلاقة بين السلطات الثلاث و كذلك المطالبة بإنشاء محكمة دستورية في الأردن حيث كان المجلس الأعلى لتفسير الدستور صاحب الصلاحية بتفسير أحكام الدستور، و تنظر المحاكم بالطعون المقدمة بدستورية القوانين من قبل المتخاصمين و للمحكمة الحق بالامتناع عن تطبيق القانون غير الدستوري و لكن دون صلاحية إلغائه و ينفذ الحكم القضائي المتعلق بعدم دستورية القانون في القضية المنظورة أمام المحكمة فقط و لا تسري على أي أوضاع مشابهة.

و فيما يلي أبرز ما جاء في الإصلاحات الدستورية و التي لها علاقة بالقضاء:

١) تعديل المادة ٢٧ من الدستور بحيث أصبحت تنص على (أن السلطة القضائية مستقلة تتولاها المحاكم) أي أضيفت كلمة مستقلة بعد السلطة القضائية.

٢) إنشاء المحكمة الدستورية حيث تم استحداث فصلا خاصا في الدستور الأردني حول المحكمة الدستورية وتنص المادة ٥٨ منه على (١ تنشأ بقانون محكمة دستورية في المملكة الأردنية الهاشمية ويكون مقرها في العاصمة وتعتبر هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها، و تؤلف من تسعة أعضاء على الأقل من بينهم الرئيس يعينهم الملك. ٢- تكون مدة العضوية في المحكمة الدستورية ٦ سنوات غير قابلة للتجديد.)

م ٥٩ (١ -تختص المحكمة الدستورية بالرقابة على دستورية القوانين و الأنظمة النافذة وتصدر بإسم الملك و تصدر أحكامها نهائية و ملزمة لجميع السلطات و للكافة، كما تكون أحكامها نافذة بأثر مباشر مالم تحدد المحكمة تاريخا آخر للنفاذ و تنشر أحكام المحكمة الدستورية في الجريدة الرسمية خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدورها. ٢ للمحكمة الدستورية حق تفسير نصوص الدستور إذا طلب إليها ذلك بقرار صادر عن مجلس الوزراء أو بقرار يتخذه مجلس الأمة بالأكثرية المطلقة و يكون

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

قرارها نافذ المفعول بعد نشره في الجريدة الرسمية.

م ٦٠ (١ - يكون للجهات التالية على سبيل الحصر حق الطعن مباشرة لدى المحكمة الدستورية في دستورية القوانين و الأنظمة النافذة:

أ. مجلس الأعيان

ب. مجلس النواب

ج. مجلس الوزراء

٢. في الدعوى المنظورة أمام المحاكم يجوز لأي من أطراف الدعوة إثارة الدفع بعدم الدستورية وعلى المحكمة إن وجدت أن الدفع جديا تحيله إلى المحكمة التي يحددها القانون لغايات البت في أمر إحالته إلى المحكمة الدستورية.

م٦١ (١- يشترط في عضو المحكمة الدستورية مايلي:

أ. أن يكون أردنيا ولا يحمل جنسية دولة أخرى

ب. أن يكون قد بلغ الخمسين من العمر

ج. أن يكون ممن خدموا قضاة في محكمتي التمييز والعدل العليا أو من أساتذة القانون في الجامعات الذين يحملون رتبة الأستاذية أو من المحامين الذين أمضوا مدة لا تقل عن خمس عشرة سنة في المحاماة ومن أحد المختصين الذين تنطبق عليهم شروط العضوية في مجلس الأعيان.

و بعد إقرار التعديلات الدستورية كانت مواد الدستور المتعلقة بالمحكمة الدستورية محل انتقاد الكثيرين خاصة الخبراء في القانون الدستوري و ذلك للأسباب التالية:

- ما يتعلق بتحديد مدة العضوية (تحديد مدة العضوية بست سنوات)
- من لهم الحق بالوصول أو الطعن أمام المحكمة الدستورية حيث تم حصرها بجهات محددة

٣) وقف إصدار القوانين المؤقتة إلا في حالات الحرب والكوارث الطبيعية والنفقات المالية التي لا تحتمل التأجيل حيث تنص المادة ٩٤ من الدستور الأردني لسنة ٢٠١١ على (عندما يكون مجلس النواب منحلا يحق لمجلس الوزراء بموافقة الملك أن يضع قوانين مؤقتة لمواجهة الأمور الآتي بيانها:

أ. الكوارث العامة

ب. حالة الحرب و الطوارئ

ج. الحاجة إلى نفقات مستعجلة لا تتحمل التأجيل و يكون للقوانين المؤقتة التي يجب ألا تخالف احكام الدستور قوة الحاجة إلى نفقات مستعجلة لا تتحمل التأجيل و يكون لهذه القوانين المؤقتة التي يجب ألا تخالف احكام الدستور قوة القانون على أن تعرض على امجلس الأمة في أول اجتماع يعقده.....) محاكمة الوزراء أمام القضاء.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

٤) دسترة محكمة أمن الدولة أي محاكمة المدنيين أمام محاكم خاصة (ليس جميع قضاتها مدنيين) حيث تنص المادة ١٠١/ ٢ لا تجوز محاكمة أي شخص مدني في قضية جزائية لا يكون جميع قضاتها مدنيين ويستثنى من ذلك جرائم الخيانة العظمى والتجسس والإرهاب وجرائم المخدرات وتزييف العملة.

٥) الطعن في نتائج الانتخابات النيابية أمام القضاء المدني.

٦) النص على إنشاء المجلس القضائي وإعطائه وحده صلاحية تعيين القضاة بموجب المادة ٩٨ من الدستور الأردني لسنة ٢٠١١ والتي تنص (١- ينشأ بقانون مجلس قضائي يتولى جميع الشؤون المتعلقة بالقضاة النظاميين بالمحاكم النظامية و له وحده حق تعيين القضاة النظاميين ٣- مع مراعاة الفقرة ١ من هذه المادة يكون للمجلس القضائي وحده تعيين القضاة النظاميين وفق أحكام القانون).

٧) إنشاء محكمة إستئناف إدارية بموجب المادة ١٠٠ من الدستور حيث كانت محكمة العدل العليا هي المحكمة الإدارية الوحيدة في الأردن وكان قرارها نهائيا مما شكل إهدارا لقواعد المحاكمة العادلة وانتهاكا للعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية والذي ينص على ضرورة أن يكون التقاضي على درجتين.

و بعد إقرار التعديلات الدستورية و نفاذها بمطلع تشرين الأول ٢٠١١ تعكف الحكومة حاليا على إعداد و تعديل القوانين لتتواءم مع التعديلات الدستورية مثل قانون المحكمة الدستورية و قانون محكمة العدل العليا و غيرها من القوانين كما بدأ المجلس القضائي من خلال ورشة عمل عقدت مؤخرا في البحر الميت و قد قام المجلس القضائي بتوزيع استبيان على قضاة المملكة لاستيضاح النقاط القانونية التي يرون ضرورة توافرها في القانون الجديد و رؤيتهم لعمل و استقلال القضاء.

رابعا: موقف الأردن من القانون الدولي لحقوق الإنسان

صادق الاردن على غالبية الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان كالعهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية و العهد الدولي للحقوق الافتصادية و الاجتماعية و الثقافية و اتفاقية القضاء على التمييز العنصري و اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة و اتفاقية حقوق الطفل و اتفاقية القضاء على التعذيب و غيره من ضروب المعاملة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة ، و نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية كما صادق على الميثاق العربي لحقوق الإنسان و قام بنشر هذه الاتفاقيات في الجريدة الرسمية. و قدم خلال السنوات الثلاث الأخيرة تقارير حول وضع حقوق الإنسان في الأردن و حول تطبيقه للاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان للجان الأمم المتحدة حيث قدم تقرير المراجعة الدولية الشاملة لمجلس حقوق الإنسان UPR و تقرير اللجنة المعنية بحقوق الإنسان حول تطبيق العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية و تقرير الثاني و الثالث و الرابع حول تطبيق اتفاقية مناهضة التعذيب و

PDFcompression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

تقرير حول تطبيق اتفاقية سيداو و تقرير حول تطبيق اتفاقية القضاء على التمييز العنصري و أنهى مؤخرا التقرير المتعلق بتطبيق اتفاقية حقوق الطفل.

و من أبرز ما جاء في ملاحظات لجان الأمم المتحدة للأردن فيما يتعلق بالحق للوصول للعدالة في الأردن ما جاء في الملاحظات الختامية للجنة مناهضة التعذيب التي صدرت في مايو ٢٠١٠ (تعرب اللجنة عن قلقها الشديد إزاء نظام المحاكم الخاصة في إطار الدوائر الامنية مثل محكمة امن الدولة و محكمة الشرطة الخاصة و المحكمة العسكرية التابعة لمديرية المخابرات العامة مما يحول دون إخضاع الموظفين العسكريين و الأمنيين الذين تدعى مسؤوليتهم عن انتهاكات حقوق الإنسان للمساءلة القانونية و يساور اللجنة قلق من تعرض الشفافية و الاستقلال و النزاهة للخطر جراء هذا النظام و إزاء عدم مطابقة الإجراءات المتخذة في المحاكم الخاصة في جميع الأحيان لمعايير المحاكمة العادلة. و إذ تشير اللجنة إلى توصيتها السابقة الوثيقة A/50/44 الفقرة ١٧٥ فإنها تدعو الدولة الطرف إلى اتخاذ خطوات فورية لضمان الامتثال الكامل لمحكمة أمن الدولة و المحاكم الخاصة الأخرى في عملها لأحكام الاتفاقية و المعايير الدولية للمحاكم، ولا سيما منح الأشخاص المتهمين حق الطعن في قرارات المحكمة، و البديل الآخر هو أن تلغي الدولة الطرف هذه المحاكم الخاصة.

خامسا: التوصيات

١. تعديل قانون منع الجرائم و إلغاء صلاحية الحاكم الإداري بالتوقيف
٢. تعديل التشريعات لضمان محاكمة المدنيين أمام محاكم جميع قضاتها مدنيين و توحيد مرجعية المحاكم
٣. تعديل قانون إستقلال القضاء وإنهاء دور وزارة العدل كليا عن التدخل في شؤون القضاء القضاة و جميع العاملين في السلك القضائي بما فيهم الإداريين
٤. نقل مديرية التفتيش القضائي للمجلس القضائي بدلا من وزارة العدل و عدم تزويد الوزارة بتقارير المفتشين
٥. فصل موازنة السلطة القضائية عن موازنة الوزارات
٦. إعطاء المجلس القضائي صلاحية إعداد التشريعات الخاصة به
٧. ضمان الاستقرار النفسي و الوظيفي للقاضي مثل النص على عدم جواز إنهاء خدماته بدون سبب و حتى بلوغه سن معينة و خضوع قرار إنهاء الخدمات للطعن أمام محكمة يشكلها المجلس القضائي
٨. الاطلاع و الاستفادة على و من أفضل الممارسات و التجارب الدولية فيما يتعلق بعمل النيابة العامة و الفصل بين سلطة التحقيق و الاتهام
٩. وضع أسس علمية و موضوعية لإجراءات النقل و الترقية و الانتداب و الترفيع للقضاة

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

سادسا: المعنيين بالإصلاح القضائي في الأردن

١. المجلس القضائي
٢. وزارة العدل
٣. مجلس الأمة (النواب و الأعيان)
٤. منظمات المجتمع المدني الأردني (مثل المركز الوطني لحقوق الإنسان) و منظمات حقوق الإنسان
٥. الفاعلين الدوليين (الممولين كالاتحاد الأوروبي و الذي يمول حاليا مشروعا حول قطاع العدل في الأردن و منظمات الامم المتحدة كمكتب الأمم المتحدة المعني بالجريمة و المخدرات و الذي نظم عدة فعاليات تتعلق بالعدالة الجنائية للأحداث و الحق في الوصول إلى العدالة بالتعاون مع وزارة العدل.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

وسائل الإعلام وتأثيرها على قناعة قاضى الموضوع

المستشار الدكتور
صابـر غلاب
رئيس محكمة الإستئناف

وسائل الإعلام وتأثيرها على قناعة قاضى الموضوع

لا أحد ينكر ما للإعلام المقروء والمرئى والمسموع، من تأثير على تشكيل الرأى العام وتوجيهه على نحو أو آخر، كذلك فالإعلام – خاصة الصحافة والتلفاز – له دوره وتأثيره بالسلب أو الإيجاب على الظاهرة الإجرامية، وايضاً قد يلقى الإعلام بظلاله على قاضى الموضوع، بحكم أنه مواطن يتعامل مع الإعلام وخاصة وقد أصبحنا نعيش عالم الفضائيات والأقمار الصناعية، وما أحدثته ثورة المعلومات وسرعة نقل الحدث فى الحال بالصوت والصورة، وخاصة أخبار الجريمة وقضايا الرأى العام والمحاكمات التى تدور بشأنها والتى يتابعها الإعلام بكافة صوره، ربما يكون لهذه المتابعة الإعلامية إنعكاساً على قاضى الموضوع وإقتناعه القضائى – لا سيما إذا كان الإعلام فى تناوله لهذه الموضوعات لا يتسم بالحياد والشفافية.

ونظراً لأهمية وسائل الإعلام وما تلعبه من دور قد يكون مؤثراً على قناعة القاضى، وسلامة تقديريه فإننا نبسط لهذا الموضوع فى مطلبين، حيث نعرض لوسائل الإعلام وتأثيرها على السلطة التقديرية للقاضى الجنائى فى «المحور الأول»، ثم نعرض لمفهوم قضاء النقض لدور الإعلام فى مجال العدالة الجنائية والسلطة التقديرية للقاضى فى «المحور الثانى» على النحو التالى:

المحور الاول

وسائل الإعلام وتأثيرها على السلطة التقديرية للقاضى الجنائى

من المسلم به أن الإعلام خاصة الصحافة هى احدى الشرايين الهامة التى يتغذى منها الرأى العام، ويكون انطباعه عن الاشخاص والاشياء، ويلاحظ ان الانطباع يختلف عن الاقتناع، فى أنه لا يلزم أن يقوم على أدلة، وإنما هو أشبه بالحكم المسبق الذى يفسر الفرد على ضوئه الأحداث، وفى خصوص الظاهرة الإجرامية فإن أجهزة الإعلام تفرد دوما فى برامجها والصحف المختلفة مكانا للحديث عنها. هذا المكان بدأ فى الاتساع إلى حد كبير، وقد أثبتت الإحصاءات أنه فى الوقت الذى تضاعف فيه كم الإجرام بنسبة «٣٣٪» ضاعفت الصحافه فى المساحه التى تخصصها للحديث عن الجريمة

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

والمجرمين بنسبة «٢٠٠٠٪». هذا بالاضافه الى الاسلوب الدرامى الذى تتبعه الصحافة فى نشر الحوادث والجرائم والاسلوب الشيق والدرامى الذى تعرضها به. [١] [٢]

وتلعب وسائل الاعلام خاصة الصحافة دوراً لا يستهان به فى معالجتها لظاهرة الاجرام، فالصحف ولا سيما تلك المتخصصة فى نشر أخبار الجرائم تبالغ فى تغطيتها للجريمة والمحاكمات التى تعقد للمجرم. وصحافة الخبر تؤدى دوراً أكثر خطورة من صحافة الرأى والتوجيه. فالدور الإخبارى هو فى حقيقة الأمر دور توجيهى مقنع. إذ يملك الصحفى عن طريق ما ينشره من أخبار الإيحاء بكل ما يرد بثه فى عقلية القارىء من أفكار الأمر الذى قد ينعكس على تقدير القاضى للعقوبة بالمخالفة لجسامة الجرم ومخالفة لمبدأ قرينة البراءة[٣].

ومن الملاحظ أن أجهزة الإعلام خاصة الصحف تنشر أخبار الجرائم بعناوين مثيرة، ووصف تفصيلى، لا يخلو من المبالغة وهدف الصحف من هذا الاسلوب فى نشر اخبار الجريمة تجارى حتى تضمن أعلى نسبة توزيع ممكنة.٤ وقد زاد إهتمام وسائل الاعلام فى العصر الحديث بمتابعة اخبار الجرائم والمحاكمات وبعض الصحف تخصص مساحة كبيرة لنشر اخبار الجريمة بلغت فى بعض الاحيان اثنى عشر ضعفا عما كانت علية من قبل.

وقد اتهمت وسائل الاعلام خاصة الصحافة بعدة تهم نجملها فى ثلاث نقاط وهى[٥]:

الأولى: أنها تشجع على الاجرام بمداومتها على نشر اخباره وتمجيدها رؤوس العصابات، وبعرضها قصص الجرائم باسلوب يبدو فية المجرم أحيانا فى صورة البطل، والمحققون فى صورة الاغبياء والكادحون فى هيئة السذج الهمل البلهاء.

الثانية: أنها تعوق سير العداله إذ تقحم نفسها من جهه فيما لا يدخل فى اختصاصها فتسبق القضاء وتجرى المحاكمات على صفحاتها. وتهيئ الرأى العام لقبول حكم معين، فيقع القضاء فى حرج قد يزعزع حياده وسلطتة التقديرية فى توقيع العقوبة. كما انها من جهه اخرى تنشر فى كثير من الأحيان أخباراً مضللة، وقد يدفعها حرصها على السبق الصحفى الى نشر معلومات تتعلق بخطط الشرطة أو سلطة التحقيق فتفسد عملهم، وتسدى بغير قصد الى المجرمين خدمة كبرى.

والثالثة: أنها تعرض على جمهور القراء اخبار الجرائم بطريقة تتسم بالإثارة، فتملأ نفوس الناس رعباً، وتوحى اليهم بمفاهيم خاطئة عن أسباب الإجرام وطرق علاجة، وذلك من شانه بلبلة المشاعر، وتفويت المقاصد التى يحرص عليها الشارع، والتى تتمثل فى وجوب اقتناع الجماعه بجدوى وكفاية القواعد التى قررها لتحقيق العدالة ومعاملة المجرمين.

على أن لمدرسة التحليل النفسى فى هذه المسالة رأياً آخر، إذ يرى أنصارها ان للصحافة أثرا واقعياً مانعاً من الجرائم، ومذهبهم ان القارىء يجد فيما يقرؤه من أخبار الجريمة اشباعا كافيا أو تصعيداً لميوله العدوانية او الجنسيه دون ان يكون فى ذلك خطراً عليه أو على المجتمع.[٦]

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

ولما كانت الصحف ليست على نمط واحد من حيث عرض أخبار الجريمة، فقد تضاربت الآراء عن اثرها على الظاهرة الاجرامية، ونقول أن طريقة عرض اخبار الجريمة قد يكون لها دور مانع لها، وقد يكون لها دور دافع عليها، وفى كل الأحوال فإن طريقة واسلوب العرض يلقى بظلاله على السلطة التقديرية للقاضى.

فنرى رأيين مختلفين حيث يرى الراى الاول ان الصحافة عامل مضاد للجريمة، أما الراى الثانى فيرى ان الصحافة عامل مساند للجريمة.

وسواء كان هذا أو ذاك فلا يمكن إنكار ما للإعلام عامة والصحافة خاصة من دور وتأثير على قاض الموضوع، ونعرض للرأيين فيما يلى[٧]:

الرأى الاول: الصحافة لها دور مضاد للظاهرة الاجرامية: أن طريقة عرض اخبار الجريمة قد يكون لها دور مانع لها.

ويتمثل الدور المانع للصحافة فى الأمور الأتية:

١. أن مهمة الصحافة نشر الاخبار والجريمة كخبر، وبالتالى يكون من المناسب ان تنشرها الصحافة بدلا من ترك الامر بشانها للاشاعات التى يتناقلها الافراد العاديون، كما ان نشر خبر الجريمة قد يكون بالنسبة لبعض الاشخاص وسيلة للتنفيس عن الرغبات الاجرامية المكبوتة وإشباعاً كافياً لها، مما يترتب عليه عدم اقدام هؤلاء الاشخاص على تنفيذ هذه الرغبات وخاصة اذا كان عرض خبر الجريمة قد تم بطريقة منفره، يضاف الى ذلك ان نشر اخبار الجريمة واسماء المشتبه فيهم او المتهمين فيها قد يساعد على تعقب الجناه، كما فى حالة نشر صورهم، أو أوصافهم فى الصحف، والقبض عليهم ويساعد كذلك على متابعة الجمهور لسير جهاز العداله الجنائية، وقد يؤدى كل ذلك الى عدول بعض الافراد عن ارتكاب السلوك الاجرامى خوفا من التعرض لهم فى الصحف.

٢. هناك مزايا من نشر اخبار الجرائم فى الصحف على نحو يؤدى الى الوقاية من الجريمه سواء بالنسبة للجناة المحتملين، أو المجنى عليهم المحتملين. فنشر احكام الادانه وصور بعض الحوادث التى قتل فيها الجانى او اصيب باصابات جسيمة، أو قيام الشرطة بسرعة كشف الجريمة والقبض على الجناة، يحدث اثرا رادعا لدى كل من تسول له نفسه ارتكاب الجريمة. كذلك فان نشر طرق واساليب الجناه فى ارتكاب الجريمة او النصب على ضحاياهم، تجعل الافراد اكثر تبصرا واقل وقوعا فى حبائل هؤلاء الجناه، مما يقلل من عدد المجنى عليهم المحتملين[٨]، اذ هى تساهم بذلك فى بناء خبرة عامة تقى الناس مخاطر الإجرام.[٩]

٣. الجريمة خبر من حق الناس معرفته وواجب الصحافة وغيرها من أجهزة الإعلام أن تقدم

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

كل شيء سيئ كان أم حسناً، وعرض وإذاعة الخبر مصحوباً بالموقف الجماعى نفوراً كان أم تعاطفاً، كمساهمة فى التعبير عن الحاجه الاجتماعية للعدالة. وعلى هذا فمن واجب رجال الصحافة والإعلام كافة استغلال تلك العاطفة الجماعية لدعم كفاح المجتمع ضد الجريمة.

٤. علانية العدالة ومقتضيات الردع العام توجب ضرورة هذا النشر، فبدون هذا النشر لايتاتى لاحد معرفة كيف جرت العدالة وكيف اقتص من المجرم. ذلك ان المجتمع محتاج دوما لان يشعر باستمرار بان المجرم قد عوقب، وأن العدالة لازالت تقام. فالعقوبات كافة تنفذ دون حضور الجمهور مشاهدتها، ونشر وإذاعة أنباء الجريمة المحاكمة والعقوبة لا تزال من أهم الأمور نفعاً للأمة. فالدعوى الجنائية لا تزال حتى اليوم الدعوى الوحيدة التى يلزم أن يظل رد الفعل الإجتماعى عليها علنياً.

الراى الثانى: الإعلام والصحافة عامل مساعد على الجريمة ولها انعكاس سلبى على تقدير القاضى للعقوبة:[١٠] من الملاحظ أنه قد إزداد اهتمام الإعلام والصحف فى العصر الحديث بمتابعة اخبار الجرائم والمحاكمات، وتخصص بعض الصحف مساحة كبيرة لنشر اخبار الجريمة، فضلاً عما تبثه القنوات التليفزيونية.

كما ان بعض الصحف لا تتحرى الدقة فى نشرها لهذه الاخبار فتبالغ كثيرا وتضيف لما حدث مالم يحدث قط وتتخير العناوين المثيرة بحثا عن زيادة توزيعها بطبيعة الحال. ويمتزج الواقع كثيرا بخيال الصحفى، فينتج عن ذلك نوعا من التغطية المثيرة لا الموضوعية للحدث، ولهذا انتقد الكثيرون ما يسمى بصحافة الإثارة، وهى صحافة اول ضحاياها الاحداث والافراد قليل النضج، فالصحافة تبالغ احيانا فى تمجيد المجرمين وتصورهم كالابطال، كما انها سعيا وراء السبق الصحفى الذى تنافس به الصحف الاخرى تتعجل احيانا نشر معلومات عن الجرائم المرتكبة، وهى معلومات قد تعوق رجال الشرطة عن اداء واجبهم فى تعقب الجناه وضبطهم، بل ان هذا التسرع قد يؤثر بالسلب على رجال التحقيق فى ادائهم لعملهم، وقد يؤدى كل ذلك الى اسداء خدمة كبيرة للجناة اذ قد تعينهم هذه المعلومات على الهرب وتضليل رجال الشرطة. [١١]

كذلك تعد الصحافة وغيرها من أجهزة الإعلام المسموعة والمرئية احدى وسائل التعليم الاجرامى بكشفها عن الاساليب والطرق الاجرامية التى اتبعت والتى تساعد من لديه ميلا الى الاجرام فى اكتساب خبرة اجرامية جديده (عندما تشرح الجريدة مثلا كيف استطاع المجرم النفاذ من الزجاج الى داخل المنزل بكسره) كما انها من ناحية اخرى ترسم لعدد من العقول الضعيفة المياله الى الأجرام نموذجا للتقليد، وخصوصاً بالنسبة للأحداث كما أنها بالنشر تروى من جهه أخيرة ظمأ بعض الاشرار فى الشهره (ثبت ان هناك بعض الاشرار يرتكبون الجرائم البشعة لمجرد رغبتهم فى حيازة اكبر قدر من الشهره فى الصحف) كما يؤدى النشر من حهه اخيرة بما يحدثه لدى الرى العام من تعود على

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

الجريمة وأساليبها نوعاً من (الإعتياد) عليها، وهو أمر له خطره من ناحيتين **الأولى** شيوع موجه من التسامح نحو الاجرام **والثانية** ضعف الشعور العام بالصدمة من الجريمة وفداحتها على المجتمع وهو امر له خطره إذ يخفف عن المجرم العبء النفسى الذى يمنعة من إرتكاب الجريمة. [١٢]

ثم ان المبالغة فى نشر الجرائم تلعب دورا اجراميا واضحا. ويظهر هذا الدور الاجرامى فى عدة صور[١٣]، فمن ناحية قد يتمثل ذلك فى تسهيل ارتكاب الجريمة وذلك اما بتمكين المجرمين المحتملين من الاستفادة من الوسائل التى يلجأ اليها المجرمون المقبوض عليهم او الذين نشرت الاخبار عنهم (لا سيما تلك الوسائل التى تستغل التقدم العلمى الهائل فى العصر الحديث) واما بالاضعاف من قوة عوامل المقاومة لدى المجرمين المحتملين كأثر لكثرة عدد الجرائم ولاسيما فى مواجهه الشباب وهم بطبيعتهم ميالون الى التقليد.

ويتمثل الدور الإيجابى للصحافة وغيرها من أجهزة الإعلام كعامل مساعد على الجريمة فى أن كثرة ترديدها لاخبار الجريمة يخلق نوعا من اللامبالاه لدى الجمهور، ويعود الراى العام عليها، وهذا يولد اتجاها تساهليا تجاه المجرمين، مما يضعف من القدره على مقاومة الاجرام لدى المجرمين المحتملين، **وفى نفس الاتجاه فان الصحافة قد تكون ذات تاثير مضر بحسن سير العدالة الجنائية فى مرحلة تطبيق رد الفعل الاجتماعى على المجرم، ويظهر هذا الضرر بدوره فى عدة صور، منها أن الصحفيين يحققون فى القضايا ويصدرون احكامهم فيها على طريقتهم الخاصة ويعبرون عن اراء يرونها مطابقة للحقيقة خلاف لكل الضمانات القانونية التى ينص عليها القانون، ولا سيما قرينه البراءة، ولاشك ان المحاكمات والتحقيقات المسبقة التى تقوم بها أجهزة الإعلام وخاصة الصحافة تعرقل تكوين عقيدة رجال البوليس، والقضاة والمحققين والشهود وتجعلها تميل الى تفسير قد لا يتطابق مع الحقيقة بحال.** [١٤]

ومن صور التاثير المضر الذى تحدثة الصحافة أيضاً أنها قد تشوه فى اذهان الناس صورة القائمين على إدارة العدالة وتلقى ظلالاً من الشك على فعالية نظام العدالة بأسره ويزداد الخطر إذ علمنا أنه أثبتت الدراسات أن المقالات والتحقيقات المخصصة لركن الجريمة فى الصحف هى من اكثر الموضوعات محلا للقراءة من جانب الجمهور وان جزءاً كبيراً منها يعتمد على الإثارة والتشويق، التى تلهب خيال القراء دون ان يكون لها أى ظل من الحقيقة وأن الرأى الذى يكونه الجمهور عقب قراءتها يصعب محوه أو تغييره بعد ذلك. [١٥]

والواقع أن الصحف كثيراً ما تبالغ فى نشر أخبار الجرائم والمحاكمات مما يثير الراى العام، وقد يدفعة إلى التأثير على القضاة، وقد سبق أن أكد «لمبروزو» التأثير الصحفى للصحافة عندما تنشر اخبار الجرائم والمحاكمات الجنائية، وهو رأى يشاركه فيه كثير من الباحثين فى علم الاجرام، بيد ان رجال الصحافة يرفضون هذا الاتجاه ويرون ضرورة اعلام الجمهور بالجرائم المرتكبة وبما يتخذ

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

حيالها من اجراءات، ضماناً لرقابته للعدالة الجنائية، وحتى يتمكن الراى العام من توجية المشرع نحو تطويع القوانين الجنائية للتطورات التى تطرأ على ظروف الحياة الاجتماعية. [١٦]

وأنه فى نظر أصحاب هذا الرأى تعد الصحافة وغيرها من أجهزة الإعلام مصدراً للإيحاء الذاتى بفكرة الجريمة وهذا الإيحاء يتخذ صوراً ثلاثة[١٧]:

١. إيحاء قائم على الإنحراف فى التصوير الخلقى، أما باعطاء الجريمة مظهر الفعل العادل الحق على نحو يضفى عليها صبغة الكفاح الاجتماعى الجائز مع إلباس المجرم ثوب من ينتصر لعدالة مسلوبه، أو من ياتى عملا من اعمال البطولة، واما باعتبار المجرم شخصا ظريفا فى بعض نواحى سلوكه، أو شخصا ظريفا معزوراً بالنظر الى أحوال نفسيه شاذه لايد له فى مقاومتها دفعته إياها إلى الجريمة، إما بإظهار ما يشاع عنة من سطوة يخشى منها، وما يناله من حظوة وسحر لدى النساء، وما يصل ليده من ثروات نظير الخروج على القانون.

٢. إيحاء قائم على هيام عاطفى بالشهرة، وينشأ من النشر عن الجريمة أو الفضيحة أو فعل الإنتحار، على نحو واسع النطاق من الإذاعة، يسول لبعض من يسودهم الغرور اتيان ذات الفعل المنشور عنه، للظفر بمثل الشهرة التى اتيحت لفاعله.

٣. ايحاء قائم على معرفة فن التنفيذ، وينشا من الوقوف على اسلوب تنفيذ الجريمة، وعلى كيفية اخفاء أمرها عن السلطات، ولكنها افتضحت لمجرد الصدفه او لعدم تحرى الدقة من الجانى، الأمر الذى يفتح ذهن من لديه استعداد للجريمة، إذ يفطن إلى إحتمال افلاته من قبضة القانون حين ينفذها بإسلوب أكثر إحكاما، دون رهبة من القانون ويكون أكثر إقداماً. [١٨]

المحور الثانى

مفهوم قضاء النقض لدور الإعلام فى مجال العدالة الجنائية

نظراً لأهمية موضوع تأثير وسائل الإعلام المختلفة وبخاصة الصحافة والتليفزيون على السلطة التقديرية لقاضى الموضوع وحدود هذه السلطة، وللتوفيق بين حقين متعارضين، **الأول** حق النشر، **والثانى** حق الحظر، وايضاً بين حرية الصحافة وحماية حقوق الإنسان وحرياته، وأخصها حقه فى حرمة حياته الخاصة والتى هى مصونة يجب ألا تمس وما يجب أن يكون عليه قاضى الموضوع، ودوره فى هذه المسائل الهامة فى مفهوم قضاء النقض، فإنه يلزم أن نعرض لهذه الأمور بشئ من التفصيل موضحين خلاصة المبادئ التى أرستها محكمة النقض المصرية بشأنها، والتى خلت القوانين الوضعية من تنظيم لها، وهى المبادئ التى تفصح وتحدد السلطة

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

التقديرية لقاضى الموضوع فى **جرائم النشر وحدود رقابة محكمة النقض عليه، ورأينا فى المسألة** وهذه المبادئ هى: [١٩][٢٠]

المبدأ الأول : حرية الصحفي لا تتعدى حرية الفرد العادى وقد عمدت احكام محكمة النقض علي التاكيد علي هذا المبدأ لدى اجابتها علي السؤال الآتي: هل للصحفي الحق في حرية أوسع للراي من حق غيره من الافراد في خصوص ما ينشره من الانباء والاخبار والحوادث والتعليقات طلبا للرواج وبقصد تحقيق رغبات الجمهور، وارضاء حبه للاستطلاع واشباع نهمه الي الجديد او المستظرف او الغريب او المثير اذا كان من شأنه ايذاء الاشخاص الذين تتناولهم تلك الاخبار، وغيرها من الصور؟ حيث أن الإجابة على هذا السؤال يتنازعه رأيان ونعرض لهما وهما:

أولهما: أن ما تنشره الصحف هو من طبيعة عملها وجزء من وظيفتها تخدم به الجمهور، الذى يتشوق الي معرفة ما يهمة من الاخبار والحوادث ولذلك لا يتوفر لدى الصحفى الذى ينشر هذه الاخبار، أو الحوادث، سوء القصد اللازم لتحقق المسئولية، الا اذا كان ينوى الاضرار والتشهير، لا مجرد اداء واجب من واجبات مهنته.

ثانيهما: أن مساءلة الصحفي، قولا بان مطالب الحرفة ليست الا باعثاً، والباعث لا يؤثر علي قيام القصد الجنائى، وان الصحفي اذا كان ينشر ارضاءا فإن لجمهوره الأخبار والحوادث، فإنه يفعل ذلك دائما علي مسئوليته، ويتحمل هو مخاطره، وعلي ذلك فإن الصحفي علي كل حال، لا عليه من الحقوق الا ما يملكة كل فرد، وينطبق عليه حكم القانون، الذى يسرى علي الكافة، ومن ثم فليس له ميزه، أو حمايه، أو حصانه، يستفيد منها المنتمون للصحافة دون سائر الأفراد.

وتطبيقاً لذلك قضى فى جنحه مباشرة اقامها أحد الاشخاص، علي رئيس جريدة الجمهورية، لنشرة فيها خبراً، عن ضبط ابنته في مكتب للتخديم، اثناء إختلائها مع احد الزبائن، نقلا عن تحقيق أولي غير علنى اشتمالها علي قذف وسب لهما، رغم عدم صحة الواقعة فسطرت محكمة النقض المبدأ الآتي: "أن حصانة النشر مقصورة علي الاجراءات القضائية العلنية والاحكام التى تصدر علنا، وأن هذه الحصانة لا تمتد الي ما يجرى في الجلسات غير العلانية، ولا الى ما يجرى في الجلسات التى قرر القانون، أو المحكمة الحد من علانيتها كما انها مقصورة علي اجراءات المحاكمة، ولا تمتد الي التحقيق الابتدائى ولا الي التحقيقات الاولية، أو الادارية، لان هذه كلها ليست علانية، إذ لا يشهدها غير الخصوم ووكلائهم فمن ينشر وقائع هذه التحقيقات، أو ما يقال فيها، أو ما يتخذ في شأنها من ضبط وحبس وتفتيش، وإتهام وإحالة إلى المحاكم، فإنما ينشر ذلك علي مسئوليته، ويجوز محاكمته جنائياً علي ما يتضمنه النشر من قذف، وسب وإهانه، لما كان ذلك وكانت العبارات موضوع الاتهام، تشتمل علي نسبة امور الي المدعيين بالحقوق المدنية تتضمن طعنا في الأعراض، ولو كانت صادقة لأوجبت عقابهما، واحتقارهما عند اهل وطنهما.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

وحرية الصحفي جزء من حرية الفرد العادى، ولا يمكن أن تتجاوزها، إلا بتشريع خاص وكان القانون لا يتطلب في جريمة القذف قصدا خاصاً، بل يكتفي بتوافر القصد العام، الذى يتحقق متى نشر القاذف الامور المتضمنه للقذف، وهو عالم انها لو كانت صادقة لاوجبت عقاب المقذوف او احتقاره، وهذا العلم مفترض، إذا كانت العبارات موضوع القذف – كما هو الحال في الدعوى – شائنة بذاتها ومقذفه ومتى تحقق القصد، فلا يكون هناك محل للخوض في مسألة سلامة النية، الا في صدد ما يكون الطعن موجها الي موظف عمومي، أو من في حكمه، والمدعيان بالحق المدنى ليس كذلك – فلا يقبل من الطاعن الاول اى دليل يتقدم به لاثبات صحة ما قذف به، وفي هذا ما يكفي لتبرير، رفض اجابة طلب ضم الاوراق من الوجهة القانونية لما كان ما تقدم فان الحكم اذا قضى بإدانه الطاعن الأول يكون صحيحاً في القانون. [٢١]

وفي حكم اخر لمحكمة النقض [٢٢] اوضحت فيه نطاق حرية الصحفي عند نشره ما ورد بالتحقيقات الابتدائية غير المعلنه فيما تضمنه من مساس بشرف وسمعه من تناولتهم، متى تم عن تسرع في نشرة، وقضت فيه بنقض الحكم المطعون فيه وجاء به أن«حرية الصحفي لا تتعدى حرية الفرد العادى ولا يمكن ان تتجاوزها الا بتشريع خاص ومن ثم فانه يلتزم فيما ينشرة بالمقومات الاساسية المنصوص عليها في الدستور، وانه ولئن جاز للصحف وهي تمارس رسالتها بحرية في خدمة المجتمع – تناول القضايا بالنشر في مرحلة التحقيق الابتدائى او الاولي بالاهتمام باعتبارها من الاحداث العامة التى تهم الرأى العام، الا أن ذلك ليس بالفعل المباح علي اطلاقه، وانما هو محدود بالضوابط المنظمه له ومنها ان يكون النشر في اطار المقومات الاساسية للمجتمع والحفاظ علي الحريات والحقوق والواجبات العامة، واحترام حرمة الحياة الخاصة للمواطنين ،والحفاظ علي عدم الاعتداء علي شرفهم وسمعتهم واعتبارهم او انتهاك محارم القانون... لما كان ذلك وكان الواقع الثابت في الدعوى، ان الصحيفة التى يمثلها المطعون ضده نشرت ما تناوله التحقيق الابتدائى – في مرحلة من مراحله – عن توجيه الاتهام الي الطاعنين معرفين باسميهما وتم الافراج عنهما بضمان مالي – وذلك قبل ان يتحدد موقفهما بصفة نهائية من هذه التحقيقات الجنائية، ودون تريث الي حين التصرف النهائى فيها، وان الطاعنين استندا في دعواهما علي ان نشر هذا الخبر علي هذه الصورة وبهذا التسرع تضمن مساسا بسمعتهما، وكان لا مراء في ان المساس بالشرف والسمعه علي هذا النحو – متى ثبتت باقي عناصره – هو ضرب من ضروب الخطأ الموجب للمسئولية، لا يشترط فيه أن يكون المعتدى سيئ النيه، بل يكفي ان يكون متسرعا، اذ في التسرع انحراف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد وهو ما يتوافر به هذا الخطأ – هذا – الي أن سوء النيه ليس شرطاً في المسئولية التقصيرية كما هو شرط في المسئولية الجنائية، فإن الحكم المطعون فيه اذ لم يلتزم هذا النظر واقام قضاءه برفض الدعوى علي ما ذهب اليه من أن سرية التحقيق الابتدائى وحظر افشائة، تقتصر علي القائمين عليه والمتصلين به بسبب وظيفتهم

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

او مهنتهم – ولا تستطيل الي الصحف طالما لم يثبت صدور قرار من جهة مختصه بحظر النشر وان الصحيفة التى يمثلها المطعون ضده استعملت حقها المباح في نشر الاخبار، مستهدفه خدمة المصلحة العامة دون سوء نيه او قصد مؤثم وبالتالي فلا خطأ يمكن نسبته إليها، ولا مسئولية عليها يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وقد حجبه هذا الخطأ عن تناول موضوع الدعوى تناولا صحيحا واستظهار قيام التسرع وعدم التريث في نشر الخبر المتعلق باتهام الطاعنين معرفين باسميهما، واثر ذلك علي قيام ركن الخطأ المستوجب للحكم بالتعويض او انتفائه وهو – ما يعيبه ويوجب نقضه.

وفي قضاء ثالث لها أوضحت أن نقل الخبر عن جريدة أخرى، دون التحقق من صحته، موجباً لمسئولية ناشرة باعتبار ان حرية الصحفي لا تتعدى حرية الفرد العادى، وكانت وقائع هذه القضية تتعلق بنشر«جريدة الاهرام»خبرا منقولا عن مجلة الوطن العربي مفاده« أن الطاعن وعد إحدى الدول العربية بتقديم كشف حساب عن المبالغ التى انفقها من أصل مبلغ أربعة ملايين دولار كان قد قبضها لقاء عمولته للقيام بعمليات تخريب في مصر« ونقضت المحكمة الحكم المطعون فيه بقولها« ان المقرر – في قضاء هذه المحكمة – أن تكييف الفعل المؤسس عليه طلب التعويض بانه خطأ، أو نفي هذا الوصف عنه، هو من المسائل التى يخضع قضاء الموضوع، فيها لرقابة محكمة النقض وانه ولئن كان للصحفي حرية نشر ما حصل عليه من أنباء أو معلومات، الا ان ذلك ليس بالفعل المباح علي إطلاقه، وانما هو محدد بالضوابط المنظمه له، إذ أن حرية الصحفي لا تعدو حرية الفرد العادى، ولا يمكن أن تتجاوزها إلا بتشريع خاص، ومن ثم فانه يلتزم بان يكون النشر لمعلومات صحيحه وفي إطار المقومات الاساسية للمجتمع والحفاظ علي الحريات والحقوق والواجبات العامة واحترام الحياة الخاصة للمواطنين وعدم الاعتداء علي شرفهم وسمعتهم وكان الثابت في الأوراق أن الطاعن تمسك أمام محكمة الموضوع، بأن المطعون ضدهم نشروا الخبر المبين بوجه النعي، دون التأكد من صحته ورغم صدور الحكم بثبوت خطأ المجله التى نقلت عنها وكالة الأنباء، وأن العبارات المنشورة تتضمن بذاتها مساساً بسمعته وكان المساس بالشرف والسمعه علي هذا النحو – متى ثبتت عناصره- هو ضرب من ضروب الخطأ الموجب للمسئولية يكفي فيه ان يكون المعتدى قد انحرف عن السلوك المألوف للشخص العادى بعدم التأكد من صحة الخبر فان الحكم المطعون فيه إذ لم يلتزم هذا النظر وأقام قضاءه برفض الدعوى علي ما ذهب اليه بمدوناته من (.. أن ما سلكته صحيفة الأهرام بنشر الخبر الاشارة الي المصدر الذى تلقي منه المراسل الخبر، فلا تثريب علي الصحيفة طالما ان هذا المصدر مشهود له عالميا بانه يتحرى الصحة والصدق، وتتناقل عنه الأخبار أجهزة الاعلام المرئية والمسموعه والمقروءه .....) فانه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وقد حجبه هذا الخطأ عن استظهار مدى توافر التسرع وعدم التحقق من صحة الخبر المتعلق باتهام الطاعن بالتآمر مع دولة اجنبيه علي سلامة وأمن وطنه، وأثر ذلك علي قيام ركن الخطا الموجب للحكم بالتعويض او انتفائه مما يعيبه ايضا بالقصور في التسبب ويوجب نقضه. [٢٣]

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

- وفي تأكيد أن نشر العبارات من صحيفة أخرى، ليس من شأنه رفع مسئولية ناشرها، أوضح حكم آخر أنه علي الناشر واجب ان يتحقق قبل اقدامه علي النقل أن الكتابه الوارده لا تنطوى علي أية مخالفة للقانون بمفهومه العام. [٢٤]
- وفي قضاء رابع أكدت المحكمة أن نشر ما تتولاه سلطة التحقيق مما يؤثر علي صالح التحقيق، او علي مراكز من يتناولهم التحقيق، مما يؤثر علي صالح التحقيق موجبا لمسئولية الصحفي بشأن ما تضمنه النشر من انتهاك لمحارم القانون. [٢٥]

المبدأ الثانـى: تقرير حق محكمة النقض في تفسير ما ينشر بالصحف وغيرها من وسائل النشر لتحديد معانى العبارات والألفاظ الوارده بها، استثناء من القاعده التى تتبعها بشأن باقي المسائل من استقلال قاضى الموضوع في تفسير ظاهر عبارات المحررات دون رقابة عليه منها. [٢٦]

ولئن كانت محكمة النقض تسلم بسلطة قاضى الموضوع في تفسير المقالات والرسوم والصور والرموز، وترفض كل نعى يقدم لها عن كل ادعاء في خطأ محكمة الموضوع في تفسير المعنى الظاهر، دون أسباب سائغه باعتبار أن ذلك **يدخل في نطاق استقلال قاضى الموضوع** في تحصيل فهم الواقع في الدعوى، إلا انها استندت لما لها من حق في الرقابة علي تطبيق حكم القانون، علي هذا الدفع ان تمد رقابتها فيما يتعلق بجرائم النشر الي المقال ذاته، من ناحية تحديد معانيه وتبيان علاقته بالقانون، في اول قضاء لمحكمة النقض في هذا المسار اوضحت (أن تقرير محكمة النقض لحقها في مراقبة محكمة الموضوع في تفسير ما ينشر في تلك الصحف وتحديد معانى ألفاظه الحكمة منه ظاهره، ألا وهي وجود جسم الجريمة أمام محكمة النقض كما كان أمام محكمة الموضوع، وهو كل ما يدور عليه البحث في هذا النوع من الجرائم بخلاف باقي الجرائم الأخرى، حيث يشمل البحث فيها أموراً أخرى، كشهادة الشهود، والظروف المحيطه بالدعوى، مما يترك عادة أثراً في تكوين اعتقاد قاضى الموضوع، وليس لمحكمة النقض أى سبيل إلى التدخل فيه، اللهم إلا إذا استندت محكمة الموضوع الي أمور أخرى غير موضوع المقال...) [٢٧].

وجاء بحكم اخر تأكيدا لهذا الاتجاه، وفيه الغت المحكمة حكماً بالبراءه صدر من محكمة الجنايات قالت فيه (وحيث أن الحكم المطعون فيه قد اثبت نشر مقالات بعينها وان الناشر لها هو المتهم فواقعة نشر المتهم لهذه المقالات بعينها هي الواقعة الثابته في الحكم، ومعرفة ما اذا كانت تلك الواقعة كما اثبتها الحكم يعاقب عليها القانون كما تقول النيابة او لا يعاقب كما ذهبت اليه محكمة الجنايات هو من اختصاص محكمة النقض ....

اذ يستحيل ان تؤدى واجبها من تعرف ذلك الا ببحث تلك المقالات لتفهم معانى عباراتها ومراميها، ثم وصفها بما تستحق قانونا من نقد مباح او سبب مجرم). [٢٨]

- ثم أكدت ذات المبدأ بعبارة اخرى بقولها (أن لمحكمة النقض في الجرائم التى تقع بطريق النشر،

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

ان تراقب محكمة الموضوع فيما ترتبه من النتائج القانونية علي المقال موضوع المحاكمة، وذلك لا يكون إلا بأن تبحث هي المقال لتتبين مناحية، وتستظهر مرامية، ثم تطبق القانون علي وجهة الصحيح، علي اساس ما تبين لها من حقيقة الامر فيه). [٢٩]

- ولعل مسلك محكمة النقض علي هذا النحو مرجعه، أن حرية النشر بمفهومها العام، لا يحدها الا جريمة توجب مسئولية جنائية او خطأ يستوجب مسئولية مدنية، وهذه وتلك هما صورتا اساءة استعمال هذه الحرية، فان جرت بسوء استعمالها علي صاحبه مسئولية جنائية، تتنازع بشأن ذلك اختلاف في طبيعة هذه الجريمه، هل هي جريمة عادية من جرائم القانون العام، أم هي ذات كيان خاص فتطبق أحكاماً خاصة ذلك ان اساءه استعمال هذه الحرية القصد منه غير واضح المعالم، باعتبار أن حدود المباح أو الممنوع فيما يتعلق بجرائم النشر امور متداخله ومتشابكه، لا يفصلها في كثير من الأحيان فارق نفسي أو معنوى وهو سوء القصد ومتى تحقق القاضي منه فيما نشر من عبارات، يكون قد قطع معظم الطريق المؤدى للحق في العقاب أو البراءة ذلك المبرر هو الذى دعا محكمة النقض إلي تقرير حقها في تفسير العبارات المنشورة، باعتبار أن بحثها في ذلك هو بغرض تبيان مناحيها واستظهار مراميها لإنزال حكم القانون علي وجهه الصحيح. [٣٠]

المبدأ الثالث: وجوب أن ينزه القاضى نفسه في تفسير العبارات المنشورة عن التردى في مساجلة فكرية او ذهنية تحول بينه وبين التعرف علي حقيقة ومرمي هذه العبارات توصلا الي انها تعد نقدا مباحا ام سبا مجرما.

وفي تأكيد لهذا المعنى ذكر قضاء المحكمة (أن الحكم القضائى هو فصل في خصومة قائمة وفق صحيح القانون، وعلي القاضى اذ يباشر وظيفته القضائية ان يجعل بغيته وجه الحق في الدعوى، وهو ما لا ينال الا بفهم صحيح لواقعها ودرس عميق لادلتها، ثم انزال حكم القانون عليها، وعليه اذ يقضى بين الناس – ان ينزه نفسه عن التردى في مساجلة فكرية، أو مبارزة مذهبية، تشغله عن الوقوف علي عناصر الدعوى الواقعية والقانونية، اللازمة لحسم النزاع فيها، فان هو فعل كان حكمة مبنيا علي غير أسباب، فاذا استلزم الفصل في الدعوى ان يوازن بين المبادئ ويمايز بين الافكار كان له ذلك – **في حدود سلطته التقديرية**- دون أن يعتنق في هذا السبيل – فكراً لا يشهد له علم ولا هدى ولا كتاب منير أو رأيا يناهض ما استقر في ضمير الجماعه، وما تعرفت عليه في دستورها وقانونها، فإن فعل كان إستدلاله فاسداً وتطبيقة للقانون خاطئا.

لما كان ذلك وكان الاساس الذى قامت عليه دعوى الطاعنين، هو إساءة المجلة المطعون ضدها لحق النشر والنقد لدى تعليقها علي ما ندبوا انفسهم له من تعقب عارضى الصور المنافية للآداب بالطريق العام، وما أدى إليه من صدور حكم بادانه أحدهم إذ اساءت إليهم، وشهرت بهم بما حواه مقالها المذكور، وهو ما عدوه خطأ أصابهم بضرر أدبي، يوجب مساءلتها عن تعويضه، وكان الفصل في الدعوى علي هذا

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

النحو يقتضى من محكمة الموضوع أن تتناول بالبحث والتمحيص المقال المشار إليه، وتبيان ما اذا كانت عباراته قد التزمت الضوابط المنظمة لحق النشر والنقد، من حيث صحة الخبر او اعتقاد الناشر صحته بناء علي أسباب تسوغه وأن يكون النقد في اطار المقومات الاساسية للمجتمع والحفاظ علي الحريات والواجبات العامة واحترام الحياة الخاصة للمواطنين وعدم الاعتداء علي شرفهم وسمعتهم واعتبارهم، وما اذا كانت قسوه العبارة قد اقتضتها ضرورة تجليه قصد الناقد، وان رائدها المصلحة العامة، ولم يكن الغرض منها الطعن والتجريح، وهى الأمور الواجب استظهارها لاثبات او نفي عناصر المسئولية محل الدعوى، وكان الحكم الابتدائى – المؤيد لاسبابة بالحكم المطعون فيه – قد رد علي دعوي الطاعنين بأن أفاض في عرض أفكار جماعها أن التطرف الدينى وباء نكبت به البلاد يجب استئصاله.

وأن ديدن المبتلين بهذا الحجر علي حرية الاخرين، مما يقعد بالمجتمع عن مواكبة الحضارة، التي لا سبيل اليها الا حرية مطلقة من كل قيد وأنه لا ضير في نشر الصور الإباحية لشيوعها وألفها، وأن مسلك الطاعنين في محاربتها تدخل مرذول في شئون الآخرين ينم عن أهداف خبيثة ونفوس مريضه، وأن المجلة المطعون ضدها اذ تصدت لهم بمقالها الآنف بيانة قد تغيت المصلحة العامة وبرئ مسلكها من قالة الخطأ، وانتهي من ذلك الي رفض الدعوى وإذا كان ذلك وكانت تلك الأفكار التى أبانت مدونات الحكم أنه يدين بها ويصدر عنها، قد شابها الخلط والتعميم وجاءت مناهضة للاسس الخلقية القومية والمبادئ الدينية الصحيحة التى تحكم المجتمع المصرى، وتضبط حركته والتى حرص الدستور والقانون – علي ما سيلي بيانه – علي رعايتها ويتعين علي القضاء تثبيتها مهما تفلت الناس من عقالها، كما نأت هذه الأفكار عن الفطرة السوية، التى لا ترى في حرية طليقة من كل قيد غير باب لفوضى عارمة، وشعار لعبودية خالصة للشهوات، فضلاً عن ان الحكم قد شغل بهذه الاراء التي لا صلة لها بموضوع الدعوى – عن الوقوف علي عناصرها السالف بيانها – مما ادى به الي رفضها علي غير اسباب تحملة وهو ما يعيبه بالقصور في التسبيب، والفساد في الاستدلال، بما يوجب نقضة – في هذا الخصوص دون حاجة للتعرف علي باقي الاسباب.

وأن المقرر – في قضاء هذه المحكمة – ان النقد المباح هو ابداء الرأي في امر او عمل، دون المساس بشخص صاحب الأمر أو العمل، بغية التشهير به والحط من كرامته، وأنه ولئن جاز للصحف – وهي تمارس رسالتها بحرية في خدمة المجتمع – تناول القضايا بالنشر باعتبارها من الاحداث العامة التى تهم الراي العام الا ان ذلك ليس بالفعل المباح علي إطلاقه وإنما هو محدد بالضوابط المنظمة له، ومنها أن يكون النشر، في إطار المقومات الأساسية للمجتمع، والحفاظ علي الحريات والواجبات العامة وإحترام حرمة الحياة الخاصة للمواطنين وعدم الإعتداء علي شرفهم وسمعتهم، واعتبارهم أو إنتهاك محارم القانون، وأنه وإن كان للناقد أن يشتد في نقد أعمال خصوصية، ويقسو عليهم، إلا أن ذلك يجب ألا يتعدى حد النقد المباح فإذا خرج عن ذلك الي حد الطعن والتشهير والتجريح، فانه

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

يكون قد تجاوز ما شرع من أجله حق النقد، وخرج به إلي ما لا يجوز الدخول إليه وحقت عليه تبعاً لذلك كلمة القانون وحكمة.

لما كان ذلك وكانت المادة ١٢ من الدستور الدائم، قد عدت من بين المقومات الاساسية للمجتمع، إلتزامة برعاية الأخلاق، والتمكين للتقاليد المصرية الأصلية، ودعوته الى مراعاة المستوى الرفيع للتربية الدينية والقيم الخلقية.. والزمت الدولة باتباع هذه المبادئ والتمكين لها وكان قانون العقوبات – تثبيت لهذه الاسس – قد جرم في مادتيه ١٧٨، ١٧٨ مكرر ثانياً عرض الصور والاعلانات وغيرها المنافية للاداب العامة – وهي تلك التى تواتر عليها الجمهور في مصر طبقا لآدابه المرعية، وتقاليده الموروثة بحسبان ان نشر هذه الصور او عرضها أو تقديمها، من شأنه ان يحرض الشباب علي الفجور واثارة الفتن في خيالة وايقاظ احط الغرائز في نفسة وتهوين سلطان الفضيلة علي مسلكه وكانت المجلة – التى يمثلها المطعون ضده – قد نشرت مقالا في عددها رقم ٣٥٠٠« تناولت فيه خبر صدور حكم قضائي بحبس احد مديرى دور السينما لعرضه اعلانات منافية للاداب العامة، وذلك بعد ان ابلغ الطاعنون ضده ونقمت منهم لتصديهم لهذه الظاهرة ووصمتهم لذلك بالتطرف والارهاب ومحاربة الابداع والفكر والفن واستدراج النيابة والقضاء لتحقيق مآربهم ووصمت الحكم المذكور بأنه صدمة اصابت العقلاء والمحترمين في مصر وكان ذلك من المجله مما يعد انحرافا عن حق النشر والنقد لما انطوى علية من التشهير بالطاعنين والطعن في سمعتهم وتجريحهم، فضلا عما فيه من أزدرائية بالقيم الدينية والاخلاقية والناهضين لحمايتها بما يمثلة ذلك من خروج علي المقومات الاساسية للمجتمع وما استنه الدستور والقانون من واجبات عامة ابتغاء رعايتها – علي ما سلف بيانه واذ كان الطاعنون قد اصابهم من جراء ذلك ضرر أدبي، تمثل في النيل من سمعتهم والحط من كرامتهم والمساس بشرفهم بإلصاق تلك السوءات بهم وما اورثة ذلك من معاناة ذات نفوسهم، في سبيل إرساء قيم حرص المجتمع علي ارسائها باعتبارها أساسا يتعين الإلتزام به حتى لا ينهار فيه أخص ما يحرص عليه ولا يقوم الا به الامر الذى يوجب تعويضهم بما يجبره، وهو ما تقدرة المحكمة بالمبلغ الوارد بمنطوق حكمها.[٣١]

المبدأ الرابع: تحديد نطاق ودور سوء نية كاتب ومحرر العبارات المنشورة في كل من المسئولية الجنائية والمدنية[٣٢].

سوء القصد هو في الواقع له دور فى جرائم النشر، لأنها في مجموعها لا تعدو ان تكون صورا لتجاوز الاعراب عن الفكر او اساءه استعمال هذا الحق فاستحقت التجريم من المشرع، إلا أنه في نطاق المسئولية التقصيرية، لا يعدو له دور فيها، إلا أن قضاء النقض قد استثنى من توافر المسئولية في حق كاتب العبارات المنشورة عددا من المبادئ تعرض لها تباعا هذا ولئن فرق قضاء النقض في محاولة منه للحد من حرية النشر بين ما اذا كانت العبارات المنشورة تشكل عدوانا بطريق إسناد واقعة مشينة علي نحو يكون جريمة قذف، أم تنطوى علي عدوان علي الشرف او الاعتبار.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

ففي الحالة الأخيرة فإن إيراد العبارات الجارحة، لا يكفي وحدة لتوافر القصد الجنائى، وانما يتعين ان يكون الغرض منه الاضرار بالمجنى عليهم لا خدمة مصلحة عامة فقضت بنقض حكم صدر من محكمة الاستئناف بمعاقبة صحفي عن تهمة إهانة مجلس النواب، لنشرة مقالات نسب فيها الي فريق الاغلبية فيه بعض العبارات الجارحة الماسة لهم، واعتمدت في ذلك المحكمة، علي أن القصد الجنائي لا يتحقق بمجرد نشر العبارات مع العلم بمعناها، وإنما يتعين بحث جميع الظروف الملابسة، لمعرفة ما اذا كان قصد الناشر منفعة البلاد ام مجرد الاضرار بالاشخاص المطعون ضدهم فذهبت الي ان الطعن في الخصوم السياسين يجوز قبوله بشكل اعم واوسع من الطعن في حق موظف عام او شخص معين بالذات باعتبار ان نقد اعمال وآراء الأحزاب السياسية، يكون في مصلحة الأمة التى يتسنى لها بهذه الطريقة، أن يكون لها رأى صحيح في الحزب الذى تثق فيه وتؤيده. [٣٣]

- وتبياناً لهذا المفهوم ذهب حكم للقول بأن (وان كان للناقد ان ينشر في نقد خصومه السياسيين، فان ذلك لا يجب ان يتعدى حدود النقد المباح فاذا خرج الي حد الطعن والتجريح فقد حقت عليه كلمة القانون). [٣٤]
- وفي الموازنة بين العبارات التى قصد بها تحقيق مصلحة عامة وتلك التى قصد بها التشهير، فقد اوضحت المحكمة في قضاء اخر لها نطاق الموازنه بينهما في قولها (وليس ما يمنع من ان يشتمل المقال الواحد علي عبارات يكون الغرض منها الدفاع عن مصلحة عامة واخرى يكون القصد منها التشهير وللمحكمة ان توازن في هذه الحالة بين القصدين، وتقدر ايهما كانت له الغلبة في نفس الناشر). [٣٥]

وفي بيان لنطاق الاخذ بحسن نية الكاتب، أضاف حكم آخر المبدأ الآتي (أنه لا محل للقول بان حسن النية يجب ان يقوم في كل الاحوال علي ما عداه وإلا استطاع الكاتب تحت ستار الدفاع ظاهريا عن مصلحة عامة مزعومة ان ينال من كرامة صاحب الامر دون ان يناله القانون). [٣٦]

النقد المباح:

وبشأن النقد المباح واعتباره سبباً من اسباب الاباحة فقد أوضحت المحكمة مفهوم هذا النقد بقولها (النقد المباح هو ابداء الراي، في امر او عمل دون مساس بشخص صاحب الامر أو العمل، بنية التشهير به او الحط من كرامته فإذا تجاوز النقد هذا الحد وجبت المساءلة، باعتباره مكوناً لجريمة سب، أو إهانة أو قذف حسب الأحوال فحتى يكون النقد مباحاً، تعين ألا يخرج الناقد في نقده إلي حد ارتكاب احدى الوقائع المذكورة فيجب ان يلتزم الناقد العبارة الملائمة والالفاظ المناسبة للنقد وان يتوخى المصلحة العامة، وذلك باعتبار ان النقد ليس الا وسيلة للبناء، لا للهدم فاذا تجاوز ذلك فلا يكون ثمة محل للتحدث عن النقد المباح). [٣٧]

وفي مجال وضع محكمة النقض **للضوابط المحددة لنطاق النقد المباح** أوضحت فى حكم هام لها ألا تكون العبارات من شأنها احتقار المجنى علية لدى أهل وطنه فقد جاء به (متى كانت العبارات التى

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

تضمنتها المقالات والاخبار والتى نشرتها الجريدة التى يراس الطاعن تحريرها، شائنة ومن شأنها لو صحت استيجاب عقاب المدعي بالحقوق المدنية، واحتقاره عند اهل وطنه، فان ما ينعاه الطاعن علي الحكم، بقالة ان ما نشر انما هو من قبيل النقد المباح يكون في غير محله). [٣٨]

- أما اذا كان النقد قد قصد به تحقيق مصلحة عامة، دون قصد التشهير بشخص معين فقد أوضحت المحكمة بشأن مقال نشر بصحيفة الاخبار تناول نقدا لسياسة وزارة الصحة، في شأن استيراد الادوية، تناول فيها سفر موظفيها للخارج لاسباب لا شأن لها بتوفير الدواء، أيد فيه الحكم قضاء محكمة الجنايات بالبراءه علي سند من ان المقال وقد تضمن نقدا لسياسة استيراد الادوية واستهجانة لها علي مجرد ارسال بعض الموظفين الي الخارج بحجة العمل علي تفريج ازمة الادوية دون ان يؤدى ذلك الي نتيجة فعالة، ورأي ان هذه السياسة ليس من شأنها توفير الدواء ووضع حل حاسم وسريع لتلك الازمة، وانتهي الحكم في تأييده ان ما جاء بالمقال كان نقدا يتعلق بواقعة عامة هي سياسة توفير الادوية والعقاقير الطبيعة في البلد، وهو امر عام يهم الجمهور وكان ما ورد بها من عبارات تتلائم وظروف الحال، وهدفها الصالح العام، ولم يثبت ان الطاعن قصد التشهير بشخص معين فان النعي علي الحكم المطعون فية بالخطأ في تطبيق القانون يكون علي غير اساس. [٣٩]
- وفي استبعاد للادعاء بتوافر النقد المباح بشأن مقال تعلق بنشاط الحزب السياسي الذى ينتمى اليه ويناهض نظام الحكم ولا يمس شخص المجنى عليه اورد حكم اخر (أنه ولئن جاز للصحف – وهى تمارس رسالتها بحرية في خدمة المجتمع – تناول القضايا بالنشر باعتبارها من الاحداث العامة التى تهم الراي العام، إلا أن ذلك ليس بالفعل المباح علي اطلاقة، وانما هو محدود **بالضوابط المنظمة له** ومنها أن يكون النشر في اطار المقومات الاساسية للمجتمع مع الحفاظ علي الحريات والحقوق والواجبات العامة واحترام حرمة الحياة الخاصة للمواطنين، وعدم الإعتداء علي شرفهم وسمعتهم واعتبارهم، أو انتهاك محارم القانون لما كان ذلك وكانت الصحفية فد وصفت المطعون ضده بانه عميل من عملاء المخابرات السوفيتيه، وكان ذلك كافيا في اثبات الخطأ التقصيرى فان ما يثيره الطاعن بشأن اشتمال ذلك علي نقد مباح يكون غير سديد). [٤٠]

وأنه متى ورد بالمقال عبارات خادشة للشرف، فقد تحقق القصد الجنائى في جريمة السب او القذف، **فاوضحت المحكمة مبدأ مفاده** بأنه متى كانت العبارات المنشورة، محشوه بكلمات خادشه للشرف، والفاظ ماسة بالاعتبار مما يفترض علم محررها بها فيتحقق بها القصد الجنائي ومن ثم فلا محل هنا لثمة حديث عن النقد المباح ورتبت علي ذلك مسئولية الناشر عن تعويض الضرر الناجم عنها بقولها (لما كان مؤدى ما أورده الحكم في مدوناته يفيد أن نشر المقال كان من شأنه خدش شرف المجني عليه والمساس باعتباره، والحط من قدره، في اعين الناس لما تضمنه من التشهير به والسخرية

PDFCompression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

من شانه والطعن في نزاهته واستقامته وكان هذا البيان يتضمن في ذاته الاحاطة باركان المسئولية التقصيرية من خطأ وضرر وعلاقة سببية مما يستوجب الحكم علي مقارفة بالتعويض فلا تثريب علي المحكمة أن هي لم تبين عناصر الضرر الذى قدر علي اساسه مبلغ التعويض المحكوم به، إذ الامر في ذلك متروك لتقديرها بغير معقب عليها) [٤١].

- وفي مجال نفي سلامة النية في جرائم النشر، المتضمنه قذفا نقضت المحكمة حكما لمحكمة الجنايات انتهي الي براءة المتهم، استناداً الي ان معيار معاقبة القاذف ان يكون الفعل او الامر المسند من شأنه احداث اثر خارجي، وهو العقاب او الاحتقار فان لم يحدث هذا الاثر الخارجي، فلا قذف، ولا عقاب مقرره المبدأ التالي:
- الاصل في القذف الذي يستوجب العقاب قانوناً، هو الذى يتضمن اسناد فعل يعد جريمة يقرر لها القانون عقوبة جنائية، أو يوجب احتقار المسند اليه عند اهل وطنه وانه اذا كان من حق قاضى الموضوع، أن يستخلص وقائع القذف من عناصر الدعوى فان لمحكمة النقض، ان تراقبه فيما يرتبه من النتائج القانونية ببحث الواقعة محل القذف، لتبين مناحيها، واستظهار مرامي عباراتها، لإنزال حكم القانون علي وجهة الصحيح.

لما كان ذلك وكان الحكم المطعون، فيه قد سلم بأن الخبر محل النعي، وان نبع عن اصل صحيح، إلا أنه اختلف عن الأصل في بعض التفصيلات، فجاء محرفاً، بالنسبة لنوع الاعتداء الذى وقع علي الطاعن وكان ما نشرته الجريدة من أن شابين إقتحما علي الطاعن مكتبة وقذفاه بزجاجات الكوكاكولا وانهالا عليه ضربا بالعصي الغليظة، ثم أمراه بخلع ملابسة فوقف، عاريا ثم أوثقاه من يديه ورجليه بحزام من جلد فما نشر من ذلك، هو بلا شك ينطوى علي مساس بكرامة الطاعن ويحط من قدرة واعتباره في نظر الغير، ويدعو الي احتقاره بين مخالطية ومن يعاشرهم في الوسط الذى يعيش فيه وتتوافر به جريمة القذف كما هي معرفة به فى القانون، وكان القانون لا يتطلب قصدا خاصاً، بل يكتفي بتوافر القصد العام الذي يتحقق متى نشر القاذف الأمور المتضمنه للقذف وهو عالم أنها لو كانت صادقة لأوجبت عقاب المقذوف في حقه، أو احتقاره وهذا العلم مفترض إذا كانت العبارات موضوع القذف – كما هو واقع الحال في الدعوى المطروحة – شائنة بذاتها ومتى تحقق القصد، فلا يكون هناك محل للحديث عن سلامة النية. [٤٢]

- هذا وبالنظر لاهمية التمسك بالدفاع القائم علي ان العبارات المنشورة انما تدخل ضمن النقد المباح، الذى من شأنه رفع المسئولية عن الناشر، فقد اعتبرته محكمة النقض دفاعا جوهريا يتعين علي محكمة الموضوع، أن تعرض له وتبحثه وتمحصه وإلا كان حكمها قاصراً قصوراً يعجز محكمة النقض عن مراقبة صحة تطبيق القانون علي واقعة الدعوى. [٤٣]
- أما عن **الباعث** في نطاق المسئولية المدنية فقد أرست محكمة النقض مبدأ مفاده (أن الباعث علي إساءه الناشر أو الناقد لحقه، لا يعد من عناصر المسئولية، فلا يلزم مدعي الضرر إيراده،

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

ولا يلزم القاضى بحثه، ومتى كانت اوصاف المقال بها – عورات يجب سترها – حتى ولو كانت صحيحة – طالما انتفت الضرورة الملجئه لبيانها، بحسبان تحقق الخطأ باعتبار أن لياقة الخطاب من حسن الإقتضاء).[٤٤]

المبدأ الخامس: تقرير مبدأ وجوب التحرز في تفسير القوانين الجزائية – ومنها جرائم النشر – وإلتزام القاضي جانب الدقة في ذلك وعدم تحميل عباراتها فوق ما تحتمل مع مراعاة أن القياس محظور في مجال التأثيم.[٤٥]

وفي بيان هذا المبدأ واستبعاد المسئولية الجنائية المفترضه لرئيس الحزب السياسي الذى يرأس الصحيفة الصادر عنها العبارات محل النشر اوضحت الاتي:

- من المقرر أن القاعدة العامة في تفسير القانون الجنائي[٤٦] تقضى بأنه إذا جاء النص العقابي ناقصاً أو غامضاً فينبغي أن يفسر بتوسع لمصلحة المتهم وبتضييق ضد مصلحته، وانه لا يجوز ان يؤخذ في قانون العقوبات بطريق القياس ضد مصلحة المتهم لانه لا جريمة ولا عقوبة بغير نص وذلك يتضح بجلاء من استقراء نصوص الدستور حيث نص في المادة ٦٦ منه علي أنه (لا جريمة ولا عقوبة الا بناء علي قانون ولا عقاب الا علي الافعال اللاحقة لصدور القانون الذى ينص عليها).
- فقد دل بهذه المادة علي أن لكل جريمة ركنا ماديا لا قوام لها بغيره يتمثل أساسا في فعل او امتناع وقع بالمخالفة لنص عقابي، مفصحا بذلك عن ان ما يركن إليه القانون الجنائى ابتداء في زواجره ونواهيه هو مادية الفعل المؤاخذ علي ارتكابه ايجابيا كان هذا الفعل أم سلبيا، ذلك ان العقوبات التى ينظمها القانون في مجال تطبيقة علي المخاطبين باحكامه محورها الافعال ذاتها في ملابساتها الخارجية ومظاهرها الواقعية وخصائصها المادية، إذ هي مناط التأثيم وعلته وهي التى يتصور اثباتها ونفيها وهي التى يتم التمييز علي ضوئها بين الجرائم بعضها البعض، وهي التى تديرها محكمة الموضوع علي حكم الفعل لتقييمها وتقدير العقوبة المناسبة لها.
- بل انه في مجال تقدير توافر القصد الجنائى، فان المحكمة لا تعزل نفسها عن الواقعة محل الاتهام التى قام الدليل عليها قاطعا وواضحاً، ولكنها تجعل بصرها سفية منقبة من خلال عناصرها عما قصد اليه الجانى حقيقة من وراء ارتكابها، ومن ثم تعكس هذه العناصر تعبيرا خارجيا وماديا عن ارادة واعية ولا يتصور بالتالي وفقا لاحكام الدستور ان توجد جريمة في غيبة ركنها المادي، ولإقامة الدليل علي توافر علاقة السببية بين مادية الفعل المؤثم والنتائج التى أحدثها بعيداً عن حقيقة هذا الفعل ومحتواه.
- ولازم ذلك أن كل مظاهر التعبير عن الارادة البشرية وليس النوايا التى يضمرها الانسان في اعماق ذاته – تعتبر واقعة في منطقة التجريم كلما تعكس سلوكا خارجيا مؤاخذا عليه قانونا فاذا كان الامر غير متعلق بافعال احدثتها ارادة مرتكبها وتم التعبير عنها خارجيا في صورة مادية لا تخطئها العين فليس ثمة جريمة وكان لكل جريمة عقوبة محددة ينص عليها القانون في جلية او

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

استقرار – علي الاقل – وفقا للحدود التى بينها.

- كذلك فإنه من القواعد المبدئية التى يتطلبها الدستور في القوانين الجزائية، أن تكون درجة اليقين التى تنظم أحكامها في أعلي مستوياتها، وأظهر في هذه القوانين منها في اى تشريعات اخرى ذلك ان القوانين الجزائية، تفرض علي الحرية الشخصية أخطر القيود وأبلغها أثراً ويتعين بالتالي ضمانا لهذه الحرية أن تكون الافعال التى تؤثمها هذه القوانين محددة بصورة قاطعة، بما يحول دون التباسها بغيرها وبمراعاة ان تكون دوما جلية واضحة في بيان الحدود الضيقة لنواهيها ذلك ان التجهيل بها او ابهامها في بعض جوانبها لا يجعل المخاطبين بها علي بينه من حقيقة الافعال التى يتعين عليهم تجنبها، كذلك فان غموض النص العقابي مؤداه ان يحال بين محكمة الموضوع وبين اعمال قواعد منضبطة تعين لكل جريمة اركانها وتقرر عقوبتها بما لا خفاء فيها وهي قواعد لا ترخص فيها وتمثل اطارا لعملها لا يجوز تجاوزه ذلك ان الغاية التى يتوخاها الدستور، هي ان يوفر لكل مواطن الفرص الكامله لمباشرة حرياته في إطار من الضوابط التى قيدها بها ولازم ذلك أن تكون القيود علي الحرية التى تفرضها القوانين الجزائية محددة بصورة يقينية، لأنها تدعو المخاطبين بها إلي الأمتثال لها كي يدافعوا عن حقهم في الحياة وكذلك عن حرياتهم.
- لما كان ذلك، وكان الاصل ان القصد الجنائى من أركان الجريمة، فيجب أن يكون ثبوته فعلياً ولا يصح القول بالمسئولية الفرضية الا اذا نص عليها الشارع صراحة وكان استخلاصها سائغا عن طريق استقراء نصوص القانون وتفسيرها بما يتفق وصحيح القواعد والاصول المقررة في هذا الشأن.
- كما أنه من المقرر في التشريعات الجنائية الحديثة ان الانسان لا يسأل بصفته فاعلا أو شريكا، إلا عما يكون لنشاطة المؤثم دخل في وقوعه، سواء كان ارتكابا او تركاً إيجاباً أو سلباً، وذلك طبقا لاوامر الشارع ونواهيه ولا مجال للمسئولية المفترضه، أو المسئولية التضامنية في العقاب الا استثناء وفي الحدود التى نص عليها القانون ويجب التحرز في تفسير القوانين الجزائية [٤٧] والتزام جانب الدقة في ذلك، وعدم تحميل عباراتها فوق ما تحتمل مع مراعاة ما هو مقرر من أن القياس محظور في مجال التاثيم.
- لما كان ما تقدم وكانت الفقرة الثانية من المادة ١٥ من القانون ٤٠ لسنة ٧٧ في شأن الاحزاب السياسية المضافة بالقانون رقم ٣٦ لسنة ٧٩ والتى نصت علي: أن يكون رئيس الحزب مسئولاً مع رئيس تحرير الجريدة عما ينشر فيها قد جاء نصها في صيغه عامة يشوبها الغموض والابهام، ولم يحدد فيها المشرع طبيعة هذه المسئولية وما اذا كانت مدنية أم جنائية، ولم يشر من قريب أو بعيد إلي مسئولية رئيس الحزب الجنائية كما لم يرد فيها ما يفيد الخروج علي الاحكام العامة في المسئولية الجنائية باعتناق نظرية المسئولية المفترضة ولو اراد الشارع تقرير مسئولية رئيس الحزب الجنائية لما اعوزه النص علي ذلك صراحة وإحاله في ديباجته الي المادة ١٩٥ من قانون

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

العقوبات التى ترتب مسئولية رئيس التحرير وهو ما لم يحدث الأمر، الأمر الذى ترى معه هذه المحكمة ازاء غموض النص والتجهيل به التحرز في تفسيره، وعدم تحميل عباراته فوق ما تحتمل، وأن يفسر بتوسع لمصلحة المتهم وتضييق ضد مصلحته عملاً بما إستقر عليه قضاء هذه المحكمة في هذا الخصوص وأن تكون المسئولية المنصوص عليها في هذه الحالة قاصرة علي المسئولية المدنية هذا فضلا عن انه اذا كانت المحكمة تتصدى للتفسير، فانه يكون اصح تفسيرا أن يكون إيراد المشرع للحكم الخاص بمسئولية رئيس الحزب عما ينشر في الجريدة مع رئيس التحرير، مقتصرا علي مسئوليته المدنية، دون المسئولية الجنائية، بما يعنى ان ما اورده المشرع في هذا الشأن، هو تكرار تشريعي لما هو مقرر في القواعد العامة في القانون، وهو امر مندوب في اصول التشريع، لأن التكرار هنا تأكيد للمعنى في مناسبة قد يثور الجدل في شأنها من ان يفسر هذا الايراد علي أنه مد لأحكام المسئولية الجنائية ليشمل من لم يقارف الجريمة ولم يكن له بها شأن فعلى.

- لما كان ما تقدم واذ كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقضى بمعاقبة الطاعن الثانى رئيس حزب«.....»عن واقعتى القذف والسب استنادا الي المادة ٢/١٥ من قانون الاحزاب السياسية رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٧ المعدل بالقانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٧٩، فانه يكون قد بنى علي خطأ في تأويل القانون.[٤٨]

المبدأ السادس: مجموعة الضوابط التى قررتها محكمة النقض لتحديد نطاق حرية نشر الإجراءات القضائية وهى:

أولاً: قصر حصانه النشر علي الاجراءات القضائية العلنية والأحكام التى تصدر علناً.[٤٩]

وفي ذلك تقول المحكمة: ان حصانة النشر مقصورة علي الاجراءات القضائية العلانية، والاحكام التى تصدر علناً، ولا تمتد الي التحقيق الابتدائى، ولا الي التحقيقات الاولية أو الإدارية، لان هذه كلها ليست علنية اذ لا يشهدها غير الخصوم ووكلائهم فمن ينشر وقائع هذه التحقيقات، أو ما يقال فيها او يتخذ في شأنها من ضبط وحبس وتفتيش واتهام واحالة الي المحاكمة، فإنما ينشر ذلك علي مسئوليتة، إذ أن حرية الصحفى لاتعدو حرية الفرد العادى، ولا يمكن ان تتجاوزها، الا بتشريع خاص، ومن ثم فإنه يلتزم فيما ينشره، بالمقومات الاساسية المنصوص عليها في الدستور، ذلك انه ولئن كان للصحفي الحق في نشر ما يحصل عليه من أنباء أو معلومات أو إحصائيات من مصادرها، إلا أن ذلك ليس بالفعل المباح علي اطلاقة وانما هو محدود بالضوابط المنظمة له، ومنها أن يكون النشر في اطار المقومات الاساسية للمجتمع، والحافظ علي الحريات والحقوق والواجبات العامة واحترام الحياة الخاصة للمواطنين وعدم الاعتداء علي شرفهم وسمعتهم واعتبارهم او انتهاك محارم القانون. لما كان ذلك وكان الثابت في الاوراق ان المجلة التى يمثلها الطاعن بصفته، نشرت اقوال المطعون ضده الثانى التى نسب فيها لمورث المطعون ضدهم – في البند أولا – أنه من بين الإرهابين مختطفي

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

الطائرة المصرية وأنه هارب من التجنيد وجهاز الأمن يبحث حالته وذلك من قبل أن يتحدد موقفة نهائيا من قبل سلطات التحقيق، وهو مسلك ينم عن التسرع ويعد ضربا من ضروب الخطأ الموجب للمسئولية، لا يشترط لتحققه توافر سوء النية لدى مرتكبة، ولا ينفيه تصحيح الخبر، محل النشر في وقت لا حق، إذ انتهي الحكم المطعون فيه الي قيام مسئولية الطاعن بصفته عن هذا النشر علي نحو ما سبق بيانه – فانه يكون قد اصاب صحيح القانون ويكون النعي علية بهذا السبب علي غير اساس.[٥٠]

ثانياً: أما بالنسبة لنشر المحاكمات فقد اعتبرتها محكمة النقض فرعا من العلانية، واجازت نشرها، فالمبدأ هو، أن نشر أنباء المحاكمات فرع من علانيتها وإمتداداً لهذه العلانية، طالما لم يحظر هذا النشر طبقاً للقانون وفي ذلك تقول:

- أن نشر أنباء المحاكمات فرع من علانيتها، وامتداد لهذه العلانية، طالما لم يحظر هذا النشر، طبقا للقانون واستخلاص الخطأ الموجب للمسئولية او نفي ذلك هو – وعلي ما جرى به قضاء هذه المحكمة – مما يدخل في **حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع** طالما كان ذلك الاستخلاص سائغا، كما انها المرجع لفهم الواقع في الدعوى، وتقضى بما يطمئن اليه وجدانها، وحسبها أن تقيم قضائها علي ما يكفى لحملة.
- لما كان ذلك وكان الحكم الابتدائى الذى ايده الحكم المطعون فيه وأخذ بأسبابه – قد اقام قضاءه برفض الدعوى علي ان (الثابت من الجناية رقم ٤١٣٧ لسنة ١٩٧١ مصر الجديدة ان المدعي – الطاعن- وان كان قد صدر الحكم ببراءته الا ان النيابة وجهت اليه باعتباره موظفا عموميا - محافظ القاهرة - احدث عمدا ضررا باموال ومصالح شركة مصر الجديدة التى يتصل بها بحكم وظيفته بان تدخل لدي ممثلي الشركة سالفة الذكر لتجدد عقد استئجار واستغلال المتهم الثاني كازينو منتزة مصر الجديدة – الميرلاند - وحال بذلك بين تاجير الكازينو مقابل ١٧٥٠٠٠ جنية مما أضر بأموال ومصالح الشركة ومن ثم فان الخبر المنشور في عمومة لم يكن متجاوزا لواقع الحال بل كان له ما يؤيده من اتهام قائم مسند للمدعي وقت نشره وهو لا يعدو ان يكون من الأخبار الصحفية التى يجوز للصحافة نشرها .. ولا يؤثر في ذلك ان تكون عبارات النشر غير ملتزمه قرار الاحالة بنصه ما دام ان تلك العبارات تدور في فلك ذات المعنى الذى صيغ به قرار الاتهام من الإضرار عمداً بأموال الدولة ومصالح الشركة التى يتصل بها المتهم بحكم وظيفته واستغلال النفوذ ومن ثم ينتفي ركن الخطأ في شأن ذلك النشر).[٥١]
- وقد أضاف الحكم المطعون فيه الي هذه الاسباب ان النشر لم يكن قولا مختلفا او مكذوبا من اساسه وانما كان له واقع قائم ومعلوم للكافة بعد اذاعة قرار الاتهام وإعلانه بل هو قائم من قول المستأنف (الطاعن) نفسه من أن تدخله في النزاع علي تاجير كازينو الميرلاند – أوغر صدر

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

الاخرين الذين لاحقوه بالشكاوى، والتى أدت الي تقديمه للمحاكمة هذه كلها إحداث وقعت والنشر عنها، لا يعتبر قذفا يعاقب عليه القانون ولا يعد خطأ يستوجب التعويض، وما فعله المستأنف عليه (المطعون عليه) لم يكن اكثر من النشر عن المحاكمة، ولا تثريب عليه، إن هو لم يلتزم قرار الاتهام بنصه، وإنما يكفي ان تكون عبارات الخبر المنشور تدور في فلك ذات المعنى الذى صيغ به قرار الاتهام، لما كان ما تقدم وكان ما أورده الحكم المطعون فيه يدخل في حدود سلطة محكمة الموضوع التقديرية في فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدله فيها ويكفي لحمل قضاء الحكم المطعون فيه، ومن ثم فان النعي لا يعدو ان يكون في حقيقته جدلا موضوعيا. [٥٢]

وخلاصة القول فى هذا المقام فإننا – كما صرح البعض – ندق ناقوس خطر محدق ينذر بعواقب مفزعة وخيمة يهدد استقلال القضاء ويعصف بكل قيم العدل وينتهك الدستور والقانون ويهدر ضمانات التقاضى ويؤثر على تشكيل الوجدان الجماعى للقضاء، وايضاً المواطنين فى إيمانهم بنزاهة القضاء المصرى، ذلك أن استقلال السلطة القضائية يعنى أن تعمل بعيداً عن أشكال التأثير الخارجى التى توهن عزائم رجالها فيميلون عن الحق، إغواءاً أو إرغاماً أو ترغيباً أو ترهيباً بما ينافى ضمانة التجرد عن الفصل فى الخصومة القضائية، ولحقيقة أن العمل القضائى لا يجوز أن يثار ظلال قاتمه حول حيدته، فلا يطمئن إليه متقاضون داخلتهم الريبة فيه بعد أن صار نائياً عن القيم الرفيعة للوظيفة القضائية[٥٣].

ومما تقدم يؤكد الباحث فى هذا المقام على أن لوسائل الإعلان المقروئة والمسموعة والمرئية وما تتبعه من آليات وتقنيات لجذب القارئ والمشاهد تأثيرها المباشر وغير المباشر على قاضى الموضوع، سواء من حيث الإدانة أو البراءة، أو من حيث تحديد العقوبة وتقديرها نوعاً أو قدراً وما يترتب على ذلك من تشديد أو تخفيف أو الأمر بإيقاف تنفيذها.

وفى هذا الصدد وعن أثر وسائل الإعلام وبخاصة الصحافة ومدى تأثيرها على السلطة التقديرية لقاضى الموضوع فإننا نؤكد ايضاً على أن حرية الصحافة وغيرها من وسائل الإعلام لا تعنى التأثير على القضاة بنشر أخبار مسبقة عن دعاوى مطروحة لم يفصل فيه بعد، أو التهكم بأسلوب مثير على أحكام رسم القانون طرقاً للطعن عليها، لأن ذلك يعد تدخلاً فى شئون العدالة وله بالغ الأثر على حسن سيرها – وعلى السلطة التقديرية لقائى الموضوع – مما قد يلحق بالمجتمع أبلغ الضرر[٥٤] فى بعض الأحيان، ونشير هنا أيضاً إلى ما قرره معالى القاضى الجليل المستشار/ وجدى عبد الصمد فى أكثر من مناسبة أنه عندما يلوح شبح الإعلام أمام منصة القاضى تفزع منه ملائكة العدل.

وبعد فهذه خلاصة المبادئ التى أرستها محكمة النقض، بشأن حق النشر، وجرائم الصحافة، **ومدى السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع** حيالها، والتى رأينا ضرورة تبيانها، لما لوسائل الإعلام، وبخاصة الصحافة، من تأثير على قاضى الموضوع، وسلطته التقديرية ورأينا فى الموضوع، على النحو سالف العرض.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

الهوامش

١ د. السيد محمد عتيق: مبادئ علم الإجرام، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٦، ص ٢٢٦ وما بعدها.

٢ د. محمد زكى أبو عامر: علم الإجرام والعقاب، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأسكندرية، سنة ١٩٩٥، ص ٢٢٤.

٣ د. محمد عزت حجازى: نشر أنباء الجرائم فى الصحف، المجلة الجنائية القومية، العدد الثانى، نوفمبر ١٩٦٣، ص ٥٦.

٤ د. سليمان عبد المنعم: أصول علم الإجرام والجزاء، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، سنة ١٩٩٦، ص ٣٩٦

٥ د. عوض محمد: مبادئ علم الإجرام، مؤسسة الثقافة الجامعية، سنة ١٩٨٠، ص ٣٠ وما بعدها

٦ د. عوض محمد: مبادئ علم الإجرام، مؤسسة الثقافة الجامعية، سنة ١٩٨٠.

٧ د. السيد محمد عتيق: مبادئ علم الإجرام، مرجع سابق، ص ٢٢٩ وما بعدها

٨ د. محمد أبو العلا عقيده: أصول علمى الإجرام والعقاب، دار الفكر العربى، سنة ١٩٩٤، ص ٢٢٣.

٩ د. محمد زكى أبو عامر: علم الإجرام والعقاب، مرجع سابق، ص ٢٢٥ وما بعدها

١٠ د. السيد محمد عتيق: مبادئ علم الإجرام، المرجع السابق، ص ٢٣٠ وما بعدها.

١١ د. سليمان عبد المنعم: أصول علم الإجرام والجزاء، مرجع سابق، ص ٣٩٧.

١٢ د. محمد زكى أبو عامر: علم الإجرام والعقاب، مرجع سابق، ص ٢٢٦ وما بعدها

١٣ الأستاذ/ نجاد البرعى: جرائم الصحافة والنشر، المجموعة المتحدة، القاهرة، مكتبة نادى القضاة، سنة ٢٠٠٤، ص ٢٦.

١٤ وهذا ما يحدث فى قضايا الرأى العام بصفة خاصة وذلك مثلما حدث فى قضية المبيدات المسرطنة، التى إتهم فيها رئيس مجلس إدارة بنك التنمية والإئتمان الزراعى (...) وآخرين، وكذلك ما حدث فى قضية قتل المطربة اللبنانية (...) المتهم فيها كلاً من رجل الأعمال المعروف (...) وضابط الشرطة السابق (...) والتى حظرت محكمة جنايات القاهرة النشر عنها، على أعقاب الصخب الإعلامى، واللغط الذى حام حول هاتين القضيتين، وغيرهما وتناولها وأصدر أحكاماً فيها قبل أن تقول محكمة الموضوع فيها كلمتها ويراجع فى ذلك قرار مجلس القضاء الأعلى الصادر بالإجماع بجلسته المنعقدة يوم الإثنين الموافق ٢٠١٠/١٠/٤ بدار القضاء العالى بالقاهرة برئاسة المستشار الدكتور/ سرى محمود صيام.

١٥ د. أحمد عوض بلال: علم الإجرام، دار الثقافة العربية، الطبعة الأولى، سنة ١٩٩٥، ص ٥ وما بعدها.

١٦ د. فتوح عبد الله الشاذلى: علم الإجرام، منشأة المعارف، الاسكندرية، سنة ١٩٩٣، ص ٣٧٩ وما بعدها.

١٧ د. السيد محمد عتيق: مبادئ علم الإجرام، مرجع سابق، ص ٢٣٣ وما بعدها.

١٨ د. رمسيس بهنام: الوجيز فى علم الإجرام، منشأة المعارف، سنة ١٩٩٧، ص ١٣٨. وأنظر ايضاً د. السيد عتيق: مبادئ علم الإجرام، مرجع سابق، ص ٢٣٤.

١٩ المستشار الدكتور/ رفعت عبد المجيد: دور محكمة النقض الخلاق فى الموازنة بين حرية الصحافة وحماية حقوق

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

الإنسان، مجلة محكمة النقض، العدد الأول، يونيه ٢٠٠٦، ص ١٧ وما بعدها.

٢٠ يراجع قرار مجلس القضاء الأعلى الصادر بالإجماع بجلسة ٤ أكتوبر سنة ٢٠١٠ بدار القضاء العالى بالقاهرة.

٢١ نقض ١٩٥٩/٣/٢٤، الطعن رقم ١٣٦٣، س ١٠، ص ٣٤٨

٢٢ نقض ١٩٩٠/٦/١٧، الطعن رقم ١٨٤٤ لسنة ٥٢ق.

٢٣ نقض ١٩٩٤/١١/٢٩، الطعن رقم ٥٢٧، لسنة ٥٨ ق، السنة ٤٥، ص ١٥١٢.

٢٤ نقض ١٩٦٠/١٢/٢٠، الطعن رقم ١٠٢٧، لسنة ٣٠ ق، السنة ١١ ص ٩٢٩

٢٥ نقض ١٩٨٨/٢/١٧، الطعن رقم ١٤٤٨، لسنة ٥٤ ق، السنة ٢٩ ص ٥٢٧.

٢٦ المستشار الدكتور/ رفعت عبد المجيد: المرجع السابق، ص ١٩ وما بعدها.

٢٧ الطعن رقم ٨٨٥، لسنة ٤١ ق، جلسة ١٩٢٤/١٠/٢، غير منشور

٢٨ نقض ١٩٢٩/٣/٢٨، الطعن رقم ٩٣٠ لسنة ٤٦ ق، نقض ١٩٣٣/٢/٢، الطعن رقم ١١١٦، لسنة ٣ ق، غير منشورين

٢٩ نقض ١٩٦٢/١/١٦، الطعن رقم ٦٢١، لسنة ٣١ ق، السنة ١٣، ص ٤٧.

٣٠ المستشار الدكتور/ رفعت عبد المجيد: المرجع السابق، ص ٢٠ وما بعدها

٣١ نقض ٢٠٠٠/٣/١، الطعن رقم ٢٩٧٢ لسنة ٦٩ ق.

٣٢ المستشار الدكتور/ رفعت عبد المجيد، المرجع السابق، ص ٢١ وما بعدها.

٣٣ نقض ١٩٢٤/٩/٦، الطعن رقم ١٧٤٤ لسنة ٤١ ق.

٣٤ نقض ١٩٨١/٦/٢، الطعن رقم ١٧٢٣ لسنة ٤٩ ق السنة ٣٢ ص ١٦٦٢.

٣٥ نقض ٤ يناير، سنة ١٩٣٢، مجموعة القواعد القانونية، ج ٢، قاعدة ٣١٢، ص ٤٠٣.

٣٦ نقض ١٩٨١/٦/٢، الطعن رقم ١٧٢٣ لسنة ٤٩ ق، س ٣٢، ص ١٦٦٢.

٣٧ نقض جلسة ١٩٨١/٦/٢، الطعن رقم ١٧٢٣ لسنة ٤٩ ق، السنة ٣٢، ص ١٦٦٢.

٣٨ نقض ١٩٧٥/٢/٢٣، الطعن رقم ١٧٧، لسنة ٤٩ ق، السنة ٢٦، ص ٥٦٧، نقض ١٩٩٢/٢/٢٦، الطعن رقم ٧٥٨٩ لسنة ٥٩ ق السنة ٤٣ ص ٢٦٢.

٣٩ نقض ١٩٦٥/١١/٢، الطعن رقم ٢٣، لسنة ٣٥ ق، السنة ١٦، ص ٧٨٧.

٤٠ نقض ١٩٩٢/٥/٢٨، الطعن رقم ٢٤٤٦، لسنة ٥٨ ق، السنة ٤٣، ص ٧٦٦.

٤١ نقض ١٩٦٤/١١/١٧، الطعن رقم ٤٨٢ لسنة ٣٤ ق، السنة ١٥ ٦٨٧، نقض ١٩٩٤/١١/١٥، الطعن رقم ٢٧٣٥٤، لسنة ٥٩ ق، السنة ٤٥، ص ١٠٠١.

٤٢ نقض ١٩٦٢/١/١٦، الطعن رقم ٦٢١، لسنة ٣١ ق، السنة ٣١ ص ٤٧.

٤٣ نقض ١٩٩٣/١٠/٢٤، الطعن رقم ١٨٠٢٨، لسنة ٥٩ ق، السنة ٤٤، ص ٨٦٣.

٤٤ نقض جلسة ٢٠٠٠/٣/١، الطعن رقم ٢٩٧٢ لسنة ٦٩ ق

٤٥ المستشار الدكتور/ رفعت عبد المجيد: المرجع السابق، ص ٢٣ وما بعدها (مرجع سابق).

٤٦ للمزيد يراجع المستشار الدكتور/ سرى صيام: التفسير القضائى وحماية حقوق المتهم الإجرائية، مرجع سابق، ص ٦١ وما بعدها.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

٤٧ أنظر المستشار الدكتور/ سرى صيام: التفسير القضائى وحماية حقوق المتهم الإجرائية، مرجع سابق، ص ١٨ وما بعدها

٤٨ نقض ١٩٩٤/١١/١٥، الطعن رقم ٢٧٣٥٤، لسنة ٥٩ ق، السنة ٤٥ ص ١٠٠١.

٤٩ المستشار الدكتور/ رفعت عبد المجيد: المرجع السابق، ص ٢٥ وما بعدها

٥٠ نقض ١٩٥٩/٣/٢٤، الطعن رقم ١٣٦٣، لسنة ٢٨ ق، لسنة ١٠، ص ٣٤٨، نقض ١٩٩٤/٣/٣، الطعن رقم ٣٦٣٥، لسنة ٥٩ ق، لسنة ٤٥، ص ٥٩٢.

٥١ نقض ١٩٨٣/٣/٢، الطعن رقم ٧٣٤، لسنة ٤٨ ق، السنة ٣٤، ص ٦٢٤.

٥٢ المستشار الدكتور/ رفعت عبد المجيد: المرجع السابق، ص ٢٥، وأنظر ايضاً نقض ١٩٨٣/٣/٢، الطعن رقم ٧٣٤، لسنة ٤٨ق، ص ٦٢٤.

٥٣ لمستشار/ ماهر سامى: ميزان الدستورية بين استقلال القضاء وحرية الإعلام، مجلة الدستورية، العدد السابع عشر، السنة الثامنة، ابريل سنة ٢٠١٠، ص ٣ وما بعدها.

٥٤ المستشار/ بكرى عبد الله: القضاة وحرية الصحافة، مجلة القضاة، السنة الخامسة عشر، العدد الأول، مايو سنة ٢٠٠٠، ص ٨ وما بعدها

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

جواز الإرتـداد عن الشرعية الدستورية إلى الشرعية الثورية (دراسة حالة للثورة المصرية)

دكتور فتحى فكرى
أستاذ القانون العام
بكلية الحقوق جامعة القاهرة

بعد أن شاعت الأفكار الديمقراطية فى أرجاء المعمورة من أدناها إلى أقصاها ، لم يعد هناك من يجرؤ على مناقشة المبدأ القاضى بأن الشعب هو صاحب السلطة ومستودعها ومستقرها.
إلا أن المشكلة تظهر حال إعمال المبدأ واقعياً.
فالأنظمة الديمقراطية الحقه يطابق فيها النظر العمل . أما تلك التى تكتفى بالشعارات دون أن تلقى بالاً إلى التبعات ، فتدعى أن السلطة منبعها الشعب ، فى الوقت الذى تدفع فيه هذا الشعب بعيداً عن المشاركة فى السلطة ، ولو فى أبسط مظاهرها . والنتيجة الطبيعية لذلك أنه بإسم الشعب يجرى العمل ضد مصالح الشعب الآنية والمستقبلية .
وتحت تأثير أبواق الدعاية الموجهة فى الأنظمة الديكتاتورية ، لا يرفع الغطاء عن أبعاد تصرفات السلطات الحاكمة إلا بعد حين ، وبالأحرى بعد فوات الأوان.
وتظل مقدرات الشعب تستنفذ ، وحرياته تستباح ، إلى أن يصبح اقتلاع النظام القائم هو الحل المتاح لتغيير الأوضاع ، وتبدل الأحوال.
وتبدأ المسيرة نحو هذا الحل بمقاومة قطاعات متنوعة من الشعب فى اتجاهات مختلفة ، إلى أن تتكثف الجهود وينفجر بركان الثورة.
ويُظن – أحياناً – أن إزاحة رموز النظام السابق من مواقع السلطة ، التى احتكروها ردحاً من الزمن، بمثابة إعلان نهائى بنجاح الثورة.
إلا أن التجربة أثبتت أن الخطوة السالفة – على ضرورتها – محدودة الأثر والتأثير ، وإن درب التغيير يمتد إلى مسافة قد لا يدركها البصر.
والسؤال المتوقع هو كيف سنطوى هذا الطريق ، هل بالتمسك بالشرعية الدستورية ، أم بالشرعية الثورية؟
واشكالية الاختيار بين الشرعيتين لا تطرح فى بواكير الثورة ، فالتمسك بالشرعية الدستورية يدين الثورة ذاتها ، بحسبانها تشكل خرقاً للقواعد المعمول بها ، والتى تجرّم وتعاقب بأقصى الجزاءات محاولة تغيير نظام الحكم بالقوة.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

ولذلك لا مهرب من استدعاء الشرعية الثورية فى بدايات الثورة ، ولكن إلى متى؟

فى تقديرنا إنه لا يصادف الصواب تصور أن الشرعية الدستورية ستحل محل الشرعية الثورية دفعة واحدة.

فالملاحظ أن إعادة بناء مؤسسات الدولة لا يتحقق بين عشيه وضحاها ، وإنما يتم على مراحل وبصورة تدريجية . وهكذا ينحسر نطاق الشرعية الثورية لصالح الشرعية الدستورية ، كلما إكتمل بناء إحدى سلطات النظام الجديد . وتظل الشرعية الدستورية تتمدد والشرعية الثورية تتراجع لحين استواء لبنات النظام المستهدف.

هذا مع التأكيد على أن السلطة التى تستجمع كيانها بإسلوب الشرعية الدستورية لا يمكنها العودة للشرعية الثورية لسببين :

الأول: الشرعية الثورية أعلى درجات الاستثناء على تطبيق القانون ، مما يقتضى رحيلها فى أقرب فرصة ممكنة.

وهذا المطلب متين الصلة بغاية الثورة الأساسية. فكل الانحرافات السابقة على أى ثورة والممهدة لها ، ترتد فى جذورها إلى إهدار سيادة القانون وتنكب قواعده . وغايات الثورة لن تتبلور واقعياً إلا بعودة الإلزامية لحكم القانون ونصوصه.

الثانى: تشكيل إحدى السلطات طبقاً للقواعد الدستورية يشى بأننا لم نعد بحاجة إلى الشرعية الثورية فى نطاق تلك السلطة.

فالسلطة التى تتكون وفقاً للشرعية الدستورية ، لا يجوز لها – من ثم – أن تعمل خلافاً لذلك حتى لا تتنكر – بصورة سافرة – لأساس وجودها.

يعزز ما سلف ان العودة للشرعية الثورية بعد إتباع الشرعية الدستورية يهدر – كما المحنا –" أى خطوة جرت فى سبيل بلوغ هدف الثورة الجوهرى : **فرض سيادة القانون** ، مع ما يتصل بذلك من إطالة الفترة الانتقالية باضطراباتها وقلائلها على كافة الأصعدة.

والمتتبع لأحوالنا بعد ٢٥ يناير ٢٠١١ سيلمس تبادل المواقع بين الاستقرار والانفلات ، بسبب التنقل المطرد من الشرعية الثورية إلى الشرعية الدستورية والعكس.

وقد اسفر هذا الوضع عن وجود غلافة ضبابية حول الخطى المستقبلية ، مما بعثر الجهود الوطنية ، وأعاق استقرار العلاقات المجتمعية ، كضابط أساسى لإصلاح ما جرّفته السنون الماضية من مقومات المجتمع مادية ومعنوية.

وبداية علينا أن نحدد الجهة التى ملكت السلطة الفعلية بعد تهاوى أركان النظام السابق.

لا نزاع – فيما نعتقد – على أن تلك السلطة مثلها المجلس الأعلى للقوات المسلحة . وتمثلت البوادر فى انتشار قوات الجيش فى كافة أنحاء البلاد اعتباراً من ٢٨ يناير ٢٠١١ ، واكتمل امتلاك السلطة

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

بالإعلان الدستورى الصادر فى ٣٠ مارس ٢٠١١.

ولا يفوتنا فى هذا الصدد أن نلمح إلى الاضطراب الذى واكب إصدار هذا الإعلان ، وموقف بعض الجبهات السياسية منه.

ففى اليوم التالى لخلع الرئيس السابق اصدر المجلس الأعلى للقوات المسلحة ما يشبه البيان ، معلناً فيه وقف العمل بدستور ١٩٧١[١].

وكان منطقياً ، من وجهة نظر المجلس الأعلى للقوات المسلحة ، تشكيل لجنة لإدخال بعض التعديلات على هذا الدستور ، باعتبار أن العمل به جُمد ولكنه لم يلغ.

ولم يأبه المجلس الأعلى للقوات المسلحة بالآراء الرافضة للمسعى السابق ، فمن غير المنطقى إجراء تعديل على دستور الفرض أن الثورة اسقطته . هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى ، فإن التعديل المرتقب لم يكن يمس سبب التردى المخيف للأوضاع والمتمثل فى حزمه السلطات الدستورية شديدة الاتساع التى قبض عليها واستأثر بها الرئيس السابق.

وانحصرت دائرة التعديل فى إحدى عشرة مادة : ٧٥ (شروط الترشيح لرئاسة الجمهورية) ٧٦ (التزكيات الواجبة لمرشحى الرئاسة ، وتشكيل لجنة قضائية للإشراف على الانتخابات الرئاسية) ٧٧ (مدة الرئاسة والسماح بتجديدها لمرة واحدة فقط) ٨٨ (إنشاء لجنة عليا ذات تشكيل قضائى صرف للإشراف على الانتخابات والاستفتاءات) ٩٣ (إسناد الفصل فى العضوية البرلمانية لمحكمة النقض[١] ١٣٩ (الإلتزام بتعيين نائب أو أكثر لرئيس الجمهورية) ١٤٨ (تنظيم إعلان حالة الطوارئ) ١٧٩ (ألغيت وكانت تتعلق بمكافحة الإرهاب من خلال تقييد شديد الوطأة على الحقوق والحريات) ١٨٩ (إضافة فقرة تحدد الجهات التى يمكنها طلب إصدار دستور جديد) ١٨٩ مكرراً (تشكيل جمعية تأسيسية من قبل مجلسى الشعب والشورى لوضع دستور يحل محل دستور ١٩٧١) ١٨٩ مكرراً (١) ممارسة مجلس الشورى لمهامه بأعضائه المنتخبين لحين اختيار رئيس الجمهورية ليتولى تعيين ثلث الأعضاء لاستكمال التشكيل).

وعقب طرح التعديلات المقترحة على الاستفتاء فى ١٩ مارس ٢٠١١ وإقرارها بأغلبية بلغت ٧٧,٢٪ ممن أدلوا بأصواتهم ، فوجئنا بالمجلس الأعلى للقوات المسلحة يصدر فى ٣٠ مارس ٢٠١١ إعلاناً دستورياً يضم (٦٣) مادة.

وكان من اللافت للنظر أن بعض المواد التى وردت فى الاستفتاء ووجدت مكاناً لها فى الإعلان تبدلت صياغتها ! ومن أبرز أمثلة ذلك المادة الخاصة باجتماع الأعضاء غير المعينين بمجلسى الشعب والشورى لاختيار أعضاء الجمعية التأسيسية . فوفقاً للصيغة الاستفتائية كان الاجتماع المشار إليه ينعقد بقوة القانون . اما الإعلان الدستورى فقد أوقف هذا الاجتماع على دعوة موجهة من المجلس الأعلى للقوات المسلحة[٢].

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

وتقبل الرأى العام الإعلان الدستورى رغم كل ما سبق ، مما أفاد إقرار إسناد السلطة التأسيسية للمجلس الأعلى للقوات المسلحة ، ودعم ذلك جريان انتخابات مجلس الشعب[٤] وكذا الانتخابات الرئاسية وفقاً لما ورد فى الإعلان الدستورى من ضوابط وأحكام.

إلا أن المؤسسة الأولى (البرلمان) كما الثانية (الرئاسة) سرعان ما إنقلبت على الشرعية الدستورية التى تشكلتا طبقاً لها ، لنرتد مرة ثانية إلى الشرعية الثورية ، أو على الأصح نقطة البداية خلافاً للنهج السليم ، ويلى الإجمالى السابق التفصيل التالى :

أولاً - استدعاء البرلمان للشرعية الثورية:

حددت مواد الإعلان الدستورى من ٣٢ : ٣٤ ، ومن ٣٨ : ٤٥ القواعد الخاصة بتشكيل مجلس الشعب ومهامه والنظام الحاكم لأعضائه.

وبعد أن تكون البرلمان وفقاً لتلك الأسس بدا فى الأفق محاولات لتجاوزها ، بزعم أن البرلمان هو برلمان الثورة ، وإنه يملك اتخاذ الإجراءات الموصلة لغاياتها ، لا سيما وأنه – فى ذلك الوقت – السلطة الوحيدة المختارة بإرادة شعبية عبر اقتراع عام ومباشر.

وكانت مناقشة بيان الحكومة هى المدخل لترجمة هذا النهج . فعقب الانتخابات البرلمانية تقدمت الحكومة[٥] ببيان تعرض فيه تصورها لعملها فى الفترة المقبلة.

ولم يكن فى نصوص الإعلان الدستورى ما يوجب على الحكومة اتخاذ تلك الخطوة التى استحدثها دستور ١٩٧١ ابان تعديله عام ٢٠٠٧[٦].

ومناقشة برنامج عمل الحكومة كان منطقياً ، إلا أن غير المنطقى اتجاه تيار برلمانى قوى إلى رفض البيان توطئة لطرح الثقة فى الوزارة.

فطرح الثقة من مقومات النظم البرلمانية[٧] ، أو تلك التى تميل إليه . فجوهر النظام البرلمانى التوازن بين السلطتين التشريعية والتنفيذية . والسبيل لبلوغ هذا المقصد يجسده منح البرلمان مكنة سحب الثقة من الحكومة ، على أن يتاح للأخيرة حل البرلمان والعودة إلى القواعد الشعبية عبر انتخابات تشريعية جديدة.

والإعلان الدستورى الصادر فى ٣٠ مارس ٢٠١١ لم يكن يتبع النظام البرلمانى أو الرئاسى أو حتى المزج بينهما.

فالأنظمة الانتقالية هى أنظمة مؤقتة يصعب تصنيفها وفقاً للنظريات المعمول بها فى الأوقات العادية.

ولا يقدح فيما تقدم إشارة المادة ٣٣ من الإعلان الدستورى إلى تولى مجلس الشعب فور انتخابه «الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية» ، فبديهى ان تلك الرقابة تمارس فى النطاق المجاز من الإعلان الدستورى ، والذى لا يسمح بسحب الثقة من الحكومة أو حل البرلمان.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

أما القول بأننا بصدد برلمان ثورة[٨] ، فمدحوض بان برلمان الثورة من واجبه السعى الحثيث – من خلال أدواته – إلى الاستقرار ، واستدعاء الشرعية الثورية يعنى اتخاذ إجراءات يغلب عليها عدم التوقع فى توقيتها أو مداها ، وهو ما يخلق أوضاعاً قلقة تؤثر سلباً على تحقيق الثورة لأهدافها.

ومع هذه المسلمات استمر البرلمان فى مناقشة بيان الحكومة منتهياً فى ٢٤ أبريل ٢٠١٢ إلى رفضه بأغلبية واسعة[٩] .

وفى الجلسة التالية بتاريخ ٢٩ أبريل ٢٠١٢ ، لم يحضر أى ممثل للحكومة الجلسة ، مما دفع رئيس المجلس إلى تعليق الجلسات إلى ٦ مايو ٢٠١٢[١٠].

وللخروج من هذه الأزمة طال التشكيل الوزارى تعديل محدود[١١] ، عادت بعدها جلسات مجلس الشعب إلى الانتظام.

وهكذا استطاع مجلس الشعب ، من خلال رفض بيان الحكومة ، دفع المجلس الأعلى للقوات المسلحة ، القائم – فى ذلك العهد – بدور رئيس الجمهورية ، إلى تعديل التشكيلة الحكومية ، دون أن ترتب النصوص الدستورية القائمة مثل هذا الأثر على رفض البيان ، أو حتى تلزم الحكومة بتقديمه.

ولا شك ان هذه النتيجة تحسب كانتصار ، ولو جزئى ، للشرعية الثورية ، مما زاد التوقع بالمضى قدماً فى هذا الاتجاه ، وهو ما حدث فعلاً بمناسبة سن قانون العزل السياسى.

فحينما صدر الإعلان الدستورى فى ٣٠ مارس ٢٠١١ كان من أهم غاياته إعداد خارطة زمنية لإنهاء المرحلة الانتقالية ، بإعادة بناء المؤسسات الدستورية تباعاً.

وكان مجلس الشعب (البرلمان) هو المؤسسة التى رنت إليها الأبصار.

ومع بدء إجراءات انتخاب المجلس النيابى تعالت أصوات بضرورة فرض العزل السياسى على قوى الثورة المضادة من الموالين للنظام السابق.

ووجدت بعض الآراء ضالتها فى بعث قانون الغدر الصادر عقب ثورة يوليو ١٩٥٢ (المرسوم بقانون رقم ٣٤٤ لسنة ١٩٥٢ والمعدل بالمرسوم بقانون رقم ١٧٣ لسنة ١٩٥٣).

واصطدم هذا الاتجاه بأكثر من مانع عتيد:

- المرسوم بقانون المسمى بالغدر والصادر عام ١٩٥٢ سُن بهدف معين ألا وهو حماية ثورة ١٩٥٢، وبإنتهاء الغرض منه بقيام ثورة أخرى (٢٥ يناير ٢٠١١) لم يعد وجوده مبرراً.
- الإلغاء التشريعى يمكن أن يكون ضمنياً[١٢] لا صريحاً ، بتناول المشرع ذات الموضوع فى قانون لاحق . وبإعمال تلك القاعدة يبين أن القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٧٨ الغى مرسوم ١٩٥٢ بإيضاحه أن هدفه العقاب على إفساد الحياة السياسية قبل عام ١٩٥٢ ، أى ذات غاية التشريع السابق عليه.
- المعطيات التى جرى فيها إصدار مرسوم قانون الغدر عام ١٩٥٢ تغيرت وتبدلت بشكل جذرى فى وقتنا الحالى.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

ففى عام ١٩٥٢ لم يكن لدينا محكمة دستورية ، على العكس من ذلك احتفظ الإعلان الدستورى الصادر فى مارس ٢٠١١ بالقضاء الدستورى وجوداً واختصاصاً . ويأتى على قمة اختصاصات ذلك القضاء مراقبة التزام التشريعات بالمبادىء الدستورية ، ومنها أن الأحكام هى أداة إنزال العقوبات على المستحقين لها ، مع التقيد بقاعدة[١٣] عدم رجعيتها[١٤].

على أى حال فقد أثبت الشارع السياسى نضجه ، حيث لم نر تمثيلاً يعتد به فى البرلمان لما يطلق عليه قوى الثورة المضادة.

إلا أن موضوع العزل السياسى عاد إلى أتون المناقشات البرلمانية حينما قرب موعد فتح باب الترشيح للانتخابات الرئاسية ، وإعلان نائب الرئيس السابق ، وآخر رئيس وزراء له عزمهما على خوض المعركة الرئاسية . فى تلك اللحظة تسارعت خطى العديد من التيارات السياسية الممثلة فى الهيئة التشريعية، للعمل على إعاقة هذا الترشيح بأى شكل.

وفى البحث عن وسيلة لبلوغ هذا المأرب اتجهت الأنظار بداية إلى إضافة مادة لقانون الغدر مؤداها حرمان قيادات النظام السابق من الترشح لرئاسة الدولة أو العمل كنائب للرئيس ، أو رئيساً للوزراء أو وزيراً لمدة عشر سنوات تبدأ من ١١ فبراير ٢٠١١[١٥].

إلا أن القوى المؤيدة للاقتراح قدرت أنه من الأوفق أن تتجه إلى هدفها (حرمان البعض من الترشيح للرئاسة) مباشرة . من هنا جاءت المطالبة بتضمين الحرمان لقانون الانتخابات الرئاسية رقم ١٧٤ لسنة ٢٠٠٥.

إلا أن اشكالية برزت أمام هذا المسعى عاقت انجازه . فطبقاً للمادة ٢٨ من الإعلان الدستورى يخضع مشروع قانون الانتخابات الرئاسية للرقابة الدستورية السابقة[١٦] ، ومن المحتمل تقدير القضاء عدم دستورية مشروع القانون ، مما سيضطر البرلمان إلى إعادة صياغته على نحو ينقيه من أى سوءات دستورية يمكن أن تكون قد لابسته.

وإذا حدث ذلك سيفقد القانون الجدوى المرجوه من ورائه : منع بعض المواطنين من ممارسة حقوقهم السياسية عن أفعال وقعت فى فترة ماضية.

ولعبور هذا الحاجز تم التوجه صوب قانون مباشرة الحقوق السياسية رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦ ، لإضافة بند رابع للمادة الثالثة منه تقضى بوقف الحقوق السياسية لكل من عمل خلال العشر سنوات السابقة على ١١ فبراير ٢٠١١ رئيساً للجمهورية أو رئيساً للوزراء أو رئيساً للحزب الوطنى الديمقراطى المنحل أو أميناً عاماً له أو كان عضواً بمكتبه السياسى أو أمانته العامة ، وذلك لمدة عشر سنوات ابتداء من التاريخ المشار إليه.

وبهذا القانون قفز البرلمان قفزة اعادتنا إلى الشرعية الثورية ، رغم أن كيانه المؤسسى إرتكن إلى الشرعية الدستورية التى ترجمها الإعلان الدستورى الصادر فى ٣٠ مارس ٢٠١١.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

ونظراً لما ترتب على هذه القفزة من ارتباك فى الشارع السياسى ، كان طبيعياً استنهاض ولاية القاضى الدستورى ليعلن كلمته حول جواز التنقل بين الشرعيتين الدستورية والثورية ، وفى أى اتجاه.
وجاء حكم المحكمة الدستورية العليا قاطعاً فى إدانة العزل السياسى ، وبالتالى ردة البرلمان للشرعية الثورية.
وساندت تلك الإدانة ثلة حجج قل أن تجتمع فى نص واحد :

أ. مخالفة المادة ١٩ من الإعلان الدستورى والتى تنص على أنه «لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائى».
والعقوبة فى النص الفائت لا تقف عند العقوبة الجنائية ، وإنما تنصرف إلى العقوبات الأخرى المماثلة، وإن لم تكن من جنسها كالحرمان من حقوق أو حريات بعينها ، إذ ليس بشرط أن يكون الجزاء المقرر من طبيعة عقابية أو تقويمية ، وإنما يكفى أن يكون **وقائياً** ، وهى جميعها لا يجوز توقيعها **إلا بحكم قضائى**.
ولما « كان النص المحال (للمحكمة الدستورية العليا) ؛ قد رتب الحرمان من ممارسة الحقوق السياسية، لمدة عشرة سنوات تالية لتاريخ ٢٠١١/٢/١١ ، لكل من عمل بأى من المناصب التى أوردها حصراً ، فإنه بذلك يكون قد رتب جزاءً ، يوقع عليهم تلقائياً ، دون حكم قضائى ، بما يمثل افتئاتاً من السلطة التشريعية على اختصاصات السلطة القضائية ، وانتحالاً من المشرع لهذا الاختصاص وذلك بالمخالفة لنص المادتين ١٩ (توقيع العقوبات بأحكام قضائية) ، ٤٦ (استقلال السلطة القضائية التى تتولاها المحاكم بأنواعها ومختلف درجاتها) من الإعلان الدستورى ..».

ب. ممارسة الحقوق السياسية أهم مظاهر وتطبيقات السيادة الشعبية ، وما قضى به النص المحال من وقف مباشرة الحقوق السياسية خلال المدة التى حددها لكل من عمل بالمناصب التى حددها ، إنما يمثل – فى واقع الأمر – حرمانهم من مباشرة هذه الحقوق ، دون مقتض أو مبرر يتفق وأحكام الإعلان الدستورى ، بما ينطوى على **إهدار لأصل تلك الحقوق** ، ويمثل اعتداء عليها ، ومصادرة لها وقيداً على ممارستها بالمخالفة للقواعد الدستورية السارية.

ج. **إهدار مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص** والمستشف من حصر الحرمان فى الفئات المشار إليها فى النص دون غيرهم ممن شغلوا المناصب ذاتها ، خلال مدة سابقة للسنوات العشر المشار إليها ، وكذلك من تولى مناصب تماثل من حيث طبيعتها ومسئولياتها ، المناصب الواردة بالنص وخلال المدة المحددة فيه ، ومن ذلك منصب نائب رئيس مجلس الوزراء ، والوزراء، والأعضاء العامين المساعدين بالحزب الوطنى المنحل.

د. مما ينافى الدولة القانونية تقرير عقوبة (جنائية – تأديبية – مدنية) بأثر رجعى.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

هـ. اجتماع المثالب السالفة ، والتى كانت جلية أثناء المناقشات البرلمانية ، ومع ذلك تم غض الطرف عنها ، يفقد التشريع عموميته وتجريده ، ويصمه – ولأول مرة فى تاريخ الرقابة الدستورية – بوصمة الإنحراف التشريعى[١٧].

هذا هو الحال بالنسبة للمؤسسة البرلمانية ، ولم يختلف الوضع – مع شديد الأسف – بخصوص المؤسسة الرئاسية ، بل يمكن القول أن الأمر إزداد عمقاً ، وهو ما ستدلل عليه السطور التالية.

ثانياً - إعلاء مؤسسة الرئاسة للشرعية الثورية:

قبل الإنتهاء من الانتخابات الرئاسية بأيام قلائل أصدرت المحكمة الدستورية العليا حكمها بعدم دستورية بعض نصوص قانون مجلس الشعب رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ والتى اجريت الانتخابات البرلمانية على هديها. والنصوص المقضى بتنكبها للدستور تتعلق – على الجملة – بإمكانية الترشيح على المقاعد الفردية للمنتمين للأحزاب السياسية ، بجانب المستقلين غير المنتمين لتلك الأحزاب ، مما أخل – على وجه الخصوص – بمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص[١٨].

وسطرت المحكمة فى حيثياتها أنه «متى كان ذلك ، وكانت انتخابات مجلس الشعب قد أجريت بناء على نصوص ثبت عدم دستوريتها ، فإن مؤدى ذلك ولازمه على ما جرى به قضاء هذه المحكمة **أن تكوين المجلس بكامله يكون باطلاً منذ انتخابه**[١٩] ، بما يترتب عليه زوال وجوده بقوة القانون اعتباراً من التاريخ المشار إليه ، **دون حاجة إلى اتخاذ أى إجراء آخر ، كأثر للحكم بعدم دستورية النصوص المتقدمة**، وإنفاذاً لمقتضى الإلزام والحجية المطلقة للأحكام الصادرة فى الدعاوى الدستورية فى مواجهة الكافة وبالنسبة إلى الدولة بسلطاتها المختلفة ، طبقاً لصريح نص المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩»[٢٠].

ونفاذاً لهذا الحكم أصدر رئيس المجلس الأعلى للقوات المسلحة القرار رقم ٣٥٠ لسنة ٢٠١٢ باعتبار مجلس الشعب منحلاً اعتباراً من ١٥ يونيو ٢٠١٢.

وترتب على حكم المحكمة الدستورية العليا والقرار الصادر تنفيذاً له ، أن السلطة التشريعية عادت إلى المجلس الأعلى للقوات المسلحة.

ومع اقتراب تحديد أول رئيس للدولة غداة الثورة[٢١] بات ملحاً مواجهة ثلة معضلات دستورية فرضت نفسها وكان أبرزها :

- تنص المادة (٣٠) من الإعلان الدستورى على أداء رئيس الجمهورية اليمين القانونية أمام مجلس الشعب ، فإمام أى جهة سيُؤدى القسم بعد حل البرلمان ؟
- هل سيستمر المجلس الأعلى للقوات المسلحة فى مباشرة السلطة التشريعية كما كان الحال

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

قبل انتخاب البرلمان ، أم أن تلك الصلاحية ستنتقل للرئيس ، وبأى ضوابط ؟

- ينظر القضاء دعوى ببطلان[٢٢] تشكيل البرلمان للجمعية التأسيسية للدستور ، فمن الذى سيعيد تشكيلها ، إذا قبل القضاء موضوع الإدعاء ؟

وللإجابة على هذه التساؤلات وغيرها قدر المجلس الأعلى للقوات المسلحة الحاجة إلى تعديل إعلان مارس الدستورى ، فاجرى هذا التعديل بتاريخ ١٧ يونية ٢٠١٢.

ووفقاً لهذا التعديل يؤدى رئيس الجمهورية اليمين القانونية – حال غياب مجلس الشعب – أمام الجمعية العمومية للمحكمة الدستورية العليا[٢٣].

وأبان الإعلان المعدل أيضاً أن السلطة التشريعية ستظل فى حوزة المجلس الأعلى للقوات المسلحة ، وكذا إعادة تشكيل الجمعية التأسيسية لوضع الدستور عند اللزوم[٢٤].

ومنذ اللحظات الأولى لإعلان لجنة الانتخابات الرئاسية فوز الدكتور محمد مرسى مرشح حزب الحرية والعدالة[٢٥] بالمنصب ، والدلائل تترى على أن الشرعية الثورية ستتقدم على الشرعية الدستورية.

فمع وضوح الإعلان الدستورى الصادر فى يونية ٢٠١٢ فى أداء الرئيس القسم ، عند حل البرلمان ، أمام الجمعية العمومية للمحكمة الدستورية العليا ، لاحت إرهاصات تعبر عن وجود تحفظ واضح على التقيد بهذا الإلتزام.

حقاً أن القسم ، فى نهاية المطاف ، تم أمام الجهة المنصوص عليها دستورياً[٢٦] ، إلا أن أداء القسم فى ميدان التحرير فى اليوم السابق على الوفاء به أمام المحكمة الدستورية العليا ، والحرص على تكرار ثالث للقسم بعد ساعات أمام تجمع ضم أعضاء مجلس الشعب المنحل[٢٧] ، كشف عن هذا التحفظ، **وربما ما هو أكثر من ذلك**.

على أى حال ، فإن المسلك السابق المح لما يمكن أن يحدث مستقبلاً.

فعقب القسم بأيام قلائل صدر القرار الرئاسى رقم ١١ لسنة ٢٠١٢[٢٨] بسحب قرار المجلس الأعلى للقوات المسلحة باعتبار مجلس الشعب منحلاً ، مع دعوة المجلس لعقد جلساته وممارسة اختصاصاته المنصوص عليها فى الإعلان الدستورى الصادر فى ٣٠ مارس ٢٠١٢[٢٩].

وبمقياس المشروعية يصطدم القرار المشار إليه بقواعد قانونية ثابتة وراسخة :

- القرارات الجائز سحبها هى الموصومة بعدم المشروعية[٣٠] ، والقرار المسحوب يطابق القانون نصاً وروحاً . فالمجلس الأعلى للقوات المسلحة ، كرئيس للجمهورية ، مخاطب بحكم المحكمة الدستورية العليا ، بل أنه من أولى الجهات الملتزمة بإعمال مكنونه[٣١].
- القرار محل السحب بمثابة عمل تنفيذى ، لكونه لا يضيف جديداً للنظام القانونى ، على خلاف القرارات الإدارية بالمعنى الدقيق والتى لابد وأن يتمخض عنها تعديل أو تغيير فى المراكز القانونية القائمة.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

- ليس صحيحاً ما تردد – أحياناً – من اعتراض على حل مجلس الشعب بزعم أن إعلان مارس ٢٠١١ الدستورى لم يسند لأى جهة هذا الاختصاص[٣٢] . فهذا التدليل حرّف الكلم عن مواضعه ، فالإعلان الدستورى لم يقض – حقاً – بحل المجلس النيابى الناجم عن نشوب **نزاع بين السلطتين التشريعية والتنفيذية** ، إلا أن ذلك ليس هو الصورة الوحيدة للنهاية المبتسرة للبرلمان ، فهذا الإجراء قد ينبثق من القضاء بعدم دستورية النصوص التى شُكل البرلمان على أساسها ، وهو الأمر المستفاد من منح المحكمة الدستورية العليا الاختصاص برقابة دستورية القوانين.

وليس متصوراً أن تسرد التشريعات المنظمة للقضاء الدستورى كافة الآثار المترتبة على الحكم بعدم دستورية النصوص التى ستطرح على ساحته على تعددها وتفرق مجالاتها.

والواقع انه لا جدوى ولا طائل من أى محاولة لتقدير قرار رئيس الجمهورية بعودة البرلمان ، المنحل بحكم قضائى ، وفقاً للقواعد الدستورية ، فالشرعية الثورية[٣٣] هى سنده ومبرره الوحيد بل الأوحد[٣٤].

وكما أفادنا آنفا – غير مرة – فإن السلطة التى تتبوأ موقعها بالقنوات الدستورية ، لا يجوز لها أن تتفلت منها ، بإدعاء أن الشرعية الثورية لم تبرح بعد مكانها ، فهذا التصرف ينم عن تجاهل تلك السلطة لأساس وجودها ، مما يُجرح ، بشدة ، شرعيتها ، الأمر الذى يتعين أن ننأى بأنفسنا عنه أو الاقتراب منه .

ولرد الأمور إلى سبيلها القويم ، طعن على قرار عودة البرلمان المنحل أمام المحكمة الدستورية العليا[٣٥]، والتى انتهت إلى وقف تنفيذه ، وإعتباره **منعدماً** [٣٦] **ومجرد عقبة** فى سبيل تنفيذ حكمها بحل المجلس النيابى[٣٧].

إلا أن محاولات إعلاء الشرعية الثورية لم تتوقف عند هذا الحد ، ففى ١٢ أغسطس ٢٠١٢ الغى رئيس الجمهورية تعديل يونيه من ذات العام للإعلان الدستورى ، واصدر إعلاناً جديداً.

وكانت الحجة الطافية على السطح لتمرير هذا المسلك ان تعديل يونية حجب عن الرئيس الاختصاص بسن القوانين ، مسنداً إياه للمجلس الأعلى للقوات المسلحة ، خلافاً لما جرت عليه التقاليد الدستورية فى مصر من منح رئيس الدولة سلطة التشريع عند حل البرلمان[٣٨].

ولجلب مزيد من التأييد لتلك الخطوة اشيع أن الرئيس لن يستخدم رخصة التشريع إلا عند الضرورة وبقدرها[٣٩].

وهذا التخريج أو ذاك ، لا صلابة له فى دفع الانتقادات التى تطول إقدام الرئيس على إلغاء إعلان يونية الدستورى كما سيرد حالاً :

١. ليس صائباً القول بأن المجلس الأعلى للقوات المسلحة كان يحتكر الاختصاص التشريعى . فالقوانين تمر بعدة مراحل تبدأ بإعداد مشاريعها وهو ما يقع ضمن مهام مجلس الوزراء (المادة ٤/٥٧ من

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

الإعلان الدستورى الصادر فى ٣٠ مارس ٢٠١١) الذى يشكله رئيس الجمهورية بسلطات مطلقة. وعقب احالة المشروع ، عبر رئيس الجمهورية ، إلى المجلس الأعلى للقوات المسلحة ، لن يخرج الأمر عن **أحد فرضين** :

- الموافقة على المشروع كما هو ، ليعرض على رئيس الجمهورية لإصداره بلا أدنى مشكلة.
- تعديل بعض أحكام المشروع بما لا يوافق رؤية السلطة التنفيذية ، فى هذا الفرض للرئيس عدم اصدار القانون[٤٠] . وسلطة الإصدار هنا بمثابة تصديق ، بما يعنى امتلاك القرار النهائى ، وليس مجرد اعتراض يمكن التغلب عليه[٤١].

وهكذا كانت الكلمة الحاسمة فى سن القانون – واقعاً وقانوناً – بيد رئيس الدولة.

ولا يفوتنا التنويه بأن فترة مباشرة المجلس الأعلى للقوات المسلحة دور مجلس الشعب فى التشريع ، لم تُسجل أى إعاقة لإصدار النصوص التى قدر رئيس الدولة الحاجة إليها.

فعقب تولى الرئيس مقاليد السلطة أعلن رفع العلاوة الخاصة للعاملين بالدولة لتصبح ١٥٪ بدلاً من ١٠٪ ، وتقررت عين الزيادة لأصحاب المعاشات.

ولم يبد المجلس الأعلى للقوات المسلحة ثمه اعتراض على صياغة هذا الاعلان فى القوالب القانونية اللازمة[٤٢].

ومرة أخرى ، طلب الرئيس تعديل قانون تنظيم الجامعات رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٢ ، وكان رفع المرتبات هو حجز الزاوية فى هذا التعديل ، ولم يمانع أيضاً المجلس الأعلى للقوات المسلحة فى سن التعديل وفقاً لرؤية المؤسسة الرئاسية[٤٣].

٢. الإدعـاء بـان استخدام الرئيس للاختصاص التشريعى سيكون فى أضيق الحـدود ، وبناء على الضرورات ، **لا يضيف أى ضمانه جديدة أو جديه** . فسن التشريعات لا يندرج ضمن الاختصاصات الأصيلة للسلطة التنفيذية التى يمثلها رئيس الجمهورية . وإذا دعت الأحوال إلى الجمع بين السلطتين التنفيذية والتشريعية ، فلا يكون ذلك إلا على سبيل الاستثناء الواجب إعماله فى أضيق نطاق ممكن.

وكافة الدساتير المصرية اظهرت الحرص على إبراز الطبيعة الاستثنائية للاختصاص التشريعى لرئيس الدولة حال غياب البرلمان ، حتى أن النصوص الصادرة طبقاً لهذا الاختصاص تعرف بتشريعات الضرورة.

هذا من جانب ، ومن جانب آخر ، فإن الطابع الاستثنائى للاختصاص التشريعى للرئيس يفرض الإلتزام بعرض النصوص القانونية المسنونة من السلطة التنفيذية على البرلمان عقب إعادة تشكيله ليحدد الموقف منها.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

ولم نجد ظلاً لذلك فى الإعلان الدستورى الصادر فى أغسطس ٢٠١٢ ، مما جعل ممارسة رئيس الدولة الاختصاص التشريعى على درجة من السعة لم تألفها الدساتير المصرية ، سواء فى حقبتها الملكية أو فى عهودها الجمهورية[٤٤].

٣. السؤال الأخطر هل كان رئيس الدولة يملك سلطة تعديل الإعلان الدستورى ليمنح نفسه السلطة التشريعية ؟

إننا لا نتردد فى الإجابة بالنفى . فقد يُتفهم أن السلطة التنفيذية تجتمع معها – بشروط وضوابط معينة – السلطة التشريعية ، أما أن نضيف إلى هذا الجمع السلطة التاسيسية ، فهو ما لا يمكن إجازته بحال.

فبداية هذا الوضع - على حد علمنا - لم تعرفه مصر فى أى فترة من تاريخها الدستورى ، وبالتالى لا محل لاستدعاء أى سابقة فى هذا الصدد.

وفضلاً عما سلف فإن الثورة قامت لتحقيق الديمقراطية ، ومن البديهيات أن الديمقراطية لا تتحقق ابداً من خلال تركيز السلطة (السلطة التنفيذية والتشريعية والتأسيسية) فى يد جهة واحدة . ولنسوق على ذلك مثالاً واحداً نراه معبراً وكافياً . فماذا لو أراد الرئيس اصدار قرار بقانون مخالف للإعلان الدستورى ، فقام بتعديل الإعلان الدستورى ، ليوضع القانون بعد ذلك مبرأً من كل عيب ؟!

ألا تلغى تلك الخطوة - عملاً – دور القضاء (المحكمة الدستورية العليا فى الفرض المثار) وبالتالى الضمانات الحامية للحقوق والحريات ؟

وعلى افتراض أن الرئيس كان مضطراً ، لكى يباشر السلطة التشريعية ، إلى تعديل الإعلان الدستورى ، فالمنطقى أن التعديل كان سيقف عند الاستحواذ على السلطة التشريعية ، إلا أن الأمر تجاوز ذلك بمنح الرئيس لنفسه سلطة تأسيسية شديدة الأهمية ألا وهى إعادة تشكيل الجمعية التأسيسية للدستور ، إذا دعت الدواعى لذلك[٤٥].

ولا محل لتفنيد ما سبق باثارة أن الرئيس سيمارس هذا الدور بعد التشاور مع القوى الوطنية ، فالقيد يفرض مجرد التشاور ، دون الإلتزام بالآراء التى تدوولت فيه. ناهيك عن غموض تعبير «القوى الوطنية» من الأساس.

٤. لا مقنع لدينا بما يتردد بان الرئيس هو السلطة الوحيدة المنتخبة ، وبالتالى يملك الغاء أى عمل صادر من سلطة لم تختر بالإرادة الشعبية[٤٦].

فهذا التحليل يتغافل أن الاختيار الشعبى انصرف إلى منصب رئيس الدولة بشروطه واختصاصاته المقررة فى الإعلان الدستورى الذى أقسم الرئيس على احترامه والزود عنه من أى مساس قد يلحق به من أى جهة .

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

ولم نطالع فى برنامج المرشح الفائز بالرئاسة ما يفيد إنه حال فوزه سيقلد نفسه السلطة التأسيسية مع الاختصاصات التنفيذية والتشريعية[٤٧].

علماً بأن المجلس الأعلى للقوات المسلحة لم يمارس السلطة التأسيسية غصباً ، وإنما بتفويض شعبى، والدليل على ذلك إعادة بناء مؤسسات الحكم وفقاً للقواعد الصادرة عن المجلس ، والتى لم تلق اعتراضاً كافياً ينزع القبول الشعبى عنها.

ولو كان الإعلان الدستورى يعبر عن إرادة فرد أو جماعة محدودة ، لما قَبل الشعب ، بعد ثورة ، إعادة بناء مؤسسات الدولة ، وفقاً لقواعد لا يقرها ويأباها.

٥. إذا سلمنا جدلاً بأن إلغاء التعديل الدستورى الذى تم فى يونية ٢٠١٢ كان مبرراً لمباشرة سلطة التشريع ، فكيف نفسر أن إعلان أغسطس ٢٠١٢ لم يكتف بإلغاء ما يسمى بالإعلان المكمل وإنما عدل ايضاً الإعلان الدستورى الصادر فى ٣٠ مارس ٢٠١١ ؟

وهكذا تتزاحم الحجج بعدم صحة الغاء الإعلان الدستورى المكمل ، فهل سيأتى التصويب هذه المرة من القضاء أيضاً ، أم من القاعدة الشعبية ؟

وأيا ما كان الأمر ، ستظل القاعدة – فى اعتقادنا – **أن الانتقال من الشرعية الثورية إلى الشرعية الدستورية يجرى فى اتجاه واحد فقط .**

PDFcompression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

الهوامش

١ صدر هذا البيان فى ١٣ فبراير ٢٠١١ متضمناً الآتى :

«١- تعطيل العمل بأحكام الدستور.

«٢- يتولى المجلس الأعلى للقوات المسلحة إدارة شئون البلاد بصفة مؤقتة لمدة ستة أشهر أو انتهاء انتخابات مجلسى الشعب والشورى ورئيس الجمهورية.

«٣- يتولى رئيس المجلس الأعلى للقوات المسلحة تمثيله أمام جميع الجهات فى الداخل والخارج.

«٤- حل مجلسى الشعب والشورى.

«٥- للمجلس الأعلى للقوات المسلحة إصدار مراسيم بقوانين خلال الفترة الانتقالية.

«٦- تشكيل لجنه لتعديل بعض مواد بالدستور وتحديد قواعد الاستفتاء عليها من الشعب.

«٧- تكليف وزارة الدكتور/ أحمد محمد شفيق بالإستمرار فى أعمالها لحين تشكيل حكومة جديدة.

«٨- إجراء انتخابات مجلسى الشعب والشورى والانتخابات الرئاسية.

«٩- تلتزم الدولة بتنفيذ المعاهدات والمواثيق الدولية التى هى طرف فيها».

ويصعب القول بأن هذا البيان يمكن أن ينظر إليه كإعلان دستورى بالمعنى الدقيق ، فقد أكتفى بتحديد خطة عمل للمرحلة التالية ، دون أن يضع أى قيود زمنية فى الأغلب الأعم من الحالات ، كما أن البيان أغفل التطرق إلى موضوع الحريات وكفالتها ، ولو بشكل تعميمى.

٢ كان الاتجاه بداية منح المحكمة الدستورية العليا الاختصاص بالفصل فى صحة العضوية البرلمانية . إلا أن تحفظاً طرح على نقل حسم منازعات صحة العضوية للمحكمة الدستورية العليا ، وتحول التحفظ ، مع مرور الوقت ، إلى ما يشبه الاعتراض ، انطلاقا من مساس ذلك بدور محكمة النقض ، التى تولت طيلة العهد الجمهورى التحقيق فى طعون صحة العضوية.

ووجدت المحكمة الدستورية العليا نفسها مضطرة لإيضاح موقفها ، فأصدرت بياناً ابانت فيه أن «النزاع فى صحة عضوية مجلس الشعب هو نزاع قضائى بطبيعته ويتعين بالتالى أن تتولى الفصل فيه هيئة قضائية بحكم تشكيلها وضماناتها ويستحيل أن تكون هذه الهيئة غير المحكمة الدستورية العليا ..».

إلا أن المحكمة ، فى ختام بيانها ، عهدت للمجلس الأعلى للقوات المسلحة باتخاذ القرار المناسب ، إدراكاً منها لدقة الظروف السائدة آنذاك.

فى نص البيان راجع المجلة الدستورية – العدد (١٩) – ابريل ٢٠١١ – ص٩٨.

وقد انحاز الإعلان الدستورى لاختصاص محكمة النقض ، وكان ذلك لأسباب عملية فى المقام الأول ، من منطلق الحفاظ على الخبرة التى تولدت ، والمبادئ التى تكونت عبر عشرات السنين التى باشرت فيها محكمة النقض تحقيق طعون صحة العضوية.

٣ صدر المادة ٦٠ من الإعلان الدستورى الصادر فى ٣٠ مارس ٢٠١١.

٤ تمت كذلك انتخابات مجلس الشورى ، إلا أن تقلص دور هذا المجلس ووقوفه عند إبداء الرأى ، جعلنا نكتفى بالإشارة إليه فى هذا الموضع .

(تراجع المادة ٣٧ من الإعلان الدستورى الصادر فى ٣٠ مارس ٢٠١١)

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

٥ قدم برنامج عمل الحكومة لمجلس الشعب بجلسة ٢٦ فبراير ٢٠١٢.

٦ طبقاً للمادة ١٣٣ من دستور ١٩٧١ إثر تعديلها عام ٢٠٠٧ «يقدم رئيس مجلس الوزراء برنامج الوزارة خلال ستين يوماً من تاريخ تأليفها إلى مجلس الشعب ، أو فى أول اجتماع له إذا كان غائباً . وإذا لم يوافق المجلس على هذا البرنامج بأغلبية أعضائه قبل رئيس الجمهورية استقالة الوزارة . وإذا لم يوافق المجلس على برنامج الوزارة الجديدة ، كان لرئيس الجمهورية أن يحل المجلس أو يقبل استقالة الوزارة».

فى التعليق على هذه المادة والمواد الأخرى التى شملها تعديل ٢٠٠٧ راجع مقالنا: تأملات نقدية فى التعديلات الدستورية لعام ٢٠٠٧ – مجلة القانون والاقتصاد – كلية الحقوق – جامعة القاهرة – العدد (٧٦) – ص١٠٢٥ وما بعدها.

٧ فى تفاصيل ذلك تراجع مؤلفات النظم السياسية ، ومنها على سبيل التمثيل:

- ثروت بدوى – النظم السياسية – ١٩٧٠ – ص٢٩٣ ،
- فؤاد العطار – النظم السياسية والقانون الدستورى – ١٩٧٤ – ص٤٢٢ ،
- محمود عاطف البنا – الوسيط فى النظم السياسية – ١٩٨٨ – ص٣٨٠.

٨ أعلن رئيس مجلس الشعب المنحل فى جلسة ٢٩ ابريل ٢٠١٢ والتى لم تحضرها الحكومة ، عقب رفض برنامجها فى الجلسة السابقة أن «هناك متغيراً لا تدركه الحكومة وهو قيام الثورة التى خرجت لإسقاط النظام السابق وأركانه ، إلا أن الحكومة لا تستشعر أن هناك ثورة قد قامت من الأساس».

فى نص الكلام المنسوب لرئيس مجلس الشعب المنحل راجع: جريدة الأهرام – عدد ٣٠ أبريل ٢٠١٢ – ص٧.

٩ رفض البرلمان بيان الحكومة بأغلبية ٣٤٧ عضواً من إجمالى الأعضاء الذين أدلوا باصواتهم والبالغ عددهم ٣٦٥ عضواً.

١٠ راجع الصفحة الأولى من جريدة الأهرام عدد ٣٠ أبريل ٢٠١٢.

١١ جرى التعديل الوزارى فى ٩ مايو ٢٠١٢ وشمل ثلاث وزارات مع تعيين وزير لشئون مجلسى الشعب والشورى وهى الحقيبة التى كانت مضافة لوزير التنمية المحلية.

١٢ نص التقنين المدنى صراحة فى مادته الثانية على الإلغاء الضمنى ببيانه أنه «لا يجوز إلغاء نص تشريعى إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء ، أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم ، أو ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع». =

= ولمزيد من التفاصيل تراجع مؤلفات المدخل فى القانون ، ومنها على سبيل المثال:

- عبد المنعم فرج الصدة – أصول القانون – ١٩٧٢ – ص٢١٢ وما بعدها ،
- حسن كيرة – المدخل إلى القانون – ١٩٧٤ – ص٣٣٢ وما بعدها ،
- سليمان مرقس – الوافى فى شرح القانون المدنى – ج(١) المدخل للعلوم القانونية – ١٩٨٧ – ص٢٢٧.

١٣ حينما صدر دستور ١٩٥٦ ناصاً فى المادة ١٨٦ على مبدأ عدم رجعية النصوص الجنائية تبدت عورات قانون الغدر الذى عاقب على أفعال ارتدت لسنوات عديدة مضت . ومنعاً من كشف تلك العورات قضت المادة ١٩١ من الدستور المشار إليه بان القوانين التى صدرت بقصد حماية الثورة «لا يجوز الطعن فيها ، أو المطالبة بإلغائها أو التعويض عنها بأى وجه من الوجوه وأمام أى هيئة كانت».

PDFcompression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

١٤ وفقاً للمادة ١٩ من إعلان مارس ٢٠١١ الدستورى «العقوبة شخصية ، ولا جريمة ولا عقوبة إلا بحكم قضائى، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون».

١٥ احيل الاقتراح بتعديل قانون الغدر إلى لجنة الاقتراحات والشكاوى فى ٨ أبريل ٢٠١٢ ، وفى اليوم التالى عقدت اللجنة المذكورة اجتماعاً لمناقشة الاقتراح ونظره على وجه الاستعجال ، لتنتهى فى ذات اليوم إلى أن «الاقتراح بمشروع قانون مقبول شكلاً» ، وأوصت باحالته إلى لجنة الشئون الدستورية والتشريعية. =

= وعلى ذات النسق نظرت لجنة الشئون الدستورية والتشريعية الاقتراح المحال إليها فى ١٠ أبريل ٢٠١٢ لتخلص فى ذات اليوم إلى الموافقة عليه ، مع بعض التعديلات التى لا تمس الجوهر.

راجع التقرير السادس للجنة الشئون الدستورية والتشريعية لمجلس الشعب ٢٠١٢ – دور الإنعقاد الأول.

١٦ طبقاً للمادة ٥/٢٨ من الإعلان الدستورى «ويعرض مشروع القانون المنظم للانتخابات الرئاسية على المحكمة الدستورية العليا قبل إصداره لتقرير مدى مطابقته للدستور» ، وعلى هذا النحو احتفظ الإعلان الدستورى بالمبدأ الذى استحدثه دستور ١٩٧١ عقب تعديل ٢٠٠٥ باخضاع مشروع قانون الانتخابات الرئاسية ، دون غيره، للرقابة الدستورية السابقة.

١٧ المحكمة الدستورية العليا – ٢٠١٢/٦/١٤ – ق رقم٥٧ لسنة ٣٤ قضائية دستورية.

وحرى بالإشارة أن الانحراف التشريعى أو إساءة استعمال البرلمان لسلطته من العيوب القصدية التى يتعين إقامة الدليل الجلىّ عليها.

وتعبيراً عن ذلك أعلنت المحكمة الدستورية العليا أن «سوء استعمال السلطة التشريعية لوظائفها ، ليس بمبدأ يفترض فى عملها ، بل يعتبر مثلباً احتياطياً ، وعيباً قصدياً يتعين أن يكون الدليل عليه واشياً بتنكبها الأغراض المقصودة من تأسيسها ، واستتارها بالتالى وراء سلطتها فى مجال تنظيم الحقوق ، لتصرفها إلى غير وجهتها، فلا يكون عملها إلا انحرافاً عنها».

المحكمة الدستورية العليا – ١٩٩٨/٣/٧ – مجموعة أحكام المحكمة – ج(٨) ص١٢١٨.

وقد أدرك الفقه حجم الصعوبات التى تكتنف عملية البحث عن الإنحراف التشريعى فى النصوص الطعينة (عوض المر – الرقابة القضائية على دستورية القوانين – ٢٠٠٣ – ص١٣٨٩ وما بعدها) الأمر الذى دعا البعض إلى التشكك فى أن الجهة القضائية يمكن أن «تصل إلى التحقق من وجود الإنحراف التشريعى خاصة مع ندرة المصادر الخارجية التى قد ترجح اساءة استعمال السلطة التشريعية من جانب البرلمان» . عبد العزيز محمد سالمان – ضوابط وقيود الرقابة الدستورية – ٢٠١١ - ص١٣٦.

وكل ما سبق يكشف كيف أن البرلمان – حال سنه لقانون العزل السياسى – لم يترك أدنى مساحة للشك لنفى ابتعاده عن المصلحة العامة ، غاية كل تشريع ومقصده.

١٨ وتعبيراً عن ذلك أعلنت المحكمة الدستورية العليا أن السماح للحزبيين بالتقدم على المقاعد الفردية يعنى أن الشارع «أتاح لكل من مرشحى الأحزاب السياسية إحدى فرصتين للفوز بعضوية مجلس الشعب ، إحدهما بوسيلة الترشيح بالقوائم الحزبية المغلقة ، والثانية عن طريق الترشيح للنظام الفردى ، بينما جاءت الفرصة الوحيدة المتاحة أمام المرشحين المستقلين غير المنتمين لتلك الأحزاب مقصورة على نسبة الثلث المخصصة للانتخاب بالنظام الفردى ، يتنافس معهم ويزاحمهم فيها المرشحون من أعضاء الأحزاب السياسية ، والذين يتمتعون

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

= = بدعم مادى ومعنوى من الأحزاب التى ينتمون إليها ، من خلال تسخير كافة الإمكانيات المتاحة لديها لدعمهم، وهو ما لا يتوافر للمرشح المستقل غير المنتمى لأى حزب ، الأمر الذى يقع بالمخالفة لنص المادة (٣٨) من الإعلان الدستورى ، ويتضمن مساساً بالحق فى الترشيح فى محتواه وعناصره ومضمونه ، وتمييزاً بين فئتين من المواطنين يخالف مبدأى المساواة وتكافؤ الفرص ، لما ينطوى عليه من التمييز بين الفئتين فى المعاملة وفى الفرص المتاحة للفوز بالعضوية ، دون أن يكون هذا التمييز فى جميع الوجوه المتقدمة مبرراً بقاعدة موضوعية ترتد فى أساسها إلى طبيعة حق الترشيح وما تقتضيه ممارسته من متطلبات والتى تتحقق بها ومن خلالها المساواة والتكافؤ فى الفرص...».

المحكمة الدستورية العليا – ٢٠١٢/٦/١٤ – الدعوى رقم ٢٠ لسنة ٣٤ قضائية دستورية.

ونود الإشارة إلى أن قانون مجلس الشعب كان يشترط فيمن يرشح لعضوية البرلمان «بنظام الانتخاب الفردى ألا يكون منتمياً لأى حزب سياسى». (المرسوم بقانون رقم ١٢٠ لسنة ٢٠١١ بتعديل قانون مجلس الشعب رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢).

وأثار هذا النص بعض الفصائل السياسية ، وطالبت بإعادة النظر فيه ، وهو ما تم بالفعل بالمرسوم بقانون رقم ١٢٣ لسنة ٢٠١١ والذى ألغى عدم جواز ترشح الحزبين على المقاعد الفردية.

والغريب أن الفصائل التى ألحت فى التعديل الذى تسبب فى حل مجلس الشعب ، هى التى لا تتقبل الآن الحكم الدستورى القاضى بذلك !!

١٩ سبق للمحكمة إيراد ذات الحيثيات فى حكم لها صدر فى ١٩٩٠/٥/١٩ (مجموعة الأحكام – ج(٤) ص٢٥٦) فى طعن مشابه تعلق بجواز ترشيح المنتمين للأحزاب السياسية على المقاعد الفردية.

٢٠ المحكمة الدستورية العليا – ٢٠١٢/٦/١٤ – سبق ذكره.

٢١ أصدر رئيس المجلس الأعلى للقوات المسلحة قراره بحل البرلمان فى ١٥ يونيو ٢٠١٢ ، أى قبل جولة الإعادة فى الانتخابات الرئاسية التى كان محدداً لها ١٦ ، ١٧ يونيو ٢٠١٢.

٢٢ تتأسس دعوى بطلان تشكيل الجمعية التأسيسية على ضم تلك الجمعية بعض أعضاء البرلمان ، فى حين أن المادة (٦٠) من الإعلان الدستورى الصادر فى ٣٠ مارس ٢٠١١ نصت على أن ينتخب الأعضاء غير المعينين بمجلسى الشعب والشورى أعضاء الجمعية التأسيسية ، بما يفيد أن الاختيار سينصب على أعضاء من خارج مجلسى الشعب والشورى .

وقد سبق لمحكمة القضاء الإدارى أن خلصت لذلك فى حكم لها بتاريخ ١٠ أبريل ٢٠١٢.

وحينما أُعيد تشكيل الجمعية التأسيسية ، لم يراع تفادى المثلب السالف .

علماً بأنه لا مقنع – فى رأينا – فيما يتردد من أن حل مجلس الشعب واستقالة أعضاء مجلس الشورى من الجمعية التأسيسية أزال العيب السابق ، لأن العبرة فى تقدير شرعية القرار بلحظة صدوره .

٢٣ الفقرة الثالثة المضافة للمادة (٣٠) بمقتضى التعديل الدستورى الصادر فى ١٧ يونية ٢٠١٢.

٢٤ المادة (٦٠) مكرراً من الإعلان الدستورى الصادر فى يونية ٢٠١٢.

٢٥ أعلنت نتيجة المرحلة الثانية والأخيرة من الانتخابات الرئاسية فى ٢٤ يونية ٢٠١٢.

٢٦ أدى القسم فى ٣٠ يونية ٢٠١٢.

PDFCompression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

٢٧ عقد هذا الاجتماع بجامعة القاهرة.

٢٨ صدر القرار فى ٨ يوليو ٢٠١٢.

٢٩ وحرى بالتسجيل ان المادة الثالثة من القرار الرئاسى رقم ١١ لسنة ٢٠١٢ قضت بإجراء انتخابات مبكرة لمجلس الشعب خلال ستين يوماً من تاريخ موافقة الشعب على الدستور الجديد والانتهاء من قانون مجلس الشعب... والحقيقة إذنا إذا افترضنا أن مجلس الشعب قائم ، فلا يملك الرئيس تقرير إجراء انتخابات مبكرة عقب الدستور الجديد كإجراء انتقالى من عدمه ، فالاختصاص بذلك للسلطة التأسيسية وحدها ، التى قد ترى إكمال أى مؤسسة دستورية لمدتها ، وهو ما يتردد كثيراً فى الوقت الراهن بالنسبة لمؤسسة الرئاسة.
علماً بأن الأصل هو إعادة تشكيل سلطات الدولة عقب صياغة نظام دستورى جديد لها .

٣٠ يتفق الفقه والقضاء على هذا المبدأ ، راجع على سبيل المثال:
- محمد سليمان الطماوى – القرارات الإدارية – ١٩٧٦ – ص٦٥٩ وما بعدها.
- حسنى درويش – نهاية القرار الإدارى عن غير طريق القضاء – ١٩٨١ – ص٣١٧ وما بعدها.
أما الأحكام فلا تكاد تقع تحت حصر ونكتفى منها بالآتى :
- المحكمة الإدارية العليا – ١٩٦٨/٦/٢٩ – المجموعة – السنة (١٣) ص١١٣٧ ،
- المحكمة الإدارية العليا – ١٩٩٥/٢/٢٥ – المجموعة – السنة (٤٠) – جـ(١) ص١٢٥٩ ،
- المحكمة الإدارية العليا – ٢٠٠٣/١/١١ – المجموعة – السنة (٤٨) – ص٢٠٣.

٣١ عدم انصياع رئيس المجلس الأعلى للقوات المسلحة ، آنذاك ، للحكم كان سيوقعه تحت طائلة الفقرة الثانية للمادة ١٢٣ عقوبات والتى تعاقب «بالحبس والعزل كل موظف عمومى امتنع عمداً عن تنفيذ حكم ..» متى كان تنفيذ الحكم داخلاً فى اختصاصه.

٣٢ نسبت هذه التصريحات لرئيس مجلس الشعب المنحل ، راجع فى ذلك الموقع الإلكترونى لجريدة اليوم السابع بتاريخ ٩ يونية ٢٠١٢. www.Youm7.com/news.2sp.

٣٣ عقب أداء الرئيس اليمين أمام المحكمة الدستورية العليا وإعلانه أنه يحترم «المحكمة الدستورية وأحكامها والقضاء وأحكامه ومؤسساته جميعاً ..» ، اتجه إلى جامعة القاهرة ليقول : «إن المؤسسات المنتخبة ستعود لأداء دورها» فى اشارة مسبقة لعودة مجلس الشعب المنحل بحكم المحكمة الدستورية العليا.
راجع نص الكلمتين فى جريدة الأهرام – عدد أول يوليو ٢٠١٢ ص(٤) للخطاب أمام المحكمة الدستورية العليا، وص(٧) للكلمة التى ألقيت بجامعة القاهرة.

٣٤ يثار – أحياناً – ان حل البرلمان بكامله يتجاوز حقيقة الحكم الدستورى . فقد أنصبت الدعوى الموضوعية على صحة منافسة المرشحين الحزبيين المستقلين على المقاعد الفردية ، وبالتالى ينحصر البطلان فى المقاعد المخصصة للإنتخاب الفردى والتى تمثل ثلث مقاعد البرلمان . =
= وقد فندت المحكمة الدستورية العليا هذا التحليل ببيان ان العوار الدستورى شمل النظام الانتخابى بأكمله ، سواء فى شقه المتعلق بالقوائم أو فى شقه الخاص بالمقاعد الفردية .
ولكن على افتراض صحة ما يقال فإن سؤالا يلح علينا بقوة .
هناك اتفاق بين كافة التحليلات على بطلان الانتخابات على المقاعد الفردية ، فكيف جرت دعوة البرلمان بكامل

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

تشكيله ، أى بما فى ذلك الأعضاء الثابت بطلان ولايتهم الشعبية ؟

ولا نرى مقنعاً لأى إجابة لا تستدعى الشرعية الثورية ، وهو ما يدعم رأينا المسطر بالمتن .

٣٥ نظرت المحكمة الدستورية العليا الطعن كقاضى تنفيذ طبقاً لما ورد فى المادة (٥٠) من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ والقاضية بأن «تفصل المحكمة (المحكمة الدستورية العليا) دون غيرها فى كافة المنازعات المتعلقة بتنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة منها».

٣٦ برغم كل ما سبق لا يزال هناك من لا يقر بحكم المحكمة الدستورية العليا ، ويجادل فى حل مجلس الشعب، ففى لقاء صحفى مع وكيل مجلس الشعب المنحل (السيد عبد العليم داود) أعلن أن «مجلس الشعب مجمد وليس منحلاً ...».

جريدة الوطن – عدد ٢٠ أغسطس ٢٠١٢ – الصفحة الثانية.

والتسليم بذلك يفيد ان المجلس لازال قائماً ، وبالتالى يتعين صرف مكافآت العضوية ، كما أن الحصانة البرلمانية لم تنحسر عن الأعضاء بعد ، فهل يجوز ذلك مع صراحة حكم القضاء الدستورى القاضى بحل المجلس، وأن هذا الأثر لا يحتاج حتى إلى قرار يرتبه ؟ .

٣٧ المحكمة الدستورية العليا (منازعة تنفيذ) – ٢٠١٢/٧/١٠ – الدعوى رقم ٧ لسنة ٣٤ قضائية.

وما سبق يعيد إلى الأذهان موقفاً مشابهاً من حكم المحكمة الدستورية العليا . فعلى أثر قرار رئيس الجمهورية بعودة المجلس المنحل ، عقد الأخير اجتماعاً فى ١٠ يوليو ٢٠١٢ قرر فيه إحالة الحكم الدستورى بحل مجلس الشعب إلى محكمة النقض للنظر فيه وللفصل فى صحة عضوية النواب طبقاً لنص المادة ٤٠ من الإعلان الدستورى التى تقضى بأن تختص محكمة النقض بالفصل فى صحة عضوية أعضاء مجلسى الشعب والشورى.

انظر : جريدة المصرى اليوم – عدد ٢٠١٢/٧/١١ – ص٥.

وفى ١٤ يوليو ٢٠١٢ قررت محكمة النقض بإجماع آراء جميع رؤساء الدوائر بها ، عدم اختصاصها بنظر الطلب الوارد إليها من مجلس الشعب حول الإيفاد بكيفية بحث مسألة تطبيق حكم المحكمة الدستورية العليا.

= انظر : جريدة الأهرام – عدد ١٥ يوليو ٢٠١٢ – ص(١).

وكانت محكمة النقض تلمح فى العبارة السابقة إلى أن النزاع فى جوهره يتعلق بالمنازعة فى حكم دستورى يدخل فى اختصاص القاضى الذى أصدره .

أما ما ورد فى احالة رئيس مجلس الشعب من طلب بفحص صحة العضوية ، فيتناسى أن صحة العضوية تفيد اختيار مرشح لا تتوافر فيه الضوابط التى قررها القانون ، أو بالمخالفة للإجراءات التى حددها الشارع لسير العملية الانتخابية . وبالتالى ففحص صحة العضوية ينطوى على ضابط مبدئى ألا وهو صحة القانون الذى شكل المجلس على أساسه . وبانهيار هذا القانون لم يعد هناك هيئة برلمانية لتبحث صحة عضويتها.

٣٨ عقب إعلان فوز الرئيس توجه إلى ميدان التحرير ليؤدى – بصورة غير رسمية – القسم أمام جماهير الميدان. وفى كلمته التى القاها فى تلك المناسبة أوضح انه لن يفرط فى صلاحياته.

انظر : جريدة المصرى اليوم – عدد ٣٠ يونية – الصفحة الأولى والرابعة.

وألمحت هذه الجملة إلى أن الرئيس سيسعى للحصول على السلطة التشريعية ، التى يراها تندرج فى إطار الاختصاصات الرئاسية حال غياب البرلمان ، ودون حاجة لنص بذلك .

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

٣٩ فى تصريح لرئيس الجمهورية فى ٥ سبتمبر ٢٠١٢ أكد بنفسه على هذا المعنى – راجع جريدة الأهرام عدد ٦ سبتمبر ٢٠١٢ – الصفحة الخامسة .

٤٠ لا يمنع ذلك من عرض رئيس الجمهورية الخلاف بينه وبين المجلس الأعلى للقوات المسلحة على الرأى العام، ولم يكن يتصور أن المجلس الأعلى للقوات المسلحة كان – بعد ثورة شعبية – سيناصب العداء للرأى السائد شعبياً.

٤١ سارت الدساتير المصرية على نهج منح رئيس الدولة سلطة الاعتراض على مشروعات القوانين التى يقرها البرلمان ، على أن يكون للأخير تنحية هذا الاعتراض بإعادة الموافقة على القانون بأغلبية خاصة.
فى تفاصيل ذلك راجع مؤلفنا : القانون البرلمانى – ٢٠٠٦ – ص٤٠٨ وما بعدها.

٤٢ أعلنت تلك الزيادة فى ٢٠١٢/٧/١ فى أول اجتماع لمجلس الوزراء برئاسة رئيس الجمهورية بعد توليه مقاليد السلطة.
انظر : جريدة الاهرام – عدد ٢ يولي ٢٠١٢ – الصفحة الأولى.
وفى هذا الاجتماع زيد كذلك معاش الضمان الاجتماعى إلى ٣٠٠ جنيه شهرياً.

٤٣ صدر التعديل فى ١٢ يوليو ٢٠١٢.

٤٤ فى تفاصيل تنظيم تشريعات الضرورة فى الدساتير المصرية المختلفة راجع مؤلفنا : القانون البرلمانى – ٢٠٠٦ – ص٤٦٣ وما بعدها.

٤٥ طبقاً للمادة الثالثة من إعلان أغسطس ٢٠١٢ الدستورى «إذا قام مانع يحول دون استكمال الجمعية التأسيسية لعملها ، شكل رئيس الجمهورية خلال ١٥ يوماً جمعية تأسيسية جديدة ، تمثل أطياف المجتمع المصرى بعد التشاور مع القوى الوطنية ، لإعداد مشروع الدستور الجديد خلال ٣ أشهر من تاريخ تشكيلها ، ويعرض مشروع الدستور على الشعب ، لاستفتائه فى شأنه خلال ٦٠ يوماً من تاريخ الانتهاء من إعداده..».

٤٦ هذه هى الحجة الرئيسية لمناصرى الغاء الإعلان الدستورى.
راجع فى هذا الاتجاه على سبيل المثال:
د. رأفت فودة ، د. محمد باهى فى التحقيق المنشور بجريدة أخبار اليوم (٢) – عدد ١١ أغسطس – ص١٣.

٤٧ ربما جرت محاولة للتملص من هذا النقد بالقول أن تضمين برنامج المرشح الرئاسى ، الفائز فيما بعد بالمنصب ، لموقفه من الإعلان الدستورى المكمل لم يكن متصوراً ، لصدور هذا الإعلان فجأة أثناء جولة الإعادة فى الانتخابات الرئاسية.
وكان يمكن مناقشة هذه الحجة ، وربما تقبلها ، لو أن الرئيس الغى ما يعرف بالإعلان الدستورى المكمل ، ولم يقم أيضاً بتغيير الإعلان الدستورى الأصلى والصادر قبل الانتخابات الرئاسية بشهور عدة.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

الاختناق القضائي اسباب ومعالجات [1]

القاضي عبد الله غزلان
قاضي المحكمه العليا – رئيس جمعية القضاة

السيدات والسادة قضاة فلسطين الهمكم الله صواب القول والعمل، وسدد على الحق خطاكم، اسمحوا لي بداية ان ارحب بكم في المؤتمر القضائي الخامس، والذي يعقد في نهاية العطلة القضائية خلافاً لما اعتدناه في المؤتمرات القضائية السابقة، ولعل موعد انعقاد المؤتمر والتقرير في موضوع انعقاده من عدمه – بعد ان تباينت وجهات النظر – حسمتها حكمه اجهلها، خاصة وقد سبق مؤتمرنا هذا العام مؤتمرات ثلاث :

- مؤتمر قضاة الصلح
- مؤتمر قضاة البداية
- مؤتمر قضاة الاستئناف

وسوف يتبعه في غضون ايام قلائل وعلى مدى يومي ٤،٥ من شهر ايلول القادم مؤتمر بعنوان « مؤتمر القضاء الاداري في فلسطين واقع وافاق». وبذلك حق ان نطلق على عامنا هذا عام المؤتمرات !!

وانني اذ اسجل ذلك ارى ان ظاهرة الاختناق لدى السلطة القضائية آخذة بالاتساع بحيث شملت المؤتمرات كما شملت قبل ذلك الادارات والرحلات ولم تقف عند حد الاختناق الناتج عن تراكم الدعاوى وزيادة عددها. وفي هذا السياق اقول ان ظاهرة النمو غير الطبيعي ظاهرة مرضية وليست صحية.

السيدات والسادة قضاة فلسطين

اصدقكم القول ترددي في المشاركة واعداد ما كلفت به لا لشيء سوى انني اسمع جعجة ولا ارى طحيناً، فما اشبه اليوم بالبارحة.

- اين هي نتائج المؤتمرات السابقة وماصدر عنها من توصيات ....؟
- الا ترون معي ان الامر مجرد تقليد سنوي؟!
- لماذا هذا التعدد في المؤتمرات؟! لم يعقد مؤتمر لقضاة الصلح واخر لقضاة البداية وثالث لقضاة الاستئناف؟!
- هل يحظر على القضاة كل القضاة معرفة ما يعاني منه الزملاء في محاكم الصلح والبداية والاستئناف والعليا؟!

١ ورقة قدمت في المؤتمر القضائي الخامس

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

- اليس القضاء وحدة واحدة اذا اهتز بعضه اهتز كله؟!
- هل تعدد المؤتمرات ناتج عن وفرة مادية يعيشها الوطن؟! خاصة وان رواتب القضاة غدت تدفع على اقساط؟!
- اليس من اسباب ارجاء الترقيات القضائية الاعباء المالية وضيق ذات يد السلطة الوطنية الفلسطينية؟!
- انظروا غير مؤمورين لبرنامج المؤتمر وما خصص من مساحة للنقاش، جلستنا هذه والتي تضمنت اربعه اوراق عمل خصص لمناقشتها واصدار التوصيات نصف ساعه؟!
- الم تكن هذه واحدة من الملاحظات التي اشير اليها في المؤتمر الرابع على ان يتم تجاوزها وعدم تكرارها في المؤتمرات اللاحقة؟!
- اين ما نودي به من ضرورة وضع ضوابط ومعايير لتشكيل اللجان والدوائر والمشاركة في المؤتمرات والبرامج التدريبية خاصة تلك التي تعقد بالخارج؟!
- اليس كثيراً مما نتحدث عنه بوصفه انجازات يدخل في اطار ما يمكن تسميته انجازات وهمية او ما يمكن ان نطلق عليه انجازات ورقية؟!

وبعد

موضوع حديثي وفق العنوان الذي كلفت به «الاختناق القضائي اسباب ومعالجات»

ولما كان الامر كذلك ابدأ بالقول« اتسع الخرق على الراتق» لذا سوف لا ادخل بالتفاصيل مبدياً مجموعه من النقاط تلامس ظاهرة الاختناق القضائي في اطارها العام بعضها يتعلق بالمدى القريب والبعض الاخر يتعلق بالمدى الابعد ولا اقول البعيد وهي في مجملها تشير الى اسباب ومعالجات اوردها على النحو التالي :

- اولاً : ضرورة اعمال ضوابط ادارة سير الدعوى على نحو سليم يتفق وحكم القانون ودور القاضي الايجابي بالسيطرة على الدعوى والهيمنه على اجراءات سيرها.
- ثانياً : تفعيل النصوص الواردة في الباب الرابع من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم ٢ لسنة ٢٠٠١ المتعلقة بالتسوية القضائية علماً ان عدد غير قليل من السادة القضاة ابتعثوا في دورات متخصصة لهذه الغاية.
- ثالثاً : متابعه كل ما هو متعلق باجراءات التبليغ سواء على مستوى مأموري التبليغ وتأهيلهم وزيادة عددهم، او على مستوى ضبط عملية التبليغ واجراءاته والحد من ظاهرة اعادة الاوراق غير مبلغه حسب الاصول او عدم اجراء التبليغ.
- رابعاً : ان اتساع نطاق الحديث عن ظاهرة الاختناق القضائي وتراكم الدعاوى خلق حالة اطلق عليها« حمى الفصل» بحيث كرس بعض القضاة جهودهم لاصدار اكبر عدد من الاحكام دون ان

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

تكتمل عناصر نضوج الحكم في ذهن القاضي الامر الذي ادى الى زيادة عدد الطعون استئنافاً ونقضاً.

- خامساً : تخلي محكمه الدرجة الثانية عن دورها في نظر الدعوى باعادتها الى محكمه الدرجة الاولى دون مبرر قانوني ـــــ والحديث هنا عن الدعاوى المدنية- ذلك ان محكمه الدرجة الثانية لا تملك الاعادة لمحكمه الدرجة الاولى الا في حدود ما نصت عليه المادة ٢/٢٢٣ من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية وكذلك في حال الدفع امامها ببطلان اجراءات محاكمه المدعى عليه حضورياً (اعتبارياً) لعدم تبلغه لائحة الدعوى وثبوت ذلك اذ عندها تكون الخصومة غير منعقدة.
- سادساً : الاعادة غير المبررة من قبل محكمه الدرجة الثانية في بعض الدعاوى الجزائية لمحكمه الدرجة الاولى رغم ان امكانية فصل الدعوى من قبل محكمه الدرجة الاولى قائمة.
- سابعاً : اعادة الدعاوى المدنية في بعض منها من قبل محكمه النقض الى محكمه ثاني درجة رغم ان الطعن للمرة الثانية او ان الدعوى صالحة للحكم مما يوجب على محكمه النقض الفصل في الدعوى دون اعادة للمحكمه مصدرة الحكم المطعون فيه.
- ثامناً: ما تنبئ عنه احكام محكمه النقض ان نسبة مرتفعه من اسباب قبول الطعن موضوعاً ونقض الحكم الطعين في الدعاوى المدنية والجزائية بطلان الاجراءات الامر الذي يستوجب معالجة اسباب ذلك لدى محكمتي الدرجة الاولى والثانية.
- تاسعاً : انتداب عدد من القضاة على نحو لا يتفق وصحيح القانون خلافاً لما نص عليه من ان الانتداب يتم (في الكيفية والاحوال التي نص عيها القانون) كحاله انتداب قضاة من محكمه اعلى الى محكمه اقل درجة اذ قضت محكمه النقض بهيئتها العامه بطلان الانتداب مما ادى الى بطلان تشكيل المحكمه وقد ادى ذلك – وحتى حينه- الى اعادة كم من الدعاوى لمحكمه الدرجة الثانية للسير فيها من جديد.
- عاشراً: ضرورة اجراء التشكيلات القضائية في مطلع العطله القضائية وعدم نقل القضاة خلال السنة القضائية الا بمبررات سائغه، ذلك ان محاضر الجلسات تفيد تناوب عدد كبير من القضاة على نظر الدعاوى في السنة الواحدة الامر الذي ادى الى اعاقة اجراءات السير في الدعوى وتأجيل اصدار الاحكام لاكثر من مرة نتيجة لتغير الهيئات.
- حادي عشر : مراجعه شاملة للقوانين الاجرائية المدنية بهدف ادخال تعديلات ذات اثر تضمن تيسير اجراءات التقاضي وسرعه الفصل في الدعاوى وتمنح القاضي سلطة ايجابية تمكنه من احتواء اسباب التأجيل والحد من مدة الخصومة ووضع سقف لعدد الشهود في الواقعه الواحدة وفرض غرامات عاليه على الطعون التي تقدم على نحو لا يستقيم ومنهج تقديم الطعن ويقصد

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

بها اطاله الاجراءات، واستحداث نظام للفصل في المنازعات البسيطة، وتوسيع دائرة الطعن بالنقض في كثير من الاحكام غير الفاصلة في موضوع النزاع.

- ثاني عشر: مراجعه شامله لقانون الاجراءات الجزائية بإخضاع بعض الجرائم للمصالحة والتي بها تسقط دعوى الحق العام وتوسيع دائرة حفظ الدعوى الجزائية من قبل النيابة العامه وكذلك اعطاء النيابة العامه مساحة اكبر لانهاء الدعاوى بوسائل مختلفة كالصفقات وغيرها وايجاد ما يعرف بمبدأ الموائمة وانتهاج سياسات عقابية جديدة في قانون العقوبات وتوسيع دائرة الطعن بالنقض في كثير من الاحكام غير النهائية والتي من شأنها عدم اطاله امد التقاضي، ولعل من نافله القول ان يشار الى ان اعطاء النيابة العامه سلطة اوسع بالحفظ او ما يعرف بالموائمة او غيرها يقتضي ايجاد وسائل رقابية تضمن حسن استخدامها.
- ثالث عشر: تفعيل دور التفتيش القضائي ورفده بالكفاية المهنية والعددية بما يضمن المساءلة ويحقق الغاية من التفتيش.
- رابع عشر : دعم الكفاية العددية القائمة على الكفاية المهنية للقضاة مع توفير الضمانات والمزايا المقررة للوظائف القضائية وبما يحقق حياة كريمة تحول بين خضوع القاضي للاعباء المالية التي قد تصرفه عن اعباء عمله القضائي.
- خامس عشر : الغاء نظام الهيئات لدى محكمه البداية (قاضي الجماعه) وعقد المحكمه من قاضي فرد في جميع الدعاوى بوصفها محكمه درجة اولى.

السيدات والسادة قضاة فلسطين، ان معالجة ظاهرة الاختناق القضائي بحاجة الى اصلاح في التشريع الا ان الاصلاح التشريعي يجب ان يرافقه بل يسبقه عزم صادق وارادة قوية وحسن تطبيق وفي ذلك قيل مع قضاة جيدين تصبح القوانين السيئة مقبوله.

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor

بدعم من UNDP

PDF compression, OCR, web optimization using a watermarked evaluation copy of CVISION PDFCompressor