المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء

«مســـاواة»

العدالة والقانـون

(مجلة محكّمة)

المركز الفلسطيني لاستقلال
المحامـاة والقضـاء
«مســاواة"

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

جمعية اهلية غير حكومية مستقلة، تأسست بتاريخ 2002/3/18 بمبادرة من محامين وقضاة ســابقين وشخصيات اجتماعية، اخذت على عاتقها تكريس جهدها لتعزيز ضمانات استقلال القضاء والمحاماه تشــريعياً ومنهجاً وســلوكاً، عن طريق رصد وتوثيق ومراقبة ومعالجة كافه العوائق الاجتماعية والثقافية والسياســية والاقتصادية والتشــريعية، التي تحول دون التطبيق السليم لمبدأ سيادة القانون، وتعيق تفعيل عناصر ومقومات ومضامين استقلال القضاء والمحاماة وذلك بالطرق والوسائل القانونية .

مجلس إدارة مساواة

- المحامي ياسر جبر — رئيس مجلس الادارة
- المحامي فهد الشويكي — نائب رئيس مجلس الادارة
- المحامية يوسف بختان — امين السر
- المحامي فيصل جاسر — امين الصندوق
- الاستاذ سمير البرغوثي — عضو
- المحامي غسان مساد — عضو
- المحامي نضال ابو فرحة — عضو
- المحامية رنا واصف — عضو
- المحامية فايزة الشاويش — عضو

الرئيس التنفيذي المحامي إبراهيم البرغوثي

البيرة - البالوع- شارع المحاكم
تلفون: 0097022424870
فاكس: 0097022424866
بريد الكتروني: musawa@musawa.ps
صفحة الكترونية: www.musawa.ps

مكتب غزة - شــارع الجلاء،
برج الجلاء «الطابق الثالث» – مكتب 305
تلفاكس: 00970 8 2864206

حقوق الطبع والنشر محفوظة للمركز

تشرين أول 2015

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

العدالة والقانون

في هذا العدد

مقدمة العدد

على طريق اثراء النقاش واغناء التجربة 7

تنويه وإعادة نشر ل (حكم) الهيئة العامة للمحكمة العليا رقم 2015/1 مرفق رأي القاضي المخالف 9

دراسات وابحاث قانونية

النظام القانوني لنزع الملكية للمنفعة العامة في فلسطين «دراسة مقارنة"/ المحامية عرين سمير بدوان - رام الله 19

أهمية وآثار انضمام فلسطين كعضو في المحكمة الجنائية الدولية / الدكتور طارق محمد الديراوي - غزة 123

أحكام صادرة عن محكمه النقض في القضايا المدنية والتعليق عليها

الحكم رقم 2010/60 «ابطال معاملة بيع عقار» 133

تعليق القاضي الدكتور فؤاد درادكة / قاضي محكمة التمييز الأردنية 138

تعليق المحامي الدكتور خالد إمام /مصر 169

أحكام صادرة عن محكمة النقض في القضايا الجزائية والتعليق عليها

الحكم رقم 2013/268 «انقضاء الدعوى الجزائية» 185

تعليق الدكتور عبد الرحمن توفيق أحمد / قاضي محكمة التمييز الأردنية
ورئيس محكمة الجنايات الكبرى سابقا، وعميد كلية الحقوق - جامعة عمان الأهلية 190

تعليق سيد أحمد موسى - رئيس نيابة / مصر 201

تعليق الدكتور عماد الفقي - استاذ القانون الجنائي المساعد في كلية الحقوق – جامعة مدينة السادات / مصر 209

تعليق القاضي الدكتور عوض عبد أبو جراد - رئيس محكمة الجنايات الكبرى / الأردن 227

أحكام صادرة عن محكمة العدل العليا والتعليق عليها

الحكم رقم 2013/95 «الصفة في دعوى الإلغاء» 233

تعليق الاستاذ الدكتور نواف سالم كنعان - أستاذ القانون العام في جامعة العلوم الاسلامية العالمية / الأردن 237

تعليق المستشار الدكتور خالد عبد الفتاح محمد - نائب رئيس مجلس الدولة / مصر 242

الحكم رقم 2013/48 «اختصاص محكمة العدل العليا في دعاوى رفض تنفيذ قرارات صادرة عنها»

تعليق المحامي الدكتور محمود علي الرشدان - النائب الأول لرئيس محكمة التمييز الأردنية سابقاً - نائب رئيس محكمة العدل العليا الأردنية سابقاً 263

تعليق المحامي الاستاذ الدكتور أحمد السيد موسى - أستاذ في كلية الحقوق جامعة طنطا - والمحامي لدى محكمة النقض والدستورية والإدارية العليا / مصر 272

الحكم رقم 2014/230 «رفع الحصانة البرلمانية» والتعليق عليها

تعليق الدكتور سليم سلامة حتاملة - نائب عميد كلية الدراسات العليا في جامعة العلوم الاسلامية العالمية / الأردن 284

تعليق الأستاذ الدكتور فتحي فكري - أستاذ القانون العام في كلية الحقوق جامعة القاهرة / مصر 299

أحكام صادرة عن المحكمة العليا المناط بها القيام بمهام المحكمة الدستورية إلى حين تشكيلها والتعليق عليها

طعن دستوري رقم 2014/1 «البحث في دستورية القوانين الأردنية» 319

تعليق الأستاذ الدكتور محمد سليم محمد غزوي - عضو المحكمة الدستورية الأردنية 326

تعليق المستشار الدكتور محمد عماد النجار - نائب رئيس المحكمة الدستورية العليا المصرية 334

تعليق المحامي وائل فتحي فتح الله - المحامي أمام المحكمة الدستورية العليا / مصر 346

العدالة والقانـون

مقدمة العدد

على طريق اثراء النقاش واغناء التجربة

تؤكد «مساواة» على أن غايتها من اصدار مجلة «العدالة والقانون» تكمن في تشجيع فكرة التعليق على الأحكام 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 والعاملين 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.

وهـا نحن في «مسـاواة» نصـدر العدد الخامس والعشـرون من مجلة «العدالـة والقانون» والذي يتضمن دراسـتان قانونيتان محكمتان تتناول بالدراسـة والبحث النظام القانوني لنزع الملكية للمنفعة العامة في فلسطين «دراسة مقارنة"، وأهمية وآثار انضمام فلسطين كعضو في المحكمة الجنائية الدولية.

كمـا يتضمـن هذا العدد تعليقان على حكم صادر عـن محكمه النقض في القضايا المدنية موضوعه ابطال معاملة بيع عقار، تليه أربعة تعليقات على حكم صادر عن محكمة النقض في الدعـاوى الجزائيـة موضوعه انقضاء الدعوى الجزائيـة، يتبعها تعليقان على حكم صادر عن محكمـه العـدل العليا موضوعه الصفة في دعوى الالغاء، اضافة الى تعليقين على حكم صادر عـن محكمـة العدل العليا موضوعه الطعـن في قرارات رفض تنفيذ قرارات صادرة عنها، إلى جانب تعليقان على حكم صادر عن محكمة العدل العليا موضوعه الحصانة البرلمانية، وارتأت «مسـاواة» أن تختـم هذا العدد بثلاث تعليقات علـى حكم صادر عن المحكمة العليا المناط بها القيام بمهام المحكمة الدسـتورية العليا إلى حين تشـكيلها، وموضوعه اختصاصها في النظر والفصل في دستورية القوانين الأردنية السارية المفعول في فلسطين.

وتعرب «مساواة» عن أسفها لوقوع خطأ طباعي في العدد 24 (عدد خاص) من مجلة العدالة والقانون، حيث نشـر قرار المخالفة الصادر في الطعن الدسـتوري رقم 2014/1 مرفقاً (بالحكم) الصادر عن الهيئة العامة للمحكمة العليا رقم 2015/1، بدلاً من نشـر قرار المخالفة الصادر في (الحكم) المذكور، ما اقتضى التنويه وإعادة نشر (حكم) الهيئة العامة للمحكمة العليا رقم 2015/1 وقرار المخالفة الصادر فيه، وتحيل «مساواة» القارئ الكريم إلى آراء المعلقين في (الحكم) المذكور إلى العدد 24 (عدد خاص) من مجلة العدالة والقانون في شهر أيلول من العام الجاري 2015.

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

مسـاواة

تنويه

ورد في العدد 24 (عدد خاص) من مجلة العدالة والقانون خطأ مطبعي غير مقصود تمثل في نشر قرار المخالفة الصادر عن سعادة القاضيان محمد سامح الدويك وعدنان الشعيبي في الطعن الدستوري رقم 2014/1، والذي هو موضع تعليق في هذا العدد إلى جانب قرار الأغلبية الصادر في (الحكم) رقم 2015/1 موضوع العدد 24 (عدد خاص) من العدالة والقانون، بدلاً من نشر القرار الصادر عن القاضي المخالف محمود حماد والصادر في (الحكم) رقم 2015/1، ولمعالجة الخطأ وإزالة اللبس فإن «مساواة» تعيد نشر (حكم) الهيئة العامة للمحكمة العليا رقم 2015/1 مع الرأي المخالف المعطى من القاضي محمود حماد في (الحكم) المذكور، محيلين إلى آراء المعلقين على (الحكم) المذكور إلى العدد 24 (عدد خاص) الصادر عن «مساواة» في شهر أيلول للعام الجاري 2015.

حكـــم الهيئة العامـــة
للمحكمـــة العليـــا
رقم: (1) لسنة 2015

دولـــة فلســـطيـن
السلطة القضائية
المحكمـــة العليـا

الحكـــم

الصـــادر عـن الهيئـــة العامـــة للمحكمـــة العليـا برئاســـة القاضي السيد علـــي مهنا

وعضوية السادة القضاة : سامي صرصور، محمود حماد، أسعد مبارك، إيمان ناصر الدين، هشام الحتو، رفيق زهد، محمد سامح الدويك، إبراهيم عمرو، أحمد المغني، حلمي الكخن

بدعوة من رئيسها سنداً للمادة (25) من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2001، المعدلة بالمادة (3) من القرار بقانون رقم (15) لسنة 2014، إنعقدت الهيئة العامة للمحكمة العليا للتداول بشأن العدول عن المبدأ القانوني الذي سبق أن قررته محكمة النقض بهيئتها العامة بحكمها رقم 2010/117 الصادر بتاريخ 2010/6/21 وبحكمها رقم 2010/189 الصادر بتاريخ 2012/3/5 وبحكمها رقم 2011/562 الصادر بتاريخ 2013/6/13 المتعلق بموضوع ندب القضاة.

وانطلاقاً من الأهمية الخاصة لموضوع ندب القضاة وما نتج عنه من تداعيات ولكونه ينطوي على جانبٍ كبيرٍ من التعقيد تفاوتت ولا تزال تتفاوت بشأنه المبادئ والأحكام القضائية المتصلة به وتداعياتها السلبية على جوهر العملية القضائية، فقد استعرضت الهيئة العامة للمحكمة العليا بعضاً من الأحكام المختلفة الصادرة عن محكمة النقض ذات الصلة بالموضوع محل البحث (ندب القضاة) سواء تلك التي صدرت عن الهيئة العادية لمحكمة النقض، أو ما اتصل منها بالأحكام الصادرة عن الهيئة العامة لمحكمة النقض المرقومة أعلاه.

الرئيـــس

الكاتب-دقق:
م.ف

وبعد الإطلاع على تلك الأحكام نجد أن حكم محكمة النقض بهيئتها العادية رقم 2008/25 الصادر بتاريخ 2008/12/29 خلص إلى:

"أن قرار انتداب القاضي قرار إداري، والأصل أن يتمتع هذا القرار بقرينة السلامة إلى أن تقرر المحكمة المختصة إلغاءه... وأن الفصل في صحة قرار الإنتداب يخرج عن صلاحية محكمتنا".

أما حكم محكمة النقض بهيئتها العادية رقم 2009/347 الصادر بتاريخ 2010/4/20 فقد خلص إلى:

أن ندب القاضي للعمل في محكمة معينة هو أمر يتعلق بشخص القاضي وحقوقه، ولا علاقة للمتقاضين وضماناتهم بهذا الندب، إذ أن صاحب المصلحة في الطعن في قرار الندب هو القاضي الذي تقرر ندبه، أو أي من القضاة الذين قد تتأثر حقوقهم في المنصب الذي نُدب إليه القاضي ويكون قد حجبه عنه، دون أن يملك المتقاضون هذا الحق في الطعن لانتفاء المصلحة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن الطعن في ندب القضاة هو بمثابة تدخل من المتقاضين دون سند من القانون في عمل مجلس القضاء الأعلى، في كيفية تسيير عمل الجهاز القضائي، حيث أن مجلس القضاء الأعلى هو الجهة الوحيدة المناط بها إدارة العمليات القضائية... وأن من المسلم به أن القرار الصادر بالندب يتمتع بقرينة السلامة، طالما لم يطعن به من ذوي المصلحة والتي تنحصر في القاضي المنتدب نفسه أو أي قاضٍ آخر له مصلحة تتأثر بقرار الندب.

ولا ريب أن الأهمية الخاصة لموضوع الندب وتداعياته السلبية حمل محكمة النقض إلى التصدي للتقرير في صحة الندب من خلال هيئتها العامة بأحكامها آنفة الذكر والتي كان آخرها حكمها رقم 2011/562 الصادر بالأغلبية بتاريخ 2013/6/13 والذي خلص إلى:

الرئيـس

الكاتب-دقق:
م.ف

حكـــم الهيئة العامـــة
للمحكمـــة العليـــا
رقم: (1) لسنة 2015

"أن ما نص عليه في القانون من قواعد وأحكام تتعلق بالندب هي قواعد آمرة لا يجوز مخالفتها فضلاً عن تعلقها بالتنظيم القضائي، وبذلك فهي تتعدى مصلحة الخصوم ودفوعهم، وعلى المحكمة أن تتصدى لها من تلقاء نفسها".

ولما كان ما خلص إليه حكم محكمة النقض بهيئتها العامة سالف الإشارة، على أهميته في الإسهام الجزئي في إيجاد حل جذري للآثار السلبية التي ترتبت ولا تزال تترتب على الطعون المقدمة من المتقاضين بشأن الندب، والتي ألقت بثقلها على كاهل المصلحة العامة للمؤسسة القضائية، وعلى الخصوم والمتقاضين بشكل خاص، وعلى خدمة التقاضي التي تقدمها السلطة القضائية ممثلة بالمحاكم على اختلاف درجاتها وأنواعها.

ولما كانت أبرز النتائج السلبية لهذه التداعيات هو إعادة إجترار بعض الإجراءات القضائية في بعض القضايا بل واجترارها من نقطة الصفر في معظم الأحيان، دون أن يكون لإرادة الخصوم دخل في ذلك، وهو ما نتج عنه تداعيات خطيرة على صعيد الدعاوى الجزائية، تمثل في إطالة أمد استمرار توقيف المتهمين أو إعادتهم للتوقيف بعد أن أُفرج عنهم، إلى جانب مساهمة تلك التداعيات السلبية في ازدياد تراكم القضايا، فضلاً عن الإزدياد المضطرد لأعداد القضايا الواردة للمحاكم، والتي تعكس ثقة المواطن في أن ينشد العدالة الناجزة.

وأمام هذه العواقب الوخيمة التي ترتبت- ولا زالت- عن الطعون المتعلقة بموضوع ندب القضاة، وبعد الرجوع إلى أحكام قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002 – الفصل الثاني- نقل القضاة وندبهم وإعارتهم- وإلى أحكام قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2001 وتعديله بموجب القرار بقانون رقم (15) لسنة 2014 – المادة 35 من القانون، المعدلة بموجب المادة السادسة من القرار بقانون- الباحثة في ضوابط الندب وبعد الأخذ بعين الإعتبار مجمل الأحكام الصادرة عن محكمة النقض بشأن ندب القضاة.

الرئيس

الكاتب-ملق:
م.ف

ولما كان الندب كإجراء استثنائي شُرع لتحقيق مصلحة عامة قوامها ضمان حسن سير العدالة الناجزة دون تعطيل أو إبطاء، وأن العبرة للإجراء هي بالغاية الموضوعية منه، والتي تعلو على الغاية الشكلية، وفق ما استقر عليه الفقه والقضاء، فإن مؤدى ذلك هو تغليب صحة إجراءات الصحة واكتمالها على أسباب بطلانها أو قصورها باعتبار أن الغاية من الإجراءات الصحيحة هو وضعها في خدمة الحق الذي يحقق المصلحة العامة التي عبرت عنها المادة 2/46 من قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002 التي أجازت أن تزيد مدة الندب عن ثلاث سنوات متصلة متى اقتضت المصلحة الوطنية ذلك.

المحكـمـة

وتأسيساً على ما تقدم بيانه نقرر المبادئ التالية:

1. أن ندب القضاة كقرار يصدر عن مجلس القضاء الأعلى هو قرار إداري يتصل بشخص القاضي المنتدب أو بغيره من القضاة الذين يمس قرار الندب مراكزهم القانونية وبذلك يمتنع على الخصوم الطعن بمشروعيته.

2. أن الندب كإجراء يباشره مجلس القضاء الأعلى باعتباره جهة الإدارة إنما هو إجراء يتصل بتشكيل المحكمة، ولا شأن له بالتنظيم القضائي الذي أفرد له القانون قواعد آمرة لتعلقها بالنظام العام كتلك التي تحدد أنواع المحاكم ودرجات التقاضي.

3. أن مباشرة القاضي المنتدب لإجراءات التقاضي سنداً لقرار الندب – مشروعاً كان أو مخالفاً للقانون أو أصبح كذلك– (كإنتهاء مدة الندب) لا أثر له على صحة الإجراءات التي يباشرها القاضي المنتدب– بصرف النظر عن صحة الندب– رغم ما يتمتع فيه

الرئيـس

الكاتب–دقق:
م.ف

حكم الهيئة العامة للمحكمة العليا
رقم: (1) لسنة 2015

قرار الندب من قرينة الصحة بوصفه قراراً إدارياً لا يخضع للطعن فيه من قبل الخصوم، باعتبار أن القاضي المنتدب بما يباشره من إجراءات التقاضي وما يصدره من أحكام هو القاضي الطبيعي بالنسبة للخصوم سنداً لنظرية الموظف الفعلي التي تحول دون طلب الخصوم بتقرير البطلان وبين ما يباشره القاضي المنتدب من إجراءات قضائية.

4. العدول عن أي مبدأ قانوني سبق أن قررته المحكمة وذلك إعمالاً لأحكام المادة 1/25 من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2001 المعدلة بالمادة (3) من القرار بقانون رقم (15) لسنة 2014.

حكماً صدر تدقيقاً بالأغلبية باسم الشعب العربي الفلسطيني بتاريخ 2015/3/19

الرئيس

الكاتب-دقق:
م.ف

قـرار الهيئـة العامـة
للمحكمـة العليـا
رقم: (1) لسنة 2015

الـرأي المخالـف المعطـى مـن
القاضـي محمـود حمـاد

أخالف الأكثرية المحترمة في ما ذهبت إليه في قرارها رقم (1) لسنة 2015/ هيئة عامة بشأن العدول عن المبدأ القانوني الذي سبق أن استقر عليه اجتهاد محكمة النقض بهيئتها العامة في الأحكام الصادرة عنها ذوات الأرقام 2010/117 تاريخ 2010/6/21، 2010/189 تاريخ 2012/3/5، 2011/562 تاريخ 2013/6/13 المتعلقة بندب القضاة وتتمثل أوجه المخالفة بالأمور التالية:

أولاً: إن المشرع قد رسم طريقاً للعدول عن ما استقر عليه اجتهاد محكمة النقض بما في ذلك الجهة المختصة بذلك والأثر المترتب حكمها من حيث الإلزام وذلك عندما أورد في المادة 239 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001 التي جاءت في الفصل الخاص بأحكام النقض ما نصه "إذا تبين لإحدى دوائر محكمة النقض أنها ستخالف سابقة قضائية مستقرة للنقض تنعقد بكامل هيئتها لإصدار حكمها ويكون هذا الحكم واجب الإتباع لدى المحاكم الأخرى في جميع الأحوال".

وبناءً على ما تقدم وفي ضوء صراحة هذا النص الذي عالج أمر العدول عن مبدأ استقر عليه اجتهاد محكمة النقض في أحكام سابقة لها فإنني أرى أن مخالفة السوابق القضائية لمحكمة النقض يخرج عن اختصاص هيئة المحكمة العليا المنعقدة بموجب المادة 25 من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2001 والتي أرى أنها تنحصر فقط بالعدول عن سوابق المحكمة العليا ذاتها وعن سوابق محكمة العدل العليا التي لم يرسم لها المشرع طريقاً آخر للرجوع من السوابق المستقرة في إجتهادها.

القاضـي

قـرار الهيئـة العامـة
للمحكمـة العليـا
رقم: (1) لسنة 2015

ثانياً: كما أخالف الأكثرية المحترمة التي حظرت على الخصوم الطعن بمشروعية قرارات ندب القضاة وقصر ذلك فقط على القاضي المنتدب أو غيره من القضاة الذين يمس قرار الندب مراكزهم وأرى أن من حق الخصوم الطعن بقرارات ندب القضاة غير المشروعة للقضاة الذين ينظرون قضاياهم لأن لهم مصلحة في أن التقاضي أمام قاضٍ يشغل مركزه على وجه موافق للقانون يضمن شرعيته وشرعية الأحكام والقرارات التي تصدر عنه.

ثالثاً: وأخالف الأكثرية المحترمة أيضاً التي اعتبرت أن ندب القضاة يتصل بتشكيل المحكمة ولا شأن له بالتنظيم القضائي الذي أفرد لها القانون قواعد آمرة لتعلقها بالنظام العام ذلك أنه من الرجوع لنص المادة (22) من قانون السلطة القضائية لسنة 2002 "لا يجوز نقل القضاة أو ندبهم أو إعارتهم إلا في الأحوال والكيفية المبنية في القانون" يتبين أن المشرع الذي استعمل تعبيراً أمراً "لا يجوز" وحظر الندب إلا في الأحوال والكيفية المبنية في القانون قد قطع بأن الندب الذي لا يكون في الأحوال أو الكيفية المبنية في القانون هو ندب غير جائز قانوناً ويقع باطلاً وهو متعلق بالنظام العام.

وعليه وعلى ضوء ما بيناه فإنني أخالف الأكثرية المحترمة في ما ذهبت إليه.

القاضـــي

بتاريخ 2015/3/19

دراسات وأبحاث قانونية

النظام القانوني لنزع الملكية للمنفعة العامة في فلسطين «دراسة مقارنة»[1]

الباحثة: المحامية عرين سمير بدوان

أستاذة القانون الإداري في جامعة القدس

مقدمة

يعتبر حق الملكية من أهم الحقوق المرموقة التي تقتضيها الفطرة الانسانية، وتدفع اليها غريزة حب البقاء عليها، والتي تخول صاحبها سلطات واسعة في التصرف فيه واستخدام الشئ واستغلاله، حيث سعى المشرع عند نصه للقوانين على تحقيق التوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، من خلال اهتمام كافة الدساتير وقوانين الدول على حماية هذا الحق من أي اعتداء، وكذلك عالجته المواثيق الدولية لحقوق الانسان؛ «على إنّه لكل فرد الحق في التملك بمفرده أو بالاشتراك مع غيره، ولا يجوز تجريد أحد من ملكه تعسفاً»، فالملكية الخاصة مصونة»؛ لأنّ نظام الملكية مرتبط بوجود الانسان واستقراره في وطنه.

لكنّ في الوقت الحالي الملكية لم تعد حقاً مطلقاً، بمعنى أنّ المالك لم يعد حراً في مباشرة سلطته على النحو الذي يريده، بل يتقيد بكثير من القيود وعلى وجه الخصوص، عدم التعسف في استعمال حقه وإنما يكون ملزم بأداء خدمات لصالح العام، لانّه أصبح في العصر الحديث الملكية لها وظيفة اجتماعية اشتراكية للعامة.

ثم مع تطور الدولة الحديثة أصبح دورها لا يقتصر فقط أن تمارس وظائفها التقليدية، وإنما تطورت حقوق الارتفاق الإدارية، وأصبحت في حاجة ملحة لمواكبة التيار العمراني وتحقيق التنمية المستدامة، مثل تنظيم المدن وتوسيع طرق وإنشاء حدائق؛ لكن وفي سبيل

1 قدمت هذه الدراسة كرسالة لنيل درجة الماجستير، وأوصت لجنة المناقشة بنشرها مما يفي بمتطلبات التحكيم لغايات النشر. لجنة المناقشة: المشرف د. سامي الطوخي استاذ القانون العام والعلوم القضائية - جامعة زايد أكاديمية الدراسات القضائية والتدريب المتخصص دائرة القضاء - أبو ظبي، و د. امام حسنين أستاذ القانون الجزائي - جامعة زايد اكاديمية الدراسات القضائية والتدريب المتخصص دائرة القضاء - أبو ظبي.

تنفيذ سياستها وخططها العمرانية، تصطدم بعدة عقبات منها أنه ليس لها أي ملكية فيهــا علــى الإطــلاق، وأنها لا تتفق مع ملاك هذه الأراضــي من أجل أن يبيعونها، لأنه من الصعب في أغلب الأحيان أن يرضى هؤلاء الملاك بالتنازل عن أراضيهم من ناحية، أو أن يقبلوا مقابلاً معقولاً لهذه الأراضي من ناحية أخرى، إلا أن الدولة ليس أمامها إلا أن تقــوم بتنفيــذ هذه المشــروعات، باتخاذ إجراءات نقل الأمــوال المملوكة للأفراد جبــراً بقصــد تحقيق المنفعة العامة، مقابل تعويض عادل عن النزع ، وأنَ هذا الامتياز يُمنح للأشخاص المعنوية العامة سواء كانت الحكومة أو إحدى دوائرها أو مؤسساتها أو المجالس البلدية والقروية واستثناءً يُمنح لصالح جهة خاصة حتى تُنفذ المشروع، ويعتبر هذا الامتياز الخطير من امتيازات القانون العام، ويجب أن يتم وفق أحكام القانون ومع مراعاة عدم إهدار الملكية الفردية الخاصة.

وهنــا يأتــي دور الدولــة اتجاه الأفــراد، ســواء بتعويضهم أو حرصهــا على عدالة التعويــض، ورقابتهــا على الإجراءات القانونية التي يســتوجب علــى الجهة طالبة نزع الملكيــة اســتيفاءها مــن اجل ضمان الحفاظ على التوازن بــين حقوق الأفراد و مصالح المجتمــع، وأيضــاً أصحاب الأراضي المنزوعــة ملكيتهم لهم الحق في اللجوء إلى القضاء من أجل الطعن أو الاعتراض على القرار.

أولا: أهمية البحث

تكمن أهمية هذا البحث من ناحيتين نظرية وعملية، فمن الناحية النظرية تبرز أهمية هذا البحث من خلال تسليط الضوء على قرار الاستملاك الصادر لعام (2009) لبناء مدينة روابي وهي الحالة الدراســية. من حيث معرفة الإجراءات القانونية التي تتبع عند إصدار قرارات الاســتملاك ومدى مطابقة هذه القرارات لقانون الاســتملاك الساري في فلسطين وأحكامه، والذي من خلاله أيضاً سيتم معالجة الثغرات القانونية في هذا القانون، ومدى مطابقتها مع القانون الأساســي الذي ينص ويؤكد على أن الملكية الخاصة محمية قانونياً وأنّ المســاس بها عن طريق نزعها اسثناءً وتمارسه الإدارة ضمن ضوابط وقيود، وبالتالي سوف يتم استعراض النصوص القانونية والآراء الفقهية والأحكام القضائية ومقارنتها بالأنظمة القانونية المقارنة.

أما الأهمية العملية تكمن من خلال البحث في قانون الاستملاك الساري في فلسطين والقوانين التي تعالج ذلك الموضوع، وتطبيقه على حالة دراســية هي أقرب للواقع زمانا ومكاناً، مما يجعل البحث أكثر أهمية بمكان. بالإضافة إلى أهميته الاجتماعية المتمثلة بالفطرة التي جُبل عليها الإنسان ألا وهي حبّ التملك، لكن هذا الحق ليس مطلقاً؛ لأنه يمكن أن يصدر بشكلٍ مفاجئ قرار ينزع ملكية عقارتهم جبراً عنهم وبدون رضائهم، مما يجعلهم غير مقتنعين في أنّ قرار نزع الملكية هدفه تحقيق المنفعة العامة وأيضاً يشككون في عدالة التعويض، إلا أنه لا يمكن تجاهل أنّ نزع الملكية قد يكون بهدف تحقيق التنمية المستدامة في كافة نواحي الحياة إذا كانت الادارة ملتزمة بالإجراءات.

ثانياً: مشكلة البحث

مــا مــدى توافق النصوص القانونيــة الخاصة بنزع الملكية المطبقة في فلســطين مع الضمانات المكفولة بموجب القانون الاساســي الفلســطيني ومع المعايير التي جاءت بها القوانين المقارنة والتطبيقات القضائية، فقد تضمنت القوانين هذه القوانين أسس تقدير التعويض، وقد تضمنت أيضاً نصوص قانونية تنظم عملية نزع الملكية من ناحية إجرائية أكثــر دقــة من حيث المواعيد، بالاضافة إلــى فرض عملية المراقبة القضائية على جهة الإدارة نازعــة الملكيــة للمنفعــة العامة، ولما لذلك من أهمية في الحفاظ على حق الملكية من جهة، أو تحقيق مبدأ عدالة التعويض من جهة أخرى؟

ثالثا: أهداف البحث

يسعى هذا البحث إلى هدف رئيسي وهو معرفة مدى شمولية القوانين السارية في فلســطين بمــا يتعلق بقــرارات نزع الملكية، ومدى تطبيقها واقعياً من جانب المؤسســات المختصة في الدولة، ويتفرع عن هذا الهدف جملة اهداف فرعية وهي:

1. ماهية قرار نزع الملكية للمنفعة العامة وتمييزه عما يشابه من المفاهيم؛
2. بيان شروط واجراءات نزع ملكية الأراضي للمنفعة العامة؛
3. دراسة التعويض والرقابة القضائية عن قرار نزع الملكية.

رابعاً: تساؤلات البحث

يثير هذا البحث تســاؤل رئيســي يتمثل في ما مدى شــمولية القوانين السارية في فلســطين بمــا يتعلق بقرارات نزع الملكية؟ ومــا مدى تطبيقها واقعياً من جانب المؤسســات المختصــة في الدولــة، ويتفرع عن هذا التســاؤل مجموعة تســاؤلات نجملها فيما يلي:

1. مــا هــو نظام نــزع الملكية للمنفعــة العامة وما هي أوجه الشــبه والاختلاف مع المفاهيم المشابهة لها؟
2. ما هي الشروط والإجراءات الواجب توافرها في نزع ملكية الأراضي للمنفعة العامة؟
3. ما هو التنظيم القانوني للتعويض عن قرار نزع الملكية؟
4. ما مدى رقابة القضاء على قرار نزع الملكية ؟

خامساً: نطاق البحث

تعتمد هذه الدراسة في نطاقها الحديث عن قرار نزع الملكية باعتباره قرار إداري يصدر عن الســلطة المختصة -مجلس الوزراء-، وســيخصص الحديث أيضــا عــن رقابة القضاء العادي عن التعويض وأســس تقديره عــن نزع الملكية للمنفعــة العامة. وكذلك توضيح مدى مشــروعية وقانونيــة القرار الصادر بنزع الملكية لصالح انشــاء مدينة روابي وذلك من خلال دراســة الأسس والتشريعات القانونية المطبقة في فلسطين، فيما يتعلق بعملية الاستملاك ومقارنتها مع بعض الأنظمة القانونية المختلفة مثل: مصر، الأردن، والجزائر، وفرنســا، وغيرها من الدول العربية والأجنبية.

سادساً: الدراسات السابقة

تناول العديد من الباحثين نظام نزع الملكية للمنفعة العامة، ضمن دراساتهم في شــرح قانــون نــزع الملكية وتطرقوا مــن خلاله الى تعريف قــرار نزع الملكية وشــروطه والإجراءات الواجب أتباعها والتنظيم القانوني للتعويض عن صدور

قرار نزع الملكية والرقابة القضائية، ومن أبرز الدراســات الســابقة التي تناولت هذا الموضوع:

1. دراسة المحامي فايز جبر العناتي الذي عالج نظام نزع الملكية للمنفعة العامة، في كتابه من خلال» **شــرح قانون الاستملاك رقم 12 لسنة 1987 معلق عليه بإحكام محكمة التمييز**» (عمان : دار الثقافة للنشر، 2011)، والذي دفع الباحث لتلك الدراسة توسع وظائف الدولة عندما تقوم بإنشاء الطرق والمشاريع العامة وتعبيد الطرق والمباني العامة وغيرها من المرافق العامة؛ وانطلق من أن الملكية حق تحرص كافة القوانين على حماية وإحاطته بقواعد قانونية تكفل عدم الاعتداء، حيث قام الباحث بطرح التساؤلات التالية: ماهو تعريف الاستملاك وخصائصه وأطرافه؟ وماهي الإجراءات الواجب إتباعها في الاســتملاك من قبل المســتملك وصاحب العقار؟ ما هو التنظيم القانوني للتعويض وأسسه الاعتبارته وهل هو تعويض رضائي أم قضائي؟.

استخدم الباحث المنهج التحليلي، أي تحليل نصوص القانون الاستملاك الساري في الأردن؛ والمنهج الوصفي في عرض نصوص القانونية المعلق عليها بالقرارات محكمة التمييز؛ والمنهج المقارن الذي قام على مقارنة بين قانون الاســتملاك الســاري في الأردن رقم (12) لســنة (1987) وقانون الاســتملاك رقم (2) لســنة (1953) وهو الساري والمطبق في فلسطين.

قد قسم الباحث دراسته إلى تسعة فصول وفي الفصل الأول تحدث فيه عن تعريف الاســتملاك وخصائصــه وأطرافــه، وفي الفصــل الثاني عن الإجــراءات الواجب أتباعها في الاســتملاك من قبل المســتملك وصاحب العقار، وفي الفصل الثالث عن الاستملاك بموجب مخطط تنظيمي مصدق نهائي، وفي الفصل الرابع تناول تعويض في قانون الاستملاك رقم (12) لسنة (1987) وعن تعويض العادل عن الاستملاك وعن تعويض الرضائي حال اتفاق على مبلغ التعويض، وحال عدم اتفاق على مبلغ التعويض بين المستملك ومالك العقار وعن عدم مرجعه مالك العقار المستملك رغم دعوته للتفاوض على مبلغ التعويض، والفصل الخامس تحدث عن التعويض القضائي وفي الفصل السادس تناول الباحث اسس تقدير التعويض وكذلك في الفصل السابع

عــن تخلي عن الاســتملاك، اما الفصل الثامن تنــاول التعويض عن الاضرار جراء الاستملاك والفصل التاسع تناول الباحث فيه كيفية استرداد العقار المستملك .

وبالنتيجــة خلص الباحث بشــرح الإجــراءات القانونية المعينة الآمــرة التي لايجوز مخالفتها باي شكل إضافة إلى تعويض مالك العقار المستملك العادل الذي يساوي القيمة الحقيقية للعقار المراد اســتملاكه، ولكنّ الباحث قام بشــرح القانون شرحاً عاما، ولم يعالجه الباحث من ناحية رقابة القضاء على قرار الاســتملاك بشــقيه الإداري والعادي والذي سوف تتناوله الباحثة في دراستها بشكل مفصل.

2. **دراســة للباحثين محمد العبادي وأحمد أبو شــنب بعنوان «الرقابة القضائية على الاستملاك في القانون المدني دراسات العلوم الشريعة والقانون»**، المجلد35 العدد 22 (الاردن:2008) حيث تناولت هذه الدراسة حدود الرقابة القضائية على الاستملاك في شقيها الإداري والعادي، وطرحوا عدة تساؤلات وهي كيف تكون الرقابة القضاء الإداري على قرار الاســتملاك من حيث المحل والســبب والغاية وركن الشكل وركن الاختصاص؟ وكيف تكون رقابة القضاء العادي على تعويض العادل؟ وماهي إجراءات الدعوى المتبعة في الكشف والخبرة؟.

استخدم الباحثون المنهج التحليلي والوصفي من خلال تحليل ووصف النظام القانوني في الأردن من حيث وضع القضاء بشــقيه الإداري والمدني في تجســيد رقابته على القرار الاســتملاك، واســتخدموا المنهج المقارن من حيث مقارنة القضاء الادراي والمدني في كل من فلسطين مصر والأردن.

وقسم الباحثون في دراستهم إلى مبحثين: يتناول المبحث الأول يتعلق برقابة القضاء الإداري على قرار الاستملاك، وتناول خلال هذا المبحث عدة مطالب رقابة القضاء على ركن الاختصاص وركن الشكل والركن الغاية وركن المحل، أمّا المبحث الثاني تناول رقابة القضاء العادي على تحديد التعويض العادل، وتناول عدة مطالب ضمن هذا المبحث إجراءات الدعوى التعويض والأصول الإجراءات المتبعة في الكشف والخبرة.

خلصــت هــذه الدراســة إلى أنَ القضــاء الأردني ما يزال مقتصــرا في رقابته على مشــروعية قرار الاســتملاك علــى الرقابة التقليدية على قــرار الإداري، والتي لا

تمتـد الــى تقدير مدى الملائمة بين أسـباب اتخاذ القرار بالاسـتملاك وبين قرار الإدارة بهذا الاستملاك، وأيضا هذا القضاء لن يعمل موازنة بين منافعه وإضراره وهذا ما ستطرق إليه الباحثة في دراستها، حيث ما زال القضاء الأردني والقضاء الفلسطيني في التعامل مع القرار مثله مثل أي قرار إداري آخر وذلك دون مراعاة أن قرار الاستملاك هو قرار غير عادي، كونه يمس جانبا حساساً من النفس البشرية وهــو حــب التملك وهذا ما يوجب على على الإدارة مسـؤولية عبء إثبات سـلامة وصحة قرارها بالاستملاك وليس المالك المتروكة ملكيته.

وستقوم الباحثة بتناول كافة الجزيئات التي تطرقوا اليها الباحثين في هذه الدراسة إلا إن الباحثة ستطرق بالمنظور الإداري المطبق في فلسطين، بشكل موسع على كافة البنود المطروحة.

3. **دراســة الدكتــور محمد شــريف عبد الرحمــن في كتابه بعنــوان حق الملكية** (المنصــورة: دار الفكــر والقانــون ،2008)، اثأر الكاتب في دراســته عن ماهية القيــود الثلاثة التي تقوم بحرمــان المالك من ملكه، بدون رضاه ومن هنا طرح الباحــث عدة تســاؤلات مــا دور القضاة الإداري والقضــاء العادي؟ وما وضع السـلطة التشــريعية في تنظيم الإجراءات وتقدير المنفعة العامة ونزع الملكية؟، وماهي الضمانات التعويض؟

واســتخدم الباحــث المنهــج التحليلي لنصوص قانون نزع الملكيــة للمنفعة العامة في مصــر، والمنهج الوصفــي من خلال وصف أراء الفقهاء وعــرض لنصوص القانون، وأيضا استخدم الباحث المنهج المقارن من خلال مقارنة النصوص القانونية المتعلقة بنزع الملكية مع أحكام الشريعة الإسلامية.

وحيث تم تقسم دراسته إلى أبواب متحدث في جزئية في الباب الأول متناول المبحث الثالــث في أحكام نزع الملكية العامــة للمنفعة العامة، من حيث القيود ودور القضاء الإداري و العادي ووضع السلطة التشريعية وضمانات التعويض وأسسه.

وخلــص الباحث في دراســته إلــى أن القيود وهي لا يجــوز أن تحرم أحد ملكه إلا في الأحوال التي قررها القانون، وبالطريقة التي رســمها ويكون

في ذلــك مقابــل التعويض العادل، وأيضا أن يكـون في منفعة عامة ووضع القضاء الإداري يختص بالفعل في الطعن في القرار الإداري بإزالة التعدي لا يقضي في المنازعة القائمة بين الطرفين المتنازعين بشأن الملكية، وهنا اختصــاص القضــاء العادي الذي يملك وحده الحكـم في موضوع الملكية، وأيضا توصل الباحث إلى الســلطة التشــريعية هي التــي تنظم إجراءات تقدير المنفعة العامة، ونزع الملكية وتقدير أسس التعويض وضماناته، أي لم يقيد الدســتور الســلطة التشــريعية في النص إلا شرطين وهما المنفعة العامة والتعويض العادل، إن هذه العبارة لا تعني بالضرورة تخصيص العقار المنزوعة ملكيته لخدمة مرفق العام أو المشروع عام يفيد جميع المواطنين بطريق مباشر أو غير مباشر وإنما يكتفي لتحقيق المنفعة العامة، إن يكن نزع الملكية قد تتم لضرورة عامة أو لصالح عام يعلو على المصالح الخاصة للإفراد، وكذلك توصل الباحث في دراســته إلى تعويض محاط بضمانات قضائية وسلطة الإدارة ليس مطلقة أي مسؤولية قضائية عند التقصير، وفي إطار عرضه لمسؤولية الإدارة عند التقصير وضح بان القضاء الإداري هو قضاء إلغاء وتعويض في مصر.

حيــثُ اقتصــر الباحث في دراســته علــى هذه الجزئيــة دون غيرها، في حين تشتمل دراستنا على طبيعة عمل اللجنة ومن ماذا تتكون وما أسسها والتنظيم القانوني لها.

4. **دراســة الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري في كتابه الوسيط في شرح قانون المدنــي الجديد في حق الملكية**،(بيروت: منشــورات الحلبي الحقوقية،1998)، بانّ ملكية الشي وهو حق الاستئثار باستغلاله واستعماله والتصرف على وجه الدوام، كما أشار إلى أنه في أولوية المصلحة العامة وتقدمها في حال تعارضها مع الملكية.

أي أن هــذا الحــق لــه حصانة تدرأ عنه الاعتداء وخصوصــا الاعتداء الذي يصدر مــن جهــة الإدارة، وحتى يتم توفير هذه الحصانة طرح الباحث عدة تســاؤلات، ما

هى الضمانات بما تشــمل فيه الشــروط والإجراءات وكيفية التعويض، مستخدما الباحــث المنهج التحليلي من حيث التحليل الضمانات والإجراءات الواجب أتباعها، وحيــث قســم الباحث كتابه إلى أبواب وخصص بــاب في تناوله عن موضوع الملكية بشــكل عــام، تلي ذلك خصص نزع الملكية للمنفعــة العامة من حيث تناول المباحث حول الضمانات الثلاثة.

وتوصل الباحث إلى هذه الضمانات المتمثلة بعدم جواز نزع ملكية الخاصة إلا في الأحوال يقررها قانون نزع الملكية، والضمان الثاني يعالج الإجراءات التي رسمها القانون بنزع الملكية، وضمان الثالث وهو تعويض المالك منزوع ملكيته تعويضــا عــادلاً، أي لا يكفي أن يصدر بجواز نزع ملكية الملك قرار مهما علت مرتبته بل لا بد من تدخل المشرع نفسه، بالإضافة إلى الإدارة التابعة للحكومة تقوم بتحقيق المنفعة العامة فقط بشــأن تنظيم، كإنشــاء المشــاريع او توســيع وإنشاء الطرق.

وخلص الباحث على إن لا تكون سلطة الإدارة التابعة لا تكون مطلقة بل ضمن قيود وطرح موضوع التعويض بشكل عام، ولم يعالج الباحث في الباحث في حالة إذا تم نزع الملكية من قبل شركات خاصة دون الإشارة إلى رقابة القضاء بشقيه على قرار الاستملاك وهذا ما ستعالجه الباحثة في دراستها.

سابعاً: منهجية البحث

لتحقيــق الأهــداف المرجوّة من هذا البحث، وجد من المناســب إتباع المنهج الوصفي التحليلي القائم على عرض نصوص قانون الاستملاك رقم (2) لسنة (1953)، من أجل توضح إجراءات وشروط نزع الملكية ومدى التزام الجهة طالبة نزع الملكية بتطبيق أحكام القانــون، وبالأخــص من خلال وصف قــرار نزع ملكية الاراضي لأنشــاء مدينة روابي وحالتها القانونية وتحليلها بالاستقراء والاستنباط، كما سيتم اتباع المنهج الاستقصائي لتقصــي الواقــع التطبيقي للمدينة، وحال الأهالي بعد تنفيذ قــرار نزع الملكية للمنفعة العامة، من خلال المقابلات وكذلك ســيتبع المنهج المقارن للمقارنة مع نصوص القانون والفقه والقضاء في الدول المقارنة.

ثامناً: تقسيم البحث

للوصول الى الأهداف المرجوة من هذا البحث قامت الباحثة بتقسيمه على النحو التالي:

- **المطلب تمهيدي: ماهية نزع الملكية للمنفعة العامة وتمييزه عن المفاهيم المشابهة.**
- **المبحث الأول: الطبيعة القانونية لنظام نزع الملكية للمنفعة العامة.**
- **المطلب الأول: شروط نزع الملكية للمنفعة العامة.**
- **المطلب الثاني: إجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة.**
- **المبحث الثاني: التنظيم القانوني للتعويض والرقابة القضائية على قرار نزع الملكية.**
- **المطلب الأول: التنظيم القانوني للتعويض عند صدور قرار نزع الملكية للمنفعة العامة.**
- **المطلب الثاني: الرقابة القضائية على قرار نزع الملكية للمنفعة العامة.**

مطلب تمهيدي

ماهية نزع الملكية للمنفعة العامة

تمهيد وتقسيم:

يطلــق علــى الامتياز المقــرر للإدارة العامة في اللغة القانونيــة إصطلاح نزع الملكية للمنفعة العامة كما هو الحال في النظام القانوني المصري والجزائري، بينما هناك بعض التشــريعات العربية أطلقت عليه لفظ الاستملاك، مثل التشريعات السورية والعراقية واللبنانيــة والأردنية وكذلك القانون المطبق في فلســطين[2]، كمــا أن مفهوم نزع الملكية أو ما يطلق عليه بالاستملاك يتشابه مع عدّة مفاهيم، كالاستيلاء والمصادرة والتأميم والغصــب. وبنــاءً عليه ســيتم توضيح مفهوم بنزع الملكية في الفــرع الأول، بينما تتناول الباحثــة في الفــرع الثانــي تمييز نظام نزع الملكية عن غيره من المفاهيم المشــابهة، أما الفرع الثالث ســيتم الحديث من خلاله عن ماهية قرار نزع ملكية ارض لأنشــاء مدينة روابي» وهي الحالة الدراسية.

الفرع الأول

مفهوم نزع الملكية للمنفعة العامة

نزع الملكية لغةً هو: نزع الشيء ينزعه نزعاً، ويعني تحويل الشيء عن موضعه، ويعنى سلب ملك مملوك لشخص، أي نزعه منه[3]. بينما عرف قانوناً نزع الملكية للمنفعة العامة بأنه إجراء تتخذه الإدارة من شــأنه حرمان شــخص من ملكه العقاري جبراً عنه بهدف تخصيــص العقــار للمنفعة العامــة مقابل تعويض عادل عما ينالــه من ضرر[4]. وكذلك

2 قانون استملاك الأراضي للمشاريع العامة رقم (2) لسنة(1953)، المنشور في الجريدة الرسمية الاردنية، بتاريخ 1953/1/1، العدد 1130، ص433.

3 **مشار إليه:** أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظورالافريقي المصري، **لسان العرب**، بيروت: دار صادر 1970، ص349.

4 مجمع اللغة العربية، **معجم القانون**(القاهرة: الهيئة العامة لشؤون الأميرية ،1999)، ص149؛**للمزيد انظر:** حكم محكمة العدل العليا رام الله رقم (170) لسنة (2011) منشورات مجلة نقابة المحامين النظاميين الفلسطينين، العدد الاول، بتاريخ 2011/11/16، ص117.

عرفــه فقهــاء القانون على أنه: امتياز من امتيازات الســلطة العامة تجبر به الدولة أياً كان علــى التنــازل لها عن ملكيتــه العقارية بهدف تحقيق منفعــة عامة ومقابل تعويض عادل ومنصف[5]. ويعرف أيضاً بأنه: قيام الإدارة باتخاذ إجراءات نقل الأموال المملوكة جبراً أو طواعية طبقاً لقانون نزع الملكية أو بناءً على قانون أخر إلى شخص عام بقصد المنفعة العامة ونظير تعويض[6].

ويعــرف الفقيــه الكندي بيتر «نزع الملكية» بأنه: حق الحكومــة أو إحدى وكالاتها باتخاذ الممتلكات العقارية (الأرض) من أيدي القطاع الخاص وفقاً للقانون من أجل الاستخدام العام أو المنفعة العامة، أما في الولايات المتحدة الامريكية فيسمى هذا المفهوم» الشراء الإجباري»[7].

في حين المشــرع الأردني عرف الاســتملاك بأنه: نزع ملكية عقار عن مالكه أو حق التصــرف أو الانتفــاع بــه أو الارتفاق عليــه[8]، وكذلك تناول المشــرع الجزائري تعريف نــزع الملكيــة في القانون رقم (11) لســنة (1991) وفقاً لنص المادة (2) منه بأنه: «طريقة اســتثنائية لاكتســاب أملاك أو حقوق عقارية، ولا يتم إلا اذا أدى انتهاج كل الوســائل الاخرى إلى نتيجة سلبية»[9].

ونســتنتج من تلك التعريفات أنّ المعنى القانوني والفقهي لنزع الملكية لا يختلف عن المعنى اللغوي فكلاهما يقصدان أن نزع الملكية للمنفعة العامة: هي الإمكانية القانونية التي تتبعها «الإدارة» الجهة المختصة وفق الإجراءات التي حددها القانون؛ على أن تدفع مقابل للمنزوع ملكيته تعويضاً عادلاً ومنصفاً، ومالك العقار قد لا يكون على اســتعداد للبيــع وإنمــا مجبراً، وبالتالي أحكام عقد البيــع المتضمنة في قانون الالتزامات والعقود

5 ماجد راغب الحلو، **القانون الإداري** (الازريطة، دار الجامعة الجديدة، 2008)، ص537.

6 وجدي شفيق فرج، **المفيد في نزع الملكية للمنفعة العامة** (القاهرة: بونتيد لإصدارات القانونية، 2011/2010)، ص33.

7 **Peter Bowal and Rohan Somers, Expropriating Land: A Balancing Act, July 1, 2013 http://www.lawnow.org/expropriating-land/#sthash.3wTPOdHO.dpuf, MAY 20,2014**

8 المادة (2) من قانون الاستملاك الأردني رقم (12) لسنة 1987، منشورات الجريدة الرسمية، العدد 3468، الصفحة 655، بتاريخ 1987/4/1.

9 وناس عقيلة، نظام القانوني للنزع الملكية للمنفعة العامة، رسالة قدمت للنيل درجة الماجستير، جامعة الحاج خضر، باتنة، رسالة غير منشورة، 2006 .ص5.

تستبعد، أي يصدر القرار بشكل انفرادي[10].

وتبنت معظم الأنظمة القانونية منذ القدم نظام نزع الملكية للمنفعة العامة، على أن يتم وفقاً لضوابط معينة وبصفة استثنائية، فقد أجازت الشريعة الإسلامية نزع الملكية الخاصــة للمنفعــة العامة بشــرط التعويض العــادل والفوري مقدماً عــن فقدان المالك لملكــه، وتحــت قاعدة يتحمــل الضرر الخاص لأجل رفع الضرر العــام[11]، وذلك لما روي عــن الصحابــة رضي الله تعالى عنهم لما ضاق المســجد الحرام أخذوا أرضين بكره من أصحابها بالقيمة لتوســيعة هذا المســجد وكان بفعل عثمان بن عفان رضي الله تعالى عنه وأيضاً في توسيعه لمسجد رسول الله عليه صلاة والسلام[12]، [13].

وحيــث نظمــت مصر موضوع نزع الملكيــة الخاصة للمنفعة العامــة في القانون رقم (577) لسنة (1954) في وقت كان النظام السائد هو نظام المركزية الإدارية، وكانت فيه المرافق العامة هي عبارة عن مصالح عامة تتبع وزرات الحكومة[14]؛ إلى أن بدأ بالإخذ

10 **جود عصام الاتيرة**، نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة في التشريع الفلسطيني: دراسة مقارنة، رسالة قدمت لنيل درجة الماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، رسالة غير منشورة، ص7، **للمزيد انظر**: http://www.ecb.gov.bc. ca/ «**Your Rights Under Expropriation** rights.htm., may 4,2014

11 فريد عقل،**المنفعة العامة في قرارات نزع الملكية والاستملاك** (رام الله :السلطة القضائية)، ص2، تاريخ الزيارة في2014/4/19 ، منشور على http://www.carjj.org/sites/default/files/%25D9%2588 ، **للمزيد انظر**:عبد العزيز محمد العبد المنعم، **مشروعية استملاك العقار للمنفعة العامة**، مجلة البحوث الإسلامية، العدد السابع (المملكة العربية السعودية، 1403ه)، ص265.

12 وزراة الاوقاف والشئون الاسلامية ، **الموسوعة الفقهية** (الكويت، ج39 ،2000)، ص45.

13 **للمزيد عن الانظمة القانونية التي تناولت نزع الملكية للمنفعة العامة انظر**: دستور دولة اليابان لسنة (1974)، بتاريخ 1974/5/3الفقرة (29) من الفصل (3) «حق امتلاك الملكية والاحتفاظ به مصان ولاتنزع الا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل»، و القانون الاساسي لجمهورية المانيا الاتحادية لسنة (2002) فيالمادة (15)» يجوز اللجوء الى الاستملاك الاراضي والعقارات، الثروات الطبيعية ومدخلات الانتاج.... بهدف تحويل ملكيتها الى ملكية اجتماعية اشتراكية للعامة، ودستور جنوب افريقيا رقم (108) لسنة(1996).

14 وجدي شفيق فرج، **مرجع سابق**، ص11؛ **للمزيد انظر**: **يعرف المرفق العام(public service)** هو كل نشاط تضطلع به الادارة بنفسها أو بواسطة أفراد عاديين تحت إشرافها وتوجيهها بقصد إشباع حاجة عامة، والادارة تشارك القطاع الخاص في انشاء وإدارة وتشغيل المرفق العام ويكون تحت أشراف رجال الحكومة بقصد أداء خدمة عامة للجمهور، مع خضوعه لنظام قانوني معين، **مشار اليه** : سامي الطوخي، **لوائح تنظيم وحوكمة المرافق العامة**، ص1، منشورة على موقع الكتروني، تاريخ زيارة 2014/6/4 http://kenanaonline.com/users/toukhy/posts.

بنظــام اللامركزيــة الإدارية المتمثلة في نظام الحكم المحلــي[15]، وأصبح هناك تطور في كافة المجالات، فتم تعديل القانون والذي حل محله القانون رقم(252) لســنة (1960)، والقانون المطبق اليوم رقم (10) لسنة (1990)[16].

وأجــازت الأردن نــزع الملكية الفردية ضمن ضوابط وإجــراءات قانونية آمرة، حيث أصدر المشرع الأردني خمسة قوانين لتنظيم الاستملاك، وهي: قانون الاستملاك لعام (1933)، والقانون رقم (2) لسنة (1953)، وقانون رقم(2) لسنة (1976)، ومن ثم قانون رقم (6) لسنة (1980)، والقانون الحالي رقم (12) لسنة (1987)[17]. وفي دولة الإمارات تم تنظيم نزع الملكية في قانون المعاملات المدنية رقم (5) لسنة(1985) وكذلك في المادة(21) من دســتورها لســنة (1971) حيث أوجبت هذه المادة عند نزع ملكية المواطنين للمنفعة العامة تعويضهم تعويضاً عادلاً[18].

أما في فلسطين فقد تم تطبيق قانون الاستملاك العثماني الصادر في (7) ربيع الأول ســنة (1332هـ)[19]، ثم طبق قانون الاســتملاك الأردني رقم (2) لســنة (1953)، ومازال القانون المطبق حتى الآن بدون مواكبة أي تطور سيراً على نهج الدول الأخرى.

ولم يعرف القانون المطبق في فلســطين مصطلح نزع الملكية[20]، واســتخدم اصطلاح

15 **تعرف اللامركزية الإدارية**» توزيع الاختصاصات الادارية بين الحكومة المركزية في العاصمة وبين هيئات محلية أو مصلحية مستقلة ، بحيث تعمل هذه الهيئات في ممارستها لوظيفتها الادارية تحت إشراف ورقابة الحكومة المركزية، **مشار اليه: مجمع اللغة العربية، مرجع سابق**، ص474.

16 عمرو عيسى الفقي، **الموسوعة القانونية في المسئولية المدنية دعوى التعويض** (المحلة الكبرى:دار الكتب القانونية،2002)،ص383.

17 نواف كنعان، **قرارات الاستملاك في التشريع والقضاء الاردني**، مجلة ابحاث اليرموك، العدد الرابع، المجلد التاسع (الاردن، 1993)،ص183.

18 قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات (1985/5) أبوظبي: منشورات دائر القضاء، ط2010،1، ص265 «لا ينزع ملك احد بلا سبب شرعي؛ وان يكون نزع الملكية للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل وطبقا لاحكام القانون».دستور دولة الامارات العربية لسنة (1971)، ابوظبي: منشورات دائرة القضاء،ط2011،2، ص19.

19 قانون الاستملاك العثماني لسنة (1332)، منشورات مجموعة عارف رمضان (الحكم العثماني)، العدد(0)، بدون تاريخ، ص256.

20 قانون استملاك الأراضي للمشاريع العامة رقم (2) لسنة (1953)، المنشور في الجريدة الرسمية الاردنية، بتاريخ 1953/1/1، العدد 1130، ص433.

الاستملاك[21]. وترى الباحثة أن مصطلح نزع الملكية للمنفعة العامة هو الأجدر بالتبني في نصوص التشــريعات؛ حيث إن مصطلح نزع الملكية الفردية للمنفعة العامة يدل على المحل والغاية بينما مصطلح الاستملاك يدل على الأثر ونتيجته[22]؛ ولكن الافضل اعتماد تعبير نزع الملكية لأنه اقرب إلى المقصود من هذا الإجراء، لما يحتويه من عنصر إجبار المالك على التخلي عن ملكه الخاص؛ بهدف تحقيق المنفعة العامة.

الفرع الثاني

نظام نزع الملكية للمنفعة العامة والمفاهيم المشابهة

بعــد تعريــف نزع الملكية للمنفعة العامة (الاســتملاك)، يجــب تمييز بينه وبين غيره من الصور التي تتضمن اعتداء على الملكية العقارية مثل الاســتيلاء والمصادرة التأميم والغصب التي قد تكون متشــابهة مع نزع الملكية للمنفعة العامة من ناحية الشــكل ولكن مختلفة من حيث المحل والهدف .

أولاً: نزع الملكية والاستيلاء المؤقت

يقصد بالاستيلاء المؤقت (accupation temporaire) منح الإدارة الحق في حيازة عقار خاص الأفراد، ســواء كانوا أشــخاصا طبيعية أواعتبارية، بالقوة الجبرية بصفة مؤقتة، بهدف استعمال أو تقديم الخدمات أو استغلال الأموال العقارية والمنقولة للإدارة[23]، في الحالات المحددة في القانون، ومقابل تعويض عن مدة الاستيلاء[24]، وكذلك يعرف قانوناً

21 **ويعرف مصطلح استملاك لغة:** من استملك نزع ملكية حرم مالكاً من ملكه ووضع اليد عليها لصالح العام، استملك ارضاً لصالح العام **مشار اليه:** رياض الصلح، المنجد في اللغة العربية المعاصرة، **ط2**، بيروت : دار المشرق ،2001، ص1358

22 علي خطار الشطناوي، **عدم كفاية رقابة مشروعية قرارات الاستملاك في الأردن**، جرش للبحوث والدراسات، المجلد4، العدد1(الجامعة الأردنية:1999)، ص40.

23 علي الخفيف، **الملكية في الشريعة الإسلامية** (بيروت:دار النهضة العربية،1990) ص33،34» **الاستعمال** يراد به هو الإفادة من الشي مباشرة دون وساطة احد بما يتفق مع طبيعة الشيء، كأن يستعمل السيارة بالركوب، والدار بأن يسكنها ، أما **الاستغلال** هو الإفادة من الشيء بالحصول على نتاجه وثماره كحصوله على نتاج الماشية.

24 ماجد راغب الحلو، **القانون الإداري مرجع سابق**، ص459.

على انه حق السلطة العامة في حيازة العقارات الخاصة بالأفراد جبراً لمدة موقوتة [25]

رغم أوجه الشبه بين نزع الملكية والاستيلاء المؤقت باعتبارهما امتيازين مهمين من امتيازات القانون العام الذي تمارسها الإدارة للتحقيق المنفعة العامة، لقاء تعويض يحدده القضاء المختص إذا لم يتمكن الطرفان من تحديده ودياً[26].

ولكــن هناك العديد من أوجه الاختــلاف التي تفرق بينهما؛ فالاختلاف الأول من حيث المحل فيتسم محل الاستيلاء المؤقت بالتعدد والتنوع، إذ يمكن الاستيلاء على خدمات يقدمها أشــخاص معينون أو استعمال ملكية فردية أو أموال منقولة أو مبان أو حتى الاســتيلاء على مؤسســة أو شركة خاصة بكافة ممتلكاتها المادية مــن المبانــي وأدوات وآلالات، بينمــا ينصــب نــزع الملكية على العقــارات بالمعنى الواســع، وكذلك يختلف الاســتيلاء المؤقت عن نزع الملكية في الطبيعة، فلا يمكن اســتخدام الاســتيلاء المؤقت إلا في حالات محددة، والمشــرع المصري قام بتحديد حالات معينة يجوز من خلالها الاستيلاء على العقار لمدة محددة، تتمثل في حالة الضرورة، أو الطوارئ مثلا بحالة حصول غرق أو قطع جســر أو تفشــي وباء[27]، كذلك الاستيلاء المؤقت يكون من أجل دفع خطر جسيم، بينما نزع الملكية فيهدف البقاء على العقار المستولى عليه.

والاســتيلاء المؤقت لا يحتاج إلى إجراءات معقدة، بل يتم على وجه الســرعة بمجرد انتهاء مندوب الجهة المختصة من إثبات صفة العقارات ومساحتها وحالتها، ففي حالة الطوارئ المســتعجلة مثلاً، فأن الوزير المختص هو الذي يأمر بالاســتيلاء المؤقت وبدون الرجوع على رئيس الجمهورية[28].

25 مجمع اللغة العربية، **مرجع سابق**، ص 49 ،ص457.

26 أسامة عثمان،**أحكام التصرف في أملاك الدولة العامة والخاصة غي ضوء الفقه والقضاء**(الإسكندرية: منشاة المعارف ،1978)،ص32.

27 ماجد راغب الحلو، **القانون الإداري مرجع سابق** ،ص549-550؛ **للمزيد انظر**: محمد شريف عبد الرحمن أحمد عبد الرحمن، **حق الملكية** (المنصورة: دار الفكر والقانون،2008)،ص180.

28 عبدالغني البسيوني عبدالله، **النظرية العامة في القانون الإداري دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في مصر**(الإسكندرية:منشأة المعارف، لسنة 2003)، ص34.

ويكون الاســتيلاء لفترة محددة من الزمن قد تكون إما بانتهاء الغرض المســتولي عليــه من أجله، أو بثلاث ســنوات من تاريخ الاســتيلاء الفعلــي، وهذا ما نص عليه القانــون المصــري، مع وجوب أعــادة العقار في نهاية المدة بالحالــة التي كانت عليها وقت الاستيلاء، مع تعويض عن كل تلف أو نقص في قيمته، وفي حال احتاجت حالة الضرورة إلى تمديد مدة ثلاثة سنوات ويكون بناءاً على اتفاق مع مالك الأرض لكن في حــال لــم يتم الوصول الى اتفاق يتم القيــام بإجراءات نزع الملكية قبل انتهاء مدة ثلاث سنوات[29].

وردت كلمة الاستيلاء في القانون الأساسي[30]، لكنها لم ترد في القانون المطبق في فلســطين، فقد لم يذكر كلمة اســتيلاء المؤقت أنما أســتبدلها بالاســتملاك المؤقت ولم ينص القانون على مدة محددة للاســتيلاء، بل جعلها متروكة لتقدير الإدارة وهي أن تقرر نزع ملكية الأرض بشكل مؤقت والمقصودهناأن الأرض تبقى مسجلة باسم مالكها، ويكون للدولة حق استعمال الأرض واستغلالها لفترة محددة مــن الزمــن، دون أن يكون الحق في بيعها، إي أن مصطلح التصرف لا يمكن قيام المنشــئ ببيع الأرض المســتملكة[31]، ولم ينص على حالات محددة للاستيلاء كما فعل المشرع المصري.

ثانياً: نزع الملكية والمصادرة

تعتبــر المصــادرة عقوبة مالية وليســت نظام. وتعرف بأنها: نــزع ملكية المال أو

29 المادة (17) من قانون نزع الملكية من أجل المنفعة العامة المصري رقم(10) لسنة 1990، **لمزيد انظر**: وجدي شفيق فرج، **مرجع سابق**، ص153–152؛ **للمزيد انظر**: حكم محكمة النقض المصري المدني رقم (1400) لسنة (70) في الجلسة 2001/1/25 منشورات البوابة القانونية لمحكمة النقض.

30 القانون الأساسي المعدل لسنة (2003)، نصت المادة (21) المنشور في الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 2003/3/19، عددصفر ،ص5 :»الملكية الخاصة مصونة ، ولا تنزع الملكية ولا يتم الاستيلاء على العقارات او المنقولات .....».

31 المادة(1/4) **من قانون الاستملاك رقم** (2) **لسنة**(1953) » يحق لمجلس الوزراء بعد التثبت من اقتدار المنشئ المالي واقتناعه بأن مشروعه للمنفعة العامة حسب أحكام هذا القانون ان يقرر: استملاك الأرض استملاكاً مطلقا أو استملاك التصرف بتلك الأرض واستعمالها لفترة محدودة من الزمن استملاك أي حق من حقوق الارتفاق في تلك الأرض أو عليها أو أي من إي من الحقوق الأخرى فيها أو عليها ، فرض أي حق من الحقوق الارتفاق على تلك الأرض أو إي قيد من القيود على ممارسة إي حق من الحقوق المتفرعة عن ملكيتها".

العقــار جبــراً بغير عوض وإضافته إلى ملكية الدولة جزاءً عن جرم[32]، وبمقتضى المادة (4/21) من القانون الأساســي الفلســطيني المعدل لسنة (2005) لا مصادرة إلا بحكم قضائي[33].

فالمصــادرة لا تقــع بقوة القانون وإنما بصدور حكم بها من الجهة القضائية المختصة [34]، فنزع الملكية ينصب على العقارات سواء أكانت ملكية فردية أم شائعة، أما المصادرة فإنها لا تقع ألا على الأموال المحكوم عليه ســواء عقارية أو منقولات، ونزع الملكية يكون مقابــل التعويــض أما المصادرة لا يحتاج إلى تعويض، ويشــترط حتــى يتم نزع الملكية أن يكــون في هنــاك منفعة عامة، لكت المصادرة فقط في الحالات التي حددها القانون وفقاً لنص المادة (30) من قانون العقوبات الاردني المطبق في فلسطين رقم (16) لسنة (1960): «يجــوز مصادرة جميع الأشــياء التــي حصلت نتيجة لجناية أو جنحــة مقصودة أو التي اســتعملت في ارتكابها أو كانت معدة لاقترافها أما الجنحة غير المقصودة والمخالفة فلا يجوز المصادرة إلا إذا ورد نص في القانون»[35].

ثالثا: نزع الملكية والتأميم

يقصــد بالتأميــم: هــو عمل يتم بدافع مــن المصالح العامة العليا، للإقامة منشــآت اقتصادية مملوكة للدولة للتحقيق المصلحة العامة، ويعرف انتقال وسائل الإنتاج الصناعية والتجارية والاقتصادية من ملكية الأفراد أشخاصا طبيعية أو معنوية إلى الدولة بشكل

32 محمد علي سالم الحلبي،**شرح قانون العقوبات** (عمان،دار الثقافة،1997)،ص509؛ **للمزيد انظر:** محمود نجيب حسني، **شرح قانون العقوبات القسم العام** (القاهرة: دار النهضة العربية ،2012)، ص892؛ للمزيد انظر: حكم محكمة النقض المصرية الجزائي رقم(1151) لسنة (78)، في الجلسة 10/10/2013 منشورات البوابة القانونية لمحكمة النقض» أن المصادرة في حكم المادة 30 من قانون العقوبات إجراء الغرض منه تمليك الدولة أشياء مضبوطة ذات صلة بالجريمة جبراً عن صاحبها وبغير مقابل ... وهى عقوبة اختيارية تكميلية في الجنايات والجنح إلا إذا نص القانون على غير ذلك ، وقد تكون المصادرة وجوبية يقتضيها النظام العام.

33 حكم محكمة النقض المصرية رقم (13415)،لسنة(78) منشورات البوابة القانونية لمحكمة النقض، تاريخ الجلسة 2011/5/9.

34 وجدي شفيق فرج، **مرجع سابق**، ص34.

35 قانون العقوبات الاردني المطبق في فلسطين،منشور في الجريدة الرسمية الأردنية، في تاريخ 1966/1/1، عدد 1895، ص11.

جبري مقابل تعويض[36].

ونجد أن التأميم يتم بصور مختلفة منها أما أن يكون نقل الملكية المشروع إلى الدولة مــع احتفاظــه بكيانــه، فيقتصر نقل الملكية هنا على نقل ملكية الأســهم كلها أو بعضها فتنتفــع بهــا الدولة ويحتفــظ التأميم بنظامه القانوني، مثال ذلــك تأميم البنك الأهلي المصري بالقانون رقم (40) لسنة (1960) وقد يكون من خلال نقل ملكية المشروع بطريق الاندماج أو التصفية، فتنشــأ بالتالي شــخص معنوي من أشــخاص القانون العام تملك الدولة كل أسهمه كتأميم تجارة وتوزيع الأدوية، والصورة الأخيرة قد تكون بسحب الالتزام مثل تأميم الشركة العالمية لقناة السويس البحرية بالقانون رقم (285) لسنة(1956)[37].

ونجــد أن التأميــم يشــترك مع نزع الملكيــة بأنهما يقرران جبراً عــن المالك ومقابل تعويض[38]، إلا يختلف التأميم عن نزع الملكية من حيث البواعث والأهداف التي اقتضت وجــود كل منهمــا، فنزع الملكية يتوخى تحقيق هــدف المنفعة العامة محدد وقد يكون له مظهر اجتماعي أو اقتصادي، إما الهدف من التأميم فهو تخليص أدوات وسائل الإنتاج من مجال الملكية الفردية ونقلها إلى ملكية الدولة بغرض ضمان استخدامها في المصلحة العامة الجماعية، وقد تكون جوانب سياسية أو فكرية دفعتها إلى ذلك[39].

كذلــك موضــوع نزع الملكية يرد عادة على حــق الملكية موضوعة عقار معين بالذات، أمــا التأميم فيرد على المشــروعات الاقتصاديــة بأكملها بجميــع عناصرها ومكوناتها بحيث يشــمل كيان المشــروع ونشاطه وأمواله المادية بقصد استخدامه لصالح الجماعة

36 محمود عبد الجواد محمد، **ملكية الأراضي في الإسلام تحديد الملكية والتأميم** (الإسكندرية،منشأة المعارف، 1972) ، ص233، **للمزيد انظر:** حكم محكمة النقض المصرية رقم(2300)، لسنة(65) القضائية، منشورات بوابة القانونية لمحكمة النقض،2006/5/16،ص640 «أن التأميم ينقل ملكية المشروع الخاص كله أو بعضه إلى الملكية الجماعية ممثلة في الدولة» .

37 أسامة عثمان، **مرجع سابق**،ص39-40.

38 حكم محكمة النقض المصري المدني رقم(3467) لسنة(81)، في الجلسة 2012/3/25،منشورات البوابة القانونية لمحكمة النقض» أن تقييم أسهم الشركات ورؤوس أموال المنشآت المؤممة يقصد به تقدير قيمتها وقت التأميم توصلاً لتحديد التعويض الذى يستحقه أصحابها مقابل نقل ملكيتها إلى الدولة».

39 اسامة عثمان، **مرجع السابق**، ص40.

بأسرها، فهو لا يرد على مال معين بالذات[40]، أما من ناحية الإجراءات في نزع الملكية للمنفعة العامة يجب أن يتم وفق إجراءات قانونية محددة ويكون بقرار صادر عن السلطة التنفيذية، أما بالنسبة للتأميم فلا يكون إلا بقانون صادر من السلطة التشريعية بالتالي يتم على أساس دستوري فلا يجوز الطعن فيه بأي طريق[41].

أما فيما يتعلق القانون الأساسي الفلسطيني فلم ينص إلى تأميم مباشرة، وإنما نص على اعتبار أن النظام الاقتصادي قائم على أساس مبادئ الاقتصاد الحر[42]، من خلال أجاز السـلطات الإدارية إنشـاء شـركات عامة، كذلك نص المادة (7) من قانون تشجيع الاسـتثمار»على عدم إجازة تأميم المشـروعات أو مصادرتها وعدم إجازة الحجز على أموالها أو الاستيلاء عليها، أو تجميدها أو التحفظ عليها إلا عن طريق القضاء[43].

رابعاً: نزع الملكية والغصب

يقصد بالغصب أن تستولي الإدارة وأخذ المال الأشخاص وضبطه بدون أذنه ولو كان مؤقتاً في غير الأحوال التي يجيز فيها القانون وبدون إتباع الإجراءات القانونية[44]،

40 حكم محكمة النقض المصري المدني رقم(2836) لسنة (61)، في الجلسة 2006/1/28، منشورات البوابة القانونية لمحكمة النقض» أن التأميم ينقل ملكية المشروع المؤمم إلى الدولة، ويقتصر على الحقوق والأموال المملوكة للمشروع وقت التأميم، ولا أثر له على عقود الإيجار المبرمة قبل التأميم» **للمزيد انظر:** حكم محكمة النقض المصري المدني رقم(1678) لسنة (53)، في الجلسة 13/5/1985، منشورات البوابة القانونية لمحكمة النقض» أن التأميم يرد على رأس مال المنشأة المؤممة دون الأرباح التى حققتها قبل التأميم".

41 أسامة عثمان، **مرجع السابق**، ص40؛ **للمزيد انظر:** حكم محكمة النقض المصري المدني رقم(2300) لسنة(65)، في الجلسة 2006/5/16، منشورات البوابة القانونية لمحكمة النقض» إن انتقال أموال وحقوق المنشآت المؤممة إلى الدولة يتم تبعاً لذلك بقوة القانون الصادر بالتأميم وليس بمقتضى القرار الصادر من لجنة التقييم».

42 المادة1/21 من القانون الأساس الفلسطيني المعدل.

43 القانون تشجيع الاستثمار رقم (1)، لسنة (1998)، المنشور في الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 1998/8/6، عدد 23، ص5

44 ماجد راغب الحلو، **القضاء الإداري** (الإسكندرية: منشأة المعارف،2004)، ص187؛ للمزيد انظر حكم محكمة النقض في القاهرة رقم (683) لسنة(50) في الجلسة 1981/12/24 :» أنه اذا استولت الادارة على أملاك الافراد جبراً عنهم وبدون اتباع الاجراءات المنصوص عليها في قوانين نزع الملكية ، اعتبر تصرفها غصبا يجرد القرار من صفته الادارية ويهبط الى مستوى الاعمال المادية التي يختص بها القضاء العادي ويرتب عليها المسئولية عما تحدثه من اضرار،ويظل صاحب العقار محتفظا بملكيته ويكون له حق قانونا في استرداد العقار»**مشارا اليه في** : عمرالفقهي، **مرجع سابق**،ص383.

فعلى الرغم من النظامين يقومان على وجه الإكراه إلا إنَ الغصب يقوم على أخذ المال لتحقيق منافع عامة وبوجه غير مشروع او منافع خاصة، ويجب إن يرد الغاصب المال المغصوب لصاحبه إن كان قائماً أو ضمانه أن هلك بيده[45]، إما نزع الملكية الخاصة فهو يتم تعويض صاحب الملك المنزوع ملكيته ، وأيضا يشمل المال في الغصب الأموال منقولة والعقارية، إلا أن نزع الملكية لا يرد إلا على الأموال العقارية[46].

الفرع الثالث

ماهية قرار نزع ملكية أرض لانشاء

«مدينة روابي»

تعد (روابي) هي المدينة النموذجية الحديثة الأولى حسب ادعاء شركة بيتي[47]، وهي عبارة عن أكبر مشــروع ســكني وخدماتي وتجاري وصحي واقتصادي أطلقه القطاع الخاص في فلسطين، وشركة بيتي هي التي تتولى مهمة تطوير مدينة روابي، والتي ستضم أكثر من 5 آلاف وحدة سكنية ومركزاً تجارياً حديثاً، إضافة إلى سلسلة من المرافق الخدماتية والسياحية والدينية والثقافية والتعليمية والطبية، منها فندق ومركزاً للمؤتمرات مدارس عامة وخاصة، مرافق طبية، مساجد وكنيسة، بالإضافة إلى المســاحات والحدائق الخضراء، وعند اكتمال المدينة ســيصل عدد سكانها إلى

45 حكم محكمة النقض المصرية رقم (6304)،لسنة(64) القضائية،منشورات بوابة محكمة النقض المصرية،ص841، بتاريخ27/ديسيمبر/2004» «إن استيلاء الحكومة على العقار جبراً عن صاحبه دون اتخاذ الإجراءات القانونية التى يوجبها قانون نزع الملكية يعد بمثابة غصب ليس من شأنه أن ينقل الملكية للغاصب إلا إذا اختار صاحب العقار أن يطالب بالتعويض متنازلاً عن حقه في استرداد ملكه أو استحال رده إليه أو كان في رده إرهاق للمدين أو أن يلحق بالدائن ضرراً جسيماً عملاً بنص المادة 203 من القانون المدني ".

46 جود عصام الاتيرة، **مرجع سابق**، ص3، **وللمزيد انظر:** حكم محكمة النقض المصرية رقم(6689) لسنة(72)،منشورات بوابة محكمة النقض المصرية،بتاريخ 22/يناير /2013» **للمالك الذي أغتصب ملكه و أضيف إلى المنافع العامة بغير إتباع الإجراءات القانونية لنزع الملكية حق مطالبة الحكومة بتعويضه"** ، **للمزيد انظر:**. حكم *محكمة تمييز الحقوق*، رقم (80/475) لسنة (1981)، منشورات عدالة، ص929، حكم محكمة النقض المصرية، رقم (3122) لسنة (67)، منشورات بوابة محكمة النفض المصرية، بتاريخ 2011/4/23.

47 روابي،شركة بيتي، نشرة خريف لعام2014،2011،تاريخ الزيارة2014/5/5 ،منشورعلى الموقع الكتروني http://www.rawabi.ps/newsletter/2011/download/ar/rawabi_spring_2011_ar.pdf

أكثر من 44 ألف نســمة، وقد بدأ بناء المدينة منذ عام (2009)، وما يزال المشــروع قيد التنفيذ حتى الآن.

ويطبــق قرار الاســتملاك لعام (2009) الصادر بحــق أهالي عطارة وعبوين وعجــول من مجلــس الوزراء لبناء مدينة روابي، على ما مســاحته (1525.348) دونم مــن أراضــي قرية عجول، وما مســاحته (118.166) دونم من أراضي قرية عبوين، وما مساحته (95.344) و (117.287) دونم من أراضي قرية عطارة، بما مجموعه (1,856.145) دونما، لصالح شــركة بيتي للاستثمار العقاري المساهمة الخصوصية المحدودة.

وحســب الوثائق الرسمية والمرفقة بالبحث والمتمثلة بقرارات مجلس الوزراء، يظهر أنّ شــركة بيتي قامت في البداية بشــراء الأراضي المطوبة -أي المسجلة في دائرة الطابو أي فيها عمل تسوية (كوشان) وتحمل رقم معروف وحدودها معروفة حيث لا تنتقل ملكيتها الا بالتسجيل- من ملاكها بالطرق القانونية المعروفة بما يتعلق بعقد البيع، إلا أنها واجهت صعوبة في شــراء الأراضي المالية - تلك التي ليســت مســجلة بالطابو أي مســجلة في دائرة المالية ولم يتم فيها التسوية وفيها سند إخراج القيد- وأراضي الملاك الغائبين، فتوجهت للحكومة من أجل استصدار قرار الاســتملاك لتســريع الإجراءات وتســهيلها، وضمنت الأراضي المطوبة في قرار الاستملاك والمتمثلة بأراضي قرية عطارة، ومن ثم قامت الحكومة بإصدار الاستملاك على جميع الأراضي، تبعه قراراً بالحيازة الفورية على تلك الأراضي، أدى إلــى خســارة الكثير مــن المواطنين والأهالي حقوقهم،عــن طريق منعهم من الكثير من الإجراءات القانونية التي يمكن أنّ تساهم في إرضاء جميع الأطراف وتعويض الأهالي بشكل عادل.

وسوف يتم الحديث بالتفصيل عن قرار نزع ملكية الأرض لانشاء مدينة روابي وذلك من خلال استعراض مباحث هذا البحث.

المبحث الأول

شروط وإجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة

تمهيد وتقسيم:

يعتبر حق الملكية من أهم الحقوق المرموقة، والتي يسعى المشرع كالفرد في الحفاظ عليها وتحديدها بدقة من أجل ضمان المصلحة العامة والخاصة أيضاً، لذلك لا بد من وجود ضمانات وشروط تضمن حق المنزوعة ملكيته، إلا أنّ القوانين السارية في فلسطين بهذا الصدد تتمثل بقانون الاستملاك رقم (2) لسنة (1953)، والذي يعتمد في نصوصه علــى القوانين الأردنية، وهنا تجدر الإشــارة إلــى إن تلك القوانين قد تعدلت وأصبحت أكثر دقة وتفصيل في أماكن تطبيقها وتشــريعها، إلا أنّ القانون المطبق في فلســطين ما يزال يراوح مكانه ويعاني من خلل في نصوصه، على الرغم من وجود تعديلات بســيطة لبعض الفقرات بنصوص القانون الفلسطيني بمرسوم رئاسي.

وســتتحدث الباحثــة في هذا المبحث عن ماهية الشــروط الواجــب إتباعها عند نزع الملكية للمنفعة العامة؟ وما هي الإجراءات التي يجدر مراعاتها؟ من خلال شــرح المادة نظرياً في البداية ومن ثم تطبيقها على الحالة الدراسية المختارة ألا وهي مدينة روابي.

المطلب الأول

شروط نزع الملكية للمنفعة العامة

إنّ نــزع الملكيــة للمنفعة العامة ليس مكنة أو امتيازاً مطلقاً للإدارة[48]، ولكنه يخضع للشــروط والحدود التي يفرضها المشــرع باعتباره أمراً استثنائياً، وعليه إذا تخلف أحد

48 **تعرف إدارة:** على انها لها سلطة التقدير في الشئون الادارية والمالية ، وقد يستخدم الاصطلاح للدلالة على جهاز أو الجهة التي تمللك هذه السلطة،**مشار إليه :** معجم القانون، **مرجع سابق**، ص3.

هذه الشروط أو الحدود ترتب عليه بطلان قرار نزع الملكية[49]، من أجل ان يكون قرار نزع الملكية قانونياً ومستوفياً للشروط التي وضعها المشرع، ومن هنا وحسب ما سيوضح في هذا المطلب، فإن قرار نزع الملكية لا يكون إلا بثلاثة شروط وهي: محل نزع الملكية، والغاية ولا تكون إلا للمنفعة العامة وعدالة التعويض، إن تطبيق الشروط القانونية على الحالة الدراسية؛ يسمح لنا وبشكل منهجي وعلمي أن نرى مدى فاعلية القانون فيما يخص هذا المجال، والذي يعتبر مجالاً حيوياً ومهماً، ونستطيع أن نستقرئ الثغرات القانونية التي هي بحاجة إلى تعديل في المستقبل.

سيتم تقسيم المطلب إلى ثلاثة فروع كل فرع يقسم إلى قسمين؛كل من الأفرع سأتحدث فيه عن شروط نزع الملكية للمنفعة العامة نظريا من ناحية قانونية وفقهية وقضائية، ثم سأتحدث فيه عن التطبيق العملي على الحالة الدراسية (مدينة روابي).

الفرع الأول

محل نزع الملكية

إنَ نزع الملكية لا يرد إلاعلى العقارات فالأصل إنَّ القرار الصادر بنزع ملكية يجب أن يكون منصباً على العقار[50]، فالعقار هو وحده الذي يمكن أن يكون محلاً لنزع الملكية[51]، حيث أنّ المفهوم الواسع للعقار الذي يمكن أن يكون محلاً للنزاع:»إن كلمة العقار تشمل أية ارض مملوكة لشخص أو أكثر، وما عليها من أبنية وأشجار وأشياء ثابتة أخرى وجميع الحقوق المتعلقة بهذا العقار»[52] .

49 محمد ابو عمارة، **نظرات الاستملاك وضمانات الافراد حياله**،مجلةالقانون والقضاء، العدد18(ديوان الفتوى والتشريع :2005) ص41؛ **للمزيد انظر:** حكم محكمة عد لعليا رام الله رقم (253) لسنة (2008)، المنشور في المقتفي، بتاريخ 2009/9/9، وحكم محكمة المقض المصرية رقم(238) لسنة(29)، منشورة مجموعة المبادئ محكمة النقض في التعويض عن المسؤولية العقدية والتقصيرية والشيئية في جلسة 1973/11/21، مشار اليه: سعيد احمد شعلة، **مرجع سابق**، ص278.

50 **Your Rights Under Expropriation, previous article.**[50])

51 نواف كنعان، **مرجع سابق** ،ص188؛ **للمزيد انظر:**الغريب رفاعي، **تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام في التعاملات المعاصرة** (الإسكندرية :دار الفكر الجامعي،2006)ص 565.

52 حكم محكمة العدل الأردنية رقم (82/170) لسنة (1984)، المنشور في مجلة نقابة المحامين، العدد8 ، ص1178.

وقد تناول الفقه متى كان نزع الملكية ينصب أساساًعلى العقارات، فإنه لا يشترط مواصفــات خاصــة في هذه العقــارات فقد يكون العقار خالياً أو مشــغولاً، وقد يكون مبنياً أو أرض فضاء، ولكن أذا تعلق نزع الملكية بأحد العقارات المبنية، فمن اللازم أن يتنــاول الأرض والبنــاء معاً؛ فلا يجوز أن يقتصر نــزع الملكية على المباني دون الأرض أو العكس، كمالا يجوز نزع ملكية بعض الأدوار من منزل دون الأخر[53]، وهذا ما أكده المشــرع الليبي والمشــرع المصري باقتصار نزع الملكية على العقارات المادية المتمثلة في الأراضــي والمبانــي ومن ثم لا يرد على المنقولات ولا على العقارات الحكمية كالحقوق العينية التبعية[54].

أنّ الأصــل بالعقــارات التي يجوز نــزع ملكيتهاهي: تلك العقــارات المملوكة للأفراد والجماعات الخاصة سواء كان المالك كامل الأهلية أو قاصرا أو محجورا عليه، وكذلك يجوز نزع الملكية العقارات الموقوفة ومن أجل هذه الغاية[55]. وفضلاً عن جواز نزع ملكية العقارات اللازمة للمشروع الأصلي يجوز نزع ملكية أية عقارات أخرى ترى الجهة القائمة على أعمال التنظيم أنها لازمة لتحقيق الغرض من المشروع أو بقائها بحالتها من حيث الشكل أو المساحة بما لا يتفق مع التحسين المطلوب[56].

أما قانون الاســتملاك الســاري في فلســطين فنص المادة الثانية من قانون رقم (2) لســنة (1953): ««فجــاءت كلمــة أرض بدلا من كلمة عقار وتشــمل الأرض من إي نوع كانت، وتشــمل التصرف فيها وأي بناء أو شــجر أو شيء أخر ثابت وأي حق ارتفــاق أو منفعــة في الارض»، وهــذا ما يتفق مع ما نصت عليــه المادة(1194) من مجلة الأحكام العدلية[57].

53 ماجد الحلو، *القانون الإداري* (الإسكندرية :دار المطبوعات الجامعية ،1994) ص580 ؛ **للمزيد انظر**:حسن بغال،**نزع الملكية للمنفعة العامة فقها وقضاء**(القاهرة:دار الفكر الحديث،ط 2،1966)،ص18.

54 زكريا المصري، **أسس الإدارة العامة التنظيم الإداري والنشاط الإداري**،(المحلة الكبرى: دار الكتب القانونية،2007)، ص725.

55 فريد عقل،**مرجع سابق**،ص2،

56 محمد فؤاد مهنا، **مبادئ أحكام القانون الأداري**(الاسكندرية: مؤسسة شباب الجامعة،1973)، ص802.

57 نصت المادة(1194) من مجلة الإحكام العدلية: «إي من ملك أرضا ملك فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع إلا إذا نص القانون أو الاتفاق بغير ذلك».

وعلــى ذلــك فالمنقــولات لا يمكــن أن تكــون موضوعــاً أو محلا لنــزع الملكية، إلا علــى ســبيل الاســتثناء مثل التحــف والآثار التي ليــس لها مثيــل[58]، وكذلك العقار بالتخصيص:» وهو المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رصدا على خدمة هذا العقار واســتغلاله»[59]، ولكن يشــترط في هذه الحالة أن يكون مالك المنقول هو نفس مالك العقار الأصلي المنزوع ملكيته، وأن يكون الهدف من المنقولات استغلال العقار، ويسري ذلك أيضاً على العقارات الحكمية كالحقوق العينية، مثل حق الارتفاق أو حق الانتفاع[60]، ثم إن نزع ملكية العقار الأصلي يترتب عليه تطهيره من الحقوق العينية التي ترد عليه[61]، إلا أنَ نزع الحقوق العينية العقارية بشكل مستقل عن العقار المادي يعتبــر أمــر غير جائز وباطل قانوناً، مثل نــزع الملكية حقوق الارتفاق المتعددة لصالح العقار بعيداً عن العقار المادي ذاته[62].

عند تطبيق هذا الشــرط على الحالة الدراســية (مدينة روابي) فإنَ القرار الصادر عن مجلس الوزراء بتاريخ (2009/3/5) والذي يحمل الرقم (12/97/01/م.و/س.ف) والذي صدر في جلسته المنعقدة بمدينة رام الله[63]، والذي اتخذ فيه قرار الاستملاك؛ يعني أنّه كان على عقارات وأراضي مملوكة لأفراد وهيئات خاصة بالتالي أن قرار نزع الملكية كان من النواحي الشكلية قانونياً.

ولكن تجدر الإشــارة إلى أن هذه الأراضي منها ما هو مســجل بشــكل رسمي

58 محمد أبو عمارة، **مرجع سابق**، ص 42، **لمزيد انظر**: فريد عقل، **مرجع سابق**، ص5.

59 نواف كنعان، **مرجع سابق**، ص189.

60 فايز العناتي، **شرح قانون الاستملاك** (عمان:دار الثقافة للنشر،2011) ص23؛24:» الحقوق العينية تنقسم إلى قسمين حقوق عينية أصلية وهي تخول صاحبها حق التصرف واستعمال الشئ واستغلاله ومثل **حق الانتفاع** والذي يعرف بأنه الحق العيني للمنتفع باستعمال عين تخص الغير واستغلالها ما دامت قائمة على حالها او لم تكن رقبتها مملوكة للمنتفع»، أو **حق الارتفاق**:» فهو الحق المجرد وهو ارتفاق على العقارلمنفعة عقار مملوك للأخر، اما الحقوق العينة التبعية هي تلك الحقوق التي تعطي لصاحبها حق التقدم على الدائنين العاديين وتشمل الرهن الرسمي.

61 محمود حبيب، **القانون الإداري** (عين شمس: دار الثقافة بجامعة،1993) ص292.

62 جود الاتيرة، **مرجع سابق**،ص19.

63 ملحق (1)؛ يعرف مجلس الوزراء(**conseil de cabinet**) على هيئة تتكون من عدد من الأعضاء يكون لهم ممارسة مهام الحكم في الدولة طبقاً لاحكام الدستور؛**مشار اليه**: مجمع اللغة العربية، **مرجع سابق**، ص25.

في دائرة الطابو باسم أصحابها وملاكها الأصلين، ومنها ما هو مسجل في دائرة الطابــو باســم وكلاء ملاكهــا القاصريــن، ومنها مــا هو مســجل بالوكالة لوجود أصحابها الغائبين في المهجر، كما أنّ هناك أراضي غير مســجلة أصلاً في دائرة الطابو (أراضي مالية).

وهــذا التنــوع الحاصــل في الملكية أدى إلــى التباس فيما يتعلــق بتطبيق الإجراءات القانونية المتعلقة بالبيع والشــراء، حيث أن ملكية الأراضي المالية لا تنتقل الا بشــروط وهــي: التصرف بها مدة (15) ســنة وســند بيع خارجي عن طريــق الدائرة المالية، ومن الجدير بالذكر وحســب دائرة الطابو فان أراضي عطارة مســجلة بالطابو إما بالنســبة لأراضي عبوين وعجول، والتي هي محل النزاع فهي غير مســجلة (أراضي مالية) ومن الصعوبة بمكان الوصول إلى هذه الأراضي من أجل شــرائها[64]، حيث يجب تســجيلها أولاً، وهذا يحتاج الى معرفة وتحديد ملاكها مما يستغرق وقتاً طويلاً، بالتالي كان قانون الاســتملاك الساري في فلســطين هو المخرج الوحيد الذي يسمح للمشروع بالاستمرار حسب المخطط الزمني الموضوع[65].

الفرع الثاني

الغاية من نزع الملكية

إنَ الهدف من منح الإدارة نزع ملكية الأفراد هو تمكينها من أداء وظيفتها الأساسية، ألا وهي إشباع الحاجات العامة، بالتالي لا يجوز أن تستخدم هذا الحق من أجل تحقيق غاية سوى المنفعة العامة[66] ، وفي الواقع لم يحدد المقصود من المنفعة العامة، وإنما ترك لــلإدارة حرية تقدير هــذه المنفعة؛ لأنها تختلف باختلاف الظــروف والأحوال والزمان

64 مقابلة اجريت مع **محامي شركة بيتي (مالك العوري)، في مقر عمله**، بتاريخ 2012/1/6.

65 مقابلة أجريت مع **مدير الطابو(شوكت البرغوثي)، في مقر سلطة تسجيل الاراضي عمله** بتاريخ 8/2/2012.

66 **تعرف الغاية** النتيجة النهائية التي يسعى رجل الادارة الى تحقيقها"**مشار إليه: المعجم القانوني، مرجع سابق**، ص471.

والمــكان[67]، حيــث يؤكد الفقهــاء أنَ مدلول المنفعة العامة في تطور مســتمر تبعاً لتطور الدولة، فنجد أن نزع الملكية يشــمل ماهو ضروري للمشــروع المقرر ومستلزماته والأمر متروكاً للسلطة التقديرية للإدارة[68].

ويمكن تعريف مصطلح المنفعة العامة –ضمن ما توصل إليه الفقهاء– بأنها: كل ما خصص لنفع المواطنين سواء أكان مادياً أو معنوياً بغض النظر عن عدد المستفيدين. وهو مصطلح واســع لم يحدد القانون أركانــه[69]، فعناصر فكرة المنفعة العامة تتمحور حول حماية المجتمع وحفظ كيانه ضد الأخطار الداخلية والخارجية، وتستهدف تقدم المجتمع ورقيه في كافة شؤون الحياة سواء أكانت اقتصادية أو اجتماعية أو صحية، وضمان أداء المرافق العامة لوظائفها، وبالتالي المنفعة العامة هي مجموعة منافع خاصة، وفي فرنسا قد طورت فكرة المنفعة العامة واتجه بها نحو المنفعة الاقتصادية[70].

ويعد من أعمال المنفعة العامة «1.إنشاء طرق والشوارع والميادين أوتوسيعها أو تعديلها أو تمديدها أو إنشاء أحياء جديدة 2. مشروعات المياه والصرف الصحي 3.مشروعات الري والصرف 4.مشروعات الطاقة 5. إنشاء الكبارى والبازات السطحية (المزلقانات) والممــرات الســفلية أو تعديلها6.مشــروعات النقــل والمواصلات 7.أغــراض التخطيط العمراني وتحسين المرافق العامة 8. ما يعد من أعمال المنفعة العامة في أي قانون آخر، ويجوز بقرار من مجلس الوزراء إضافة أي أعمال أخرى[71].

---

67 ياسر أحمد عوض القحوم، **نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة بين النزع الإداري والضمانات القضائية دراسة تحليلية عن التجربة اليمنية مع دراسة مقارنة**، www.yemen-nic.info/contents/studies/de-tail.php?ID=3945 تاريخ الزيارة 2014/4/24؛ **للمزيد انظر:** محمد ابو عمارة، **مرجع سابق**، 43: **للمزيد انظر:** هيام مروة، **القانون الاداري الخاص**(بيروت:المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر،2003)، ص121.

68 خالد زغبي، **اموال السلطة الإدارية وتطبيقاتها في التشريع الأردني**، مجلة دراسات قانونية،العدد3 (عمان:1992) ص27 28 ؛ **للمزيد انظر:** مقابلة اجريت مع **مدير الشؤون القانونية (رامي الحسيني) بواسطة وسيلة التواصل الاجتماعي**، بتاريخ 2014/4/28.

69 خالد ظاهر، **نزع الملكية للمنفعة العامة في المملكة العربية السعودية** ، دورية الادارة العامة، العدد3 (السعودية العربية ،2001) ص 526– 529.

70 براهيمي سهام، **فكرة المنفعة العمومية في نزع الملكية**، مجلة الشريعة والقانون ، العدد 55(جامعة الامارات العربية:2013)، ص344.

71 قانون نزع الملكية المصري رقم (10) لسنة 1990 المادة (2).

في حــين المشــرع الجزائــري حدد على ســبيل الحصر المجالات التــي يمكن للإدارة الاســتفادة من تقنية نزع الملكية من أجل المنفعة العامة ولهذا نصت المادة (25) الفقرة (2) مــن قانــون رقم (11) لســنة (1991) «لا يكون نزع الملكية ممكــن إلا إذا جاء بتنفيذ العمليات ناتجة عن تطبيق إجراءات نظامية تخص التعمير والتهيئة العمرانية والتخطيط لإنشــاء تجهيزات جماعية»، لذلك المشــرع الجزائري أشــار لإعمال المعتبرة ذات منفعة عامة بصفة عامة وشاملة عكس ما قامت به معظم التشريعات المقارنة[72].

إلا أنّ المشــرع الجزائــري وغيره مــن دول الأخرى نص على الحالات التي تعد ذات منفعة عامة على سبيل المثال لا على سبيل الحصر، لكن فيما يتعلق بقانون الاستملاك المطبق في فلسطين فلم ينص صراحةً على الحالات التي تعد ذات منفعة عامة، إلا أنها وردت في المادة (56) والمادة(58) من قانون تنظيم المدن والقرى والأبنية رقم(79) لسنة (1966)[73]، ولكن يتم هذا الاستملاك بموجب مخطط تنظيمي ومخطط نهائي، وليس

72 براهيمي سهام، **مرجع سابق**، ص360.

73 المادة (56) منشور في الجريدة الرسمية الأردنية ، العدد 1952 بتاريخ 1966/9/25، صفحة 1921.» تنص » إذا عينت على مخطط التنظيم المقرر أية ارض من الاستملاك الاجباري فيجوز لمجلس التنظيم الأعلى أو لجنة التنظيم اللوائية او اللجنة كيفما يكون الحال ان تتقدم بطلب لاستملاكه وفق احكام المنصوص عليها في قانون الاستتملاك الساري المفعول باعتبار انها ضرورية للمنفعة العامة»، المادة (58)» على الرغم مما ورد في اي قانون أخر يكون لمجلس التنظيم الاعلى وللجان التنظيم اللوائية والمحلية صلاحية نزع الملكية إي ارض مشمولة في مخطط التنظيم المقرر وضرورية لفتح أو لإنشاء او تحويل او توسيع أي طريق أو شارع او ميدان او حديقة او ساحة او موقف عام بدون عنها على ان لا تزيد هذه المساحة المنزوعة ملكيتها من الارض او مجموعة من الأراضي عن 30% من كامل مساحتها ويحق لمجلس التنظيم الاعلى وللجان التنظيم اللوائية والمحلية المعنية بعد اعطاء المالك مهلة شهر من إشعاره ان تضع يدها في الحال على هذه الأرض او مجموعة الأراضي التي لا تزيد مساحتها عن 30% من المساحة الكاملة للغايات التي سلف بيانها من قبل اللجنة المعنية بعد اعتبار جميع الظروف القضية واذا اخذ في أي وقت اكثر من 30% من مساحة يدفع التعويض لصاحبها عما زاد عن هذه النسبة » **للمزيد انظر:** حكم محكمة النقض المصرية رقم (114)لسنة (27ق)، منشورات مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة النقض في التعويض عن المسئولية العقدية والتقصيرية والشيئية،في جلسة 1963/11/15» ان نزع الملكية للمنفعة العامة قد يكون مباشر اذا ما اتبعت القواعد والاجراءات التي ينظمها القانون وقد يكون بطرق غير مباشر اما تنفيذ للمرسوم الصادر باعتماد خطط التنظيم قبل ان يصدر مرسوم نزع الملكية وذلك باتفاق مع اصحاب الشان او بضم الحكومة عقارا مملوكا لاحد الافراد الى مال العام دون اتخاذ اجراءات نزع الملكية وان يستتبع هذا الطريق غير المباشر ومن ثم يكون حصول الاستيلاء الفعلي من الحكومة على الارض وادخالها في الطريق العام كافيا بذاته للمطالبة بتعويضه عن ذلك ولو لم يصدر مرسوم بنزع الملكية "**مشار اليه:** سعيد احمد شعلة، **قضاء النقض المدني دعوى التعويض** (الاسكندرية: منشأة المعارف ،1988)،ص376.

الاستملاك الصادر بموجب قرار من مجلس الوزراء، إلا أنَ القانون المطبق في فلسطين، اكتفى في الإشــارة إلى أنَ مجلس الوزراء هو الذي له ســلطة تقدير والتحقق فيما إذا كان المشروع المراد إستملاكه يحقق المنفعة العامة[74].

فإذا كان » الإدارة» مجلس الوزراء له تكون السلطة التقديرية تقوم في جوهرها ليس علــى الإطــلاق، ومن هنا يتعين على الإدارة أن تمارس اختصاصها التقديري وأن تضع نفســها في أفضــل ظروف لإجرائه، وأن تجريه بــروح موضوعية وليس بصورة انتقامية أو ضمن بواعث شخصية، ويلاحظ عند تقريره لهذا الشرط الهام لاستملاك قد ترك التعبير واسعاً ومرادفاً في جوهره للصالح العام[75] .

لكن يلزم الإدارة أن تتحرى عن توافر المنفعة العامة في المشروع محل نزع الملكية من خلال القيام بالتحقيق المســبق فيجب أن ينتهي بإعلان دراســة جدوى خاصة بالمشروع المــراد القيــام بــه حتى يتمكن للكافة وعلى الأخص من ســيضر بهم قيام المشــروع عن طريــق نــزع ملكيتهم الخاصة، للتحقيق من توافر صفة النفع العام، وتكون تلك دراســة التي تتضمن التكلفة المالية والمساوئ الاجتماعية المحتملة التي يتضمنها ليست باهظة بالنسبة إلى المنفعة التي تمثلها[76].

فمثلا الحكومات الولايات المحلية في ســلوفينيا تعمل دراســة جدوى قبل اتخاذ قرار نزع الملكية للحصول على الملكية العقارية حيث يتم التعرف على زيادة فائدة للمجتمع من الناحية القانونية والمســاوئ والخســائر[77]، وعلى سبيل المثال يمكن نزع ملكية أرض لشق

74 براهيمي سهام، **مرجع سابق**، ص360.

75 حكم محكمة العدل العليا رام الله رقم (2008/292) لسنة (2010)، المنشور على المقتفي، بتاريخ 2010/6/12.

76 مارسو لونغ،بروسيرفير، **القرارات الكبرى في القضاء الإداري** (بيروت: مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر التوزيع،2009)، ص640.

77 **Radoš Šumrada, Acquisition and expropriation of real property for the public benefit in Slovenia, May** 2013, **Pages**14-22, **http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S**026483 7712001925 **May** 13, 2014

طريق عام أو لإقامة حديقة عامة أو مدينة ترويحية للأطفال كمنفعة عامة[78] .

ويجدر بالذكر أنَ الأشــخاص المعنوية العامة هي التي يناط بها تحقيق المنفعة العامة والتي من أجلها تقرر هذا الحق، حيث أن الأصل في نزع الملكية هم الأشــخاص العامة، ســواء أكانت الحكومة أو إحدى دوائرها أو مؤسساتها والمجالس البلدية والقروية، فهؤلاء هم الأشخاص المناط بهــم تحقيق مشــاريع النفــع العام، إلا أنه يجوز أن ينزع الملكية أحد الأشــخاص الاعتباريين من غير المذكور سابقاً، وهم الأشخاص الذين يكونون ملتزمين بإدارة مرفق عام أو القيام بالانشغال بموجب قانون خاص يمنحهم حق امتياز هذا المرفق العام[79] ، ومثالا على ذلك شركة الكهرباء.

وأشــير أن نزع الملكية في هذه الحالة يكون لحســاب الوزارة أو الدائرة التي منحت الالتزام وليس لحساب الشخص الاعتباري، حيث يقتضى بضرورة أن تؤول ملكية هذه العقــارات المنزوع ملكيتها عند انتهاء التزام الشــخص الاعتباري إلى الوزارة أو الدائرة المانحة[80]، لكن يظهر الاستثناء في قيام جهة عامة بنزع ملكية عقار ولكن ليس لصالحها وإنما لصالح جهة خاصة» شركات الاقتصاد المختلط» [81].

والســبب في إثــارة هذا الأمــر، يرجع إلى أنَ التمييز بــين المصالح العامة والمصالح الخاصة لم يعد واضحا في ظل وجود مؤسســات اقتصادية بحتة؛ لأنَه في حقيقة الأمر اعتبار المصالح المحسوبة اقتصاديا وحضرياً وسياسياً هي التي ليس فقط داخل الدولة، وإنما على المستوى النظام العالمي ككل بتالي المنفعة العمومية يتزايد شأنها ويتسع وتشارك في صنعها كل الأطراف وليس الدولة وحدها[82].

78 نواف كنعان ، **مرجع سابق**، ص 188؛ **للمزيد انظر**: حكم محكمة العدل العليا الاردنية رقم (386/94) لسنة (1995)، المنشور في مجلة نقابة المحامين، ص1868: "سلطة الاستملاك سلطة تقديرية لا معقب عليها طالما متفقة مع مبدأ المشروعية وغير مشوبة بإساءة استعمال السلطة ووفقا لمقتضيات الصالح العام وبعيدة عن البواعث الشخصية او بقصد الانتقام باعتبار مرفق السلطة من المرافق العامة يجب سيرها باضطراد وانتظام "؛ **للمزيد انظر**: عبد الغني عبد الله البسيوني، **القضاء الإداري** (الإسكندرية :منتدى المعارف،1996)، ص663.

79 عبد الغني البسيوني عبدالله، **النظرية العامة في القانون الإداري**، **مرجع سابق**، ص97.

80 بشير باجي ،**شرح قانون نزع الملكية للمنفعة العامة في ضوء القانون المغربي**(الرباط:المعهد الوطني القضائية،ط1، 1991)، ص 47.

81 مارسو لونغ، بروسسير فيل، **مرجع سابق**، ص640: **للمزيد انظر**: زكريا المصري، **مرجع سابق**، ص725.

82 سليمان طماوي، **الوجيز في القانون الإداري** (مصر: دار الفكر العربي، 1974) ص458.

وهــذا يعنــي أن المنفعة الخاصة والمنفعة العمومية متلازمتان فتحقيق المنفعة الخاصة لأفــراد يعــود الــى مجموع بالفائــدة، فكل نجاح فــردي وكل زيادة في إنتــاج أي فرد وكل اســتثمار بشــري هو في نفــس الوقت إضافة للناتج القومي ومنفعــة الفرد التي تعود إلى المجموع، وبالمقابل فإنَ المنفعة الجماعة تعود ولاشــك على الفرد، فهو سيســتفيد من كل المكاســب التي تحققها الجماعة كالتمتع بالديمقراطية أو تحســن المستوى الاقتصادي او الاجتماعي وفي علاقة الأفراد بعضهم البعض، ولا شك أنَ نجاح الفرد وتحسن أدائه يفيد أيضا المتعاملين معه من الأفراد ونجاح الآخرين؛ حيث أجاز القانون ذلك في سبيل تحقيق مصلحة اقتصادية أكبر، بشرط أن لا يكون الهدف المالي هو الدافع الوحيد للنزع[83].

عند تطبيق هذا الشرط على الحالة الدراسية فإننا نجد بأن شركة بيتي للاستثمار العقاري هي شركة خاصة استثمارية، ويذكر أنَ قرار الاستملاك لا يصدر إلى شركة خاصة إلا باستثناء وهذا ما أجمع عليه فقهاء القانون، ومن هنا كانت المواجهة القانونية بين أهالي القرى الثلاث وبين الشركة حيث إن حجة الأهالي تكمن في كون الشركة خاصة تجارية اقتصادية بحتة وليس من أهدافها تحقيق منفعة عامة، وإنما تحقيق ارباح مادية للشركة[84].

وأيضــا فإنــه وحســب المذكرة القانونية الصــادرة عن الدائــرة القانونية في المجلس التشريعي بخصوص قرار مجلس الوزراء رقم (13/26/06/م.و/س.ف) لعام (2009)، والمتعلق بالحيازة الفورية للأراضي المستملكة بموجب قرار فخامة الرئيس لبناء مدينة روابي، وحسب البند الثاني فان: «الخوض بالحديث عن تقدير تحقق المنفعة العامة من عدمهــا التــي من أجلها صدر قرار الاســتملاك لا يكون صحيحاً ما دام قد صدر قرار من مجلس الوزراء مقترناً بموافقة الرئيس الفلسطيني وأعلن عنه في الجريدة الرسمية الأمر الذي يجعله بينه قاطعة على إن المشــروع الذي يراد اســتملاك الأرض من أجله هو مشــروع للمنفعة العامة، ولا يســمع أي بينه ضد هذه البينة القاطعة، وذلك استناداً

83 عبد الحميد جبريل حسين ادم، **التنفيذ المباشر الإداري وتطبيقاته والرقابة القضائية في التشريع الليبي**، (الازايطة: دار المطبوعات الجامعية، 2007)، ص289.

84 مقابلة أجريت **مع احد أهالي قرية عجول (حسين بواطنة)** في منزله في عجول، بتاريخ 2012/3/25، على أثر صدور قرار نزع الملكية، وكذلك أجريت معه مقابلة بواسطة وسائل تواصل الاجتماعي، بتاريخ 2014/4/28 بعد إكمال انشاء المدينة؛ **مقابلة اجريت مع احد أهالي عطارة (محمد عيد) في منزله**، في منزله في عطارة، بتاريخ 2012/3/24.

لقرار محكمة العدل الأردنية (73/116) صفحة (802) سنة (1974).

بمعنى أنه لا مجال للقول بمدى توفر المنفعة العامة من عدمها، ما دام صدر قرار من مجلس الوزراء مصادق عليه من فخامة الرئيس ومنشور بالجريدة الرسمية»[85] ويعود إلى مجلس الوزراء لم يحدد إجراءات التحقيق من مشروع روابي يحقق منفعة عامة أم لا وإنما صدر قرار نزع الملكية بدون تأني ودراسة متعمقة نظرا لمفهوم المنفعة العامة الواسع[86].

وبناءعلى ذلك؛ ليس هناك مجال للاعتراض على القراربعد اتخاذه، لكن وكما ذكرت الباحثة ســالفاً أن مصطلح المنفعة العامة واســع ويرجع تحديدها للإدارة التي لا يكون هدفهــا ماديــا ولا يتعارض ذلك مع مصالح الافراد العامة، ومقابلا له التعويض العادل والذي سيتم توضيحه في النقطة التالية.

تجدر الإشارة إلى أن شركة بيتي هي شركة عقارية استثمارية، بالتالي أنَ لديها هامشاً من الربح من تنفيذ هذا المشروع، وحسب دائرة الطابو فإنَ المشروع يوجد مخرجا للأزمة السكانية والاقتصادية؛ عن طريق توفير 22 حيا سكنيا وأكثر من عشرة الآلاف فرصة عمل في بداية المشروع ولاحقاً خمسة الآف فرصة عمل، وستشمل مرافق عامة وخدمات متطورة تقدمها لســاكنيها، وهنا نلاحظ المنفعة العامة المتحققة للأفراد؛ كماعبر عنها رئيس مجلس إدارة شــركة بيتي في جلســات مجموعة العمل البرلمانية الخاصة بالشأن المالي والاقتصادي في مقر المجلس التشريعي برام الله[87].

كمــا وأكــد في نفس الجلســة على أن المشــروع يهدف إلى تثبيت الوجود الســكاني الفلســطيني على كافة الأراضي الفلســطينية، ودعم بناء الدولة من خلال إنشــاء مدن جديدة، وأيضا إنعاش قطاع المقاولات المحلي وتأهيل قطاع الصناعات الإنشائية[88].

85 ملحق (2).

86 مقابلة أجريت مع **مدير الشؤون القانونية مجلس الوزراء» رامي الحسيني» في مجلس الوزراء**، بتاريخ 26/3/2012 .

87 ملحق (3).

88 جريدة الحياة، مجموعة برلمانية تبحث مع مدير عام (شركة بيتي) تفويض اصحاب الاراضي لاستكمال (مشروع روابي)، الحياة الاقتصادية، بتاريخ 2010/1/14 ص17.

لكن يكمن السؤال في كيفية تحديد أسس المنفعة العامة؟ فالمفهوم كما أسلفنا بالذكر واســع ومرن ومتغير وليس من المنطق إن كل ما تحدده الإدارة على أنه منفعة عامة أو صالح عام يكون بدون أسس وأركان واضحة ومعروفة أوعلى الأقل يمكن إدراكها منطقيا، كما ومن الجدير بالذكر بان الأهالي قد أصروا على أنَ المشــروع ليس منفعة عامة بل خاصــة وأنهــم مع قرار نــزع الملكية، ولكن ليس بطريقة مجحفة، كمــا أننا لاحظنا بان الامتياز منح للشخص الاعتباري (شركة بيتي) بشكل كامل.

ومن خلال الدراسة التحليلية والفقهية والمقارنة، ترى الباحثة أن نزع الملكية لمصلحة أفراد معروفين بأشخاصهم وليس للمصلحة العامة، إن ذلك لم يعد يستبعد فكرة مصلحة الأفراد الخاصة بل إنه أصبح ينظر إليها في بعض الأحيان على جزء من المصلحة العامة، وباعتبار شــركة بيتي شــركة خاصة واستفادتها من قرار نزع الملكية حتى لو كان الهدف الثانوني هو الربــح والمصلحــة الخاصة من النــزع ، طالمة المنفعة العامة قائمة. لكن لا بد ضرورة إجراء تعديلات على القانون سنقوم بتوضيحها في التوصيات المطروحة في نهاية هذا البحث.

الفرع الثالث

عدالة التعويض عن نزع الملكية

أوجب المشــرع الدســتوري بنص صريح أن يكون نزع الملكية مقابل تعويض عادل[89] وكذلــك الإعــلان العالمي لحقوق الإنســان[90]، ومــا أخذ به قانون الاســتملاك الاردني لســنة(1987)[91]، وكذلك المشــرع الإماراتي في قانون المعاملات المدنية رقم (5) لســنة

89 **ويقصد بالعدل في اللغة**: التسوية بين الشيئين والعدل هو المرضى به من الطرفين والانصاف هو والمساواة بين الخصمين ومنه جاء إنصاف القاضي بين الخصمين ومنه جاء إنصاف القاضي بين الخصمين في مجلسه اي سوى بينهما ويقضي بالحق ، والانصاف في التعويض يقصد به التسوية بين الملكية المنزوعة والتعويض المقدر لمالكها اي دون ان يؤدي ذلك الى ربح الشخص الذي نزعت ملكيته لحسابالأدارة أو إثراء هذه الاخيرة على حسابه، مشار اليه: اسماعيل بن حماد الجوهري،الصحاح «تاج اللغة وصحاح العربية»، دار العلم للملايين: بيروت،ط2، ج1،ج5، 1979، ص445 : **للمزيد انظر: تاريخ لزيارة** 2014/5/20 // :http: www. startimes. com/f. aspx?t=33424344 .

90 المادة (1/23) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2005 والمادة (17) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

91 فايز العناتي، **مرجع سابق**، ص89.

(1985)[92]، إلا أنَ القانون المطبق في فلسطين بشأن الاستملاك يؤخذ عليه عدم النص صراحة على التعويض العادل بشكل صريح، وإنما اكتفى بذكر كلمة التعويض.

ويقصد بالتعويض المعنى الوارد في قانون الاستملاك- المقابل النقدي- الذي تدفعه الجهــة المســتملكة للعقار إلى مالكه أو إلــى غيره من أصحاب الحقوق الواقعة عليه[93]، ويشترط أن يكون هذا التعويض عادلاً، ولم يحدد القانون الأساسي المعدل لسنة (2003) أسس التعويض العادل وترك الأمر مفتوحاً للقانون الخاص لتنظيم الموضوع[94]، وهذا ما أكدته المادة (21) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة (2003) سالفة الذكر، كما أكد عليه المعنى الوارد في نص المادة (1216) من مجلة الأحكام العدلية:» على إن لا ينزع ملك احد بلا سبب شرعي قط ، ولا يستملك ملك احد إلا للمنفعة العامة مقابل تعويض عادل».

وأن يقــوم بتغطيــة كامل الضرر الذي يصيب المالك؛ الــذي يضار وليس من حرمان ملكه فحســب ولكن أيضاً من نقص قيمة الجزء في حالة النزع الجزئي، والضرر الذي يصيــب المزروعات التي كانت موجودة بــالأرض المنزوع ملكيتها وقت تنفيذ القرار، لأنه في التعدي على هذه المزروعات ما يســبب خســارة مالية للشــخص المنزوع ملكيته وهذا ما يدخل في باب التعويض ما لحق المالك من خســارة وما فاته من كســب[95]، كما يجب أن يغطــي التعويض كامل الضرر المباشــر والمؤكد والمــادي[96]، فلا تعويض عن ضرر لا ينشأ عن نزع ملكية مباشرة أو المحتمل أو الأدبي، مما يؤدي تجاهل التشريع التعويض عن الضرر المستقبلي الذي يشكل أهداراً كبيراً لحقوق منزوعي الملكية للمنفعة العامة،

92 نص المادة 1135 من قانون المعاملات المدنية رقم (1985/5) لدولة الإمارات.

93 حكم محكمة النقض المصرية رقم(479) لسنة(42)،المنشور في موقع محامون متحدون، بتاريخ 1981/1/28، ص(403). «مفاد عبارة الملاك وأصحاب الحقوق ،إن نزع الملكية يرتب تعويضاً للمالك عن فقد ملكيته كما يرتب لغيره من ذوي الحقوق على العقار المنزوع ملكيته عما يلحق بملكيتهم من أضرار بسبب نزع الملكية، والمشتري بعقد غير مسجل لا يمتلك العقار ولا يستحق لذلك تعويضا عن فقد الملكية».

94 نواف كنعان ، **مرجع سابق**، ص193؛ هيام مروة، مرجع سابق،153.

95 فريد عقل، **مرجع سابق**، ص5.

96 وناس عقيلة، **مرجع سابق** ، ص78-79؛ **للمزيد انظر**:حكم محكمة التمييز دبي، رقم(6/2009) لسنة (2009)، منشور موقع محامو الإمارات العربية المتحدة، ص5.

في حين المشــرع الفرنســي تراجع عن الموقف السائد ولم يعد يأخذ بشرط كون الضرر حاليا ومحققا فقط ، مما فتح المجال لتعويض العديد من الأضرار[97].

وعدالــة التعويــض في نزع الملكية للمنفعة العامة، تقتضــي أن يكون التعويض كاملاً وهــذا يعنــي أن قيمة التعويض التي يتوجب دفعها للمالك لا يجوز أن تقل بأي حال من الأحوال عن قيمة العقار المنزوع ملكيته؛ وان يكون التعويض مرضيا للمالك، فلا يقتصر في تقديــر التعويــض العــادل على معاييــر اقتصادية بحتة بل لا بد مــن اعتماد معايير إضافية مختلفة ومثال ذلك معايير معنوية في هناك كثيرمن الشــعوب تكون الأرض لها قيمة معنوية أكبر بكثير من القيمة المادية، لأنها تتصل بأجدادهم وتراثهم، وأيضاً مثل قيمة العقار في الســوق كما لو بيع علناً لشــخص راغب في الشــراء وعلة ذلك أن ليس بيعا اختياريا للعقار بل هو نزع لملكية العقار من مالكه[98].

وأن يكــون دفــع التعويــض فوريــاً لا إبطاء فيــه، وهذا يقتضي أن يتــم تقدير قيمة التعويض العادل ودفعه للمالك بمجرد نزع ملكية العقار منه وتسجيله باسم الجهة لذي نزعت الملكية، أما إذا تأخر دفع التعويض أو تقرر تقسيط التعويض، فيتعين احتساب فائــدة معقولــة على مبلغ التعويــض يوازي ما يمكن للمالك إن يجنيه من منفعة في حال كان المــال بحوزتــه، وكذلك في حالــة وقوع أجل التعويض العادي على شــكل تعويضات مالية يجب أن تؤخذ التغييرات مع مرور الزمن قيمة المال في الاعتبار[99]، ونصت بعد الدســاتير على ضرورة أن يتم دفع التعويض العادل مقدماً وقبل الاســتملاك ومن ذلك ما تصت عليه المادة3/41 جمهورية رومانيا التي تنص على أنه لا يجوز إستملاك ملك أحد ألا للمنفعة العامل ومقابل تعويض عادل يدفع مقدماً.

وكذلك فقهاء الشريعة الإسلامية يشترطون التعويض العادل والفوري والمسبق على

97 العربي محمدي، **نزع الملكية من اجل المنفعة العامة وحماية الملكية الخاصة** ، بحث منشور على .http://droitcivil over-blog.com/article-1606276.html بتاريخ ؛ 2014/4/28؛ **لمزيد انظر**: أنور طلبه، **المطول في شرح القانون المدني** (الإسكندرية :المكتب الجامعي،ط3، 2002) ص102.

98 فريد عقل، **مرجع سابق**، ص10.

99 Ian Chadwick, "**Consultant to Shepstone** & **Wylie Attorneys**", http://www.bbrief.co.za /resources/articles/compensation–for–expropiation ,April 25, 2014.

النزع، وهذه الضوابط لعدالة التعويض، لم يكن القانون الاستملاك المطبق في فلسطين صريحا في نصوصه[100]، بتالي يجب أن يكون مبلغ التعويض وموعد طريقة الدفع العادل ومنصــف ويعكــس التوازن العادل بين المصلحة العامــة ومصالح المتضررين، مع مراعاة جميع الظروف ذات الصلة بما في ذلك الغرض الأساسي من الاستملاك هنا حسب ما نص عليه المشرع الإفريقي[101].

أما ما هو مطبق في فلســطين ويشــترط في ذلك أن تقدر قيمة الأرض أو الحق أو المنفعة في الوقت الذي نشر فيه قرار مجلس الوزراء في الجريدة الرسمية، بغض النظر عن إي تحسينات أو إنشاءات أجريت فيها أو أنشئت عليها بعد تاريخ نشر القرار المذكور، وعند وجود خلاف بين الإدارة والمالك فان المحكمة هي التي تقرر التعويضات حسب ما جاء في قانون الاستملاك (1953) الساري في فلسطين المادة (15) الفقرة الثالثة (ج)[102].

عند تطبيق هذا الشرط على الحالة الدراسية، فإن شركة بيتي للاستثمار العقاري قامــت بالفعــل بعــرض تعويض على أهالي كل من قرية عبويــن وعجول وعطارة، وذلك حســب ما جاء في قانون رقم (2) لســنة (1953)، والتي حددت بالتفصيل في المذكرات القانونيــة الموجهــة لمجلس الوزراء والمرفقة وثائقها بالبحث التي عرضت فيها مســاحة الأرض، وفي إي حوض تقع وتابعة إلى إي من القرى[103].

إنَ المعضلــة كانــت تكمــن في البداية، هنا بعدم اقتناع أهالي تلك الأراضي بعدل التعويض وقد قاموا بالتوجه إلى المحكمة كما هو متعارف عليه قانونيا حسب المادة

100 عبد الناصر هياجنة، اشرف إسماعيل العدوان، **التعويض العادل كشرط لمشروعية الاستملاك في ضوء احكام قانون الاستملاك الاردني**، علوم الشريعة والقانون،العدد2، المجلد 39(الجامعة الاردنية:2012)، ص467.

101 **Muhammad Mustaqeem de Gama,» Standard of Expropriation and Compensation under South African law»** http://www.youngicca-blog.com/standard-of-expropriation-and-compensation-under-south-african-law/, April 28 ,2014

102 "لا تؤخذ بعين الاعتبار التعديلات والتحسينات التي اضيفت للعقار بعد نشر قرار مجلس الوزارة في الجريدة الرسمية":» ويقوم هذا الالتزام على اعتبارات العدالة المجردة حيث ان الفرد الذي يحرم من ملكه دون ذنب او اثم اقترفه من حقه عدالة اقتضاء المقابل الذي = يمكنه من تغطية ما تكبده من خسائر وما فاته من كسب نتيجة اضطراره التخلي عن العقار وهذا ما اجمع عليه الفقهاء ، اي لا يجوز التضحية بالمصلحة الخاصة في سبيل المصلحة العامة فان حل التناقض بين هذه المبادئ يستلزم التعويض العادل عن كامل الضرر لمن نزعت ملكيته».

103 ملحق (3).

(15) من قانون رقم (2) لسنة (1953)، ويصر الأهالي وبخاصة أهالي قريتي عبوين وعجول بأنَ الدونم المدفوع فيه سابقا من عشرة الآف إلى سبعة عشر ألف دينار، لا يمكن أن يصبح بعد قرار لجنة التخمين من خمســة الآف لعشــرة آلاف دينار ويعتبر عادلاً[104]، ولكن لم يتم الأخذ بذلك إنما اعتمد قرار لجنة التخمين المجحف برأيهم للثمن الحقيقي للأرض خاصة في حال بنيت المدينة مما يعني حركة بيع اكبر وأسعار الأراضي في تلك المنطقة ســيرتفع؛ مما سيشــكل استثمارا مجزيا في المستقبل[105]، بــدلاً من أراضيهم المســتملكة لصالح شــركة خاصة، بأهــداف تجارية بحتة وليس لأغراض المنفعة العامة.

علماً بأن الشــركة عند توجهها نحو عملية البيع والشــراء عرضت مبالغ طائلة على الأراضــي المملوكــة من الإفراد في قرية عطارة والمســجلة في دائرة الطابو، وعند رفض بعض الناس عملية البيع وبســبب وجود أراضي مالية؛ لجأت الشــركة إلى اســتصدار قرار الاستملاك.

إضافة إلى أن المادة (15) من القانون رقم (2) لســنة (1953) الســالف الذكر الفــرع (ج) والــذي ينــص» أن يعتبر ثمنا للأرض ذلك المبلــغ الذي يمكن الحصول عليه لو بيعت علنا في السوق من شخص راغبا في الشراء ويشترط أن تقدر قيمة الأرض أو الحق أو المنفعة في الوقت الذي نشر فيه قرار مجلس الوزراء في الجريدة الرســمية بغض النظر عن أية تحســينات أو إنشاءات أجريت أو أنشئت عليها بعد تاريخ نشر القرار المذكور «.

كما أنَ الأهالي قد استغربوا بأنَ قرار نزع الملكية قد صدر على جميع الأراضي وليــس فقــط الأراضي الغائب ملاكهــا، أو الأراضي المالية، وان لا مانع لديهم بان يتــم تقدير القيمــة والحجم الحقيقي للأرض بهدف تحقيــق الرضا والقبول بين إطراف المعادلة،على إن يغطي التعويض الضرر الحاصل لهم في المستقبل وهو ما

104 مقابلة أجريت مع **رئيس بلدية عطارة (شاهر العطاري)** ، **في مقره الخاص ببلدية عطارة**، بتاريخ2012/2/27.

105 مقابلة أجريت مع مواطن من **قرية عجول (نايف سحويل)**، **في منزله في عججول**، بتاريخ 2012/3/25.

لا يغطيه نص القانون، ولكن في الوقت الحالي كافة الأهالي تم تعويضهم حسب قرار التخمين ولكن دون اخذ فائدة ودون الاستفادة من المعايير الموضوعية في تقدير التعويض[106].

من الواضح إنَ الشروط القانونية الخاصة بقرار نزع الملكية للمنفعة العامة والمتمثلة في النقاط الثلاث سابقة الذكر، تجد الباحثة إن عملية نزع الملكية التي قامت بها الحكومة ممثلة بفخامة الرئيس محمود عباس ومجلس الوزراء لصالح شركة بيتي لم توف الأهالي حقهم كاملا كما يجب، حيث ظهر في العملية العديد من العيوب التي تشوب قانون الاستملاك بما لا ينسجم مع القانون الأساسي الفلسطيني المعدل (2003)، والذي كان أكثر دقة من ناحية شموله لمصطلح «عادلاً»، علما بان القانون الخاص هو الذي يجب إن ينظم هذه التفاصيل.

لكن بعض الفقهاء يعتبر دستور هو المنظم الأعلى، إما بما يتعلق بالمنفعة العامة وأسسها وأركانها غير واضحة المعالم، كما إن نصوص القانون لم تأخذ بالاعتبار التعويض عن الضرر الحاصل في المستقبل، وهذا ما أكده التحليل السابق المبني على اسس ومبادئ ونصوص قانونية، وكذلك على مقابلات تم إجرائها مع شريحة مثلت عينة من الأهالي الذين وحسب ادعائهم قد تضرروا من عملية تنفيذ هذا المشروع وخاصة عند اتخاذ قرار الحيازة الفورية، والذي سنقوم بعرضه لاحقا وبشكل تفصيلي.

وسوف تعالج الباحثة في المطلب الثاني من هذا المبحث الإجراءات القانونية الواجب إتباعها قبل صدور قرار نزع الملكية للمنفعة العامة وبعد صدوره وإثناءه، أيضا سنطبق مدى سلامة الإجراءات على الحالة الدراسية مدينة روابي في القسم الثاني من المطلب الثاني .

106 دنيا الوطن ،مناشدة استملاك اراضي خاصة من املاك الحسيني وجمع من اهالي قرية عجول بخصوص مدينة روابي، بتاريخ 2009/8/5؛ «علما بانه وفي جلسة منعقدة للجنة المالية والاقتصادية في المجلس التشريعي سالفة الذكر ، قد طالبت نواب اصحاب الاراضي بتشكيل لجنة من بينهم تتكلم بأسمائهم على ان تقدم تصوراتهم بشان الحلول التي تناسبهم، واكد نواب اللجنة في مداخلاتهم واستفساراتهم بانهم مع استمرارية المشروع ومع الاستثمار لمنفعة الوطن والمواطنين على ان لا يكون على حساب الاهالي والحاق الضرر بهم».

المطلب الثاني

إجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة

حــدد نظــام نزع الملكية العقارات للمنفعة العامــة الإجراءات الواجب إتباعها لتحقيــق نــزع ملكيــة العقار، من أجل تحقيــق المصلحة الخاصــة والعامة على حد ســواء[107]، بإجماع كافة الدســاتير الدولية ويترتب على ذلك الالتزام بإتباع خطــوات قبــل صدور قرار نزع الملكية؛ حيث تضمن قانون الاســتملاك رقم (2) لسنة (1953) إجراءات معينة يجب على المنشئ ومالك العقار القيام بها وتتلخص بثــلاث هي: الإجراءات الواجب أتباعها قبل صدور قرار نزع الملكية، الإجراءات الواجــب أتباعها عند صــدور قرار نزع الملكية،الإجــراءات الواجب إتباعها بعد صدور قرار نزع الملكية.

وســوف تتناول الباحثة هذا الموضوع بثلاثة أفرع، وســتتحدث الباحثة في كل فرع الإجراءات القانونية من ناحية قانونية ونظرية، ثم تطبيق الإجراءات النظرية على الحالة الدراسية (مدينة روابي).

الفرع الأول

الإجراءات الواجب إتباعها قبل صدور قرار نزع الملكية

ينبغي على المنشــئ[108]، نشــر إعلان مبدئي في صحيفتين يوميتين على الأقل يعلن عــن عزمــه التقدم إلى مجلــس الوزراء،وبعد مرور(15) يوما من تاريخ النشــر، يطلب

107 نظرا لاختلال الواضح في القوة بين مالك الارض والحكومة فنص التشريع الكندي على العديد من الضمانات الاجرائية التي تساعد المالك في عملية نزع الملكية وتشمل تلك الحقوق ان يتم اعلام المالك عن نزع الملكية واعلامه بكافة الخطوات التي تتخذها الحكومة في تلك العملية من خلال يمثلهم محامي في تلك العملية مقابل رسوم قانونية معفولة وتسدد عادتا لصاحب الارض؛ وفي حال ملاك الاراض لم يكونون راضين على المقترحات الاولية عن نزع الملكية فهنا لديهم الحق في عرضاً رسمياً من التعويض وكذلك سجل للتقييم وفي نهاية المطاف تفاوض بشأن التعويض من خلال جلسة استماع عامة او اجراءات التحقيق امام محكمة ادارية مستقلة؛ **مشار إليه Peter Bowal and Rohan Somer previous article**:

108 يعرف المنشئ الحكومة أو اي مجلس بلدي أو محلي وأية شركة أو جمعية أو هيئة أي شخص يقوم بمشروع أو هو على وشك القيام به، مشار للمادة(2) من قانون الاستملاك رقم (2) لسنة (1953).

إصدار قرارالاســتملاك العقار الموصوف في الإعلان وأنَ المشــروع المراد الاستملاك من أجله للنفع العام[109].

والهدف من الإعلان المبدئي إعلام أصحاب العقارات المراد نزع ملكيتها، ولذلك لا يكون النشر في الجريدة الرسمية إنما في صحيفتين يوميتين، كما يتعين أن يكون الإعلان كافيــاً وواضحــاً في تحديد العقارات المراد نزع ملكيتها، كما يتوجب إعلان اســم الجهة الإدارية طالبة الاســتملاك، ولا يملك مجلس الوزراء تغيير تلك الجهة وإلا أعتبر قرار نزع الملكية صادراً دون إعلان مبدئي[110].

ويجب أن ينص المشرع على أن تنشر هذه الخطة الإستراتيجية بوقت كافٍ[111]من قبل المنشئ، فور اعتمادها وقبل تنفيذها ووضعها موضع التنفيذ، لأنّه يمكن أن يترتب على عدم نشــرها إمكانية تســريب المعلومات الخاصة بالمشروع من القائمين على تخطيطه والعاملين بالجهة وإفشاء المعلومات، بشكل جزئي لمصالح بعض هؤلاء أو أقاربهم وذويهم أو من يتبادلون معهم بعض المصالح الخاصة، كما يمكن بيع المعلومات بمقابل، وســوف يترتــب عليهــا أنَ هناك بعض العقارات ســوف يتم نزعها للمنفعــة العامة وبالتالي فإن تسرب مثل هذه المعلومات يمكن أن يستغله مالكو هذه العقارات وبيعها بالسعر السوقي

109 محمد أبو عمارة، **مرجع سابق**، ص 55 ؛ **للمزيد انظر**: المادة (3) من قانون الاستملاك رقم (2) لسنة 1953؛ بشير الباجي، **مرجع سابق**، ص147؛ قرار بقانون رقم (3) لسنة (2011) بشأن تعديل قانون الاستملاك رقم (2) لسنة (1953)، المنشور في العدد (90) من الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 2011/3/3، ص22، مادة (2):» على المنشئ ان ينشر إعلانا في صحيفتين يوميتين على الأقل، يعلن فيها عزمه على التقدم إلى مجلس الوزراء بعد مرور (15) يوم من تاريخ نشر الإعلان بطلب إصدار قرار باستملاك العقار الموصوف في الإعلان وان المشروع الذي سيجري لاستملاك من اجله هو للمنفعة العامة».

110 حكم محكمة العدل العليا رام الله رقم (97/20) لسنة (1997)، المنشور في المقتفي، بتاريخ 1997/5/6.

111 وتعرف الخطة الإستراتيجية هي الوثيقة التي تشتمل على الرؤية والرسالة والأهداف التي تسعى المنظمة إلى تحقيقها وسائل والإجراءات التي سوف تتخذه حتى تحقق تلك الرسالة، **مشارإليه** في عبدالكريم أبو الفتوح درويش،**التخطيطالاستراتيجي** (دبي: أكاديمية شرطة دبي،2003)، ص21،22.

المرتفع لها تجنباً لمضار قرار نزع الملكية[112].

بنــاء علــى ما ســبق فإن قيمة التعويضــات لا تصل من الناحية الفعليــة إلى القيمة الحقيقيــة للعقــار المنــزوع ملكيته، وبالتالي فان إذاعة خطة المشــروعات قبلها عشــرة ســنوات أو خمســة عشر سنة في إطار الخطة الإســتراتيجية للجهة الإدارية طالبة نزع الملكية من شأنها الانتقال المتدرج لقيمة هذه العقارات، وأنَ هناك بعض العقارات التي سوف تستفيد استفادة كبيرة من المشروعات المنوي إنشاءها من خلال تسرب معلومات عن المشروع لبعض الأفراد الذين يمكنهم المضاربة على هذه العقارات وشرائها قبل أن يعرف ملاكها الحقيقيون بالمشروع التي سوف يزيد من قيمة عقاراتهم[113].

وعليه فإن إغفال المشرع المصري والأردني والقانون المطبق في فلسطين على النص على وجوب نشر الخطط المتعلقة بمشروعات المنفعة العامة بوقت طويل في إطار الخطط الإســتراتيجية يتيح لمن يســتطيع الحصول على معلومات عن هذه المشروعات قبل على الكافة، من الاســتفادة منها على نحو شــخصي بالمخالفة لمقتضيات العدالة القانونية، وهذا المطبق في فرنسا[114].

112 كما أنه إذا ارتفعت بسبب الاستملاك قيمة الأرض الواقعة ضمن منطقة البلدية أو المجلس، وذلك بخروجها إلى وجه الطريق أو بتوسيع الطريق التي كانت عليه، أو بسبب ازدياد وجه الطريق بأي صورة كانت، فيحق لمجلس البلدية أو المجلس المحلي أن يفرض على الشخص الذي ارتفعت قيمة أرضه بهذه الصورة مقابل لا يزيد عن ربع مقدار ذلك الارتفاع عند انجاز الأشغال التي سببت الزيادة في ارتفاع قيمة الأرض، ويقدر المجلس البلدي أو المحلي مقدار هذه الزيادة التي حصلت في قيمة الأرض ومقدارها، وفي حال تعذر الوصول إلى اتفاق تفصل المحكمة في ذلك بناءً على دعوى يقيمها أحد الطرفين، ويجري التقاص بين التعويض والمقابل المستحق بموجب هذه المادة، وان يدفع المقابل المستحق على المالك على أربعة أقساط متساوية خلال أربع سنوات وعند تخلف المالك عن دفع أي قسط من هذه الأقساط تحصل منه وفق أحكام قانون تحصيل رسوم البلدية، المادة (22) من قانون الاستملاك يشترط» أن يكون المجلس البلدي أو المجلس المحلي قدم طلبا بذلك خلال سنة واحدة من تاريخ انجاز الإشغال التي أوجبت هذه الزيادة في القيمة ؛ إن يكون لمجلس البلدي أو المحلي مكلفا بدفع التعويض عن كل أو بعض الأرض التي استملكت من اجل توسيع الطريق، ان لا يزيد مجموع ما يؤخذ من اجل الشرفية على مقدار التعويض المقرر دفعه؛.

113 سامي الطوخي، **الإدارة بالشفافية الطريق للتنمية والإصلاح الإداري دراسة مقارنة** (القاهرة: دار النهضة العربية،2006)، ص105.

114 **المرجع السابق**، ص 105.

فإذا كان الإعلان المبدئي إجراءا تمهيدياً[115] لقرار الاستملاك، فلا يعد قراراً إدارياً قائماً بذاته بل إنه مجرد إعلان عن رغبة المنشئ، ولا يحدث أي أثر قانون معيناً حيث يتمتع هذا الإعلان المبدئي بالحصانة المؤقتة، فلا يمكن مخاصمته اســتقلالا بل يتعين لحــين صدور قرار الاســتملاك إثارة عدم مشــروعية الإعلان المبدئــي لإلغاء قرار نزع الملكية نفسه[116].

وبعد انتهاء المدة المنصوص عليها قانونيا لنشر الإعلان المبدئي في الصحف المحلية، يتقدم المنشــئ بطلب إلى مجلس الوزراء مرفقا بمخطط العقار المطلوب اســتملاكه[117]، وإلا يعتبر الطلب باطلاً وليس منعدماً ويكشف تقديرا أولياً لمجموع التعويض عنه وما يثبت مقدرة المنشئ المالية[118]، ونص المشــرع الأردني على المدة التي يجب إن يتم تقديم الطلب فيها إلى مجلس الوزراء، وهي ثلاثة أشهر من تاريخ انتهاء مدة الإعلان وفي حال عدم مراعاة هذه المدة يعتبر إعلان الاستملاك كأن لم يكن، في حين أن القانون المطبق في فلسطين لم ينص على أي مدة

115 حكم محكمة العدل العليا رام الله رقم (192) لسنة (2010)، منشورات نقابة المحامين النظامين الفلسطينين، العدد الاول ،بتاريخ 2011/11/30، ص90 » اما اذا لم تتم المصادقة على القرار من تلك الجهة فانه في هذه الحالة لا يعتبر قرارا اداريا نهائيا تنفيذيا لانه لا يحدث اثرا قانونيا ويعتبر قرار تمهيديا بحاجة للمصادقة عليه، لقد استقر الفقه والقضاء الاداريين على وجوب مخاصمة الجهة المختصة بتصديق القرار بجانب الجهة التي اصدرته وذلك في حال مصادقتها على ذلك القرار».

116 **حكم محكمة العدل الأردنية** رقم (77) لسنة (1964)، المنشور في مجلة نقابة المحامين، بتاريخ 1965/1/1، ص219، **للمزيد انظر: حكم محكمة العدل العليا الأردنية** لسنة (1973)، المنشور في مجلة نقابة المحامين، بتاريخ 1973/3/21، ص639. إذا كان قرار مجلس الوزراء مطعون به قد صدر باستملاك لأغراض مؤسسة الإسكان ولم يصدر لمصلحة البلدية، بينما الإعلان الذي نشر في الجريدة الرسمية وليس برغبة مؤسسة الإسكان وعليه فانه ليس هناك قرار من مجلس الوزراء بالاستملاك لأغراض البلدية، كما ان قرار الاستملاك المطعون به الصادر لأغراض مؤسسة الإسكان لم يسبقه إعلان برغبة هذه المؤسسة في الاستملاك وبالتالي يكون هذا القرار مخالفا للقانون ، ولا يغير من ذلك كون مجلس الوزراء قد ادخل تعديلا على هذا القرار بعد إقامة دعوى الطعن بشطب عبارة (لأغراض مؤسسة الإسكان) لان هذا الشطب لا يجعل القرار صادرا بالصورة التي صح بها وإنما هو قرار جديد يقتضي ان تسبقه الإجراءات القانونية المنصوص عليها في قانون الاستملاك.

117 اشترط المشرع في مقاطعة نوفا سكوتيا أن الطلب المقدم للمجلس الوزراء يجب مرفق به وصفاً للارض المطلوب نزع ملكيتها والخطة وكذلك الجدول الزمني، **مشارإليه:**
Expropriation Act , R.S.N.S. 1989, c. 156, May 15 ,2014 ,http://nsuarb.novascotia.ca/sites/default/files/PDFs/expropriation.pdf

118 حكم محكمة النقض المصرية رقم (994) لسنة (56)، منشورات بوابة محكمة النقض المصرية، بتاريخ 30/1/1991، ص1569.

معينة، وذلك لإثبات جدية الإدارة في استكمال هذه الإجراءات[119].

عنــد تطبيــق الإجراء الأول علــى الحالة الدراســية، فإننا نجد بأن شــركة بيتي العقارية للاســتثمار لم تقم بنشــر الخطة الاستراتيجة لمدينة روابي منذ فترة طويلة ولــم يعرفــوا ناس بأنه ســوف تنشــأ مثل تلك المدينة على رغم مــن أن تلك الأراضي المنزوعة ملكيتها هي مصدر رزق لتلك الأهالي، لكنها شركة بيتي العقارية الاستثمارية قد التزمت بنص قانون الاستملاك رقم (2) لسنة (1953) الساري في فلسطين المادة (3) الفقرة (1)، وقامت بنشر الإعلان المبدئي في الجريدة الرسمية[120]، قبل أن تتوجه إلى مجلس الوزراء بطلب قرار الاســتملاك، إلا أنه صدر قرار بقانون من أجل إلغاء الفقرة الأولى من المادة (3) من قانون الاستملاك بشأن مكان النشر، وجاء بعد صدور قرار الاستملاك الخاص بمدينة روابي إي في عام (2011) وصدر القرار للاستملاك بعام (2009)؛ من إجل أعلام الأفراد الذين هم قراء للصحف اليومية بشــكل ملتزم ومستمر؛ ولكنهم ليسوا قراء ملتزمين بالجريدة الرسمية.

وذكر في الإعلان أنّ الاستملاك سيكون من أجل تحقيق منفعة عامة، وحدد فيه أوصاف الأراضي المراد نزع ملكيتها ومساحتها بشكل تفصيلي في الإعلان المبدئي[121]، كما أن الجهة المتقدمة بطلب الاستملاك واضحة بالإعلان وان كانت جهة خاصة وليست عامة.

إن الفترة ما بين الإعلان المبدئي الذي نشــر في الجريدة الرســمية، وما بين قرار مجلس الوزراء الذي تم إصداره في جلسة منعقدة بتاريخ (2009/3/5) هي (25) يوما، علمــا بأنــه كان هناك مباحثات بين شــركة بيتي وبين وزير الحكم المحلي رئيس مجلس التنظيــم الأعلــى ومدير عــام الحكم المحلي لمحافظة رام الله والبيرة في الجلســة رقم (2008/6) المنعقدة بتاريخ 2008/9/24 حول المخطط الهيكلي لبلدة روابي على أراضي

119 حكم *محكمة العدل* العليا الأردنية لسنة (1979)، المنشور بمجلة نقابة المحامين 1979/1/23، ص 747؛ للمزيد انظر: مقابلة أجريت **مع مدير الشؤون القانونية في مجلس الوزراء (رامي الحسيني) في مجلس الوزراء**، بتاريخ 2012/3/26.

120 ملحق (4).

121 جريدة الوقائع الفلسطينية الرسمية، اعلان صادر عن شركة بيتي للاستثمار العقاري، العدد (79)، بتاريخ 2009/2/9، ص177.

قرية عطارة، ومن هنا نجد بان شركة بيتي قد اتبعت الإجراءات المنصوص عليها قانونيا قبل صدور قرار الاستملاك [122].

الفرع الثاني

الإجراءات الواجب إتباعها عند صدور قرار نزع الملكية

يقوم مجلس الوزراء بدراسة الطلب المقدم، والتأكد من وجود المقدرة المالية للمنشئ بدفــع التعويض وتنفيذ المشــروع، وبعد التثبت بأن تنفيذ المشــروع المنوي أقامته يحقق النفع العام يقرر المجلس إستملاك الأرض بشكل دائم بحيث تنتقل ملكيتها من صاحبها إلى الجهة المنشئة[123].

وكذلــك يكــون من حق مجلس الوزراء أن يقرر نزع ملكية حق الارتفاق، وهنا لا يقع نــزع الملكيــة على الأرض وإنما على حق الارتفاق بحيث تقوم بنزع ملكية حق المرور أو المسيل أو الشرب في الأرض أو فرض إي قيد على ممارسة إي من الحقوق المتفرعة عن ملكية العقار، فهذه هي القرارات المخول مجلس الوزراء بإصدارها فيما يتعلق بطلبات الاســتملاك بعد التأكد من أن المشــروع المطلوب نزع الملكية من اجله يحقق النفع العام وتوافر القدرة المالية لإقامة المشروع[124].

أما القانون الأردني[125] إذا اقتنع مجلس الوزراء بأن تنفيذ المشروع يحقق نفعاً عاماً، ولدى المنشئ المقدرة على دفع التعويض فإنه يقرر استملاك العقار استملاكا مطلقاً، أو اســتملاك حق التصرف أو الانتفاع به او الاســتعمال لمدة محددة، أو فرض إي حق من حقوق الارتفاق عليه، أو قيد على الممارســة إي من الحقوق المتفرعة عن ملكية العقار، حيث يتعين على مجلس الوزراء أن يصدر قراره بالاستملاك في غضون ستة أشهر من تاريخ انتهاء مدة الإعلان المبدئي؛ وإلا كان الإعلان لم يكن.

122 ملحق (5).

123 قانون الاستملاك رقم (2) لسنة (1953) ، المادة رقم (4).

124 حكم محكمة العدل العليا رام الله رقم (13) لسنة (1997)، المنشور على المقتفي، بتاريخ 2004/12/28.

125 المادة (5/4) من قانون الاستملاك لسنة 1987.

وبالمقارنة مع نص الاردني مع القانون المطبق في فلسطين تجد الباحثة أن القانون المطبق في فلســطين نص على إمكانية اســتملاك إي حق من حقوق الارتفاق في الأرض المراد أقامة مشــروع المنفعة العامة، حســب المادة (4/1/ج)من قانون الاســتملاك رقم (2) لسنة (1953)، وفي نفس المادة (4/1/د) نص على إمكانية فرض إي من قيد من القيود على ممارسة إي حق من الحقوق المتفرعة عن ملكيتها، وكان الأجدى بالمشرع أن يعتمد الفقرة (د)، ويحذف الفقرة (ج) لان نزع ملكية الحقوق العينية لا يجوز بمعزل عن الأرض ذاتها فلا يجوز نزع ملكية حق الارتفاق إلا إذا نزعت ملكية الأرض نفسها كما وضحت الباحثة سابقا.

وأنَ القانون الأردني قيد مجلس الوزراء بإصدار قراره خلال فترة ســتة أشــهر من تاريخ مدة الإعلان المنصوص عليها ســابقا (15يوما)، وإلا اعتبر الإعلان كأن لم يكن، وهذه المدة لم ينص عليها القانون المطبق في فلسطين وكان من الأجدى أيضا أن يحدد لإصدار القرار، لأن هذا القرار يؤدي للمساس بحقوق الأفراد[126].

وبعــد نشــر القرار في الجريدة الرســمية والموافقة عليه مــن مجلس الوزراء ورئيس الســلطة التنفيذية، يعتبر بينة قاطعة[127] على إن المشــروع المراد استملاكه هو للمنفعة العامة[128]، بالتالي يعتبر تبليغا قانونيا بدون حاجة لتبليغ ذوي الشأن بالطرق المتعارف عليها ما دام إن قانون الاستملاك قد نص على التبليغ بواسطة النشر[129].

126 حكم *محكمة العدل العليا الفلسطينية*، رقم (52) لسنة (1981)، المنشور في مجلة نقابة المحامين، بتاريخ 1981/1/4، ص1842.

127 ملحق (4).

128 حكم *محكمة العدل الأردنية* رقم (1966/100) لسنة (1967)، المنشور بمجلة نقابة المحامين، بتاريخ 1967/1/1،ص263؛ للمزيد انظر: المادة (7) من *قانون الاستملاك* رقم (2) لسنة 1953.

129 حكم *محكمة العدل الأردنية* رقم (1966/106) ،المنشور بمجلة نقابة المحامين ،بتاريخ 1966/1/1 ص114؛ **للمزيد انظر**: حكم محكمة العدل العليا رام الله رقم (25/2008) لسنة (2008)، المنشور على المقتفي، **للمزيد انظر** حكم محكمة النقض المصرية رقم(3393) لسنة1977، المنشور على بوابة محكمة النقض المصرية، بتاريخ 2012/6/3» أن المشرع أوجب نشر القرار المقرر للمنفعة العامة في الجريدة الرسمية مع مذكرة ببيان المشروع المطلوب اعتباره من أعمال المنفعة العامة ورسم بالتخطيط الإجمالي للمشروع ولصقه في المحل المعد للإعلانات بالمديرية أو المحافظة بحسب الأحوال وفى مقر العمدة أو مقر الشرطة وفى مقر المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها العقار وذلك لغاية أساسية هى وصول القرار إلى علم ذوى الشأن لأن قرار تقرير المنفعة العامة لمشروع معين بما يصاحبه ويترتب عليه من نزع الملكية يمسى المراكز القانونية لذوى الشأن ومن ثم كفل القانون بإجراءات النشر والإعلان ما يؤمن بقدر الإمكان وصول القرار إلى علم ذوى الشأن ".

ينظم قانون الاســتملاك أحكاما خاصة بالحيازة الفورية للعقارات للمنفعة العامة، منح بموجبها الإدارة حق حيازة عقار خاص للأفراد بالقوة الجبرية؛ إذا وجدت أسباب تدعــو لان تضــع الإدارة يدها عليها في الحال، ويكون المنشــئ قــد أرفقها في طلبه إلى مجلــس الــوزراء في حــال كونه وزارات أو هيئة عامة أو مجلــس بلدي أو قروي، أما إذا كان غير ذلك من ما ســبق ذكره؛ فيأمره مجلس الوزراء أن يدفع إلى صندوق الخزينة كوديعة تعويض، التي سوف يقرر دفعها لصاحب الأرض[130]، مقابل تعويض عادل عند حيازة العقار من اجل تحقيق مصالح عامة وحمايتها وليس تحقيق مصالح شــخصية، وإلا شاب قرار مجلس الوزراء عيب انحراف السلطة وهذا يؤدي إلى التضحية بحقوق ومصالــح الإفراد[131]، إلا انه لم يحدد ماهية الأســباب التــي يفترض إن تمثل الحالات الطارئة أو المســتعجلة أو الضرورية، وقد جاءت الحالات على ســبيل المثال لا الحصر مثل الفيضانات، تفشي وباء؛ وهذا لا يحتمل التأخير[132].

ولضمــان التعويــض العادل عن العقار الذي تم اســتملاكه بطريقة الحيازة الفورية، فإنــه يتــم تشــكيل لجنة تخمين خاصة تابعة للمنشــئ مكونة من مديــر دائرة الأراضي والمساحة بواسطة من ينتخبهم من الخبراء لإجراء الكشف الحسي على العقار، لتقدير التعويــض الواجــب إيداعه ولإثبات أوصاف العقار بصورة دقيقة ومفصلة للاســتئناس بها عند تقدير قيمة التعويض[133].

130 نصت المادة رقم (12) الفقرة (2) من قانون الاستملاك لسنة (1953):»على انه يترتب على مجلس الوزراء قبل إعطاء قرار كهذا ان يأمر المنشئ اذا كان غير الحكومة، ان يدفع الى صندوق الخزينة كوديعة التعويض الذي سوف يقرر دفعه لصاحب الأرض بموجب هذا القانون؛ للمزيد انظر: خالد زغبي، **مرجع سابق**، ص31-33.

131 تنص المادة (12)الفقرة (1) من قانون الاستملاك لسنة (1953):»إذا كان استلام الأرض في الحال ضروريا للنفع العام يترتب على المنشئ إن يقدم طلبا مستعجلا إلى مجلس الوزراء، فإذا اقتنع المجلس أن هناك أسبابا تدعو لان يضع المنشئ يده على الأرض فورا يصدر قرارا بالحيازة الفورية بتسليم الأرض له حالا دون التقيد بالمراسيم المنصوص عليها في المواد (5،6،8،9) "؛ للمزيد انظر: ماجد الحلو، **مرجع سابق**، 623.

132 حكم *محكمة العدل العليا الأردنية*، رقم (1968/48) لسنة (1968) ،المنشور في مجلة نقابة المحامين، بتاريخ 1968/1/1، ص548 «من حق مجلس الوزراء إن يقرر الحيازة الفورية إذا وجد إن هذه الحيازة ضرورية «؛**يمكن تعريف الحيازة**» بصفة عامة بأنها وضع اليد على العقار أو المنقول والتصرف فيه، أو هي السلطة الفعلية أو الواقعية يباشر الحائز على الشيء»؛ **للمزيد انظر**: كتاب عبد العلي العبودي ، **الحيازة فقها وقضاءاً** (بيروت: مركز الثقافة العربي:1996)، ص 17.

133 حكم *محكمة تمييز الحقوق* لسنة (1993)، رقم (93/69)، المنشور في مجلة نقابة المحامين، ص1483.

وتكمن الحكمة من وراء رغبة المشرع من وجوب اطلاع الخبير على تقرير لجنة المنشئ في الحيازة الفورية، أنه في هذه الحالة فان المنشئ يضع يده على العقار المستملك دون التقيد بالإجراءات المنصوص عليها في المادة (5،6،8،9)[134] ، إن عدم اطلاع الخبير على تقرير الكشــف الذي يجريه مدير دائرة الأراضي والمســاحة في حالة الحيازة الفورية، يعيب تقرير الخبير(اللجنة) ويعتبر غير مستوف للشروط القانونية؛ الأمر الذي يتطلب إعادة الكشف[135].

وعند تطبيق الإجراء على الحالة نجد بأنه، قامت شركة بيتي بنشر الإعلان المبدئي بتاريــخ (2009/2/9)، وقدمــت بعد (15) يوما طلبهــا لمجلس الوزراء والذي وافق على طلب الاستملاك بتاريخ (2009/3/5)، أما الرئيس الفلسطيني فقد صادق على القرار بتاريخ (2009/11/15)[136].

إنّ عملية الحيازة الفورية بحاجة –وحسب ما اتفق عليه في الفقه القانوني وفي القانون الفلسطيني رقم (2) لسنة (1953)– إلى أسباب مرفقة بطلب الاستملاك يقدمها المنشئ من أجل إثبات ضرورة الاستعجال بإجراءات الاستملاك، ولم يوضح القانون الفلسطيني الأســباب التي تدعو إلى المصادقة على قرار الحيازة الفورية بل تركها لتقدير الجهات الإدارية (السلطة ، الحكومة) مما ترك المجال مفتوحاً وواسعاً وغير محدد.

أنَ الأسباب المقدمة في حالة روابي من أجل الحيازة الفورية تمثلت بتوفر الضرورة الملحة لاستلام الأرض لغايات النفع العام كشرط لقبول الحيازة[137]، ولا يمكن القول بأن هذا الشــرط مقنعا أو مقبولا، حيث أنه ليس هناك أمر مســتعجل من اجل بناء مدينة حديثة بهذه الســرعة، وتفاديا لإجراءات قانونية مهمة وحيوية لســير العملية بسلاســة بــين الشــركة وأصحاب الأراضــي، والدليل أن القرار بالحيــازة الفورية قد صدر منذ

134 ملحق رقم (6) نص قانون الاستملاك.

135 حكم محكمة تمييز حقوق رقم (99/2752) لسنة (2002)، المنشور في مجلة نقابة المحامين، ص2320.

136 قرار رئيس الدولة الفلسطينية رقم (136) لسنة (2009)، المنشور في الجريدة الرسمية، بتاريخ 2009/11/15.

137 مذكرة قانونية بخصوص قرار مجلس الوزراء المتعلق بالحيازة الفورية رقم (13/د/ق/ص) لعام (2009)، بتاريخ 2009/12/27؛ **للمزيد انظر**: ملحق (3).

ثلاث ســنوات إلا إن إنشــاء المدينة ما زال مستمرا حتى يومنا هذا، وسيتم توضيح ذلك تفصيليا في الإجراء التالي.

أمــا بالنســبة للتعويض العادل فقد تم تشــكيل لجنــة للتخمين طبقا للأصول القانونية عند إصدار قرار الحيازة الفورية أو عند إصدار قرار الاســتملاك في البداية، إلا إن اللجنة وحســب القانون تتبع للمنشــئ وبما إن المنشئ بالعادة يكون الحكومة أو إحدى دوائرها، فان اللجنة تكون محايدة و مشكلة من قبل الحكومة وهدفها مصلحة المواطن أولا، إلا إن القانون لم يحدد عند الاســتثناء -شــخص اعتبــاري- الــى اي جهة تتبع اللجنــة؛ أي تكون تابعة للحكومــة التي أعطت حق الامتياز؟،ام تابعة للمنشــئ وهو الشــخص الاعتباري؛ وهل يوجد خبير من طرف الحكومة يتابع تفاصيل الكشف؟، وهذا ما لم يوضحه قانون الاستملاك الساري في فلسطين بشكل دقيق[138].

الفرع الثالث

الإجراءات الواجب إتباعها بعد صدور قرار نزع الملكية

بعد صدور قرار الاستملاك من مجلس الوزراء، يتم رفعه إلى رئيس الدولة للمصادقة عليــه [139]، وبعد نشــر القــرار الصادر من مجلس الوزراء والمقتــرن بمصادقة الرئيس في الجريدة الرســمية، هناك إجراءات أوجب قانون الاســتملاك رقم (2) لسنة (1953) على المنشئ وهي: إن يقدم إلى مأمور التسجيل التي تقع الأرض المستملكة ضمن دائرة اختصاصه صورة عن القرار المذكور بعدد الأشخاص المطلوب تبليغهم به، وكشفا بأسماء أصحاب الأرض المثبتة في ســجلات دائرة التســجيل أو في القيود تحرير الأراضي، أما الأراضي غير المسجلة، وغير المحرر فيقدم كشف بأسماء واضعي اليد عليها بتاريخ صدور

138 بناءا على وثائق رسمية مرفقة بالبحث، ملحق (5)، فقد تم إيداع ما قيمته (5000000) دينار أردني في حساب خاص للسلطة الوطنية الفلسطينية على ان يتم تغذية الحساب في حال كان المبلغ الموضوع اقل من التعويض اللازم؛ للمزيد انظر: مقابلة اجريت **مع مدير الطابو دائرة تسجيل الأراضي (شوكت البرغوثي) في مقر دائرة نسجيل الاراضي، بتاريخ** 18/3/2012.

139 المادة (2/4)من قانون الاستملاك رقم (2) لسنة (1953).

قرار الاســتملاك ومحل إقامتهم، وتقديم صورة عن قيد الأرض التي تقرر اســتملاكها مع مخطط واضح لها[140]، الذي يترتب عليه وضع إشارة على قيد الجزء المستملك من العقار، ويتضمن أن يقرر استملاكها وان يمتنع عن إجراء إي معاملة عليها[141].

أما القانون الأردني فقد كان أكثر شــمولية في تحديد المعاملات التي تتم على قيود

140 المادة (6) من قانون الاستملاك رقم (2) لسنة (1953)، **للمزيد انظر:** حكم محكمة النقض المصرية المدني رقم (6163) لسنة(74) في الجلسة 2014/8/4، منشورات البوابة القانونية لمحكمة النقض» إذ كان البين من الأوراق أن ملكية الأرض موضوع النزاع قد ثبتت للطاعن بالحكم الصادر في الطعن بالنقض رقم 85 لسنة 62ق بتاريخ 1998/5/14 ، بعد نزع ملكيتها للمنفعة العامة الحاصل في 1979/5/27، ولم يرد اسمه في كشوف بيانات النزع، ولم يخطر بأى من إجراءاته ولم تعتد الجهة القائمة عليه – حسب الثابت بالأوراق – بادعائه الملكية. مما يخوله – وعلى ما سلف بيانه – الحق في اللجوء مباشرة إلى المحكمة بطلب التعويض الذى تقرر عن نزع ملكية تلك الأرض ، وذلك من الجهة التى تحت يدها أو من الشخص الذى قبضه دون وجه حق. وإذ لم يفطن الحكم المطعون فيه لهذا النظر بشأن حقيقة طلبات الطاعن في الدعوى، وتحجب بذلك عن بحث ما آل إليه الأمر في هذا التعويض فإنه يكون معيباً.

141 المادة (8) من قانون الاستملاك رقم (2) لسنة (1953): "بعد نشر القرار يترتب على المنشئ إن يقدم إلى مأمور تسجيل الأراضي صورة عن قيد الارض التي تقرر استملاكها مع مخطط واضح لها وذلك اذا كانت الأرض المراد استملاكها مسجلة في دائرة تسجيل الأراضي وعلى مأمور التسجيل ان يضع اشارة على قيد تلك الأراضي في السجل ويمتنع عن اجراء اي معاملة عليها"، **للمزيد انظر:** حكم محكمة النقض المصرية المدني رقم (6163) لسنة (63)، منشورات البوابة القانونية لمحكمة النقض،الجلسة 4/8/2014» مفاد المواد 5 ، 6 ، 7 ، 8 من القانون رقم 577 لسنة 1954 بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة أو التحسين، أن المشرع قد أوجب في المادتين الخامسة والسادسة منه على الجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة أن تتخذ الإجراءات المحددة بها والتى تنتهى بتحرير كشوف تتضمن بيان العقار المطلوب نزع ملكيته واسم مالكه وأصحاب الحقوق فيه ومحال إقامتهم والتعويض المقدر لهذا العقار وعرض هذه الكشوف مع خرائط تحديد العقارات في الأماكن المحددة للنشر عنها لمدة شهر وإخطار أصحاب الشأن بها، وأجازت المادة السابعة منه لذى الشأن من الملاك وأصحاب الحقوق الاعتراض على هذه البيانات بما في ذلك تقدير التعويض خلال ثلاثين يوماً من تاريخ انتهاء مدة عرض الكشوف سالفة البيان، وحرصاً من المشرع – وعلى ما ورد بالمذكرة الايضاحية للقانون المشار إليه – على حسم الأمور واستقرار الحقوق والتوصل إلى سرعة صرفها – أكدت المادة الثامنة على اعتبار البيانات المدرجة في الكشوف نهائية إذا لم تقدم عنها اعتراضات خلال المدة المذكورة بحيث يكون صرف التعويضات المدرجة بها إلى الأشخاص المقيدة اسمائهم فيها مبرء لذمة الجهة نازعة الملكية في مواجهة الكافة – ومنهم من قد يظهر من أصحاب الحقوق فيما بعد. وقد أوضحت المذكرة المشار إليها أن هذا الإبراء نسبى لأن حق أى انسان على العقارات المدرجة في الكشوف لا يسقط قبل الأشخاص الذين صُرفت لهم التعويضات، بل يظل قائماً وخاضعاً للقواعد العامة التى تقرر للدائن الحقيقي حق الرجوع على الدائن الظاهر بما يكون قد استوفاه بغير حق، ويؤكد ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة 26 من ذات القانون » من أن » دعاوى الفسخ ودعاوى الاستحقاق وسائر الدعاوى العينية لا توقف إجراءات نزع الملكية ولا تمنع نتائجها، وينتقل حق الطالبين إلى التعويض «وهو ما لازمه أن عدم اعتراض المالك الحقيقى على بيانات نزع الملكية لعدم ورود اسمه فيها، وعدم اعتداد الجهة نازعة الملكية أو القائمة على إجراءاته بما يدعيه من ملكية لا يحول بينه بعد الحكم له في أى من تلك الدعاوى وبين المطالبة بحقه في التعويض عن نزع الملكية».

الأراضــي التــي تم اســتملاكها، وذلك بأن نص على امتناع قيــام بأي معاملة عليه فيما عدا معاملة الانتقال، إلا بموافقة المنشــئ وان يقوم المنشــئ بدفع قيمة التعويض المتفق عليها قضاء أو رضاء[142]، وبعد التبليغ يترتب على المنشــئ أن يفاوض صاحب الأرض، أو إي شــخص له الحق فيها وأن يتفق معه على شــرائها أو التصرف فيها أو استعمالها لمدة محدودة أو على تملك إي حق فيها يقتضيه المشروع[143].

أما القانون المطبق في فلسطين حدد طريقة التفاوض بين الطرفين بعد تبليغ أصحاب الشأن بذاتهم بقرار الاستملاك، أما المشرع الأردني فلم ينص على وجوب تبليغ أصحاب الشأن بذاتهم بل اعتمد على نشر القرار وتفاصيله في صحفيتين يوميتين، ونص القانون الأردني[144]،في نفس المادة (9) على قيام المالك بمراجعة المنشئ خلال 30 يوما من تاريخ النشر للتفاوض بقصد الاتفاق على مقدار التعويض الواجب دفعه له عن عقاره المنزوع ملكيته، لكن القانون المطبق في فلسطين فلم ينص على إي مدة لمراجعة المنشئ للتفاوض على التعويض، في حين إذا لم يتوصل إلى اتفاق بين طالب الاستملاك وصاحب الأرض علــى مقــدار التعويــض فيجوز لأي منهما إن يلجأ إلى المحكمــة المختصة لتعيين مقدار التعويض الواجب دفعة مقابل الاستملاك[145].

وينبغي على المجلس الوزراء إن يتم نشر دراسة جدوى الخاصة بالمشروع مع القرار والصورة مبينة للمشروع المطلوب تنفيذه، وهذا يتحتم الإدارة أن تعلن دراسات جدوى

142 المادة (6) من قانون الاستملاك الاردني لسنة 1987، لمزيد انظر: قرار محكمة تمييز الحقوق رقم (82/231) لسنة (1982)، المنشور في مجلة نقابة المحامين، ص753:» لا يجبر مأمور التسجيل وضع اشارة الاستملاك على قيد الارض المستملكة الا بعد نشر قرار الاستملاك في الجريدة الرسمية ويبطل الاجراء المخالف، **للمزيد انظر:**
حكم محكمة النقض المصرية الجزائي رقم (17664) لسنة (59) في جلسة 1993-11-28، ص1067، منشورات البوابة القانونية لمحكمة النقض»إن القانون رقم577لسنة1954فى شأن نزع الملكية للمنفعة العامة. الذى نظرت الدعوى في ظل العمل بأحكامه - لم يرتب على مجرد صدور قرار بنزع الملكية للمنفعة العامة أو الإستيلاء المؤقت على العقارات سقوط حق المالك في التصرف في العقار المراد نزع ملكيته، فجريمة المالك في التصرف في العقار المنزوع ملكيته باقية له حتى بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية ولا يسقط ذلك الحق - وفقا لما نصت عليه المادة 9 من ذات القانون - إلا بإيداع النماذج التى حددها القانون مكتب الشهر العقارى.

143 المادة (9) من قانون الاستملاك رقم (2) لسنة (1953).

144 لمادة (9) من قانون الاستملاك الأردني لسنة (1987).

145 المادة (1/15) من قانون الاستملاك رقم (2) لسنة 1953.

باعتبارها أساســية لتســبيب القرار الصادر بنزع الملكية,وهــذا مما يمكن الإفراد ذوي المصلحة من تحديد موقفهم حياله إما بالرضاء به لاقتناعهم بان هذا المشــروع تنموي لا يمكن دون التعرض لملكيتهم وإما الطعن على القرار وهذا المطبق في فرنسا[146].

أما فيما يتعلق بالإجراءات التي على مالك العقار المنزوع ملكيته إتباعها، وباستقراء نــص المــادة (10) مــن قانون الاســتملاك، يلاحظ أن القانون اوجب علــى مالك العقار المستملك إن يقوم بإبلاغ وإخبار المنشئ خطيا بأسماء الأشخاص الذي لديهم حقوق في العقار المستملك خلال (15) يوم على الأكثر من تاريخ تبليغه قرار الاستملاك، وفي حال إخلال المالك بذلك وعدم قيامه بهذا الالتزام، فيعتبر في هذه الحالة مســئولا عن دفع التعويض لهؤلاء الأشخاص، وتعتبر ذمة المنشئ بريئة تجاه إي من أصحاب الحقوق[147]، ويكون للمستأجرين وأصحاب المنفعة حق على المنشئ في التعويض إذا كان لديهم عقد ذو تاريخ ثابت سابق لقرار الاستملاك، وفي هذه الحالة يقدر التعويض بنفس الطريقة التي يقدر بها التعويض الذي يستحقه أصحاب الأرض[148].

أما الأرض الذي يملكها القاصرين وفاقدو الأهلية أو الغائبون أو الأوقاف، فلا تجوز المفاوضة في شانها إذا كانت الحكومة هي المنشئ ولا يجوز للأوصياء أو القوام استلام ثمــن الأرض التــي يتفق عليه في هــذه الحالة والذي يصدر بها حكم إلا بإذن خاص من المحكمة الشرعية[149].

إنَ الإجراءات القانونية التي قامت بها الشركة أخلت مسؤوليتها من المساءلة القانونية، حيث اســتندت إلى ما اوجب القانون على المنشــئ أتباعه، إما بالنســبة لملاك الأراضي فان قرار الحيازة الفورية حرمهم من بعض الإجراءات القانونية التي نصت عليها المواد (5،6،8،9)، ومن هنا فان تبليغ الأهالي استملاك أراضيهم عن طريق دائرة التسجيل لم يحصل، فلم يعلم بعض الأهالي بقرار الحيازة الفورية إلا لاحقا عندما وضعت الشركة

146 سامي الطوخي، **مرجع سابق**، ص105.

147 **حكم محكمة تمييز حقوق** رقم (86/307) لسنة (1989)، المنشور في مجلة نقابة المحامين، ص234 .

148 **حكم محكمة تمييز حقوق رقم** (324/65) لسنة (1965)، المنشور في مجلة نقابة المحامين، ص1656؛ للمزيد انظر: نص المادة (10) من قانون الاستملاك رقم (2) لسنة (1953).

149 المادة (11) من قانون الاستملاك رقم (2) لسنة (1953).

يدها على الأراضي بالقوة،وعند انقطاع عملية البيع والشراء التي كانت لبعض الأراضي حتــى بعد صدور قرار الاســتملاك، ومن هنــا نؤكد على أهمية تحديد المدد الزمنية لما يترتب عليها من حماية لذوي الشأن بتوفير قدر من الضمانات، فيما يتعلق ببدء سريان ميعاد الطعن بالإلغاء والاعتراضات.

وهنــا نطرح ســؤالا مهمــا حول عملية المفاوضة بين المنشــئ والمالكــين والمتصرفين بالأرض بشان مبلغ التعويض عن قيمة الأرض وذلك حسب ما جاء في إحكام المادة (9) من قانون الاســتملاك:» بعد تبليغ القرار وفقا للمادة السادســة يترتب على المنشــئ أن يفاوض صاحب الأرض أو إي شخص له حق فيها وان يتفق معه على شرائها أو التصرف فيها أو استعمالها لمدة محدودة أو على تملك إي حق يقتضيه المشروع».

حيــث يؤكــد بعضا من أهالي قريتي عبوين وعجــول بأنه تمت مفاوضتهم والحديث معهــم بشــان التعويض العادل بنظرهــم، إلا انه تمت المفاوضة مع أصحاب الأراضي أو نوابهم بشــان قيمة التعويض المرضية لجميع الأطراف،وطرحت العديد من الحلول عن طريق اللجنة الخاصة بالشأن المالي والاقتصادي في المجلس التشريعي أبرزها: استبدال أراضي الأهالي بأراض أخرى خارج المشروع تمتلك مواصفات مقبولة، أو عقار جاهز داخل مدينة روابي، أو تعويض نقدي[150].

وبالنسبة لمالكي العقارات فقد قاموا بتسليم الشركة أسماء المتضررين من هذا المشروع وأسماء الأشخاص ذوي الحق أو الذين ينتفعون من الأرض أكانوا موجودين أو غائبين وجرى ذلك حسب الأصول، علما بان الأراضي التي انتفعت من وجود المشروع لم تقوم بدفع للحكومة بــدل الانتفــاع[151]، بأنهم قد قاموا أيضا برفع دعاوى على المنشــئ (شــركة بيتي) لمطالبتها بتعويــض عادل،ومن الجدير بالذكر بان شــركة بيتي في حالــة روابي قد التزمت الإجراءات القانونية، إلا إننا سنتحدث عن ذلك تفصيليا بالمبحث الثاني والذي سيعالج التنظيم القانوني للتعويض والرقابة القضائية على قرار نزع الملكية، والذي سيتناول التنظيم القانوني للتعويض عند صدور قرار نزع الملكية والرقابة القضائية على قرار نزع الملكية.

150 ملحق رقم (7) ص3.

151 مقابلة مع مدير دائرة الأراضي «شوكت البرغوثي»، في مقر عمله في تاريخ 18/3/2012.

المبحث الثاني

التعويض والرقابة القضائية على قرار نزع الملكية

تمهيد وتقسيم

إنَ قرار نزع الملكية يحرم المواطن من حقه في ملكيته بموجب قرار من الحكومة للمنفعة العامة، ولذا تقرر الحكومة دفع تعويض ملائم يرضيه ويعوضه عن خســارته، وتقوم كذلك الحكومــة باتبــاع إجراءات قانونية لضمان أن يكون نزع الملكية في مكانه ويتبع هدفه؛ وذلك باتباع الرقابة القضائية وتطبيقها على العقار المنزوع ملكيته، إنَ مخالفة أي من الذي سبق يجعل قرار نزع الملكية باطلاً وغير صحيح أو مشوباً بعيوب انحراف السلطة وعيوب شكلية واختصاصيــة ســنبحثها تفصيلا في هذا المبحــث، ويكون من حق المالك أن يطعن في قرار نزع الملكية في حال وجود عيب في أحد أركان القرار بالتوجه للقضاء الإداري، أما القضاء العادي ففي حالة الطعن أو الاعتراض على مبلغ التعويض المطروح.

ستتحدث الباحثة في هذا المبحث عن ما هي ماهية التنظيم القانوني للتعويض عند صــدور قــرار نزع الملكية؟ والإجــراءات الرقابية والقانونية التي يتبعها القضاء بشــقيه الإداري والعادي؟ وسنقوم بشرح المادة نظريا بداية، ومن ثم سنقوم بتطبيقها على الحالة الدراسية (مدينة روابي).

المطلب الأول

التنظيم القانوني للتعويض عند صدور قرار نزع الملكية

إنَ حــق الجماعــة يأتي دوما مقدما على حق الفــرد، ومن هنا إنّ تخلي المواطن عن ملكه لصالح الجماعة والتي تمثلها الدولة، ينبغي أن يحصل على تعويض عادل لخسارته الفردية من أجل تحقيق الصالح العام[152]، وهذا ما أكدته المادة (21) من القانون الأساسي الفلســطيني المعدل لعام (2003) :»لا يســتملك ملك أحد إلا للمنفعة العامة في مقابل

152 خالد ظاهر، **مرجع سابق**، ص 563.

تعويض عادل حسبما يعين القانون»، وهذا يتفق مع ما جاء في مجلة الأحكام العدلية في نص المادة (1216)[153]، ويمكن تعريف التعويض العادل وفقا لقانون الاستملاك الساري في فلسطين رقم (2) لسنة (1953)، بمفهوم خاص يمكن صياغته انطلاقا من نص المادة (15): «قيمة الأرض المستملكة ويشمل ما عليها من أبنية وأشجار وأشياء ثابتة أخرى كما تشمل التعويض بدل الإجارة أو التصرف أوالانتفاع وتشمل كذلك قيمة الضرر عن إنشاء حق ارتفاق على العقار أو فرض إي قيد من قيود الملكية»[154].

كما سبق أشارت الباحثة إليه سابقاً أن معرفة إجراءات التعويض نظريا يسهل تطبيق ذلك على الحالة الدراسية، وسنتطرق إلى حدود التعويض في هذا الفرع تفصيلياً حسب ما جاء في كتب الفقه القانوني، وكذلك في القوانين المعتمدة من المشرع الفلسطيني.

وسوف نقوم بتقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة أفرع،: وسنتناول في الأفرع الثلاثة أسس وشروط واعتبارات تقدير التعويض، وطرق تقدير التعويض، وكيفية دفع التعويض عن نزع الملكية ثم تطبيقي على الحالة الدراسية.

الفرع الأول

أسس و اعتبارات تقدير التعويض

متى انتهت اللجنة المشكلة للتخمين من حصر وتحديد العقارات والمنشآت التي تقرر لزومها للمنفعة العامة، تبدأ مرحلة تقدير التعويض للعقارات المقرر استملاكها، حيث يتم تشكيل لجنة تقدير التعويض بقرار من وزير الأشغال العامة، وتتكون من مندوب عن هيئة المساحة رئيسا، وعضوين مندوب كل من مدير الزراعة ومدير الإسكان، ومديرية

153 لدى الحاجة يؤخذ ملك كائن من كان بالقيمة بأمر من السلطان ويلحق بالطريق لكن لا يؤخذ من يده ما لم يؤدى الثمن».

154 حكم محكمة تمييز حقوق رقم (90/1170) لسنة (1991)، المنشور في مجلة نقابة المحامين، ص2373؛ **للمزيد انظر:** قانون الاستملاك رقم (2) لسنة (1953) المادة (15) :"بدلا من التعويض العادل يجب أن تراعى المعايير التالية :لا يؤثر في التقدير ان النزع حصل دون رضا المالك، يؤخذ بعين الاعتبار ثمن العقارات المجاورة من نفس النوع، لا تؤخذ بعين الاعتبار التعديلات و التحسينات التي أضيفت على العقار بعد نشر قرار مجلس الوزراء في الجريدة الرسمية ، الأضرار التي قد تحدث للمالك بسبب نزع الملكية جزء من العقار".

الضرائــب العقاريــة بالمحافظــة التي يقع فيها العقار وهــذا ما هو مطبق في مصر، أما فلسطين لم ينص قانون الاستملاك رقم(2) لسنة(1953)على تشكيل اللجنة معينة لتقدير التعويض وإنما أوجد العرف لجنة مختصة للتحقيق والكشف عن قيمة الأرض[155].

حيث تقوم اللجنة باتباع أسس معينة لتقدير قيمة العقارات المطلوب نزع ملكيتها[156]، بداية تتم معاينة العقار من اللجنة المختارة وذلك بإجراء كشــف موقعي على العقارات، أي يتــم تقديــر مكونات العقار وقت نــزع الملكية، أي جميع العناصر المادية (الأرض وما عليهــا مــن بناء وغرس) وجميع العناصر القانونية (الإيجــارات، والاتفاقات)، وذلك في تاريخ نشر قرار نزع الملكية[157].

حيث تقوم اللجنة كذلك بتثبيت حالة العقارات في تاريخ نشر إعلان القرار الإداري لنزع الملكية ولا يعتمد فيما بعد على إي إضافات أو تحسينات أو تعديلات يتم إجراءاها علــى العقــار[158]، والحكمة من وضع هذا القيــد، هوالاحتياط من أفعال قد تصدر عن مالك العقار المستملك في إقامة إنشاءات، القصد منها زيادة مبلغ التعويض[159]، إضافة ألى إن وجود تلك الإنشاءات أو الغرس القائمة على العقار المستمللك، قبل صدور إعلان رغبة المنشــئ بالاســتملاك؛ فإنها تدخل حتما وقانونا في تقدير التعويض، ولو لم يكن مالك العقار المنزوع ملكيته هو الذي أنشــأها [160]، وأخذ المشــرع الأردني بهذا الشــرط عند تقدير التعويض لكن اختلف عن القانون المطبق في فلسطين وهو تاريخ بدء التقدير،

155 مقابلة أجريت مع **مدير الشؤون القانونية (رامي الحسيني)**، عن طريق موقع التواصل الاجتماعي، بتاريخ 2014/4/28.

156 عبد الباسط السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية** (بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 1998)، ص634.

157 حكم محكمة تمييز حقوق، رقم (90/1170) لسنة (1991) المنشور في مجلة نقابة المحامين، ص2373.

158 قانون الاستملاك الساري في فلسطين رقم (2) لسنة (1953) المادة (15) البند (2) فقرة (ج) «يشترط في ذلك ان تقدر قيمة الأرض أو الحق أو المنفعة في الوقت الذي نشر فيه قرار مجلس الوزراء في الجريدة الرسمية بغض النظر عن إي تحسينات أو إنشاءات أجريت فيها أو أنشئت عليها بعد تاريخ نشر القرار المذكور»؛ **للمزيد انظر: علي شطناوي، مرجع سابق، ص66.**

159 حكم محكمة تمييز الحقوق رقم (135/971) لسنة (1971)، المنشور في مجلة نقابة المحامين، ص1239؛ **للمزيد انظر**: ماجد الحلو، مرجع سابق 637.

160 حكم محكمة تمييز حقوق رقم (73/344) لسنة (1974)، المنشور في مجلة نقابة المحامين، ص 402.

فلم يقيد بالتحسينات التي تطرأ على العقار بعد نشر الإعلان وإنما بتاريخ الإعلان[161].

أما المشرع المصري فلم يقيد بالتحسينات الطارئة على العقار، بعد تاريخ صدور القرار في تقدير التعويض وإنما أستبعد التحسينات التي تجريها في حالة الاستيلاء المؤقت، حيث إذا قامت بالاستيلاء المؤقت لمدة ثلاثة سنوات على العقار وأجرت خلال هذه المدة التحسينات للاستفادة منه على الوجه الأمثل ورأت من الضرورة إطالة المدة السابقة، إذا لم يتوصلوا إلى إتفاق مع ذوي الشأن وجب على الجهة المختصة إجراءات نزع الملكية قبل انتهاء المدة، بتالي تقدر قيمة الأرض حسب الأوصاف والمكونات التي كانت عليها وقت الاستيلاء المؤقت[162]، أما القانون المطبق في فلسطين والمشرع الأردني في تشريعه لم يعالج هذه الحالة.

عند إجراء التقدير، يجب أن تراعي اللجنة السعر السائد في المنطقة عند نشر قرار الاستملاك، وهذا يتطلب منها أن تكون على علم ودراية بأسماء قطع الأراضي المجاورة للعقار المستملك، وأن يكون أحد أعضاء اللجنة من المتعاملين بالبيع والشراء في تلك المنطقة، وليس ما يمنع أن يقوم بالاطلاع على عقود البيع والايجارات خلال فترة قصيرة قبل صدور القرار، بشرط أن تكون العقود ثابتة التاريخ أي مصدقة من جهة رسمية، وأيضا أن يقوم الخبير بالاطلاع ومراجعة البيوع الجارية في موقع العقار، على الرغم بأنه ليس من واجبه مراجعة سجلات دائرة الأراضي لمعرفة أسعار قطع العقارات المجاورة للعقار المستملك[163].

161 المادة(10/ج) من قانون الاستملاك الاردني لسنة 1987.

162 المادة (16) من قانون نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة رقم(10) لسنة 1990 المصري؛ **للمزيد انظر:** حكم محكمة النقض المصرية رقم (47) لسنة (27ق) منشورات مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة النقض في التعويض عن المسئولية العقدية والتقصيرية والشيئية في جلسة 10/25/ 1962 "يقدر ثمن العقار في حالة نزع الملكية دون مراعاة زيادة القيمة الناشئة أو التي يمكن أن تنشأ من نزع الملكية أما اذا كان نزع الملكية قاصرا على جزء منه فيكون تقدير ثمن الجزء باعتبار الفرق بين قيمة العقار جميعه وقيمة الجزء الباقي منه للمالك على انه أذا زادت أو نقصت قيمة الجزء لم تنزع ملكيته بسبب أعمال المنفعة عامة فيجب مراعاة هذه الزيادة أو هذا النقصان على ألا يزيد المبلغ التي واجب اساقطه أو اضافته في حال هلى نصف القيمة التي يستحقها المالك **مشار اليه:** سعيد احمد شعلة، **قضاء النقض المدني دعوى التعويض** (الاسكندرية: منشأة المعارف ،1987)، ص376.

163 حكم محكمة تمييز حقوق رقم (88/948) لسنة (1989)، المنشور في مجلة نقابة المحامين، ص520؛ **للمزيد انظر:** محمد العبادي واحمد أبو شنب، **الرقابة القضائية على الاستملاك في القانون الأردني**، منشورات دراسات علوم الشريعة والقانون، الأردن (2008) ص260.

مــن الأســس المهمة التــي يجب أن تراعيهــا اللجنة عند تقديــر التعويض، أن يكون التعويض عادلا ويغطي الضرر الناجم عن إنشــاء أي حق ارتفاق أو فرض إي قيد على ملكية الأرض، المبلغ الذي ينقص من ســعرها بســبب إنشــاء هذا الحق أو فرض ذلك القيــد[164]، وتلتــزم أيضا بمراعاة أن تقوم بالتعويض عن حــق الاجارة أو الانتفاع الذي يملكه أي شخص آخر غير مالك العقار في الأرض، وهذا ما أكده البند(2) الفقرة (د) المادة (15) من قانون الاستملاك الساري في فلسطين لعام (1953)[165] وعلة تقدير هذا التعويض هو عدم تمكين المستأجر من استيفاء هذه المنفعة بسبب الاستملاك، أما إذا كان تفويت هذه المنفعة لسبب آخر غير الاستملاك؛ فانه لا يستحق التعويض المذكور[166].

وكذلك يمكن الحكومة أو المجلس البلدي أو المحلي بنزع الملكية من أجل إنشاء طرق أو توســيعها دون دفــع تعويض لصاحــب الأرض إذا كانت المســاحة المنزوعة ملكيتها لا تزيد عن 25%من الأرض أو مجموعة الأراضي لكن إذا ثبت أن نزع الملكية دون تعويض ستحقق ضرراً كبيراً هنا القانون أعطى لمجلس الوزراء تقرير منح التعويض الذي يراها مناسباً، إلا في الوقت الحالي يتم تطبيق مادة (58) من قانون تنظيم المدن والقرى والأبنية رقم(79) لسنة (1966)[167]، على أنها القاعدة الجديدة وتستثنى الفقرة الأولى والثانية مــن المــادة (21) اعتبــارا أنها القاعدة القديمة بتالي يتم نــزع الملكية بدون دفع تعويض على مســاحة الأرض لا تتجاوز30%أو مجموعة الأراضي، وحيث يجب على الإدارة أن تقــوم بتعويــض صاحــب الملك إذا زادت عن ذلك الحد ويجــب أن تراعي اللجنة معايير التعويض، وتجد الباحثة إن هذا إجحاف في حقوق المواطنين.

164 قانون الاستملاك رقم (2) لسنة (1953) المادة (15) البند (2) الفقرة (ه) لدى تقدير التعويض الواجب دفعه بمثابة عطل وضرر من جراء إنشاء إي حق ارتفاق أو فرض إي قيد على ممارسة إي حق يتعلق بملكية الأرض تقدر المحكمة هذا التعويض على أساس المبلغ الذي ينقص من قيمة الأرض المقدرة بمقتضى الفقرات السابقة بسبب إنشاء حق الارتفاق المذكور او فرض ذلك القيد»؛ **للمزيد انظر**: محمد ابو عمارة، **مرجع سابق**، ص51.

165 "عند تقدير بدل الإيجار الواجب دفعه لقاء استئجار ارض تقدر المحكمة بدل الإيجار السنوي لصاحب الأرض اخذ بعين الاعتبار قيمة إيجارها في تاريخ نشر قرار مجلس الوزراء القاضي بالاستملاك".

166 حكم محكمة تمييز حقوق رقم (80/145) لسنة (1981)، المنشور في مجلة نقابة المحامين، ص67.

167 1. فتح وإنشاء أو تحويل أو توسيع أي طريق او شارع أو ميدان 2.إنشاء حديقة عامة 3. إنشاء مرافق عامة.

وعند تطبيق هذا الشــرط على الحالة الدراســية، نجد أنه قد شــكلت لجنة، مكونة من مجموعة وزارات حكومية، تمثلت بدائرة المساحة ووزارة المالية ووزارة الحكم المحلي وخبراء من القطاع الخاص الذين يتعاملون بالأسعار.

إن هذه اللجنة قامت بحصر العقارات التي قدم بشأنها طلب بالاستملاك، وعاينتها وخمنت ثمنها وقامت بتحديدها بشكل واضح (منحدرة، وسطى وعليا) وبخرائط أرفقت مع الأوراق الرسمية المقدمة من اللجنة لمجلس الوزراء[168].

إن الأساس الذي يتم تشكيل اللجنة بناءاً عليه غير واضح بالنسبة لنا، ومدى حقيقة كونهــا لجنــة محايدة كذلك، فعلى إي أســاس يتم تحديد مدى حيــاد اللجنة؟ وعلى أي أســاس تم تشــكيلها ومن الذي شــكلها والى إي طرف تتبع؟ وكل أركان وأســس تشكيل اللجنة -الغير منصوص عليها بشكل صريح- في القانون، علما بان قرارها هو الحاسم بمــا يتعلــق بتقدير قيمة التعويض وملامته بما بتعلق بالتقارير المرفوعة إلى القضاء في حال التقاضي أو بالتقارير المرفوعة إلى مجلس الوزراء.

كمــا مســحت وزارة الســياحة والآثــار المنطقــة، وأيضا أنهت ســلطة جــودة البيئة الفلســطينية مراجعة الدراســة البيئية للمشــروع، كما قدرت اللجنة مكونات العقارات وحصــرت العناصر المادية التي شــملت الأرض وما عليها، وقدرت ســعر الأراضي بناء على السعر السائد للأراضي المجاورة للأراضي المنزوع ملكيتها في تلك المنطقة[169].

الفرع الثاني

طرق تقدير التعويض

قد يكون التعويض رضائيا، والذي يحدد بموجبه مقدار التعويض بإرادة كل من المنشــئ ومالك العقار بالشــروط والكيفية التي حددها القانون، حيث أوجب المشــرع على المنشئ أن

168 مقابلة أجريت مع **مدير دائرة تسجيل الأراضي (شوكت البرغوثي)**، في مقره بدائرة تسجيل الأراضي، بتاريخ 28/4/2014؛ **للمزيد انظر:** مقابلة أجريت مع **المهندسة (فاتن تمراز) في مقرها بمجلس التنظيم الأعلى**، بتاريخ 2012/4/5.

169 ملحق (8).

يقوم بنشــر الإعلان في صحفيتين يوميتين وما يتبعها من إجراءات قانونية -ذكرت ســابقا بالتفصيل-[170]، بقصد دعوة المالك من تاريخ النشر إلى التفاوض على قيمة التعويض العادل والمرضي للطرفين، إلا إن هناك قيد بشأن المفاوضة لفئات معينة[171]،حيث يستفاد من نص المادة ســالفة الذكر أنه إذا كانت المنشــئ الحكومة أو إحدى المؤسســات الرسمية التابعة لها فإنه لا يجوز للمنشئ التفاوض على مبلغ التعويض[172]، وهذا المنع يشمل البلديات والمجالس القروية، أما الأشخاص الاعتباريين، فيجوز المفاوضة على مبلغ التعويض.

ويترتب على هذا الإعلان عدة نتائج: إما يقوم الطرفان بالاتفاق على مبلغ التعويض؛ حيث يقوم المنشــئ بعرض المبلغ المقدر من لجنة التخمين المســتقلة للمساحة المستملكة على المالك، فإذا رأى مالك العقار أن التعويض المعروض عليه من المستملك عادل ومساوٍ للقيمة الحقيقية للأرض، وشامل لكافة المنشآت القائمة على الجزء المنزوع ملكيته، ووافق علــى هــذا المبلغ فيكون التعويض بهذه الحالة متفق عليــه ويكون وفقا لإرادة الطرفين، الذي يجب أن تكون خالية من عيوب الرضا ومعتبرة قانونيا؛ حتى يصبح الاتفاق ملزما لأطرافه ولا يجوز التراجع عنه بعد تصديقه من الجهات المختصة[173]، ولا يكون اتفاق صاحــب الأرض المنزوعــة ملكيتها مع المنشــئ على مقدار التعويــض ملزما قانونيا لأي منهما إذا كان لا يشمل كامل مساحة الأرض المنزوعة ملكيتها ، ومن حق صاحب الأرض الرجوع عن الاتفاق[174].

170 قرار بقانون رقم (3) لسنة (2011) بشأن تعديل قانون الاستملاك رقم (2) لسنة (1953) مادة (2) من القرار: "على المنشئ ان ينشر إعلانا في صحفيتين يوميتين على الأقل ،يعلن فيه عزمه على التقدم إلى مجلس الوزراء بعد مرور (15) يوما من تاريخ نشر الإعلان بطلب قرار باستملاك العقار الموصوف بالإعلان وان المشروع الذي سيجري الاستملاك من اجله هو للمنفعة العامة".

171 قانون الاستملاك رقم (2) لسنة (1953) المادة (11): "عند استملاك ارض يملكها القصر أو المحجور عليه أو فاقدو الأهلية القانونية أو الغائبون أو الأوقاف ...إلا بأذن خاص من المحكمة الشرعية"؛ للمزيد انظر: حكم محكمة الاستئناف المنعقدة في القدس رقم (351) لسنة (2010)، المنشور في المقتفي، بتاريخ 2011/2/22.

172 المادة (11) من قانون الاستملاك رقم (2) لسنة (1953) "عند استملاك ارض يملكها قصر أو محجور عليها أو فاقد الاهلية القانونية أو الغائبون أو الأوقاف لا تجوز المفاوضة في شأنها اذا كانت الحكومة هي المنشئ ...".

173 حكم محكمة تمييز حقوق رقم (99/1121) لسنة (2000)، المنشور في مجلة نقابة المحامين، ص533.

174 حكم محكمة تمييز حقوق رقم(98/1772) لسنة (1999)، المنشور في مجلة نقابة المحامين ،ص1408.

في حـال لـم يتم الاتفاق بـين الطرفين على مقدار التعويض[175]، أي لم تنجح طريقة التعويض الرضائي، فانه يحق للمالك اللجوء إلى القضاء ويرجع ذلك لعدة أسباب: أن يكون السـعرالمعروض من المنشـئ أقل من القيمة الحقيقية للعقار المنزوع ملكيتها، أوأن يكون المنشئ عرض التعويضات عن مساحة اقل من المساحة الواجب التعويض عنها.

ويستفاد من نص المادة (9)، أن القانون لم يلزم أصحاب الأراضي بقبول المبلغ الذي يعرضـه المنشـئ عليهم مهما كان مقـداره، وإنما ترك الخيار لهم إما بقبوله أو مراجعة المحكمة لتعيين مقداره إذا اعتقدوا أنهم يستحقون أكثر مما عرض عليهم، وعلة ذلك أنَ مقدار التعويض عن الأرض المستملكة غير معلومة المقدار بصورة قاطعة عند التفاوض على شـرائها؛ حتى يكون أصحاب الأراضي ملزمين بقبول العرض، فأجاز القانون لهم في هذه الحالة اللجوء إلى المحكمة[176]، إما إذا لم يقم مالك العقار بمراجعة المنشئ رغم دعوته للتفاوض، يتم معالجة هذه الحالة باللجوء إلى المحكمة لتعيين مقدار التعويض[177]، وهذا ما أكدته المادة (15)البند(1) المذكورة سالفا[178]، ويتم تحديد مقدار التعويض العادل قانونيا بإجراءات قضائية سيتم التركيز عليها في المطلب التالي.

وعند تطبيق ما سلف على الحالة الدراسية، نجد بداية أنّ الشركة قامت بمفاوضة المالكين للعقارات على الأسعار المناسبة للشراء منهم، ولاحقا بعد صدور القرار، فاوضتهم على السـعر الملائم لتعويضهم أو التسـوية المناسبة لهم، وذلك إتباعاً للإجراء القانوني اللازم والذي سبق ذكره في حال كان التعويض رضائياً، إلا أنَ بعض الأهالي قد رفضوا ما قدمته الشركة من حلول ممكنة لتعويضهم، لأسباب متعلقة بعدم رضاهم عن السعر المعروض أو التسوية المقترحة أو وضوح تعريف كلمة عادل بنظرهم، أو لاختلاف الورثة فيمـا بينهـم في بعض الحـالات، واتجهوا إلى القضاء فأصبـح التعويض قضائيا وذلك

175 www.yemen-nic.info/contents/studies/detail.php?ID.2014/5/5 بتاريخ3945=

176 حكم محكمة تمييز حقوق رقم (83/413) لسنة (1984)، المنشور في مجلة نقابة المحامين، ص42.

177 قانون الاستملاك رقم (2) لسنة (1953) المادة (15) الفقرة (1): "اذا لم يتفق المنشئ وصاحب الارض على مقدار التعويض يجوز لأي منهما ان يقدم طلبا للمحكمة لتعيين الطلب".

178 قرار محكمة تمييز حقوق رقم (82/36) لسنة (1982)، المنشور في مجلة نقابة المحامين، ص834.

حســب الإجراء القانوني المتبع[179]، وهو ما نتفق معه حيث أن لفظة عادل غير محدده قانونياً -سواء أكان من ناحية القانون الأساسي أو قانون الاستملاك- إلا بكونها تعويض مادي، إماعن أسس هذا التعويض وأركانه فهي مساحة واسعة ومفتوحة.

الفرع الثالث

كيفية دفع التعويض عن نزع الملكية للمنفعة العامة

بعــد أن يتــم تحديــد مبلغ التعويض ومقداره عــن العقار المنــزوع ملكيته، أكان ذلك رضائيــا أو قضائيــا، فإن المنشــئ يقوم بدفع مبلغ التعويــض لأصحاب الحقوق أو يقوم بإيداعه في صندوق خزينة الدولة إلا أن القانون الساري في فلسطين لم ينص على مدة محددة لدفع التعويض[180]، على خلاف القانون الأردني الذي حدد تاريخ دفع التعويض خــلال شــهر من تاريخ الاتفاق وفي حال تأخر عن دفــع يتم توقيع جزاء عليها وهو دفع فائدة تأخيرية[181]، أما القانون المصري فقد كان يشــترط ســداد التعويض مقدما، قبل حيــازة العقــار ولكن حســب القانون المطبق الحالي رقم (10) لســنة (1990) فقد أجاز دفع التعويض لسنوات مقبلة[182].

إن مبلغ التعويض يجب إن يدفع لمالك العقار الحقيقي، ودفعه لغير المالك الحقيقي لا يعتبــر وفــاءً لصاحب الحق فيها[183]، وعند دفع المنشــئ التعويض لذوي الاســتحقاق أن تراعــي الاعتبــارات التالية: إذا كان العقار محجوزا أو موضوعاً تأمينا للدين؛ فعلى

179 مقابلة اجريت مع **مسؤول المساحة (غسان عنساوي)** في مقره في قرية عبوين، بتاريخ 2012/3/28؛ للمزيد انظر ملحق رقم (9). ملحق رقم (9).

180 قانون الاستملاك رقم (2) لسنة (1953) المادة (17): "إذا دفع المبلغ لصندوق الخزينة بسبب عدم مراجعة المالك او لأي سبب أخر فانه يجب أن يحتفظ به لمدة سنة من تاريخ القرار النهائي ... ويبقى حق المطالبين في الثمن فقط، **للمزيد انظر:** قرار محكمة تمييز الأردنية الحقوقية رقم (2001/2091) لسنة، منشورات مركز عدالة، بتاريخ 2001/7/25؛ بشير الباجي، **مرجع السابق**، ص320.

181 المادة (14/أ) من قانون الاستملاك الاردني لسنة (1987).

182 وجدي شفيف فرج، **مرجع سابق**، ص119.

183 حكم محكمة تمييز حقوق الاردن رقم (98/1772) لسنة (1999)، المنشور في مجلة نقابة المحامين، ص1408.

المنشئ أن يودع ما يعادل الحجز أو التامين من التعويض في صندوق الخزينة، ولا يدفع هذا المبلغ لأي جهة أو إي شــخص إلا بموجب قرار صادر من مرجع قضائي أو إداري؛ ســندا لحكم الفقرة (ح) من المادة (15) من قانون الاســتملاك الساري في فلسطين رقم (2)[184]، إضافة و كما أســلفنا فإنه لا يجوز دفع مبلغ التعويض لمالك العقار القاصرأو المحجــور عليــه، أو فاقد الأهلية، أو الغائب أو أوصياء أو القوام، إلا بعد الحصول على إذن من المحكمة المختصة.

ويتم دفع التعويض نقداً في الأصل وأما تكون دفعة واحدة وعن طريق أقساط إلا أو قــد يكــون في هناك تعويض عيني[185]، حيث يمكــن الإدارة أن تتفق مع صاحب الأرض، المــراد نــزع ملكيتها على أن يعوضه بأرض أخرى ســواء أكانــت واقعة في المنطقة المراد الاســتملاك فيها أم في منطقة أخرى وفي حال الأرض تكون مملوكة لأكثر من شــخص فيتم الاتفاق معهم على أن تنتقل إليهم، أو إلى كل منهم على انفراد أو الاشتراك[186].

وعند تطبيق هذا على الحالة الدراسية، لقد وضعت الشركة مبلغ قيمته (6 مليون) دينــار أردنــي كوديعة في خزينة الدولة بعد صدور قــرار الحيازة الفورية، على أن تكون قابلة للزيادة في حال كان مبلغ التعويض غير كافياً، وتم ذلك حسب الإجراءات القانونية المعروفة والمتبعة، ولقد حصل بعض الملاك الحقيقيون على مبالغ التعويض المتفق عليها حسب الإجراءات القانونية مباشرة من الشركة.

إن شــركة (بيتي) عند بداية مشــروع بناء مدينة روابي، بدأت بشــراء الأراضي من الأهالي بالطريقة المعروفة، عن طريق عقود البيع والشراء، وهناك عدد كبير من الأهالي

184 حكم محكمة تمييز حقوق الاردن رقم (99/1651) لسنة (2000)، المنشور في مجلة نقابة المحامين، ص287.

185 المادة(57) من قانون تنظيم المدن والقرى والأبنية رقم (79) لسنة (1966): "استبدال الأرض لمجلس التنظيم إلا على ولجان التنظيم اللوائية والمحلية المعنية صلاحية الاتفاق مع صاحب أية ارض نزعت ملكيتها على الوجه المذكور فيما تقدم على ملكية أرض أخرى إليه سواء أكانت واقعة في المنطقة أرضه المستملكة أم لم تكن في مقابل جميع الحقوق الناشئة عن نزع الملكية أو بيعها بدلا من دفع قيمة الأرض نقداً له وفي حالة نزع ملكية الأرض تخص عدداً من الوكلاء أو من المالكين المجاورين يكون لمجلس التنظيم الاعلى واللجان التنظيم المعنية صلاحية الاتفاق مع المالكين المذكورين على أن تنقل إليهم أو إلى كل منهم بالانفراد أو الاشتراك ملكية أرض اخرى سواء كانت واقعة في تلك المنطقة أم لا.

186 جود الاتيرة، **مرجع سابق**، ص110.

وافـق علـى بيع أراضيـه مقابل مبالغ ماليـة اتفق عليها الطرفـان، وحتى عند صدور قرار الاسـتملاك بقيت هذه الأراضي التي بيعت خارج نطاق الأراضي التي سـيتم نزع ملكيتها، ولكن الأراضي محل الإشـكال هي التي لم يتفق فيها الورثة على البيع أو تلك التي ليس لها مالك معروف والأراضي التي رفض أصحابها البيع بالطرق المعروفة[187]، وفي مقابـلات أجريـت مع الأهالي أجمعـوا فيها على أنهم مع إنشـاء المدينة وأنهم مع المصلحة الوطنية وتشجيع الاستثمار ومع التطوير والتحسين، ولكن ليس على حسابهم وحساب ممتلكاتهم[188].

وإن كان لا بـد مـن ذلـك؛ فيجـب أن يكون التعويض عـادلاً يضمن لهم أقل حد من الخسارة المادية و المعنوية، كما أكدوا على أن قرار الحيازة الفورية قد حرمهم الكثير من حقوقهم، سواء بنشر القرار في الجريدة الرسمية أو تبليغهم بنزع ملكية أراضيهم، مما جعلهم غير مدركين لما سيحصل لأراضيهم في المستقبل، وماذا سيحصل لمبالغ التعويض والمفاوضات الجارية بينهم وبين الشركة على السعر.

وحسـب الورقـة المقدمـة لرئيس الوزراء مـن جانب وزير الاقتصـاد الوطني بتاريخ (2009/9/1) والمرفقة بهذا البحث، فان عائلة الحسيني مثلا، عبرت عن عدم رفضها للمدينة او للمشروع، وانما رفضت مبلغ التعويض المعروض على الاراضي التابعة للعائلة، وطالبـت بدايـة بمبلغ (6 مليون) دينار اردني، ثم خفضت المبلغ ليصبح (5 مليون) دينار اردني كحد ادنى للبيع،[189] علما بانه هناك اختلاف بين ورثة الحسيني على البيع اصلا.

وقد اعترضت بلدية عطارة مثلا على المصادقة على مخطط انشـاء المدينة،[190] حيث ان ذلك سيؤثر وسيحد من توسع البلدة في المستقبل من ناحية الغرب (الاراضي التي صدر القرار باسـتملاكها) وهي الجهة الوحيدة التي بإمكانهم التوسـع باتجاهها، حيـث يحدها من الشـمال والشـرق اودية ومناطـق اثرية، اما من ناحيـة الجنوب فلا

187 مقابلة أجريت **مع (شوكت البرغوثي) مدير دائرة تسجيل الأراضي**، في مقر دائرة تسجيل الأراضي، بتاريخ 2012/3/18؛ **للمزيد انظر:** ملحق رقم (9).

188 مقابلة اجريت **مع (بشير موسى) من اهالي عجول، في بيته في عجول، بتاريخ** 2012/3/27 ([1])

189 ملحق رقم (9).

190 ملحق رقم (10).

توجد اراضي للبلدة، وهذا ما تم حله بمســاعدة مجلس التنظيم الاعلى قســم المساحة والتخطيط العمراني.[191]

إن الأهالــي كانــوا دوماً مع وداعمين للتوصل لحلول مع الشــركة، والاختلاف كان حول السعر المرضي لهم في عملية التعويض، إلا أن اعتراض الشركة يكمن في كون المبالغ المطلوبة للتعويض خيالية كإن يكون التعويض من(30-70) ألف دينار للدونم الواحد بعد كانت الأراضي مهملة وبسعر لا يزيد عن (10) ألف دينار للدونم الواحد[192]، حسب قانون الاستملاك، فان المحكمة هي التي تقرر وبشــكل نهائي وملزم لجميع الأطراف قيمة التعويض العادل، ومن هنا توجه الأهالي إلى المحكمة من اجل تحقيق مصالحهم وحماية حقوقهم.

إنَ شركة بيتي قد التزمت بإجراءات التعويض المنصوص عليها قانونياً، لأن الأهالي قدمــوا اعتراضاتهم للقضاء الفلســطيني وذلك لعدم رضاهم عــن المبالغ المدفوعة، إن الإشكال لا يكمن بالخلل في تطبيق الإجراء القانوني المتعلق بدفع التعويض، إنما يكمن الخلــل في أســس تقديــر التعويض الواجب دفعه للأراضي التــي صدر بحقها قرار نزع الملكية ، ومدى عدالة هذا التعويض.

المطلب الثاني

الرقابة القضائية على قرار نزع الملكية للمنفعة العامة

تنقسم الدول المعاصرة في تنظيمها لهذه الرقابة إلى نظامين قانونيين رئيسيين، النظام الإنجلوسكسوني والنظام اللاتيني، إذ يتميز الأول بوحدة القضاء ووحدة القانون المطبق بالنســبة لــلإدارة والأفراد بالتالي لا يثار فيهــا تحديد الاختصاص الولائي أو الوظيفي مــن حيــث جهتي القضاء الاداري والعادي[193]، في حين يوجــد ازدواج قضائي، وازدواج

191 روحي عقل، رئيس بلدية عطارة في رسالة الى وزير الحكم المحلي رئيس مجلس التنظيم الاعلى، حول الحدود التنظيمية لبلدة روابي بتاريخ 6 كانون الثاني 2009.

192 ملحق رقم (10).

193 حمدبن براك الفوزان، **مسئولية الدولة عن أعمالها غير المشروعة وتطبيقاتها** الادارية (الرياض:مكتبة القانون والاقتصاد،2014)،ص403.

قانونــي في النظــام الآخر[194]، أي أنه يوجد قضــاء إداري وقانون إداري بجوار القضاء العادي والقانون الخاص، وهو الأمر المتبع في فرنسا وبعض دول العالم كبلجيكا ومصر ولبنان[195].

بتالي إنَ القضاء بشــقيه الإداري والعادي، له رقابة واســعة للتأكد من توفر عاملي المنفعة العامة والتعويض العادل عند نزع الملكية، وهما شــرطان يحكمان عملية إصدار قرار نزع الملكية ونظامه كما أســلفنا، ولأن هناك احتمال أن تتعســف الإدارة أو تخرج عــن حدود المشــروعية في قرارها، فأنه من الأهمية بمــكان وجود نظام رقابي قضائي يتأكــد من ســلامة الإجــراءات وتطبيقاتها، كما أنه من الضــرورة بمكان أن تجري هذه الإجراءات القانونية والبت في القضايا على وجه السرعة[196].

وستناول الباحثة في هذا المطلب ثلاثة فروع : رقابة القضاء الإداري ، ورقابة القضاء العادي على تحديد التعويض العادل عن قرار نزع الملكية للمنفعة العامة، وأخيرا الأصول والإجراءات المتبعة في الكشف والخبرة على العقار المنزوع ملكيته، وسنقسم كل فرع إلى قسمين: النظري من ناحية قانونية وفقهيه، والتطبيقي وهو تطبيق المادة النظرية على الحالة الدراسية (مدينة روابي).

194 النظام القضائي السائد في فلسطين هو نظام مزدوج «فهو يعتمد على وجود جهتين قضائيتين مستقلتين في الدولة وهي جهة القضاء العادي وتعني في الفصل بالمنازعات التي تكون بين الأفراد، والثانية جهة القضاء الإداري وتعني في الفصل بالمنازعات التي يكون الإدارة طرفا فيها» بالتالي فالأصل إن محكمة العدل العليا هي التي تنظر في المنازعات التي تكون الإدارة طرفا فيها ، بالنسبة لقاضي محكمة العدل العليا في الضفة العربية تماثل سلطة القاضي الاداري لدى مجلس الدولة الفرنسي والمصري، **مشار اليه** :عدنان **عمرو**، **إبطال القرارات الإدارية** (رام الله ، الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن : 2010)،ص2، **للمزيدانظر**: جود الاتيرة، **مرجع سابق**، ص77 .

195 رباب فيصل غراب، **القضاء الإداري في دولة الإمارات العربية المتحدة دراسة تحليلية مقارنة**، رسالة قدمت للنيل درجة الماجستير ، الأكاديمية العربية دنمارك، رسالة غير منشورة ،2014 .ص1»وبالنظر في النظام القانوني المتبع في دولة الإمارات العربية المتحدة، فيتضح أن دولة الإمارات تتبع النظام الإنجلوسكسوني، من ناحيتين الأولى فيما يتعلق بثنائية النظام القضائي، باعتبارها دولة فيدرالية حيث تمتلك الدولة محاكم اتحادية ومحاكم محلية، والثانية تتمثل في وحدة القضاء حيث لا يوجد قضاء إداري مستقل عن القضاء العادي، فالقضاء العادي هو المختص بنظر كافة الدعاوى والمنازعات بما فيها المنازعات الإدارية وتتبع الدعاوى الإدارية ذات الإجراءات التي تنظر بها سائر الدعاوى المدنية».

196 السامي جمال الدين، **القضاء الإداري الرقابة على اعمال الادارة** (الاسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 1982)، ص224.

الفرع الأول

رقابة القضاء الإداري على قرار نزع الملكية

يعد قرار نزع الملكية للمنفعة العامة قراراً إداريا، ويجب أن يتوافر فيه سائر أركان القرار الإداري[197]، لذلك أوجب المشــرع في الطلبات والطعون المرفوعة للمحكمة المختصة، أن يكون سبب الطعن بقرار نزع الملكية متعلقا بواحد أو أكثر من الأسباب الآتية وهي الاختصاص، وجود عيب في الشكل، ومخالفة القوانين واللوائح ، والتعسف أو الانحراف في استعمال السلطة [198]، وكذلك تأكد من وجود عيب السبب لأنه ركن من أركان القرار الإداري .

وفي مجال عنصر الاختصاص[199] فقد حدد قانون الاستملاك الحالي جهة طالبة نزع الملكية للعقار وقد تكون الدولة أو المجالس المحلية والقروية، أو الشــخص الملتزم بإدارة أحد المرافق العامة كما يجب أن يصدر عن سلطة مختصة[200]، ففي قانون الاستملاك

197 خالد الزغبي، **مرجع سابق** (1993)، ص 38–88؛ **انظر للمزيد**: محمد فؤاد عبد الباسط، **الإعمال الإدارية القانونية**، (القاهرة: دار النهضة العربية، 2012)، ص9 **ويعرف القرار الإداري**» إفصاح السلطات الإدارية عن إرادتها الملزمة بما إلها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد أحداث اثر قانوني معين متى كان ممكناً وجائزاً قانوناً، وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة".

198 المادة (34) من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة (2001) منشورات الوقائع الفلسطينية، العدد (38)، بتاريخ 5/9/2001، ص279، **للمزيد انظر:** حكم محكمة العدل العليا المنعقدة في رام لله رقم(134) لسنة (2008)، منشورات المقتفي، بتاريخ 2005/10/9» على أنه يشترط في الطلبات والطعون المرفوعة لمحكمة العدل العليا من الأفراد والهيئات الواردة في المادة 33 من ذات القانون أن يكون سبب الطعن متعلقاً بواحد أو أكثر من الاختصاص أو وجود عيب في الشكل أو مخالفة القوانين واللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها أو التعسف والانحراف في استعمال السلطة على الوجه المبين في القانون، وقد استقر اجتهاد محكمة العدل العليا على أن عدم ذكر سبب أو أسباب الطعن في لائحة الدعوى يوجب رد الدعوى شكلاً كون نص المادة المذكورة يتعلق بقاعدة آمرة، كما أن ذكر الوقائع دون بيان أسباب الطعن ليس من شأنه أن يصلح سبباً لتقديم الطعن فكما يبنى الحكم على أسبابه ويحمل عليها كذلك الأمر بالنسبة للاستدعاء فيجب أن يبنى الطعن على أسبابه»، للمزيد انظر: حكم محكمة النقض ابوظبي رقم (549) لسنة (26ق) في جلسة 28/6/2006، منشورات موقع محامو الامارات العربية المتحدة» أن القرار الاداري يعتبر مستوفيا لركن الاختصاص متى صدر من الجهة المختصة باصداره موضوعا وزمانا ومكانا".

199 حكم محكمة العدل العليا رام الله رقم (311) لسنة (2009) منشورات مجلة نقابة المحامين النظاميين الفلسطينين، العدد الاول، بتاريخ22/3/2010، ص87 "ان المشروعية القانونية للقرار الاداراي تقتضي ان يكون القرار صادرا عن صاحب الاختصاص القانوني ومعبرعن قناعته الذاتية واذا صدر عن جهة غير الجهة المختصة يكون القرار غير مشروع ومشوب بعيب اساءة استعمال السلطة وواجب الغاء".

200 حدد قانون الاستملاك رقم (2) لسنة (1953) وقانون تنظيم المدن والقرى والأبنية رقم (79) لسنة (1966) في المادة (56،58)، ولا يجوز لأي جهة أدارية أخرى إصدار القانون.

الساري في فلسطين رقم (2) لسنة (1953) المادة (4) سالفة الذكر، قد حصرت اختصاص إصدار القرار النهائي في نزع الملكية لمجلس الوزراء، فإذا صدر أحد الوزراء قرار يتضمن تقرير المنفعة العامة لمشروع من المشروعات، وأصدر قرارا بالحيازة الفورية للعقار فأن القرار نزع الملكية يكون في هذه الحالة معدوماً[201]، ولا يترتب أي أثر لكونه مشوباً بعيب عدم الاختصاص الذي حدده القانون وأيضا أوجب القانون ضرورة تصديق الرئيس على القــرار الصــادر من مجلس الوزراء وإلا كان معيباً وجب إلغائه كذلك الأمر في القضاء المصري، حيث قضت محكمة القضاء الإداري بأن صدور قرار المنفعة العامة من سلطة غير مخولة؛ يجعل القرار معدوماً[202] .

ويطلب القانون شكلاً معيناً عند إصدار القرار الإداري، ولهذا فان ركن الشكل يعني أن يتم أفراغ القرار الإداري في الشكل الخاص الذي يستجوبه القانون، فإذا صدر القرار الإداري غير مســتوف للشــكل الذي تطلبه القانون؛ كان القرار الإداري معيباً بالشــكل، بحيــث أن الشــكلية التي يتطلبها القانــون لا يجوز أن تكون قيداً على مصدر القرار إذا كانــت ثانويــة أو غيــر جوهرية، أما إذا كانت جوهرية وصدر القرار غير مســتوف لها؛ فانه معيب شكلا وصولاً إلى إلغائه، ومن هنا نستطيع القول بان القضاء الإداري يميز بين الشكلية الثانوية والشكلية الجوهرية[203]، ويهدف الركن إلى حماية المصلحة العامة

201 حكم محكمة عدل العليا رام الله رقم (154) لسنة (2011) منشورات مجلة نقابة المحامين النظاميين الفلسطينين، العدد الاول، بتاريخ2011/11/28، ص 114 "ان هنالك فرق ما بين القرار المخالف للقانون او المشوب بعيب عدم الاختصاص او عيب الشكل او عيب أساءة استعمال السلطة القابل للالغاء اذا ما طعن فيه ضمن المدة القانونية للطعن وبين قرار المنعدم الذي لا يتقيد الطعن فيه بمعياد، وان القرار المنعدم كما استقر عليه الفقه واجتهاد محكمة العدل العليا لا يكون الا في حالة اغتصاب السلطة او عندما يشوب القرار عيب بالغ الجسامة يفقد خصائصه كقرار اداري ويجرده من صفته الادارية وتخرج الارادة فيه عن نطاق الوظيفة الادارية بحيث لا يمكن اعتبار عملها تنفيذا مباشرا او غير مباشر للوظيفة الادارية».

202 هاني الطهراوي، **القانون الإداري** (عمان: دار الشروق للنشر، 2001)، ص 131؛ **للمزيد انظر**: خالد ظاهر، **القانون الإداري** (عمان:دار الميسرة: 1997)، ص 141؛ محمد فؤاد عبد الباسط، **القرار الإداري** (القاهرة: دار الفكر الجامعي، 2000)، ص136–130؛ حكم محكمة العدل العليا رام الله رقم (138/2005) لسنة (2008)، المنشور على المقتفي، بتاريخ 4/2/2008.

203 علي الشطناوي، **القضاء الإداري الاردني** (اربد: 1995) ص295 ؛ **للمزيد انظر**: حكم محكمة الاستئناف رام الله رقم (250/2008) لسنة (2009)، المنشور على المقتفي، بتاريخ 5/3/2009.

والخاصة، وضماناً لحسن سير العمل الإداري وحقوق الأفراد وحرياتهم[204].

يؤكد دور القضاء في بسط رقابته على الشكلية المطلوبة، فقد نص القانون المطبق في فلسطين على الشكليات يجب المنشئ عند الشروع في نزع الملكية القيام بها وأن ينشر إعلانا في صحفيتين يوميتين لمدة خمسة عشر يوما يبين فيه الأرض المنوي نزع ملكيتها من حيث الأوصاف والمساحة، وأنه سيقوم بهذا العمل تحقيقاً للمنفعة العامة[205]، وكذلك في قانون الاستملاك الساري في فلسطين رجوعا الى نص المادة (2) من قرار بقانون رقم (3) لسنة (2011) بشأن تعديل قانون الاستملاك رقم (2) لسنة (1953) سالف الذكر، و يتعين أن يتضمن طلب نزع الملكية المقدم لمجلس الوزراء مخططاً تنظيمياً للعقار المراد نزع ملكيته، وخلو الطلب من المخطط يجعل قرار الاستملاك باطلاً[206]، وقيام الرئيس الدولة بالمصادقة على قرار الاستملاك الصادر من مجلس الوزراء وعند موافقة الرئيس على قرار الاستملاك، يتطلب القانون من المنشئ أن يقوم بنشر القرار في الجريدة الرسمية[207]، وتزويد دائرة التسجيل بالأرض المراد أستملاكها ومن ثم قيام دائرة التسجيل بأخطار أصحاب الشأن خطيا وبشكل فردي نص القرار[208]، ثم نشر القرار في الجريدة الرسمية.

وبالمقارنة مع القانون المصري حيث يتطلب نشر قرار الاستملاك ولصقه في المحل المعد لإعلانات في المقر الرئيسي لوحدات الإدارية المحلية وفي مقر العمدة أو الشرطة والمحكمة الابتدائية الكائن في دائرةالعقار وجعل العبرة في العلم في العلم بالقرار من تاريخ اللصق[209].

204 عبد الله البسيوني، **القضاء الإداري** (إسكندرية: منشاة المعارف، 1966) ص378؛ **للمزيد انظر**: حكم محكمة العدل العليا رام الله رقم (8/96) لسنة (1996)، المنشور على المقتفي، بتاريخ 5/12/1996.

205 المادة (1/3) من قانون الاستملاك الساري في فلسطين.

206 حكم محكمة العدل العليا رام الله رقم (99/66) لسنة (2001)، المنشور على المقتفي، بتاريخ 2001/6/9.

207 المادة (3/3) من قانون الاستملاك رقم (2)لسنة(1953)» بعد انتهاء مدة الاعلان يقدم المنشئ طلباً الى مجلس الوزراء مرفقا به خريطة بالأرض المراد استملاكها.

208 المادة (6) من قانون الاستملاك رقم (2) لسنة (1953) "يترتب على مأمور التسجيل أن يبلغ صورة عن القرار الى كل واحد من اصحاب الأرض أو واضعي اليد عليها مبينة أسماؤهم في الكشف".

209 المادة (3) من قانون نزع الملكية الخاصة من أجل المنفعة العامة المصري رقم(10) لسنة (1990).

ويتجسد دور القضاء الإداري بالرقابة على ركن الغاية، والذي يدور حول الهدف النهائي الذي يسعى إليه مصدر القرار الإداري ويأمل في تحقيقه، إذ يجب أن يكون ذلــك لتحقيــق المصلحة العامة، فإذا اســتهدفت الإدارة مــن قرارها غاية غير ذلك، كنا أمام عيب الغاية أو إســاءة اســتخدام السلطة[210]، وعندما تستهدف الإدارة من إصدار قرارها غاية بعيدة عن تحقيق المصلحة العامة، أو إذا استهدفت غاية عامة أخرى تختلف عن الغاية التي حددها القانون لقرارها[211]، وهكذا عيب الغاية يتصل بنوايــا مصــدر القرار مما يجعل رقابة القضاء الإداري على هذا الركن أكثر صعوبة من رقابته على العيوب الأخرى.

حيث نجد أنَ قانون الاســتملاك الســاري في فلسطين، ألزم نفسه في البداية بعدم بسط رقابته على عيب الغاية من قرار الاستملاك؛ على اعتبار بان نشر قرار الاستملاك في الجريدة الرسمية بينة قاطعة على ان المشروع الذي يراد أستملاك العقار من اجله للمنفعة العامة، حيث أنَ الادعاء بأن قرار الاســتملاك هو قرار منعدم وان الطعن به لا يتقيد بميعاد، بحجة إن القرار لم يصدر لتحقيق مصلحة عامة وإنما لغاية استثمار أراضي المستملكة استثمارا تجاريا، وهذا عيب في الاجتهاد تعدل في القانون الأردني[212]، أما في القانون الساري في فلسطين فما زال هذا العيب قائما[213].

210 "واهم صور الانحراف السلطة في مجال قرارات نزع الملكية "1.لا صلة لقرار الإداري للصالح العام مثل تحقيق نفع شخصي له أو الغير، وتحقيق الانتقام 2. اتخاذ القرار الإداري لتحقيق الصالح العام غير ذلك التي من اجله تقررت لمصدره السلطة اللازمة لاتخاذه وهذه الصورة لانحراف اقل جسامة من السابقة،3 .اللجوء الى إجراء قرره القانون لغاية أخرى غير تلك التي تبليغها أما للتخلص من شكليات معينة أو لإلغاء ضمان معينة مثل الاستيلاء المؤقت بقصد النزع الدائم » **مشار إليه**: مارسو لونغ، بروسييرفيل، **مرجع سابق**، ص47.

211 عبد الله طلبه، **الرقابة القضائية على أعمال الإدارة** (دمشق: المطبعة الجديدة: ط2، 1980) ص 292؛ **للمزيد انظر**: حمدي عكاشة، **القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة** (أسكندرية: منشاة المعارف،1987) ص661.

212 حكم محكمة العدل العليا الأردنية رقم (75/72) لسنة (1977)، المنشور في مجلة نقابة المحامين، ص1377.

213 قانون الاستملاك الساري في فلسطين رقم (2) لسنة (1953) نص المادة (7) سالفة الذكر؛ حكم محكمة العدل العليا الأردنية لسنة (1967)، المنشور في مجلة نقابة المحامين، بتاريخ 1967/2/21، ص263؛ طعمية الجرف، **رقابة القضاء لأعمال الإدارة العامة** (القاهرة: دار النهضة العربية: 1984) ص 263.

وبما يتعلق بركن الســبب،[214] الذي يعني الحالة الواقعية أو القانونية التي تســبق القرار الإداري وتدفع الإدارة للتدخل بإصدار قرارها، ويتمثل في هذه الحالة الواقعية والقانونية التي تسبق القرار الإداري، والمتمثلة في الحاجة الى إنشــاء مرفق عام أو تطويره أو اســتحداث مشروع عام كمستشفى أو جامعة، وهكــذا يتبــين لنا وجوب توفر شــرطان في ما يتعلق بالركن نفســه[215]، والذي يخضــع لرقابــة القضــاء كذلك، أولهما أن يكون ســبب القــرار الإداري قائماً وموجــوداً حتــى تاريــخ إصدار القرار، ثانيهما أن يكون الســبب مشــروعاً أي صحيحاً ومطابقاً للقانون[216] .

وأكد القضاء الإداري رقابته على عيب السبب، حيث لا يجوز صدور قرار الحيازة الفوريــة إلا إذا اقتضــى صدوره النفع العام؛ وإلا يكون قــرار الحيازة مخالفا للقانون وتعين إلغاؤه[217]، مثال ذلك الغي مجلس الدولة تنفيذ قرار نزع الملكية عاجلة للمشروع التحول الحضري في حي الفاتح في اسطنبول قائلا أنَ قرار مجلس الوزراء على مصادرة عاجلة لم يكن ما يبرره ,وأضاف أن الظروف الاستثنائية اللازمة لاتخاذ قرار الحيازة

214 حكم محكمة نقض ابوظبي رقم (585)، س (25ق)، جلسة 22/6/2004 مدني، منشورات موقع محامو الامارات العربية المتحدة «إنّ القرار الاداري ولو صدر خاليا من سببه -وجوب أن يكون مستنداً الى سبب ومبرر لإصداره باعتباره تصرفاً قانونيا من جانب جهة الادارة - خضوعه في ذلك لرقابة القضاء -ثبوت عدم صحة السبب -يشوب القرار بعيب مخالفة القانون ولو ظنت الادارة بحسن نية صحة هذا السبب وإلا كان القرار مشوبا فضلا عن ذلك بعيب الانحراف في السلطة».

215 حكم محكمة نقض ابوظبي رقم (293)، س (27ق)، في جلسة 1/10/2006، منشورات موقع محامو الامارات العربية المتحدة، **للمزيد انظر:** حكم نقض ابوظبي رقم (8)، س (3 ق) أ في الجلسة 2009/3/18 إداري.

216 رمضان بطيخ، **القضاء الإداري القرارات الإدارية ومبدأ المشروعية** (القاهرة: مركز الدراسات القانونية والاقتصادية كلية الحقوق، 2005) 454-455؛ **للمزيد انظر:** سليمان الطماوي، **النظرية العامة للقرارات الإدارية** (القاهرة: دار الفكر العربي، 1976) ص 182.

217 قانون الاستملاك الساري في فلسطين رقم (2) لسنة (1953) نص المادة (12) الفقرة (ا) سالفة الذكر؛ حكم محكمة العدل العليا الاردنية رقم (75/72) لسنة (1977)، المنشور في مجلة نقابة المحامين، العدد(1،2) ص1377؛ **للمزيد انظر:** حكم محكمة العدل العليا رام الله رقم (25/2007) لسنة (2009)، المنشور على المقتفي، بتاريخ 29/4/2009.

الفورية فضلا عن المصلحة العامة لم تكن موجودة في تلك الحالة[218]، وأكد القضاء المصري رقابته على هذا العيب أيضا، حيث اعتبرت محكمة القضاء الإداري المصري؛ إن القــرار الــذي يبنى على أســباب عامة أو غامضة أو مجهولــة؛ هو قرار خالي من الأسباب ويتوجب إلغاؤه[219].

إما عن رقابة القضاء الإداري على ركن المحل، فإنَ محل القرار الإداري هو موضوع هذا القرار والأثر القانوني المباشر المترتب عليه، ويتمثل في ذلك إنشاء حالة قانونية معينــة، أو تعديلها أو إلغاءها، بشــرط إن يكون ذلــك جائزاً وممكناً قانونياً؛ وإلا كان القرار الإداري معيبا بالمحل[220]، وينطبق ذلك على قرار نزع الملكية للمنفعة العامة ، كان يكون عيب المحل هو مخالفة الإدارة للقواعد القانونية التي توصل إليها المشــرع في قانون الاســتملاك ، والتي تنظم أثار هذا القرار، حيث نجد قيدان: الأول وجوب أن يكون محل نزع الملكية عقارا، أما الثاني فوجوب أن لا يتجاوز إجراءات نزع الملكية المدة المحددة لها[221].

أما قانون الاستملاك الساري في فلسطين فقد حسم الموضوع محل النزع؛ بان يكون عقاراً وهذا ما أكدت عليه المادة (2) من قانون الاستملاك الساري في فلسطين السالفة الذكر، ومن المبادئ الهامة التي أخذ فيها المشــرع المصري والفرنســي مبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار الذي تحكم السلطة الإدارة في قرار نزع الملكية بالتالي إذا انتهت الموازنة إلى ترجيح المزايا أعلن القاضي مشروعية القرار وفي حال كانت الإضرار ترجحت على

218 Taha Ayhan, **Court cancels execution of expropriation decision in Istanbul's Fatih** , September/03/2013, http://www.hurriyetdailynews.com/court-cancels-execution-of-expropriation-decision-in-istanbuls-fatih.aspx?pageID=238&nID=53739&NewsCatID=340, **MAY**,9,2014

219 حكم محكمة القضاء الإداري المصري رقم (150) لسنة (8 ق)، المنشور في مجموعة السنة (10)، بتاريخ 1956/3/4، ص222.

220 عبد الله البسيوني، **مرجع سابق**، ص437؛ **للمزيد انظر**: عدنان عمرو، **القضاء الإداري الفلسطيني مبدأ المشروعية** (رام الله: مطبعة بيت المقدس، 2001)، ص52 .

221 عبد اللطيف محمد، **نزع الملكية للمنفعة العامة** (القاهرة: دار النهضة العربية، 1988) ص16؛ **للمزيد انظر**: حكم محكمة عدل عليا رام الله رقم (85/98) لسنة (1999)، المنشور على المقتفي، بتاريخ 7/11/1999.

المنافع تعين على الحكم بإلغاء هذا القرار لعدم المشروعية[222]، لكن القضاء الفلسطيني لم يأخذ بهذ المبدأ[223] .

ومن ثم يقوم المستدعي في حال توافر إي عيب من عيوب القرار الإداري، يقوم بتقديم دعوى الإلغاء[224]، ويشترط لقبول دعوى إلغاء قرار نزع الملكية توافر عدة شروط حتى تتمكن محكمة العدل العليا[225] من النظر في الدعوى وفي حال عدم توافر أحد الشروط يحكم القاضي بعدم قبول الدعوى[226].

222 وفي حكم للمحكمة العدل العليا في قبرص صدر 2012/11/13 قرار بالطعن المقرر فيه الرفض قرار نزع الملكية لاراضي معينة «**plots**» وذلك لغرض انشاء مدرسة فحيث وجدت قرار نزع الملكية غير قانوني وذلك استندت في الغاء قرار نزع الملكية انه لم يسبق قيام القرار اي دراسات او ابحاث فيما يتعلق بنزع الملكية بتالي القرار نزع الملكية بدون مسوغ قانوني **مشار اليه**:
SupremeCourt of Cyprus, Published:13/11/2012, Administrative law, http://dilinoslaw.com.cy/announcement_preview.php?id=10

223 سامي الطوخي، **مرجع سابق**، ص108، «فقد بين ذلك أنطوان برنار في تقريره في حكم 26 أكتوبر سنة 1973جراسان والذي يوضح رفض مجلس الدولة في هذا الحكم صفة المنفعة العامة لإنشاء مطار من الفئة (د) في ارض بلدية بها ألف ساكن بينها وبين بواتييه حوالي 50 كيلوا مترا تأسيسا على أسباب تقترب جدا من الذاتي فهذا الإنشاء لا يحقق الحاجات الاقتصادية الحقيقية في المنطقة المهتمة بتطوير طيران الإعمال مطار».

224 حكم محكمة العدل العليا رام الله رقم (51) لسنة (2011)، منشورات مجلة نقابة المحامين النظامين الفلسطينين، العدد الاول، بتاريخ 2011/11/28، ص 102 "ان دعوى الغاء هي دعوى عينية توجه ضد مصدر القرار المطعون فيه بغية تقرير مشروعيته وتقرير مدى اتفاقة مع القانون بمعناه الواسع لذلك استقر الفقه والقضاء على ان تقام دعوى الغاء ضد من اصدر القرار المطعون فيه لانه هو الخصم الحقيقي في دعوى الغاء»

225 إن ولاية محكمة العدل العليا فيما عدا منازعات التقاعد هي ولاية الغاء فقط، **مشار اليه** : عدنان عمرو، **إبطال القرات الادارية** ، **مرجع سابق**، ص5.

226 **تعرف دعوى الإلغاء** فهي ترفع لمطالبة بإعدام قرار الإداري صدر مخالفا للقانون، حيث تؤدي الدعوى إلى إلغاء القرار وبطلانه وذلك لمخالفة مبدأ المشروعية، او تقرير مدى إتفاق أو مخالفة القرار المطعون فيه للقواعد القانونية ، فاذا كان مخالفا لها يقرر القاضي أبطاله دون ان يتعدى ذلك الى بيان المركز القانوني للطاعن أو تقرير سحب أو تعديل القرار المعيب أو اصدار قرار أخر محله كما هو حال السلطات التي يتمتع بها القاضي في الدول الانجلوسكسونية.**مشار إليه في** :نواف كنعان ، **القانون الإداري** (عمان: دار الثقافة والنشر، 2007)، ص301–302، **للمزيد انظر**:عدنان عمرو، ابطال القرارات الادارية، مرجع سابق، ص9.

وتعدد هذه الشــروط وهي تتمثل في البداية في ميعاد رفع الدعوى[227]، حيث حدد المشرع الفلسطيني مدة الطعن في القرار الإداري أمام محكمة العدل العليا بستين يوماً من تاريخ نشــر قرار نزع الملكية في الجريدة الرســمية [228]، وفي حال رفض الإدارة أو امتناعهــا عــن أتحاذ أي أجــراء يبدأ الميعاد من تاريخ انقضاء ثلاثــين يوماً على تقديم الطلبات وهذا ما نص عليه التشريع الأردني[229]، إلا إنَ المشرع الفلسطيني في قانون تنظيــم المــدن والقرى[230] فقد فرض ضــرورة قيام صاحب الشــأن بتقديم الاعتراض إلى الجهات المختصة خلال ســتين يوماً من تاريخ نشــر المخطط التنظيمي في الجريدة الرســمية بتالي في حال قام الشــخص بتقدم إلى المحكمة دون تقديم الاعتراض فان المحكمة سوف تحكم بعدم قبول الدعوى ومن ثم تكون مدة الطعن خلال ستين يوماً من تاريخ رفض التظلم في حالة تم الرد بشكل صريح ، وفي حال الرفض الضمني وسكوت الإدارة بانتهاء ستين يوماً على تقديم[231].

أما بالنســبة للشــرط الأخير وهو يتمثل في أن المشرع والقضاء لم يشترطا في

227 قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001)، منشورات الوقائع الفلسطينية، العدد(38)، بتاريخ 2001/9/5، ص5.

228 حكم محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله رقم (2008/25) لسنة (2008)، المنشور على المقتفي، بتاريخ 2008/1/13: "يبدأ ميعاد الطعن من تاريخ العلم اليقيني بالقرار والعلم اليقيني يقوم مقام التبليغ، طالما تبين ان هناك دعوى قائمة بين طرفي دعوى الإلغاء بنفس الموضوع أمام محكمة بداية فان المحكمة تقرر رد الدعوى شكلا لوجود طعن مواز"، **للمزيد انظر:** حكم محكمة نقض ابو ظبي، رقم (879) لسنة (2010)، س (4ق).أ،جلسة 31/10/2010،اداري منشورات موقع محامو الامارات العربية المتحدة » في ظل غياب التشريع الناظم للمحاكم الادارية الذي يحدد اختصاصها ودرجاتها ومواعيد الطعن في القرارات الادارية أمامها فأن القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة هو القانون العام وهو قانون الاجراءات المدنية وقانون معاملات المدنية ، ويستثنى من ذلك ما نص عليها في القوانين الخاصة".

229 قانون محكمة العدل العليا الأردنية لسنة (1992)، تاريخ الزيارة 2014/5/18 منشور على موقع التالي : http: //jmm. jo

230 قانون تنظيم المدن والقرى والأبنية رقم (79) لسنة (1966) في المادة (24) الفقرة (2) "يجوز للجميع ذوي مصلحة في الأراضي أو الأبنية أو الأملاك الأخرى المشمولة بأي مشروع سواء بصفتهم من أصحاب الأملاك او بأية صفة أخرى أن يقدموا اعتراضاتهم عليه الى مكتب اللجنة المحلية خلال شهرين من تاريخ نشر الإعلان بالجريدة الرسمية بإيداع ذلك المشروع أو خلال المدة تعينها لجنة اللواء في حالة خاصة".

231 إبراهيم عبد العزيز شيحا، **القضاء الإداري** (الإسكندرية: منشأة المعارف،2006)، ص423.

المصلحــة التــي يجــب أن تتحقق في شــخص رافع الدعوى إلا أن تكون شــخصية ومباشــرة ومشــروعة[232]؛ بالتالي يحق لكل شخص له علاقة بالعقار التي ستنزع ملكيته الطعن في قرار نزع الملكية سواء كان مالكاً أم منتفعاً أم وريثاً، ومن الطبيعي أن تحمي دعاوي إلغاء المصالح المادية والمعنوية والمؤكدة أو المحققة وكذلك المصالح المحتملــة في حدوثهــا لانَ هــذه الدعوى مقيدة بفترة معينة مــن الممكن أن يفوت فواتها الحق في الطعن في القرار أذا ما أنتظر حتى تصبح مؤكدة، وكذلك يكتفي تحقق المصلحة عند إقامة الدعوى دون اشتراط استمرارها حتى الفصل فيها لأن دعوى الإلغاء تحمي مبدأ المشروعية وسيادة القانون[233]، وكذلك يشترط في رافع أي دعوى أن يكون مؤهلا قانونا لرفع الدعاوى أمام المحاكم أي أنه يشــترط بلوغ سن الثامنة عشرة بالنسبة للشخص الطبيعي ولا يكون عديم الاهلية أو ناقصها، أما بالنسبة للشخص المعنوي فيجب أن يكون قد استكمل بناءه القانوني والرسمي لدى السلطات الادارية المختصة[234].

وكذلــك يشــترط أن يكون المحل في دعوى إلغاء هو القــرار الإداري قائم[235]، بتالي يجــب أن يتمتــع قرار نزع الملكية للمنفعة العامة أن يكون صادراً عن ســلطة إدارية وأن يكون بشكل منفرد وأن يكون نهائي وأن يؤثر القرار في مركز القانوني لمالك العقار المراد نزعة كما أشارت إليه الباحثة سابقاَ بشكل مفصل .

وفي حال مخالفة أي من الشروط الواجب توافرها عند رفع دعوى إلغاء، فالقاضي يــرد دعوى شــكلاّ وعدم النظــر بموضوع الدعوى ومدى مشــروعية القرار، وبمقتضى نــص المــادة (33) والمــادة (24) من قانون أصول المحاكمات المدنيــة والتجارية رقم(2)

232 قانون أصول المحاكمات المدنية رقم (2) لسنة (2001) ، المادة (2)، **للمزيد انظر**: حكم محكمة العدل العليا رام الله رقم (136) لسنة (2011)، منشوراتمجلة نقابة المحامين النظامين الفلسطينين، العدد الاول،12/12/2011، ص111.

233 ماجد راغب الحلو، **القضاء الإداري، مرجع سابق**، ص297؛ **للمزيد انظر**: ابراهيم عبد العزيز شيحا، **مرجع سابق**، ص395.

234 عدنان عمرو، **أبطال القرارات الادارية، مرجع سابق**، ص 12.

235 محمود سامي جمال الدين، **القضاء الإداري** (أسكندرية: منشأة المعارف، 2008)، ص48.

لسنة(2001)[236].

وعنــد تطبيــق ذلــك على الحالة الدراســية (مدينــة روابي)، فإننا نجد بــأنَ القرار الاستملاك قد صدر عن مجلس الوزراء مصدقاً من الرئيس الفلسطيني، بالتالي فإنَ عيب الاختصاص ليس وارداً، وصدور القرار من الجهات المختصة يجعل القرار سليماً من الناحية القانونية.

أمَا من ناحية الشــكل، حيث قامت شــركة بيتي بالالتزام بالشــروط الشــكلية التي نــص عليهــا القانون المعدل وأعتبرهــا جوهرية، فقامت بالإعــلان المبدئي في الجريدة الرسمية عن رغبتها في استصدار قرار الاستملاك، إلا أن القرار المعدل للنص القانوني والــذي صــدر بعــام (2011) وهو ليس نفس العام الذي أعلنت الشــركة فيه عن رغبتها بالاســتملاك (2009)، مما يحررها من التبعات القانونية والإجرائية من ناحية النشــر

236 نص المادة (33) "تختص محكمة العليا بالنظر في الطلبات التي يقدمها ذوو الشأن لإلغاء اللوائح والقرارات الإدارية النهائية الماسة بالأشخاص، أو الأموال الصادرة عن الأشخاص القانون العام»، ونص المادة (24) يكون المقر الدائم لمحكمة العدل في العاصمة القدس، وتنعقد مؤقتاً في مدينتي غزة ورام الله حسب مقتضى الحال». وبالتالي رقابة المحكمة العليا على القرارات الإدارية هي رقابة إدارية، وأن هناك فرق بين الرقابة القضائية والرقابة الادارية 1.فالرقابة القضائية هي من اختصاص القضاء وبتالي تخضع للمبادئ المقررة في هذا الصدد، وأهمها أن القضاء لا يمارسها من تلقاء نفسه ،بل لا بد من دعوى يحركها ذو مصلحة بهذا الخصوص،والرقابة الادارية يمكن أن يثيرها ذو المصلحة بتظلم يقدمه، ولكن الادارة يمكن أن تمارسها من تلقاء نفسها بواسطة من أجرى التصرف المشكومنه أو بواسطة رئيسه.
= 2. الرقابة القضائية هي رقابة مشروعية بمعنى لا سلطان للقضاء على تصرف الاداراة المشروع مهما كانت درجة ملاءمته لمقتضى الحال وفي حدود الانحراف، اما الرقابة الادارية فانها تتناول المشروعية والملائمة معا ، في حدود القواعد التي تحكم القرارات الادارية المشروعة.3. ولما كانت الرقابة القضائية هي رقابة مشروعية فحسب فإن القضاء لا يمللك الا الحكم بسلامة التصرف المشكو منه أو بعدم سلامته وفي هذه الحالة لا يملك القضاء الا أبطال التصرف المعيب والتعويض عنه اما الرقابة الادارية فانها تنتهي الى تعديل التصرف المعيب أو غير الملائم أو الى استبدال غيره به.4. لا تتخض الرقابة الادارية للاجراءات المقررة للتقاضي وبتالي فانها في كثير من الحالات نكون اجدى على التظلم، وذلك اذا انقضت المدة المقررة للتاضي كما انها معفاة من الرسوم او التجاء الى محامين .5.اذا ما رفعت دعوى على الادارة أمام القضاء فإن القاضي ملزم بالفصل فيها ولايستطيع أن يمتنع عن نظرها والا ارتكب جريمة انكار العدالة ، اما الادارة فانها ليست ملزمة بالرد على التظلمات التي يرفعها اليها الافراد ما لم يقرر المشرع غير ذلك بطبيعة الحال.6. تنتهي الرقابة القضائية بحكم يحوز حجية الشئ المقضي فيه بحيث لا يمكن اثارة النزاع بشأنه من جديد ، اما الرقابة الادارية تنتهي بقرار يخضع لما تخضع له سائر القرارات الادارية فيجوز التظلم من جديد وتمللك الادارة أن تعيد النظر فيه ويمكن رفع دعوى بشأنها امام القضاء. **المشار اليه في** سليمان محمد الطماوي،**القضاء الاداري «قضاء الغاء»** (القاهرة: دار الفكر العربي، 2000)، ص30–31.

في الصحف اليومية لا في الجريدة الرسمية، وقامت أيضا بتحديد الأحواض التي سيتم نــزع ملكيتهــا في الإعلان، وقطع الأراضي التي ســتدخل في قرار نزع الملكية وأوضحت مواقعها ومساحتها وأرفقت مخططاً تنظيمياً كذلك، وقام مجلس الوزراء بإصدار قرار نزع الملكية في المدة المحددة قانونيا، كما تم النشر في المدة المحددة قانونياً كذلك، ومن هنا نجد إن شركة بيتي قد التزمت الشكلية القانونية.

أمــا فيمــا يتعلق بركن الغاية، فــإنَ قرار الرئيس بالاســتملاك والحيازة الفورية قد أكد على وجود غاية سليمة وهي المنفعة العامة، غير أنه من الجدير بالذكر أن القانون الأساســي الفلســطيني قد ضمن للمواطن حق المســاءلة وضمن الشــفافية والمحاسبة فيما يخص المعاملات الرسمية والحكومية؛ ولذا ومن وجهة نظرنا كباحثة أنَ من حق المواطنين الذين صدربحقهم قرار الاستملاك، أن يعرفوا وجه المنفعة العامة المتحققة منه، كما من حقهم الذي كفله القانون أن يعرفوا أسس اعتبارهذا المشروع منفعة عامة بورقة مرفقة بالقرار؛ توضح أسباب اتخاذه وأسباب الحيازة الفورية كذلك.

إلا أنه وحسب إدعاء الأهالي فان الغاية ليست المنفعة العامة، بل هو مشروع إستثماري جاء على حساب المصلحة الخاصة، كما أنَ الأهالي قد أجمعوا على أنهم لو شعروا بأنه مشــروع وطنــي للمنفعة العامة، لقاموا بالتخلــي عن كل أراضيهم لصالح الوطن، لكنهم يتخلون عن أراضيهم لصالح مشــروع تجاري بحت[237] وهنا تجدر الإشــارة بان مجرد صــدور قرار من الرئيس بالاســتملاك ليس بالضــرورة إن يكون للمنفعة العامة، إلا انه وحسب القانون لا يجوز الطعن بهذه الغاية في حال صدور القرار، وهنا يكمن الخلاف بين المنشئ والأهالي، كما انه ومن وجهة نظر الباحثةلا يجوز إن يكون هناك قرار قاطع بالأساس، وهنا يظهر الخلل في نص القانون وعدم دقته.

أما بما يتعلق بركن الســبب فإننا نكون مقابل شــرطين: الأول، يجب أن يكون هناك سبب لإصدار قرار نزع الملكية، ومن خلال الأوراق الرسمية وماعرضناه سالفا، فان شركة بيتي قد عرضت على أصحاب الأراضي الشراء، إلا أنهم رفضوا البيع ومن هنا توجهت لإصدار قرار نزع الملكية، بالتالي لم تتفاوض الشــركة مع الأهالي بشــكل كاف ومرض

237 مقابلات مع احد **اهالي قرية عبوين (اسماعيل حرب)، في منزله**، بتاريخ 2012/3/25.

لهم من اجل التوصل لتســوية مناســبة لجميع الإطراف، وإنما توجهت مباشرة لإصدار قرار نزع الملكية من اجل تسريع الإجراءات، غير عائبة بنتيجة ذلك على الأهالي وذلك حســب ادعائهــم،[238] كما انه ليس بالضرورة عدم موافقــة الأهالي على البيع أن يكون ســبباً كافياً لإصدار قرار نزع الملكية بحقهم، ومن الجدير بالذكر بان التحضير لقرار نزع الملكية من طرف شركة بيتي كان جاريا منذ عام (2008)[239]، أما بالنسبة للشرط الثاني وهو مطابقة السبب للإجراءات القانونية، فان شركة بيتي قد التزمت الإجراءات القانونية بشكل كامل، وباعتقاد الباحثة التزامهالإخلاء مسؤوليتها من ناحية قانونية لا أكثر، وهنا نجد بان الأهالي يصرون بان هناك أما خلل في القانون أو حصل ما أسموه تحايل على القانون من اجل استغلالهم لتحقيق الربح، ولعل إنشاء مدينة جديدة متطورة ليــس بالأهميــة بمكان مقابــل إصلاح البنية التحتية للمدن الموجــودة أصلا، والتي هي بحاجــة إلى تطوير بذاتهــا دون المس بحقوق الناس؛ وبنفس الوقت تحقيق منفعة عامة حقيقية، وكذلك الحفاظ على التواجد الفلسطيني على الأرض مقابل الاستيطان، كأن تكون هناك توسعة لمدينة رام الله وتطوير المدن الأخرى كنابلس، بدلا من إنشاء مدينة كاملة متطورة وهو الأصعب وأكثر كلفة.

أما ركن المحل فهناك قيدين: الأول، أن يكون محل نزع الملكية عقارا وهذا ما التزمت به شركة بيتي، حيث ان قرار الاستملاك صدر على عقارات لا على غير ذلك، فالقيد الأول قد تحقق، إما القيد الثاني وهو ان لا تتجاوز الإجراءات لنزع الملكية المدة المحددة، فان الشركة قد التزمت المدة المحددة، ومن هنا فان ركن المحل ينطبق قانونيا وبشكل سليم.

إن شركة بيتي- قد التزمت قانونياً بركن الاختصاص والشكل وركن المحل، والخلاف كان بين الشركة والأهالي فيما بتعلق بركن الغاية والسبب، حيث تعرض الأهالي وحسب ادعائهــم إلــى عملية إحباط فيما يتعلق بحقهم القانوني في التوجه إلى القضاء الإداري بحجة إنَ القرار بالاستملاك لأجل المنفعة العامة كان رئاسياً إي بمثابة قانون لا فائدة من الطعن به أو الاحتجاج عليه.

238 مقابلات مع احد **اهالي قرية عجول (عبد الرحيم بواطنة)** في مقر عمله ، بتاريخ 2012/3/26.

239 مقابلة مع **المهندسة (فاتن تمراز)** في **مقرها بمجلس التنظيم الأعلى**، بتاريخ 2012/4/5.

الفرع الثاني

رقابة القضاء العادي على التعويض عن قرار نزع الملكية

لم ينص قانون الاســتملاك الساري في فلسطين على إمكانية الاعتراض على التعويض لدى الإدارة أو الجهة التي قدرت التعويض، على الرغم من أن قانون تشكيل المحاكم رقم (5) لسنة (2001) في الفقرة السادسة نصت على اختصاص محكمة العدل العليا بكافة الدعاوي الادارية؛ وبالتالي يعتبر التعويض[240] عن الأضرار الناجمة عن قرار الإدارة المشــروع من الأمــور الإداريــة،[241] إلا أنَ قضــاء محكمة العدل العليا هو قضــاء إلغاء وليس قضاء كامل وإضافــة إلــى عدم وجود درجتين لهذا القضاء الذي يحمي حقوق المنزوعة أراضيهم لذلك يكون الاعتراض على التعويض فقط يكون باللجوء إلى المحكمة الابتدائية.

ولقد ذكرت الباحثة سابقاً أنَ نزع الملكية يكون مقابل تعويض عادل وذلك بنص المادة (21) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لعام (2003) سالفة الذكر، فإذا قبل ذوي الشأن بمبلغ

240 إلا أن استقر القضاء الإداري في كل مصر والأردن وفلسطين على أن مسؤولية الإدارة عن أعمالها الغير تعاقدية والشروط الواجب توافرها في الضرر الناجم عن خطأ الإدارة ام المخاطر لاستحقاق المضرور للتعويض لكن المسئولية التي نحن بصددها المسئولية الادارية في حالة انعدام الخطأ الذي لها تميزخاص حيث لا يشترط توافر ركن الخطأ وانما تتوافر ركنان وهما الضرر والعلاقة السببية. » 1.وان يكون الضرر مباشرا أن يكون الضرر نتيجة مباشرة النشاط الإدارة فحرمان المالك من ملكه نتيجة قرار نزع ملكيته للتحقيق المنفعة العامة أدى إلى وقوع الضرر والضرر المباشر ضرورة توافر العلاقة السببية بين الفعل والنتيجة إي تواجد رابطة بين الخطأ والضرر :2. وان يكون الضرر محققا » إي إن يكون الناشئ عن نزع الملكية واللاحق بالمالك مؤكداً سواء وقع فعلا 3. إن ومؤكدا ويجب إن يكون الضرر خاصا ويجب ان يخل الضرر بمركز قانوني مشروع ويجب ان يكون الضرر قابلا للتقدير بالنقود، وان يكون خاصا أصاب فردا أو إفرادا معنيين فلا مسؤولية عن الضرر العام ، وبتالي يعرف الضرر كل ما يصيب الشخص نتيجة المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له سواء تعلق ذلك بالحق من حقوقه أو بمصلحة المشروعة **مشار إليه** في: محمود سامي جمال الدين، **مرجع سابق**، ص466؛ **للمزيد انظر:**محمد الفوزان، **مرجع سابق**،ص389؛ **للمزيد انظر:** حسين بن إبراهيم محمد يعقوب، **المسئولية الادارية في حالة انعدام الخطأفي النظام الاداري والفقه الاسلامي دراسة مقارنة**(الرياض :مكتبة القانون والاقتصاد،2012)، **للمزيد انظر:** والمطالبة بالتعويض عن نزع الملكية للمنفعة العامة سواء باتباع الاجراءات القانونية او عدم اتباعها يسري عليها التقادم المنصوص عليها في القانون المدني لأن مصدر الالتزام الجهة الحكومية هو القانون لا العمل غير المشروع اي ما يستحقه المالك من ثمن بأنه تعويض، حكم المحكمة الادارية العليا رقم (8065) سنة قضائية(64) بتاريخ 11 / 04 / 2005، منشورات بوابة محكمة النقض المصرية

241 محمود سامي جمال الدين، **مرجع سابق**، ص464 إنَ قضاء التعويض يكمل الحماية القانونية التي يحققها القضاء الإلغاء على حقوق الأفراد بإعدام القرارات الإدارية غير المشروعة من خلال جبر الضرر الذي يصيب الأفراد، قد يتصور الحكم بالتعويض دون وقوع خطأ لو كانت مشروعة، كما في حالة المسؤولية على أساس المخاطر وهي التي تطبق في حالات استثنائية، واذا كان قرار النزع مشروعا والتي يأخذ بها القضاء الإداري الفرنسي»، **للمزيد انظر:** حكم محكمة القضاء الاداري المصري في 22/2/1954 مبادئ الخمسة عشر عام 1961–1946،ص633، التي اكدت أن التعويض بل يثرر الا اذا نتج عن عمل غير مشروع تسبب عنه أو بسببه ضرر للغير» مشار اليه محمد فوزان، **مرجع سابق**، ص389.

التعويـض المعروض عليهم دون الطعن وقامــوا بتوقيع النماذج الخاصة بنقل ملكية عقاراتهم، فلا توجد خصومة، وتلتزم جهة التعويض بدفع المبالغ من تاريخ التوقيع[242] .

في حال عدم الاتفاق ما بين المالك والمنشئ على مبلغ التعويض، يجوز للمالك اللجوء الى القضاء، طالباً الحكم له بالتعويض العادل، كما يكون من حق المنشــئ كذلك، وتقدم الدعوى الى محكمة البداية التي يقع العقار المنزوع ملكيته ضمن دائرة اختصاصها، حيث أن محكمة البدايــة هــي المختصة نوعيا بنظر في دعاوي نزع الملكية ســندا لأحــكام المادة (2) من قانون الاســتملاك رقم (2) لعام (1953) الســاري في فلســطين، ولا يشمل اختصاص هذه المحكمة أي خلافات أو نزاعات تنشأ بين المالك وأصحاب الحقوق الأخرى المترتبة على العقار[243].

أما إذا حصل خلاف بين مالك العقار المستملك و أحد أصحاب الحقوق على العقار المستملك، وإن تعلق الموضوع بالتعويض عن نزع الملكية فإنَ الاختصاص يكون للمحكمة المختصة وفقا للأصول العامة وليس وفقا لقانون الاستملاك[244]، حيث يتم قيد دعوى التعويــض عن الاســتملاك حســب الأصول المنصــوص عليها في مــادة (56) من قانون أصول المحاكمات المدنية، ويستوف عنها الرسوم المقررة قانونيا وفقا للمبلغ المشار إليه في لائحة الدعوى[245].

242 فريد عقل، مرجع سابق، ص7، لكن إذا النزاع بين الخصوم حول مدى أحقية كل منهم بالتعويض الناتج عن نزع الملكية المحكمة تقرر عدم قبول الدعوى دون أن ينظرفي حقيقة النزاع الدائر بين الخصوم وتحديد صاحب الحق منهم في التعويض بعد نزع الملكية وأثر ما يحوزه من عقود على صرف التعويض فانه يكون قد خالف القانون، مشار إليه: حكم تمييز دبي رقم(1994/302)، منشورات موقع محاموه الإمارات العربية المتحدة ،ص7.

243 حكم محكمة تمييز الحقوق الأردنية رقم (65/380) لسنة (1966)، المنشور في مجلة نقابة المحامين، ص81؛ للمزيد انظر: أنور طلبة، **نزع الملكية للمنفعة العامة** (الاسكندرية: المكتب الجامعي الحديث،2006)،ص102.

244 حكم محكمة تمييز الحقوق الأردنية رقم (90/283) لسنة (1991)، المنشور في مجلة نقابة المحامين، ص1796 **للمزيد انظر:** حكم محكمة نقض المصري المدني رقم(4862) لسنة(73)، في الجلسة 22/2/2005 منشورات البوابة القانونية لمحكمة النقض» ان قضاء الحكم الابتدائى برفض الدعوى (دعوى تقدير التعويض عن نزع الملكية) على سند من عدم ثبوت ملكية مورثى المطعون ضدهم أولاً وثانياً للأرض المنزوع ملكيتها يعد في حقيقته حكم بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذى صفة « .

245 قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001)، المنشور في المقتفي، بتاريخ 2001/9/5، عدد 38،ص5 ونصت المادة (56):» تكون لائحة الدعوى شاملة لجميع ما يحق للمدعي المطالبة به وقت اقامتها؛ ويجوز للمدعي ان يجمع اكثر من سبب في دعوى واحدة ما لم يرد نصا خلاف لذلك».

ويمثــل أطــراف دعــوة التعويض الجهة طالبة نزع ملكيــة للعقار والتي تأخذ صفة المدعى عليه والتي تتمثل بالحكومة أو المجالس البلدية أو المؤسسات العامة، بالنتيجة فان كل شخص من أشخاص القانون العام يتمتع بحق نزع الملكية للمنفعة العامــة؛ ويعود ذلك إلى هؤلاء الأشــخاص يعملون مــن اجل تحقيق المنفعة العامة، فإذا كان الأصل إن سلطة نزع الملكية منوط فقط بالأشخاص العامة؛ إلا انه يجوز أن يكون نزع الملكية لصالح احد الملتزمين بإدارة مرفق عام أو القيام بأشغال عامة، علــى انــه يلاحــظ إن نزع الملكيــة في هذه الحالة لا يكون لحســاب الملتزمين وإنما لحســاب الإدارة التــي منحت هذا الالتزام، وترجع إليهــا العقارات المنزوع ملكيتها عند انتهاء الالتزام[246].

إذا كان المنشئ هو الحكومة الذي يقوم يتمثل في دعوى التعويض هو النائب العام، أما بخصوص الأشخاص الاعتباريين الآخرين فيمثلهم وكلائهم القانونيون[247]، وقدعرفت المادة (5) الفقرة (2) من قانون الاســتملاك رقم (2) لســنة (1953) المالك بأنه من كان العقار مسجلا باسمه في دائرة التسجيل بتاريخ نشر قرار مجلس الوزراء بالاستملاك، وإذا كان العقار غير مســجلا؛ فيعتبر المالك لهذا العقار واضع اليد عليه بتاريخ نشــر القــرار، فــإذا كان هنــاك نزاع على الملكيــة، فان محكمة البداية المرفــوع إمامها دعوى التعويــض، هــي التي تفصــل في النزاع بقرار تصدره يحدد الجهة المالكة للعقار، أما إذا كان هناك أشخاص آخرين ذو حقوق على العقار، كصاحب حق انتفاع أو مستأجر فان لهم الحق أيضا أن يكونوا طرفا في دعوى التعويض، لتعويضهم عن الإضرار التي لحقت

246 ابراهيم شيحة، **مبادىء احكام القانون الإداري** (بيروت:دار الجامعة للطبع والنشر: 1993) ص516؛ **للمزيد انظر:** حكم محكمة النقض المصري المدني رقم (4789) لسنة (71)، في الجلسة 28/1/2003، منشورات البوابة القانونية لمحكمة النقض" » لما كان القانون رقم (10) لسنة (1990)- المعمول به اعتباراً من 1/7/1990 - قد ألغى القانون رقم(577)لسنة (1954) ونص في المادتين التاسعة والعاشرة منه على أن خصومة الطعن على تقدير التعويض عن نزع الملكية تنعقد بين الجهة طالبة نزع الملكية وذوى الشأن من الملاك وأصحاب الحقوق ، وعلى أن هذه الجهة هى التى تلتزم بأداء التعويض إلى مستحقيه ، فإن المطالبة بذلك التعويض يتعين توجيهها إلى الجهة طالبة نزع الملكية بحسبانها الجهة المستفيدة ، ومن ثم تلتزم بالتعويض دون الجهة التى تتولى اتخاذ إجراءات نزع الملكية ".

247 حكم محكمة تمييز الحقوق الاردنية رقم (98/2131) لسنة (1999)، المنشور في مجلة نقابة المحامين، ص1523.

بهم جراء قرار الاستملاك، أمام المحكمة المختصة[248].

وهناك عوامل مختلفة يجب إن تأخذها المحكمة بعين الاعتبار عند تحديد التعويض وهــو مبلــغ التعويض أو أي اعتبار آخر تم اســتلامه فيما يتعلق في التجريد من الملكية والظروف السائدة في ذلك الوقت؛ وكذلك تاريخ نزع الملكية والتسبب بالمشقة والاستخدام الحالي للارض وتاريخ اقتناء واستخدام الحالي للأرض؛ وفي حال وقوع أجل التعويض العادل على شــكل تعويضات مالية يجب أن تؤخذ التغيرات مع مرور الزمن قيمة المال في الاعتبار «القيمة السوقية «[249] .

وعنــد تطبيــق هذا الفرع على الحالة الدراســية، نجد بأن هناك بعض الأهالي قبل بمبلغ التعويض المعروض عليهم، إلا أنه لا خيار لديهم غير ذلك، وقبض معظم الأهالي مبالــغ عقود البيع والشــراء ومبالــغ التعويض كذلك،[250]، أما بالنســبة للأهالي الذين رفضوا البيع وصدر بحق أملاكهم قرار نزع الملكية، وقاموا بالتوجه الى القضاء، فأنهم لــم يقبضــوا مبالــغ التعويض وما يزالون يرفضون التخلي عــن أراضيهم وقبض الثمن، وذلك لان التعويض غير عادل ومرض بالنسبة لهم حسب ادعائهم، كما أنهم توجهوا إلى القضاء من اجل المطالبة بحقوقهم، إلا أنهم وجهوا بالرفض والإحباط كما أسلفنا، فمنهم رفع دعاوي ودفع الكثير من اجل استرجاع أرضه وباءت محاولاته بالفشل استمرت مدة عاميين، ومنهم من لم يستطع رفع دعوى بالأساس بحجة انه قرار رئاسي وليس في يد المحامين شــيئا، لكون القرار صادر عن الرئيس بالتالي يعتبر بينه قاطعة لا يطعن بها، ومن هنا تعتقد كباحثة بوجود الخلل في نص القانون.

إن الأهالــي يعتقــدون بــأن الثمن المعــروض عليهم تعويضا عن اســتملاك أرضهم؛ هــو أقــل من الثمن الحقيقي، إلا أنهــم مجبرون على القبول بالأمر الواقع وتقبل القرار

248 قانون الاستملاك رقم (2) لسنة (1953) المادة (10) سالفة الذكر؛ **للمزيد انظر**: حكم محكمة العدل العليا الاردنية رقم (48/1968) لسنة (1968)، المنشور في مجلة نقابة المحامين، ص548: "اذا كان الخلاف بين صاحب الارض المستملكة وبين المنشئ يتعلق بمقدار المساحة التي يتوجب دفع التعويض عنها، فان الفصل في هذا الخلاف يخرج عن اختصاص محكمة العدل ويعود لمحكمة الحقوق التي تنظر التعويض".

249 **Ian Chadwick**, "**Consultant to Shepstone** & **Wylie Attorneys** ,April 25, 2014

250 مقابلة **أجريت مع احد أهالي قرية عجول (حسام حسين)**، في منزله، بتاريخ 2012/3/27.

الرئاسي وإن كانوا لا يوافقون عليه، إضافة إلى إن إجراءات المحكمة تأخذ وقتا وجهدا ومــالا كثيرين يفوق ســعر قطعة الأرض مما جعــل بعضهم يتنازلون عن حقهم القانوني في الطعن والاعتراض.

إن النتيجة التي نخلص إليها في هذا المطلب هي التالي: بما إن قرار نزع ملكيته هو قــرار إداري، يتعــين أن تختص محكمة العدل العليا بالنظر في طلبات التعويض المترتبة على الأمور والقرارات والإجراءات التي تدخل ضمن حدود اختصاصها، مما يتطلب أن تكــون كمــا هو الحال الدول الأخرى، أن تكون ولايــة قضاء كامل، أي ولاية إلغاء وولاية تعويــض، إلا أننــا نفتقر في فلســطين إلى وجــود قضاء إداري كامــل ومتدرج من حيث درجات المحاكم الإدارية، لضمان حقوق المواطنين وتســهيل التوجه للقضاء لتحصيلها، بل نجد بأن القضاء الإداري يختص فقط بالإلغاء دون التعويض وغير متدرج، مما يقوم بتشــتيت الوجهة القضائية الواجب التوجه إليها في مثل هذه الحالة، وعند تطبيق ذلك على الحالة الدراسية نجد بان هناك تعقيدات قانونية كبيرة وكثيرة.

الفرع الثالث

أصول الإجراءات المتبعة في الكشف والخبرة على العقار المنزوعة ملكيته

في حال اعترض الأفراد على قرار لجنة التخمين فإنهم يتوجهون للمحكمة، وهذه من أهم إجراءات دعوى التعويض عن الاستملاك، وهناك تقوم المحكمة بوقف صرف مبالغ التعويض؛ وذلك حتى يتم البت في الدعوى، وترفع الدعوى ضد من شملتهم الكشوف[251]، إن مــن أهــم إجراءات دعوى التعويض، طلب إجراء الخبرة على العقار موضوع الدعوى؛ وذلك لأنه من خلال الخبراء يتم التوصل إلى التعويض العادل الذي يستحقه مالك العقار، والخبرة يجب أن يطلبها وكيل المدعي والمحكمة بناء على طلبه، حيث تقرر الأخيرة إجراء الكشف والخبرة على العقار موضوع الدعوى وتكون في المسائل التي يستلزم الفصل فيها استيعاب الوقائع المادية التي يشق الوصول إليها، بتالي يستعان بالخبير بالأراضي بالتقدير التعويــض عــن الأرض المنزوعة من الوجهة الفنية وذلك دون بيان الوجهة القانونية التي

251 أنور طلبه، مرجع سابق (2006) ص36.

تقوم بعد بيان الجوانب الفنية والوقائع المادية التي تدخل في حساب التعويض[252]، سندا لأحكام المادة (34) من قانون أصول المحاكمات المدنية رقم (2) لسنة (2001)[253]، ووفقا للنص المادة 69 من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية الإماراتي[254].

ويجــب علــى المحكمة أن تفهم الخبير المهمــة الموكلة إليه بعد حلف اليمين بأن يقوم بمهمته بأمانة، ويتوجب عليه في معرض تقديره لقيمة التعويض أن يراعي عدالة التعويض على العقار نفسه، أو عن استعماله أو الانتفاع به أو التصرف به، تكمن في ثمن أو بدل الإجارة التي يمكن الحصول عليها لو بيع علنا في السوق، استنادا لنص المادة (15) من قانون الاســتملاك الســاري في فلسطين سالفة الذكر، ويتوجب على الخبراء أن يقوموا بمشاهدة العقار حسيا[255]، وبعد ذلك يقوم الخبير بتنظيم تقرير الخبرة الذي يجب أن يتضمنه رقم قطعة الأرض المستملكة وموقعها والصفة التنظيمية للقطعة، وتاريخ إعلان رغبة المنشئ بالاستملاك، والأسس واعتبارات تقدير التعويض[256]، ويجب على الخبير إن يراعي في تقدير التعويض العادل الاستعمال التنظيمي لقطعة الأرض، وتختلف إثمان العقارات باختلاف الواقع التنظيمي والفعلي لها[257].

252 حكم محكمة تمييز دبي، رقم (2009/6) منشورات موقع محامو الإمارات، ص5.

253 الدعاوي العقارية تقدر قيمتها بقيمة العقار، ودعاوي المنقول تقدر بقيمتها وفق الأوراق المرفقة او تقدير الخبراء»؛ **للمزيد انظر:** المادة (33) من قانون أصول المحاكمات المدنية رقم (2) لسنة (2001) الفقرة (1): "اذا لم تحدد القيمة بالنقد وكان بالإمكان تقديرها او ارتابت المحكمة بصحة القيمة فتقدر من قبل رئيس المحكمة وله الاستعانة بالخبراء".

254 «للمحكمة عند الاقتضاء أن تحكم بندب خبير أو اكثر من بين موظفي الدولة أو من بين الخبراء المقيدين في جدول الخبراء للاستنارة برأيهم في المسائل التي يستلزمها الفصل في الدعوى وتقدير المحكمة الامانة التي يجب إيداعها خزانة المحكمة لحساب مصروفات الخبير ومقابل جهده (إتعابه والخصم الذي يكلف بأيداع هذه الامانة والاجل الذي يجب فيه الايداع، والمبلغ الذي يجوز للخبير سحبه لمصروفاته».

255 حكم محكمة تمييز الحقوق الاردنية رقم (2001/2000) لسنة (2001)، منشورات مركز عدالة، بتاريخ 2001/7/31.

256 حكم محكمة تمييز الحقوق الاردنية رقم (89/1170) لسنة (1991)، المنشور في مجلة نقابة المحامين،ص2373؛ حكم محكمة تمييز(2001/2000) لسنة (2001)، منشورات المجلة القضائية، بتاريخ 2001/1/15،ص 196.

257 حكم محكمة تمييز الحقوق الأردنية رقم (88/1134) لسنة (1989)، المنشور في مجلة نقابة المحامين،ص205؛ للمزيد انظر: حكم محكمة تمييز الحقوق الاردنية رقم (2000/2668) لسنة (2001)، المنشور في المجلة القضائية، بتاريخ 2001/1/15، ص196.

وأيضا يجب إن يأخذ بعين الاعتبار موقع العقار وطبيعته وقربة من مركز المدينة وتوفر الخدمات العامة في موقعه، ولا بد من الإشارة إن قانون الاستملاك أوجب على الخبير عند تقدير التعويض العادل في الاستملاك والحيازة الفورية المنصوص عليها في الفقرة (2) من المادة (12) سـالفة الذكر، الاسـتئناس في تقريره بالكشف الـذي يجريـه مدير دائرة الأراضي والمسـاحة، بواسـطة الخبـراء الذين ينتخبهم بإجراء الكشـف الحسـي على العقار المقرر حيازته فوريا، وتكمن الحكمة من وراء رغبة المشرع من وجوب اطلاع الخبير على تقرير لجنة المنشئ في الحيازة الفورية، إن في حالـة الحيـازة الفورية يكون من حق المنشـئ إن يضع يـده فورا على العقار المـراد نـزع ملكيته دون التقيد بالإجراءات المنصوص عليها في قانون الاسـتملاك كما أشرت سابقا[258].

وبجدر التسـاؤل هل اطلاع الخبير المنتدب من المحكمة على لجنة المنشـئ من الأمـور المتعلقـة بواجبـات المحكمة المترتبة عليها إجراءها من تلقاء نفسـها أم هو أمر متعلق بحقوق الخصوم، اختلف الأمر ما بين اطلاع الخبراء على كشف مدير دائرة الأراضي للاستئناس بها؛ إذا كانت الأرض المنزوعة ملكيتها قد تقرر حيازتها فوريا ليس من الأمور المتعلقة بواجبات المحكمة المترتب عليها إجراءها من نفسها؛ وبدون طلب من الفريقين، وإنما هو أمر يتعلق بالخصوم[259]، إلا انه وفي رأي أخر إلزام المحكمة عند تقدير التعويض من قبل الخبراء أن تطلع على تقرير الكشـف الذي أجراه مدير دائرة الأراضي على العقار المراد نزع ملكيته المقرر حيازته فوريا للاسـتئناس عنـد تقديـر التعويض، حيث إن هـذا الإجراء يعتبـر جوهريا ويعتبر هـذا الـرأي أكثر عدالة،[260] بعد انتهاء الخبير من إعداد تقريره، يقوم بإيداعه في

258 حكم محكمة تمييز الحقوق الأردنية رقم (84/754) لسنة (1988)، المنشور في مجلة نقابة المحامين، ص1989.

259 حكم محكمة تمييز الحقوق الأردنية رقم (84/754) لسنة (1985)، المنشور في مجلة نقابة المحامين، ص444.

260 حكم محكمة تمييز الحقوق الأردنية رقم (84/239) لسنة (1984)، المنشور في مجلة نقابة المحامين، ص747.

الموعد المحدد للجلســة ســندا لأحكام المادة (181) من قانون البنيات[261]؛ ويبلغ كل من الفرقاء نســخة ثم يتلى علنا في جلســة المحاكمة، ويبدي كل طرف من أطراف الدعوى اعتراضا حول تقرير الخبرة، ويتم اعتماد التقرير في حال عدم الاعتراض، كما ان يطلب احد الخصوم الخبير لمناقشته، ويقوم بسؤاله عن المعايير والشروط التــي اعتمد عليهــا، وبعد ذلك ترد المحكمة على ما يثير الخصوم من اعتراضات، فإذا اقتنعت المحكمة بصحة الاعتراضات؛ استجابت لأطراف الدعوى ودعت الخبير للمناقشة؛ لان أمر دعوته من عدمه متروك للقاضي[262] .

بالنتيجــة فقــد تقــرر المحكمة اعتمادا على تقرير الخبرة بمــا لديها من صلاحيات في وزن البينات والاقتناع، ســندا لأحكام المادتين (183) و (185) من قانون البينات[263]، وبعــد ذلك يترافع الطرفين وتصدر المحكمــة قرارها بإلزام المدعي عليه «الجهة طالبة نزع الملكية «بالمبلغ المقدر من الخبير من الرســوم والمصاريف وإتعاب المحاماة، بالنســبة لتلك الرسوم والمصاريف والفائدة القانونية على العقار المنزوع ملكيته ، الأصل إن تحكم المحكمة عند إصدارها للحكم النهائي في الدعوى بالرسوم والمصاريف وإتعاب المحاماة والفائدة القانونية على الطرف الخاســر، إما في قضايا الاســتملاك فالوضع القانوني مختلف، من حيث الحكم بالرســوم والمصاريف وإتعاب المحاماة فهي دائما على المنشــئ لصالح مالك العقار، لو حكمت المحكمة بأقل من المبلغ المعروض من المنشئ على المالك؛

261 قانون البينات للمواد المدنية والتجارية رقم (4) لسنة (2001)، المنشور في الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 2001/9/5، العدد 38،ص226 : "**يودع الخبير تقريره ومحاضر إعماله قلم المحكمة، يودع كذلك جميع الأوراق التي سلمت إليه على الخبير ان يخطر الخصوم بهذا الإيداع خلال 24 ساعة التالية لحصوله وذلك بكتاب مسجل**»؛ للمزيد انظر: المادة (43) من نفس القانون: "**يكلف الخبير بالحضور إمام المحكمة في اليوم والساعة المعين لمباشرة التحقيق**".

262 حكم محكمة تمييز الحقوق الأردنية رقم (87/1011) لسنة (1989)، المنشور في مجلة نقابة المحامين، ص489.

263 قانون البينات رقم (4) لسنة (2001) المادة (183):»للمحكمة أن تأمر باستدعاء الخبير في جلسة تحددها لمناقشته في تقريره أن رأت حاجة لذلك ويبدي الخبير رأيه مؤيدا بأسبابه، وتوجه اليه المحكمة من تلقاء نفسها او بناء على طلب الخصم ما تراه من أسئلة منتجا في الدعوة»؛ **للمزيد انظر**: والمادة (185) من نفس القانون: "رأي الخبير لا يقيد المحكمة ولكنها تستأنس به، وإذا حكمت خلاف رأي الخبير وجب عليها بيان الأسباب التي أوجبت إهمال هذا الرأي كله أو بعضه".

أو كان اقل من المبلغ المطالب بها في لائحة الدعوى[264].

وعند تطبيق هذا الفرع على الحالة الدراسية، نلاحظ انه كانت هناك لجنة تخمين مكونة من مجموعة من الخبراء كما اتفق قانونيا، إلا إن الأهالي اعترضوا على التخمين الــذي أجرتــه اللجنة، إلا أنهم وعند تقدمهم إلــى المحكمة للاعتراض على تقرير لجنة المنشئ المتعلق بمساحة الأراضي وملاكها الأصلين، والتعويض الذي فرضته اللجنة، بعد البحث والاستفسار وجدت الباحثة من خلال سؤاله لبعض اهالي القرى أنّ المدعي عليه المنشى قام بشطب الدعوى[265] المرفوعة من المدعين قبل عامين والتي كانت تحمل القضية رقم (2010 /428) وبسبب عدم قدرتهم على تجديدها بسبب الرسوم ، مما أدى إلى قبول الأهالي بتعويضات المقترحة من شركة بيتي بدون اخذ فائدة نظرا لإحباطهم من وكلائهم القانونين، وقبولهم بأمر الواقع.

264 حكم محكمة تمييز الحقوق الاردنية رقم (87/584) لسنة (1988)، المنشور في مجلة نقابة المحامين، ص132.

265 شطب الدعوى لا يعني زوال الخصومة ، بل يقصد استبعادها من جدول القضايا المتداولة في الجلسات أمام المحكمة مع بقاء الخصومة قائمة أمام القضاء رغم الشطب ومنتجة لآثارها، غير أن المحكمة تحذف الدوى من جدول القضايا ولا تنظرها ولا تحدد لها جلسة تالية إلا بطلب تجديدها من أحد الخصوم وكذلك قرار شطب الدعوى لا يعتبر حكما وإنما قرار تنظيمي بتالي لا تقبل الطعن بطرق المقررة لاحكام، وقد أشترط القانون لتجديد الدعوى ما يلي: 1. ان يقدم طلب تجديد ادعوى الى قلم المحكمة خلال ستين يوما من تاريخ قرار شطبها، وغالبا ما يكون طلب تجديد الدعوى من المدعي لأنه حريص على سيرها ولكن يجوز للمدعي عليه ايضا أن يقدم طلبا لتجديد الدعوى بأعتباره طرفا في الخصومة تعلق حقه بها إذا كان له مصلحة في السير في الدعوى والفصل فيها، 2. دفع نصف الرسم المقرر للدعوى عملا بالمادة 10 من قانون رسوم المحاكم رقم 11 لسنة 2003، اما اذا لم يقدم طلب تجديد خلال هذه المدة فتدفع الرسوم كاملة الا اذا اقرت المحكمة بخلاف ذلك؛ واذا دفع الرسم كاملا بعد المدة المذكولرة فأننا نكون أمام دعوى جديدة لا تجديد للدعوى المشطوبة لأنها اصبحت كأن لم تكن بحكم القانون3.تحديد جلسة وتبليغ الخصم بالطلب وبموعد الجلسة، فأذا تقدم أحد الخصوم خلال المدة المحددة بطلب تجديدها يتم تعيين موعد الجلسة جديدة ويبلغ الخصم الآخر ولا يشترط ان يقع تاريخه الجلسة خلال الستين يوما ما دام أن طلب التجديد قد قدم خلال هذه المدة، **مشار اليه:** عثمان التكروري، **الكافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة** 2001 (الخليل: مطبعة رابطة الجامعيين،2009)، ص341.

الخاتمة

يعــد نزع الملكيــة أحد امتيازات القانون العامة المقررة لصالــح الادارة العامة، نظرا لأنها تستهدف خدمة المصلحة العامة وتحقيق التنمية المستدامة، ومن أجل ذلك؛ أجازت القوانين بفرض قيود قانونية على الملكية والمســاس بها، ونزعه من صاحبه على ســبيل تحقيق المنفعة العامة، مقابل وجود ضمانات تضمن حق المالك.

ورغم أوجة الشبة بين نزع الملكية والمفاهيم المشابهة، وهي الاستيلاء المؤقت والمصادرة والتأميم والغصب من الناحية الشكلية، إلا أن محل وغاية نزع الملكية يختلف عن المفاهيم الأخرى، لذا لا يجوز الخلط بينهما.

وبالنظــر للخطــورة التي ينطوي عليها هذا الامتياز، إلا أن المشــرع أحاطها بالعديد من الضمانات التي تســتهدف حماية مصالح المجتمع والأفراد، فكانت هناك إجراءات شــكلية معينة وشــروط وأســس يجــب إتباعها قبل وبعــد وأثناء عمليــة اتخاذ وصدور القرار، ومحكومة بمدد إلزامية وزمنية محددة وعليه، فإن قانون الاســتملاك الســاري في فلســطين حــدد الإجراءات التي يجب على الجهة نازعــة الملكية اتباعها كاملة، تبدأ بإعلان المنشــئ عن رغبته بالتقدم للمجلس الوزراء، لاســتصدار قرار باستملاك عقار من أجل إقامة مشــروع للمنفعة العامة بالصحفتين يوميتين للمدة خمســة عشــر يوما، مــع إثبــات مقدرته المالية على القيام به، ثم يقــوّم مجلس الوزراء القرار إما بالقبول أو الرفض، وعند القبول يلتزم مجلس الوزراء برفعه إلى الرئيس حتى يتم المصادقة عليه ومن ثم أن يتم نشر القرار في الجريدة الرسمية مع كافة مرفقاته.

وإن نزع الملكية الخاصة من أجل المنفعة العامة قد تقع على العقارات سواء بالطبيعية أو بالتخصيــص. أمــا الحقــوق العينية العقارية فيجب ان يرد نزع العقار المادي نفســه ومــا عليــه من حقوق عينية تبعية كالرهن، وإذا كانــت المنفعة العامة تقتضي نزع ملكية العقــار مــن مالكه، فيجــب أن تدفع للمالك تعويض عادلا، بحيــث يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار ثمن الأرض الأراضي المجاورة كما لو بيعت علنا في الســوق من شــخص راغب في الشراء ويشترط أن يكون تقدير قيمة التعويض قد تم في الوقت الذي نشر القرار في

الجريدة الرسـمية دون أن يأخذ بعين الاعتبار إي تحسـينات أو إنشاءات أجريت عليها بعد تاريخ النشر، مما قد لا يشكل إنصافا كاملا بحق المالك، كما لا بد أن يؤخذ بعين الاعتبار في التعويض عدة أمور، وهي: تاريخ نزع الملكية، والتسبب بالمشقة، والاستخدام الحالي للأرض، وتاريخ اقتناء واستخدام الحالي الأرض؛ وفي حال وقوع أجل التعويض العادل على شـكل تعويضات مالية يجب أن تؤخذ التغيرات مع مرور الزمن قيمة المال في الاعتبار «القيمة السـوقية ويتم من خلال وجود لجنة تخمين مسـتقلة لتحديد قيمة التعويض العادلة للأفراد.

ونجد من خلال هذه الدراسـة أيضاً أن النظام القضائي بشـقيه الإداري والمدني، يكون مسئولا عن عملية الرقابة على سير الإجراءات بشكل صحيح وخال من إي عيوب تتعلق بأركان القرار الإداري، أو في حال عدم عدالة التعويض كذلك، لان يعتبر قرار نزع الملكيـة قـرارا إداريا يجب أن تتوافر فيه كافـة الأركان القانونية من حيث الاختصاص، وقـد حصـرت صلاحيـة إصدار قرار الاسـتملاك لحساسـيته وتعديـه على الأملاك الفردية الخاصة؛ بمجلس الوزراء ورئيس الحكومة، حسـب قانون الاسـتملاك الساري في فلسـطين وبالإضافة إلى الشكل والمحل والسبب والغاية وحتى يحقق أثاره القانونية وفي حـال توفـر أي عيب يتم الطعن فيه لدى المحاكم العليا بصفتها محكمة أدارية التي تختص في النزاعات التي تكون الدولة طرفاً فيها، ويجوز لأي شـخص مسـه القرار أن يطعن بالقرار خلال مدة سـتين يوما من نشـره لدى الجهة التي تباشـر المشـروع ولكن بعد التظلم الإجباري حتى يتمكن أن يلجأ إلى القضاء بطلب إلغاء القرار. و تجـد الباحثة بناء على المعطيات سالفة الذكر بان شركة بيتي، فيما يتعلق بمدينة روابي، قد التزمـت قانونيا بما نصه وفرضه المشـرع مـن حيث الإجراءات المتبعة قبل صدور قرار نزع الملكية بما يخص الإعلان عن الرغبة في نزع الملكية، وعن هدف نزعها في سـبيل المنفعـة العامـة ، والتزامها بالمدد الزمنية المحددة، وكذلك الإجراءات أثناء وبعد صدور القـرار، مـن التفـاوض مع الأفراد ومن ثم دفع التعويض لدى الجهات المختصة، سـواء أكان الإيداع لمبالغ التعويض في خزينة الدولة، أو للإفراد مباشرة،.

والامتثال للقضاء عند عملية الاعتراض والطعن التي قام بها الأهالي ضد الشركة و

أن تعرضت لعملية إحباط وعدم قدرتهم على تجديد دعواهم نتيجة قرار الشطب مما أدى إلى قبولهم بالتعويض المفروض بدون أخذ فائدة، إلا أن اعتماد قرار نزع الملكية على القانون المطبق في فلسطين القديم الذي يوجد فيه الكثير من نقاط الضعف المتمثلة في الاجراءات المتبعة والتعويض وأسس تقديره وكذلك نظرية الموزانة بين المنافع والأضرار أي دراسة الجدوى.

وقد خلصت الباحثة إلى مجموعة نتائج يمكن اجمالها بالآتي:

1. نزع الملكية العقارات جائز طالما يحقق المنفعة العامة ويكون مقابل تعويض عادل، وهناك فرق بين نظام نزع الملكية والمفاهيم الأخرى كالاستيلاء المؤقت والمصادرة والتأميم والغصب من حيث المحل والهدف.
2. إن القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لعام (2003) أكثر شمولية من القانون الخاص -قانون الاستملاك لعام (1953)- من ناحية تخصيصه لمحل الاستملاك بالعقارات، وتخصيص الاستيلاء للعقارات وكذلك المنقولات.
3. يقتصــر نزع ملكيــة على العقارات ويترتب على ذلك تطهيرها من كافة الحقوق الاخرى الورداة عليها كحقوق الإرتفاق والإيجار وغيرها.
4. إن مصطلح المنفعة العامة ورد في نصوص القانون والفقه واســعاً ومرناً، وغير محــدد بشــكل دقيــق من حيث الأســس والأركان ســواء في القانون الأساســي الفلســطيني المعدل لعام (2003)، أو في قانون الاســتملاك لعام (1953)، مما يؤدي إلى ضياع حقوق المواطنين فيما بتعلق بأملاكهم.
5. يلاحــظ بأنــه لم يعد هناك تمييز بين المصالح العامة والمصالح الخاصة في ظل وجود مؤسســات اقتصادية بحته، ان كان هدفها تحقيق ربح ولا ضير اذا كان تحقق منفعة عامة كتحصيل حاصل.
6. ان قانون الاستملاك منح الاشخاص الاعتبارين امتياز نزع الملكية للمنفعة العامة، لكنــه لــم يحدد اذا كان هذا الامتياز مؤقتاً لحســاب الادارة ام مطلقا لحســاب الشخص الاعتباري وترك الامر مبهماً.

7. إن التعويض حدد في نص القانون بالقيمة المادية المدفوعة مقابل نزع ملكية العقار علــى أن يكــون عادلا، ولم يتم تحديد لفظة عادلا من ناحية أســس تقدير مدى عــدل التعويــض أو أركانه أو ماهيته، إضافة إلى تجاهل التعويض عن الأضرار التي ستحصل في المستقبل.

8. يكون نزع الملكية بموجب قرار صادر من مجلس الوزراء ويوجب القانون تصديق رئيس الدولة عليه باســتثناء نزع الملكية من أجل الشــوارع والحدائق والساحات والمدارس العامة، والتي تتسم إجراءات نزع الملكية من أجلها بالسرعة والسهولة.

9. لــم ينــص قانــون الاســتملاك المطبق في فلســطين علــى وجوب نشــر الخطة الاســتراتيجية قبــل وقت كافٍ،الأمر الذي يمنع مــن تحقيق الغايات المبتغاة من نشرها وأهمها: تهيئة الناس لتنفيذ الخطة ومعرفتهم بمضمونها.

10. أجــاز القانــون نزع ملكيــة (30%) من الأرض مجاناً دون دفــع تعويض، إذا كان الغرض من النزع أقامة شــوارع وحدائــق ومدراس عامة ومواقف، وإذا زاد عن ذلك يجب أن يتم التعويض عنه.

11. إن القانون لم يحدد الأسس والأركان التي يتم بناء عليها تشكيل لجنة التخمين، كمــا أن قــرار لجنة التخمين بمــا يتعلق بقيمة التعويض كان أقل بكثير من قيمة التعويض الذي عرضته الشركة بداية على الأهالي مقابل شراء أراضيهم؛

12. إن صدور قرار الاســتملاك عن مجلس الوزراء وتصديق الرئيس الفلســطيني عليــه واعتبــاره بينة قاطعة بعد ذلك بما يتعلق بركن الغاية أدى إلى ظلم العديد من المواطنين الذين صدر بحقهم قرار نزع الملكية، وحرمهم من حقهم الأساسي في التقاضي وهو الحق الذي كفله القانون الأساسي لجميع مواطني الدولة، مما أدى إلى عدم الانســجام بين القانون الخاص -قانون الاســتملاك-وبين القانون الأساسي الأعلى مرتبة من حيث التنظيم القانوني.

13. أنّ القــرار المتعلــق بنــزع الملكية للمنفعــة يعتبر قراراً، ويجــب أن تتوافر فيه كل عناصر القرار الإداري وأركانه.

14. إن القضاء الإدراي المطبق في فلسطين ليس متدرجًا وليس قضاء كاملاً (قضاء إلغــاء بدون تعويض)، مما يطيل الإجــراءات القانونية ويضيع حقوق المواطنين؛ وبالتالــي، تكــون محكمة العدل العليا بــرام الله هي المختصة في الطعن بالقرار الإداري المتعلــق بنــزع الملكية، وتكون المحكمة الابتدائيــة الواقع العقار بدائرتها هي المختصة في الطعن بالقرار المتعلق بالتعويض.

خلصت الباحثة إلى مجموعة من التوصيات يمكن اجمالها بالآتي:

1. نوصي بضرورة اســتحداث قانون جديد تحت مســمى نزع الملكية من أجل المنفعة العامة من أجل أن ينسجم مع الظروف المستجدة وبما يتلاءم مع متطلبات الحياة:

أ. جعــل محــل الاســتملاك أكثر وضوحــا ودقة وانســجام مع القانون الأساســي الفلســطيني مــن حيث تحديده للعقارات والاســتيلاء المؤقــت التي قد ترد على المنقولات أوالعقارات؛

ب. ضرورة النص على حالات الاستيلاء المؤقت مثل المشرع المصري؛

ت. تحديد مصطلح المنفعة العامة من حيث الأســس التي يتم تقرير المنفعة العامة بناء عليها وأركانها بمواد واضحة ومفصلة ومحددة ولو تكون على سبيل المثال؛

ث. ضرورة النص على عدالة التعويض وليس النص فقط على التعويض مع تحديد معنــى لفظة عــادل بما يخص التعويــض، وضرورة عدم تجاهــل التعويض عن الإضرار المستقبلية التي تنتج عن نزع الملكية، وان يتم التعويض عن نزع الملكية مقدما قبل انتقال ملكية العقار ؛

ج. تحديد أسباب إصدار قرار بالحيازة الفورية ونص مواد تجعل من نشر الأسباب أساسا لقبول القرار؛

ح. تحديد مواد بفقرات بما يتعلق بأســس وأركان ومقومات تشكيل لجان التخمين والية عملها؛

خ. ضرورة النص على نظرية الملاءة والموازنة بين المنافع والإضرار لقرار نزع الملكية في القانون.

2. ضــرورة عــدم اعتبار صدور قرار نزع الملكية عــن مجلس الوزراء وتصديق الرئيس عليه بينه قاطعة بالمنفعة العامة، وبجعل إمكانية الطعن مسموح للمواطنين؛
3. القيام بإجراء تحقيق سابق»دراسة جدوى» يتعلق بتوافر المنفعة العامة المرجوة مــن المشــروع المراد نزع ملكية من أجله وذلــك قبل البدء بإجراءات نزع الملكية، مما يكفل صدور قرار نزع ملكية دون انحراف السلطة ويضمن حقوق أصحاب الأراضي؛
4. ضرورة النص على قيام أصحاب الأراضي التي مس مصالحهم قرار نزع الملكية أن يراجعوا المنشئ خلال شهر من اجل التفاوض على قيمة الشراء أو المنفعة؛
5. لا بــد مــن تقييد الجهة طالبة نــزع الملكية من أجل المنفعــة العامة بمدة معينة وان تكون المدة ثلاثة شهور كما فعل المشرع الأردني في إجراء نشر الإعلان في الجريدة والإجراء القيام بتقديم الطلب إلى مجلس الوزراء؛
6. ضرورة كون القضاء الإداري الفلسطيني قضاء متدرج وقضاء كامل يختص بالإلغاء والتعويض بشكل متزامن؛
7. أن يحدد القانون بنصوص واضحة مرجع الامتياز بالإدارة إذا كان قد منح الامتياز بشكل استثنائي للأشخاص الاعتبارية؛
8. ضرورة المســاءلة والمحاســبة والشفافية للسلطات التي تقوم بمنح قرار نزع الملكية، دون دوافع المصلحة العامة، مع ضرورة وجود لجان محايدة ومحددة وظيفتها إعداد تقارير رسمية بمدى تحقيق المشاريع للمنفعة العامة؛
9. ضرورة النص على قيام الإدارة بأخذ 30% من أجل إقامة المدارس والشوارع والحدائق ويكون مقابل تعويض عادل؛
10. وجوب النص على نشر الخطط الإستراتيجية فورا عتمادها وقبل تنفيذها ووضعها موضع التنفيذ بوقت طويل.

قائمة المصادر والمراجع

اولاً: معاجم لغوية

- أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الافريقي المصري، لسان العرب، بيروت: دار صادر 1970.
- اسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح «تاج اللغة وصحاح العربية»، بيروت: دار العلم للملايين، ط2،ج1، ،1979.
- رياض الصلح، المنجد في اللغة العربية المعاصرة، بيروت : دار المشرق، ط2001،2.
- مجمع اللغة العربية، معجم القانون، القاهرة: الهيئة العامة لشؤون الأميرية،1999.

ثانياً: الكتب

- ابراهيم عبد العزيز شيحا، مبادىء احكام القانون الإداري (بيروت:دار الجامعة للطبع والنشر: 1993).
- القضاء الإداري (الإسكندرية: منشأة المعارف، 2006).
- أسـامة عثمـان، أحكام التصرف في أمـلاك الدولة العامة والخاصة غي ضـوء الفقه والقضاء(الإسكندرية: منشاة المعارف،1978).
- أنور طلبة، نزع الملكية للمنفعة العامة (الاسكندرية: المكتب الجامعي الحديث،2006).
- المطول في شرح القانون المدني (الإسكندرية :المكتب الجامعي، ط3، 2002).
- بشير باجي، شرح قانون نزع الملكية للمنفعة العامة في ضوء القانون المغربي(الرباط:المعهد الوطني القضائية،ط1، 1991).
- حسن بغال، نزع الملكية للمنفعة العامة فقها وقضاء(القاهرة: دار الفكر الحديث،ط2 ،1966).
- حسـين بـن إبراهيم محمد يعقوب، المسـئولية الادارية في حالة انعـدام الخطأ في النظام الاداري والفقه الاسلامي دراسة مقارنة(الرياض: مكتبة القانون والاقتصاد،2012).
- حمد فؤاد عبد الباسط، الإعمال الإدارية القانونية (القاهرة: دار النهضة العربية، 2012).
- حمدي عكاشة، القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة (أسكندرية:منشاة المعارف،1987).
- خالد ظاهر، القانون الإداري (عمان:دار الميسرة: 1997).
- رمضان بطيخ،القضاء الإداري القرارات الإدارية ومبدأ المشـروعية (القاهرة :مركز الدراسـات القانونية والاقتصادية كلية الحقوق، 2005).

- زكريا المصري،أســس الإدارة العامة التنظيم الإداري والنشــاط الإداري(المحلة الكبرى:دار الكتب القانونية،2007).
- ســامي الطوخي،الإدارة بالشــفافية الطريق للتنمية والإصلاح الإداري: دراسة مقارنة (القاهرة: دار النهضة العربية،2006)
- الســامي جمــال الدين، القضــاء الإداري الرقابة علــى اعمال الادارة (الاســكندرية:دار الجامعة الجديدة،1982).
- سعيد احمد شعلة، قضاء النقض المدني دعوى التعويض(الاسكندرية: منشأة المعارف ،1988).
- سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية (لقاهرة: دار الفكر العربي، 1976).
- الوجيز في القانون الإداري (مصر: دار الفكر العربي، 1974).
- القضاء الاداري «قضاء الغاء»(القاهرة : دار الفكر العربي، 2000).
- طعيمة الجرف، رقابة القضاء لأعمال الإدارة العامة (القاهرة:دار النهضة العربية: 1984).
- عبد الحميد جبريل حسين ادم، التنفيذ المباشر الإداري وتطبيقاته والرقابة القضائية في التشريع الليبي (الاسكندرية الازايطة: دار المطبوعات الجامعية، 2007).
- عبد الرزاق الســنهوري، الوســيط في شرح القانون المدني الجديد حق الملكية (بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 1998)
- عبد الغني عبد الله البسيوني، القضاء الإداري (الإسكندرية :منتدى المعارف،1996).
- النظرية العامة في القانون الإداري: دراســة مقارنة لأســس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في مصر(الإسكندرية:منشأة المعارف، لسنة 2003).
- عبد الكريم أبو الفتوح درويش، التخطيط الاستراتيجي (دبي: أكاديمية شرطة دبي،2003).
- عبد اللطيف محمد، نزع الملكية للمنفعة العامة (القاهرة: دار النهضة العربية، 1988).
- عبد الله البسيوني، القضاء الإداري (إسكندرية: منشاة المعارف، 1966) .
- عبد الله طلبه، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة (دمشق:المطبعة الجديدة :الطبعة الثانية، 1980).
- عثمــان التكــروري، الــكافي في شــرح قانون أصــول المحاكمات المدنيــة والتجارية رقم(2) لســنة 2001(الخليل: مطبعة رابطة الجامعيين، 2009).
- عدنان عمرو، القضاء الإداري الفلسطيني مبدأ المشروعية (رام الله: مطبعة بيت المقدس، 2001)
- علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية (بيروت: دار النهضة العربية، 1990).
- علي الشطناوي، القضاء الإداري الاردني (اربد: جامعة الاردنية، 1995)

- عمرو عيسى الفقي، الموسوعة القانونية في المسئولية المدنية دعوى التعويض (المحلة الكبرى: دار الكتب القانونية،2002).
- الغريب رفاعي، تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام في التعاملات المعاصرة (الإسـكندرية: دار الفكر الجامعي،2006).
- فايز العناتي، شرح قانون الاستملاك (عمان: دار الثقافة للنشر،2011).
- كتاب عبد العلي العبودي، الحيازة فقها وقضاءً (بيروت: مركز الثقافة العربي، 1996).
- ماجد الراغب الحلو،القانون الإداري (الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 1994).
- القانون الإداري (الاسكندرية الازريطة: دار الجامعة الجديدة، 2008).
- القضاء الإداري (الإسكندرية: منشأة المعارف، 2004).
- مارســو لونغ، بروسيرفير، القرارات الكبرى في القضاء الإداري(بيروت: مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر التوزيع،2009).
- محمد شريف عبد الرحمن أحمد عبد الرحمن، حق الملكية (المنصورة: دار الفكر والقانون،2008).
- محمد علي سالم الحلبي، شرح قانون العقوبات (عمان: دار الثقافة،1997).
- محمد فؤاد عبد الباسط، القرار الإداري (القاهرة: دار الفكر الجامعي، 2000).
- محمدبن براك الفوزان، مسئولية الدولة عن أعمالها غير المشروعة وتطبيقاتها الادارية (الرياض: مكتبة القانون والاقتصاد، 2014).
- محمود حبيب، القانون الإداري (عين شمس: دار الثقافة بجامعة،1993).
- محمود سامي جمال الدين،القضاء الإداري (أسكندرية: منشأة المعارف، 2008).
- محمود عبد الجواد محمد ، ملكية الأراضي في الإســلام تحديد الملكية والتأميم (الإســكندرية، منشأة المعارف، 1972).
- محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام (القاهرة: دار النهضة العربية، 2012).
- نواف كنعان ، القانون الإداري (عمان: دار الثقافة والنشر، 2007).
- هاني الطهراوي، القانون الإداري (عمان: دار الشروق للنشر، 2001).
- هيام مروة، القانون الاداري الخاص (بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، 2003).
- وجدي شــفيق فرج، المفيد في نزع الملكية للمنفعة العامة (القاهرة: بونتيد للإصدارات القانونية، 2011/2010).
- وزراة الاوقاف والشئون الاسلامية، الموسوعة الفقهية، الكويت، ج39، 2000.

ثالثاً: الدوريات العلمية

- براهيمي سهام، فكرة المنفعة العمومية في نزع الملكية، مجلة الشريعة والقانون، العدد 55(جامعة الامارات العربية:2013).
- خالد زغبي، اموال السـلطة الإدارية وتطبيقاتها في التشـريع الأردني، مجلة دراسـات قانونية، العدد3 (عمان:1992).
- خالد ظاهر، نزع الملكية للمنفعة العامة في المملكة العربية السعودية، دورية الادارة العامة، العدد3 (السعودية العربية، 2001).
- عبـد العزيـز محمد العبد المنعم، مشـروعية اسـتملاك العقـار للمنفعة العامـة، مجلة البحوث الإسلامية، العدد السابع (المملكة العربية السعودية، 1403).
- عبد الناصر هياجنة، اشـرف إسـماعيل العدوان، التعويض العادل كشرط لمشروعية الاستملاك في ضوء احكام قانون الاستملاك الاردني، علوم الشريعة والقانون، العدد2، المجلد 39(الجامعة الاردنية: 2012).
- علي خطار الشطناوي، عدم كفاية رقابة مشروعية قرارات الاستملاك في الأردن، جرش للبحوث والدراسات، المجلد 4، العدد 1(الجامعة الأردنية: الاردن، 1999).
- محمد ابو عمارة، نظرات الاستملاك وضمانات الافراد حياله، مجلة القانون والقضاء، العدد18 (ديوان الفتوى والتشريع: 2005).
- محمد العبادي واحمد أبو شنب، الرقابة القضائية على الاستملاك في القانون – الأردني، منشورات دراسات علوم الشريعة والقانون، (الأردن: 2008).
- نواف كنعان، قرارات الاسـتملاك في التشـريع والقضاء الاردني، مجلة ابحاث اليرموك سلسـلة العلوم الانسانية والاجتماعية، العدد التاسع (الجامعة الاردنية: الاردن، 1993).

رابعاً: رسائل ماجستير غير منشورة

- جود عصام الاتيرة، نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة في التشـريع الفلسـطيني: دراسة مقارنة، رسـالة قدمت لنيل درجة الماجسـتير، كلية الدراسـات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، رسالة غير منشورة،2010 . رباب فيصل غراب، القضاء الإداري في دولة الإمارات العربية المتحدة دراسة تحليلية مقارنة، رسالة قدمت للنيل درجة الماجستير ، الأكاديمية العربية دنمارك، رسالة غير منشورة، 2014 .
- وناس عقيلة، نظام القانوني للنزع الملكية للمنفعة العامة، رسـالة قدمت للنيل درجة الماجسـتير، جامعة الحاج خضر، باتنة، رسالة غير منشورة، 2006 .

خامساً: المقابلات

- مقابلة أجريت مع مدير الشؤون القانونية في مجلس الوزراء (رامي الحسيني) في مجلس الوزراء، بتاريخ 2012/3/26.
- مقابلــة أجريــت مع مدير دائرة تســجيل الأراضي (شــوكت البرغوثي) في مقره بدائرة تســجيل الأراضي، بتاريخ2012/3/81.
- مقابلــة اجريــت مــع احــد أهالي عطــارة (محمد عيــد) في منزلــه في منزله في عطــارة، بتاريخ 2012/3/24.
- مقابلة أجريت مع احد أهالي قرية عجول (حسين بواطنة) في منزله في عجول، بتاريخ 2012/3/25
- مقابلة اجريت مع احد اهالي قرية عجول (نايف سحويل) في منزله في عجول، بتاريخ 2012/3/25.
- مقابلة اجريت مع (بشير موسى) من اهالي عجول ، في منزله في عجول، بتاريخ 2012/3/27.
- مقابلة اجريت مع مسؤول المساحة (غسان عنساوي) في مقره في قرية عبوين، بتاريخ 2012/3/28.
- مقابلات مع احد اهالي قرية عبوين (اسماعيل حرب)، في منزله، بتاريخ 2012/3/25.
- مقابلة أجريت مع المهندسة (فاتن تمراز) في مقرها بمجلس التنظيم الأعلى، بتاريخ 2012/4/5.
- مقابلة مع احد اهالي قرية عجول (عبد الرحيم بواطنة)، في مقر عمله ، بتاريخ 2012/3/26.
- مقابلــة أجريــت مــع رئيــس بلدية عطــارة (شــاهر العطاري) في مقــره الخاص ببلديــة عطارة، بتاريخ2012/2/27.
- مقابلة اجريت مع محامي شركة بيتي (مالك العوري) في مقر عمله، بتاريخ 2012/1/6.

سادساً: الصحف محلية

- جريــدة الحيــاة، مجموعة برلمانية تبحث مع مدير عام (شــركة بيتــي) تفويض اصحاب الاراضي لاستكمال (مشروع روابي)، الحياة الاقتصادية، بتاريخ 2010/1/14.
- دنيا الوطن، مناشدة استملاك اراضي خاصة من املاك الحسيني وجمع من اهالي قرية عجول بخصوص مدينة روابي، بتاريخ 2009/8/5.

سابعاً: المراجع الاجنبية

- Peter Bowal and Rohan Somers, Expropriating Land: A Balancing Act, July 1, 2013 . http: // www. lawnow. org/expropriating–land/#sthash. 3wTPOdHO. dpuf ,MAY 20,2014.
- Your Rights Under Expropriation», \http: //www. ecb. gov. bc. ca/rights. htm , may 4,2014
- Radoš Šumrada, Acquisition and expropriation of real property for the public benefit in

Slovenia, May 2013, Pages 14-22 , http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0264837712001925 May 13, 2014 .

- Ian Chadwick, «Consultant to Shepstone & Wylie Attorneys», http://www.bbrief.co.za/resources/articles/compensation-for-expropiation ,April 25, 2014.
- Muhammad Mustaqeem de Gama,» Standard of Expropriation and Compensation under South African law» http://www.youngicca-blog.com/standard-of-expropriation-and-compensation-under-south-african-law/, April 28 ,2014
- Expropriation Act , R.S.N.S. 1989, c. 156, May 15 ,2014 ,http://nsuarb.novascotia.ca/sites/default/files/PDFs/expropriation.pdf
- Taha Ayhan, Court cancels execution of expropriation decision in Istanbul's Fatih , September/03.2013/http://www.hurriyetdailynews.com/court cancels-execution-of-expropriation-decision-in-istanbuls-fatih.aspx?pageID=238&nID=53739&NewsCatID=340, MAY,9,2014
- Supreme Court of Cyprus, Published:132012/11/, Administrative law, http://dilinoslaw.com.cy/announcement___preview.php?id=10

ثامناً: المصادر

المواثيق الدولية

- الاعلان العالمي لحقوق الانسان لسنة (1948).

التشريعات الفلسطينية

- قانون الاساسي المعدل الفلسطيني لسنة (2003)
- قرار بقانون رقم (3) لسنة (2011) بشأن تعديل قانون الاستملاك رقم (2) لسنة (1953).
- قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة (2001).
- قانون البينات للمواد المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (4) لسنة (2001).
- قانون تشكيل المحاكم النظامية الفلسطيني رقم(5) لسنة (2001).
- قانون تشجيع الاستثمار الفلسطيني رقم (1) لسنة (1998).
- قانون تنظيم المدن والقرى والأبنية الفسطيني رقم(79) لسنة(1966).
- قانون العقوبات الاردني المطبق في فلسطين رقم (16) لسنة (1960).
- قانون الاستملاك الاردني المطبق في فلسطين رقم (2) لسنة (1953).
- قانون الاستملاك العثماني لسنة (1332).

- مجلة الاحكام العدلية لسنة (1867).

التشريعات المحلية العربية

- دستور دولة الامارات العربية لسنة (1971).
- قانون محكمة العدل الاردنية لسنة (1992).
- قانون نزع الملكية للمنفعة العامة الجزائري رقم (11) لسنة (1991).
- قانون نزع الملكية للمنفعة العامة المصري رقم (10) لسنة(1990).
- قانون الاستملاك الأردني رقم (12) لسنة (1987).
- قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات (1985/5).

التشريعات المحلية الأجنبية

- القانون الاساسي لجمهورية المانيا الاتحادية لسنة (2002).
- دستور جنوب افريقيا رقم (108) لسنة (1996).
- دستور دولة اليابان لسنة (1974).

قرارات

مذكرة قانونية بخصوص قرار مجلس الوزراء المتعلق بالحيازة الفورية رقم (13/د/ق/ص) لعام (2009).

قرار رئيس الدولة الفلسطينية رقم (136) لسنة (2009).

عاشراً: أحكام المحاكم

أ) أحكام محكمة النقض المصرية:

- حكم محكمة النقض المصرية المدني رقم (74/6163) لسنة (2014).
- حكم محكمة النقض المصرية المدني رقم (63/6163) لسنة (2014).
- حكم محكمة النقض المصرية الجزائي رقم (1151/ 78) لسنة (2013).
- حكم محككمة النقض المصرية المدني رقم (81/3467) لسنة (2012).
- حكم محكمة النقض المصرية المدني رقم(6689/ 72) لسنة (2012).
- حكم محكمة النقض المصرية المدني رقم(77/3393) لسنة (2012).
- حكم محكمة النقض المصرية المدني رقم (78/13415) لسنة (2011).
- حكم محكمة النقض المصرية المدني، رقم (67/3122) لسنة (2011).
- حكم محكمة النقض المصرية المدني رقم(65/2300) لسنة (2006).

- حكم محكمة النقض المصرية المدني رقم(619/2836) لسنة (2006).
- حكم محكمة النقض المصرية المدني رقم(56/2300) لسنة(2006).
- حكم محكمة نقض المصري المدني رقم(73/4862) لسنة (2005).
- حكم محكمة النقض المصرية المدني رقم (64/6304) لسنة (2004).
- حكم محكمة النقض المصرية المدني رقم (71/4789)لسنة (2003).
- حكم محكمة النقض المصرية المدني رقم (70/1400) لسنة (2001).
- حكم محكمة النقض المصرية الجزائي رقم (59/17664) لسنة (1993).
- حكم محكمة النقض المصرية المدني رقم(56/994) لسنة (1991).
- حكم محكمة النقض المصرية المدني رقم(53/1678) لسنة (1985).
- حكم محكمة النقض المصرية المدني رقم(50/683) لسنة (1981).
- حكم محكمة النقض المصرية المدني رقم(42/479) لسنة (1981).
- حكم محكمة النقض المصرية المدني رقم(46/350) لسنة (1979).
- حكم محكمة النقض المصرية المدني (29/238) لسنة (1973).
- حكم محكمة النقض المصرية المدني رقم(27/224) لسنة (1963)
- حكم محكمة النقض المصرية المدني رقم (27/47) لسنة (1962).

ب) أحكام محكمة القضاء الاداري المصري

- حكم محكمة القضاء الاداري المصري لسنة(1954).

ج) أحكام محكمة نقض ابو ظبي

- حكم محكمة نقض ابو ظبي اداري، رقم(4/879) لسنة(2010).
- حكم محكمة نقض ابوظبي مدني رقم(3/8) لسنة (2009).
- حكم محكمة نقض ابوظبي مدني رقم(549/ 26) لسنة (2006).
- حكم محكمة نقض ابوظبي مدني رقم(27/293) لسنة (2006).
- حكم محكمة نقض ابوظبي مدني رقم(25/585) لسنة (2004).

ح) محكمة تمييز دبي:

- حكم محكمة التمييز دبي مدني رقم(2009/6) لسنة (2009).
- حكم محكمة تمييز دبي مدني رقم(1994/302) لسنة 1994).

د) محكمة التمييز الاردنية

- حكم محكمة تمييز حقوق الاردنية رقم (99/2752) لسنة (2002).
- حكم محكمة تمييز حقوق الاردنية رقم (2001/2091) لسنة (2001).
- حكم محكمة تمييز الحقوق الاردنية رقم (2001/2000) لسنة (2001).
- حكم محكمة تمييز الحقوق الاردنية رقم (2000/2008) لسنة (2001).
- حكم محكمة تمييز حقوق الاردنية رقم (99/1121) لسنة (2000).
- حكم محكمة تمييز حقوق الاردنية رقم (99/1651) لسنة (2000).
- حكم محكمة تمييز الحقوق الاردنية رقم (98/2131) لسنة (1999).
- حكم محكمة تمييز حقوق الاردنية رقم(98/1772) لسنة (1999).
- حكم محكمة تمييز الحقوق الاردنية رقم (93/69) لسنة (1993).
- حكم محكمة تمييز حقوق الاردنية رقم (90/811) لسنة (1992).
- حكم محكمة تمييز حقوق الاردنية رقم (90/1170) لسنة (1991).
- حكم محكمة تمييز الحقوق الاردنية رقم (90/283) لسنة (1991).
- حكمة تمييز الحقوق الاردنية رقم (89/1170) لسنة (1991).
- حكم محكمة تمييز حقوق الاردنية رقم (88/948) لسنة (1989).
- حكم محكمة تمييز الحقوق الاردنية رقم (88/1134) لسنة (1989).
- حكم محكمة تمييز الحقوق الاردنية رقم (87/1011) لسنة (1989).
- حكم محكمة تمييز الحقوق الاردنية رقم (87/584) لسنة (1988).
- حكم محكمة تمييز حقوق الاردنية رقم (86/307) لسنة (1989).
- حكم محكمة تمييز الحقوق الاردنية رقم (84/754) لسنة (1988).
- حكم محكمة تمييز الحقوق الاردنية رقم (84/754) لسنة (1985).
- حكم محكمة تمييز حقوق الاردنية رقم (83/413) لسنة (1984).
- حكم محكمة تمييز الحقوق الاردنية رقم (84/239) لسنة (1984).
- حكم محكمة تمييز الحقوق الاردنية رقم (82/231) لسنة (1982).
- حكم محكمة تمييز الحقوق الاردنية رقم (80/475)، لسنة (1981).
- حكم محكمة تمييز حقوق الاردنية رقم (82/36) لسنة (1982).

- حكم محكمة تمييز الحقوق الاردنية رقم (80/475)، لسنة (1981).
- حكم محكمة تمييز حقوق الاردنية رقم (80/145) لسنة (1981).
- حكم محكمة تمييز حقوق الاردنية رقم (73/344) لسنة (1974).
- حكم محكمة تمييز الحقوق الاردنية رقم(971/135) لسنة (1971).
- حكم محكمة تمييز الحقوق الاردنية رقم (65/380) لسنة (1966).
- حكم محكمة تمييز حقوق الاردنية رقم (65/324) لسنة (1965).

ح) **محكمة العدل العليا الأردنية**

- حكم محكمة العدل العليا الاردنية رقم (2008/25) لسنة (2008).
- حكم محكمة العدل العليا الاردنية رقم (94/386) لسنة (1995).
- حكم محكمة العدل العليا الاردنية رقم (82/170) لسنة (1984).
- حكم محكمة العدل العليا الاردنية رقم (81/52) لسنة (1981).
- حكم محكمة العدل العليا الاردنية رقم (78/242) لسنة (1979).
- حكم محكمة العدل العليا الاردنية رقم (75/72) لسنة (1977).
- حكم محكمة العدل العليا الاردنية ، رقم (1968/48) لسنة (1968).
- حكم محكمة العدل الاردنية رقم (1966/100) لسنة (1967).
- حكم محكمة العدل الاردنية رقم (1966/106) لسنة (1966)
- حكم محكمة العدل الاردنية رقم (63/77) لسنة (1964).

خ) **محكمة العدل العليا، رام الله**

- حكم محكمة العدل العليا رام الله رقم (2011/170) لسنة (2011).
- حكم محكمة العدل العليا رام الله رقم (2011/154) لسنة (2011).
- حكم محكمة العدل العليا رام الله رقم (2011/51) لسنة (2011).
- حكم محكمة العدل العليا رام الله رقم (2010/192) لسنة (2011).
- حكم محكمة العدل العليا رام الله رقم(2009/311) لسنة (2011).
- حكم محكمة العدل العليا رام الله رقم(2009/311) لسنة (2010).
- حكم محكمة العدل العليا رام الله رقم (2008/292) لسنة (2010).
- حكم محكمة العدل العليا رام الله رقم (2007/25) لسنة (2009).

- حكم محكمة العدل العليا رام الله رقم (2008/25) لسنة (2008).
- حكم محكمة العدل العليا رام الله رقم (2005/138) لسنة (2008).
- حكم محكمة العدل عليا رام الله رقم (2008/253) لسنة (2008).
- حكم محكمة العدل العليا رام لله رقم(2008/134) لسنة (2008).
- قرار محكمة العدل العليا رام الله رقم (99/66) لسنة (2001).
- حكم محكمة العدل العليا رام الله، رقم (97/13) لسنة (1997).
- حكم محكمة العدل العليا رام الله، رقم (97/20) لسنة (1997).
- حكم محكمة العدل العليا رام الله، رقم (96/8) لسنة (1996).
- حكم محكمة العدل العليا رام الله، رقم (81/52) لسنة (1981).

د) **محكمة الاستئناف، رام الله:**

- حكم محكمة الاستئناف رام الله رقم (2008/250) لسنة (2009).

تاسعاً: المواقع الكترونية

- سامي الطوخي، لوائح تنظيم وحوكمة المرافق العامة، مقالة منشورة على .http://kenanaonline com/users/toukhy/posts ، تاريخ زيارة 2014/6/4.
- عدنان عمرو، إبطال القرارات الإدارية (رام الله ، الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن: 2010) منشور على http://www.ichr.ps/pdfs/legal0.pdf تاريخ 2014/5/15.
- العربي محمدي، نزع الملكية من اجل المنفعة العامة وحماية الملكية الخاصة،بحث منشور على http://droitcivil.over-blog.com/article-1606276.htm بتاريخ 2014/4/28.
- فريد عقل،المنفعة العامة في قرارات نزع الملكية والاستملاك،بحث منشور على .http://www 2588%carjj.org/sites/default/files/%25D9 تاريخ الزيارة 2014/4/19.
- ياسر أحمد عوض القحوم، نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة بين النزع الإداري والضمانات القضائية: دراسة تحليليةعن التجربة اليمنية مع دراسة مقارنة، بحث منشورعلى .www.yemen-nic info/contents/studies/detail.php?ID=3945 تاريخ زيارة 2014/4/24.
- http://muqtafi.birzeit.edu/ منظومة المقتفي
- http://www.adaleh.info/ مجموعة عدالة للقوانين
- http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation___Court/All/Cassation___Court___All___Case بوابة محكمة النقض المصرية .
- http://www.rawabi.ps/newsletter/2011/download/ar/rawabi___spring___2011___ar.pdf نشرة خريف للمدينة روابي.

أهمية وآثار انضمام فلسطين كعضو في المحكمة الجنائية الدولية

الدكتور طارق محمد الديراوي - غزة

مقدمـة

تعالت الأصوات الرسمية والشعبية في المنظمات حقوق الانسان في الشارع الفلسطيني بضــرورة الانضمــام للمحكمــة الجنائيــة الدولية، خصوصــاً بعد إقــدام مجموعة من المستوطنين بخطف الطفل محمد أبو خضيرة من مخيم شعفاط وحرقه حياً، ثم تلاها مــن إحــداث العدوان الاثم على قطاع غزة المعروف باســم الجرف الصامد والذي أدى إلى استشهاد أكثر من 2000 فلسطيني والعدد قابل للارتفاع جلهم من المدنيين العزل من نســاء و اطفال وســقوط أكثر من 11100 جريح بالإضافة للعدوان الاســرائيلي على غزة عام 2008و 2012 وما بعدها من أحداث.

وإن كانت هذه الدعوة تحكم في طياتها أمال كبيرة معلقة على المحكمة من أجل الانتصار بجميع هذه الضحايا وصلت لدرجة تفوق قدرة المحكمة وقانونها الأساسي لدرجــة أن البعــض اعتقد ان هذه المحكمة ســوف تحاكم الوجود الغير شــرعي للاحتــلال وممارســته الاجرامية، وفي الوقت ذاته عبــر البعض عن مخاوفه من هذا الانضمام لكونه يعطي الفرصة لسلطات الاحتلال برفع دعاوى قضائية ضد نشــطاء المقاومة الفلسطينية السياسيون منهم والعسكريون باعتبارهم مسؤولون عن كافة العمليات الفدائية التي تشنها المقاوم في عمق الكيان الاحتلالي، وكذلك التخوف من طلب الاحتلال الإسرائيلي التعويض عن خسائره المادية الناتجة عن هذه الافعال وادراج أســماء الفلســطينيين من قيادات وأفراد المقاومة على لائحة المطلوبــين للعدالــة الدولية باعتبارهم مجرمين حرب، ومن هنا تبرز الحاجة إلى فهــم فكــرة العدالة الجنائية التي مرت بمراحــل تاريخية متعددة غلا أن وصلت إلى المحكمة الجنائية الدولية.

فكرة إنشاء المحكمة الجنائية الدولية:

مما لاشك فيه أن مباشرة العدالة الجنائية الدولية على أساس محاكم جنائية دولية خاصة (مؤقتة) غير مرض بالقدر الكافي، فبالرغم من إنشاء محاكم (نورمبرج، وطوكيو، ويوغســلافيا الســابقة، روندا)، فإن الاجراء الدولي لم يســتخدم لإنهاء تلك الفضائح والجرائم التي ارتكبت والتي مازالت ترتكب في فلســطين المحتلة والعراق وأفغانســتان، ولــذا بــات من الضروري أن يتطور مفهوم العدالــة الجنائية ليتعدى المفهوم المحلي إلى المجال الدولي من أجل استكمال منظومة العدالة الجنائية.

مدى فاعلية القضاء الجنائي الدولي:

ولــذا جاءت المحكمــة الجنائية الدولية لتغلب على عقبات ملاحقة مرتكبي الجرائم التي تمس الكيان البشري وتهدد سلامته ومجازاتهم، متحفظاً بذلك مبدأ سيادة الدولة الذي كان ومازال يعتبر الحاجز المنيع الذي يختفي وراءه الحكام الطغاة، ويســتتر وراءه كبار المجرمين الدوليين تحت زعم دفاعهم عن المصلحة العامة لدولهم.

وإن كنا نرى بأن هذه المحكمة لن تشكل علاجاً فعالاً لكل مساوئ الانسانية بل نأمل منهــا الحــد من منع وقوع بعض الجرائم الدولية وتقليص عدد الضحايا وإقامة العدالة الجنائية على بعض المجرمين الدوليين والأمر الذي يمكن ان يوصلنا في المســتقبل إلى بسط السلام والأمن الدوليين.

فــأي نظــام قانوني يرجى لــه الفاعلية فهو بحاجة إلى قضاء مســتقل ودائم ويعمل على احترام احكامه؛ ونظراً لأن المحاكم الجنائية الدولية الخاصة كانت تحاكم متهمين محدديــن في نزاعــات محددة فقد أثارت هذه المحاكم وقوانينها الكثير من التســاؤلات حول مدى اتفاقها مع مبادئ الشرعية والاعتبارات العامة الأخرى للعدالة.

الخلاف حول ملائمة إنشاء قضاء جنائي دولي:

لــم يكــن الخلاف حول إنشــاء قضاء جنائي دولي خلافاً فقهيــاً بل كان خلافاً يبين وجهات نظر الدول، فبعض الدول لا ترغب في القضاء الدولي مثل اســرائيل والولايات

المتحــدة الامريكيــة لكي تكون مارقة على العلاقات الدولية والبعض الآخر يؤيد إنشــاء مثل هذا القضاء للمحافظة على السلام والأمن الدوليين.

حجج الاتجاه المعارض لإنشاء قضاء جنائي:

1. مبدأ الســيادة، فلكل دولة ســيادة على اقليمها ولذا يطبق القانون الجنائي على اقليم الدولة وليس خارجة.
2. سيطرة الدول الكبرى من الناحية الواقعية على مقاليد الامور في العالم، وخضوع الدول الصغرى لرغبات تلك الدول.
3. ضخامــة المشــكلات الفنيــة الاجرائية التي يجــب حلها، مثــل مراحل الدعوى الجزائية، واجراءات القبض والتفتيش والاستجواب.
4. عن عمل القضاء سيكون مؤقتاً وحالات الاحالة إليه نادرة ومرهونة بحالات الحروب.
5. احتمال تسييس المحكمة الجنائية الدولية فيصبح القضاء ساحة للصراع السياسي.
6. إن القضــاء المحلي يمكنه محاكمة مرتكبــي الجرائم الدولية وتطبيق الجزاءات الجنائية عليهم.
7. إن إنشــاؤه لم يمنع نشــوء الحروب أبداً طالما أن من يقومون به مصممون عليها ومقتنعون بالنظر فيها.

الاتجاه المؤيد لإنشاء القضاء الجنائي الدولي:

1. إن وجوده سوف يكون له أثر وقائي يمنع من الخروج على أحكام القانون الدولي.
2. إنه سوف يساعد على سرعة ومحاكمة المتهمين تحقيقاً للعدالة الجنائية.
3. توحيد تعريف الجريمة الدولية وتوحيد الأحكام الصادرة في شأنها.

وضع فلسطين أمام المحكمة الجنائية الدولية:

لقــد أصبحت فلســطين طرفاً في المحكمــة الجنائية الدولية كباقــي الدول الأخرى المنظمــة إلــى تلك المحكمة ليصبح عدد الدول الأعضــاء في ميثاق روما وهي 123 دولة

ـــ بعد انضمام فلسطين ـــ منها 34 دولة افريقية، و18 دولة من أسيا، و27 دولة من أمريــكا اللاتينيــة، 43 دولــة غربية، 4 دول عربية وهــي الأردن وتونس وجيبوتي وجزر القمر، وطبعاً اسرائيل والولايات المتحدة الأمريكية ليس طرفاً في الميثاق.

اختصاص المحكمة الجنائية الدولية:

تختص المحكمة الجنائية الدولية في ثلاث حالات وهي:

1. إذا ارتكبت الجريمة في أراضي إحدى الدول الأطراف.
2. إذا تم ارتكاب الجرائم قبل مواطني الدول الأعضاء في أي مكان في العالم.
3. مــن خــلال الدول غير الأطراف التي تعلن قبــول الاختصاص المحكمة وفقاص للفقرة 3 من المادة 12 من الميثاق.

الاختصاص الزماني للمحكمة:

تختص المحكمة بعد مرور ستين يوماً من تاريخ انضمام الدولة لميثاق روما، وبهذا لا يمكن للمحكمــة أن تختــص بالجرائــم التي وقعت في قطاع غزة مؤخــراً، ولكن لا يمكن للمحكمة أن تختــص بأثــر رجعي ابتداءً من 2002/1/1م إذا قدمــت الدولة تصريحاً تعلن فيه قبول اختصاص المحكمة وفقاً للمادة 3/12 من الميثاق بشأن جرائم معينة من ذلك التاريخ.

الجهات التي يحق لها تحريك الدعوى أمام المحكمة:

1. حكومة الدول العضو: الملاحظ أن الدول العربية الأطراف هي الأردن وجيبوتي وتونس وجزر القمر، وهذه الدول الاربعة لم يكن لديها القدرة على الولوج باب المحكمة للمطالبة بحقوق الشعب الفلسطيني.
2. مجلس الأمن: إن مجلس الأمن على مدى الصراع العربي الاســرائيلي يقف مع الطرف الآخر وبالتالي لم يكن لدينا أمل بأي صورة أن نلجأ إلى مجلس الأمن.
3. المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية: لقد رفض المدعي العام مورينو أوكامبو طلب انضمام فلسطين بحجة أن فلسطين ليس دولة !

فوائد الانضمام لميثاق روما:

1. وسيلة وقائية من أجل منع او تخفيف الجرائم الاسرائيلية التي يمكن أن ترتكب في الاراضي الفلسطينية مستقبلاً.
2. تحقيق مكاســب سياســية: يمكن لفلســطين ان تســتفيد من الناحية السياسية من خلال ثلاث طرق:

أ. بعــد أن تصبح فلســطين طرفــاً في المحكمة وترتكب اســرائيل جرائم حرب في الضفــة الغربيــة وقطاع غزة، ســيتم توجيه أوامر إلقــاء القبض على المجرمين الإســرائيليين مــن قبل المحكمــة والتي لا يمكن لها أن توجــه أوامر القبض من خلال منظمة الشرطة الجنائية الدولية (الانتربول)، بمعنى أن مجرمي الحرب الاســرئيلين ســيكونون ملاحقين ولن يستطيعوا السفر إلى 122 دولة في العالم، بمــا في ذلك معظم الدول العربية الأوروبية التي يربطها الاســرائيليين بروابط اقتصاديــة واجتماعيــة وثقافيــة وثيقة، وأن أغلبية كبيرة من الاســرائيليين هم مهاجرون يحملون جنســيات دولية اوروبية، وهذا الأمر يشــكل ضغطاً سياسياً على اسرائيل مما يدفعها إلى تجنب ارتكاب المزيد من الجرائم .

ب. وفقــاً لميثــاق رومــا يمكن لمجلس الامن أن يطلب من المحكمــة الجنائية الدولية أن تؤجل النظر في قضية ما مدة سنة قابلة للتجديد لذلك يمكن لفلسطين أن تستخدم القضايا التي ترفعها ضد اسرائيل للتفاوض عليها من أجل الحصول على مكاسب سياسية (اطلاق سراح اسرى، تفكيك مستوطنات ، عودة لاجئين)، مقابل تأجيل أو اسقاط قضايا معينة من قبل المجلس وخصوصاً وأنه يوجد لفلسطين أصدقاء في مجلس الأمن مثل روسيا وفلسطين، من هنا سوف تضطر إسرائيل للتفاوض على قضايا وتهم تفصيلية قد تجبرها في النهاية على الانســحاب من دولة فلســطين (1967)، فعلى سبيل المثال بعد الحرب على غزة 2008-2009 تم تقديم أكثر من 400 قضية فيها تهم جرائم حرب ضد اسرائيل.

ت. الانضمام إلى المحكمة سيكســب فلســطين المزيد من السيادة والاستقلال على المستوى الدولي.

ث. إن العمــل في المحكمــة الجنائية الدولية شــبيه في العمــل الجمعية العمومية في الأمم المتحــدة حيــث لا يوجد أحد أكبر مــن الآخر. إن قضاة محكمة الجنايات الدولية العاملين في الادعاء العام والمساعدين ليسوا من العرب أو من المسلمين فلمــاذا لا يكــون لنا أعضاء في هذه المحكمــة والتصويت في المحكمة فيما يتعلق في الانســحاب والعضوية وخلافه متعلق في العدد فوجود العرب والمســلمين في الجمعيــة العموميــة لمحكمة الجنايات الدولية ســيجعل لنا القــدرة على اختيار مدعــي عــام واختيار عدد من القضاة وبالتالي فإننا نرى ضرورة الانضمام إلى محكمة الجنايات الدولية.

العوائق القانونية والسياسية التي تحول دون معاقبة مواطنين اسرائيليين:

1. الطابع الاتفاقي لإنشاء المحكمة الجنائية الدولية، حيث تم الاتفاق بين الأطراف الموقعــة على اتفــاق روما على اعتبار أن القضاء الجنائــي الدولي مكمل وليس بديل للقضاء الوطني.
2. تدخــل مجلــس الأمــن: لمجلس الأمــن صلاحية إرجاء التحقيــق والمقاضاة غلى المحكمة وهذا من نصت عليه المادة 13 من النظام الأساسي للمحكمة، وقد شاهد العالم هيمنة الولايات المتحدة الامريكية على مجلس الأمن واستخدامها السيء لحق النقض الفيتو لصالح اســرائيل وهو الســبب الرئيس لطول عمر الاحتلال الاسرائيلي للأراضي الفلسطينية.
3. التخــوف الفلســطيني مــن الانضمام للمحكمــة الجنائية: تكمــن الخطورة بأن تكون المحكمة الجنائية ســلاح دون حدين، يفتح الباب امام اســرائيل للقصاص من المقاومة الفلســطينية ومحاكمتها على أفعالها المناهضة لاســتمرار سلطات الاحتلال الاســرائيلي في السيطرة على الأراضي الفلسطينية المحتلة، وهو حق الشعب الفلسطيني في الدفاع عن نفسه وهو ذات الحق الذي كفلته ذات قرارات الشرعية الدولية، حيث إنه لا يوجد نص يحرم استخدام القوة من أجل ممارسة حق الشعوب في تقرير مصيرها السياسي. وإن تضرع اسرائيل بحقها في الدفاع عن النفس يســتند إلى العامل الشــخصي في تأويلها هذا، الذي تريد من خلاله

إعطاء شرعية لعدوانها على الشعب الفلسطيني استناداً إلى نص المادة 15 من ميثـاق الأمم المتحـدة التي تبيح فعل الدفـاع عن النفس للدول ومواجهة عدوان واقع عليها الأمر الذي يتعارض مع الفقه والقضاء الدولي. لذلك يمكننا القول بأنه يجب على فلسطين أن تختار بعناية الجرائن التي يمكن تقديمها للمحكمة الجنائيــة الدولية كالاســتيطان حيــث تم الاعتراف به كجريمــة حرب، وكذلك المطالبة بالتعويض، كما يجب أن لا ننسى موضوع الجدار العازل فمحكمة العدل الدوليــة أصــدرت قرار بأن الجــدار غير قانوني وبالتالي نســتطيع اللجوء إلى محكمة الجنايات الدولية لتحريك دعوى في هذا الموضوع، أما موضوع الاسرى فهو موضوع مهم جداً لأن المعتقلين باتوا أسرى حرب بعد إعلان الدولة.

رفض إسرائيل للانضمام لمحكمة الجنايات الدولية:

للعلــم إن إســرائيل والولايــات المتحدة الأمريكيــة قد وقعتا على النظام الاساســي للمحكمــة الجنائية الدولية يوم 2000/12/31 الســاعة 11:55 وذلك قبل انتهاء الموعد بخمــس دقائق فقط ثم انســحبتا قبل بداية الحرب علــى العراق لأنه كان لديهم تصور لما سيحدث فيما بعد.

أحكام صادرة عن محكمة النقض في القضايا المدنية والتعليق عليها

الحكم رقم 2010/60 «ابطال معاملة بيع عقار»

نقض مدني
رقم: 2010/60

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: محمد شحادة سدر، د.عثمان التكروري، محمد سامح الدويك، عدنا ن الشعيبي.

الطاعـــــــــن: أحمد حسن أحمد حمدان / نابلس – عصيرة الشمالية.

وكيله المحامي علام شوكت / نابلس

المطـــعون ضدهم: 1- مها صالح عواد صالح / نابلس – عصيرة الشمالية.

2- منى صالح عواد صالح / نابلس – عصيرة الشمالية.

3- شريفة سعيد سليمان حمادنة / نابلس – عصيرة الشمالية.

بصفتهم من وبالإضافة إلى تركة وورثة (مورثهما) المرحوم محمد عواد حمادنة.

وكيلهم المحامي أحمد صوالحة / نابلس

الاجـــــــــــراءات

تقدم الطاعن بواسطة وكيله بهذا الطعن بتاريخ 2010/1/28 لنقض القرار الصادر من محكمة بداية نابلس بصفتها الإستئنافية في الاستئناف المدني 2008/143 بتاريخ 2009/12/21 المتضمن رد الاستئناف وتضمين المستأنف الرسوم والمصاريف ومائة دينار أتعاب محاماة.

الكاتـب

ع.خ

الرئيـــس

نقض مدني
رقم: 2010/60

وتلخصت أسباب الطعن بما يلي:

1. القرار المطعون فيه مخالف للأصول والقانون كون محكمتنا الموضوع لم تأخذا بدفوع الطاعن وبأن القانون منع المحاكم النظامية من نظر الدعاوي في الأراضي التي تمت فيها أعمال التسوية والمسجلة في دوائر التسجيل.
2. القرار المطعون فيه غير معلل تعليلاً قانونياً سليماً.

وطلب وكيل الطاعن قبول الطعن موضوعاً ونقض القرار المطعون فيه ورد الدعوى والزام الجهة المطعون ضدها بالرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة.

لم تتقدم الجهة المطعون ضدها بلائحة جوابية رغم تبلغ وكيلها لائحة الطعن في 2010/2/17.

المحكمـــــــــــــــة

بعد التدقيق والمداولة قانوناً نجد أن الطعن مستوف لأوضاعه القانونية لذا نقرر قبوله شكلاً.

وفي الموضوع نجد أن الأوراق تشير إلى أن المدعين:

- مها صالح عواد صالح.
- منى صالح عواد صالح.
- شريفة سعيد سليمان حمادنة.

وبصفتهن من وبالإضافة إلى التركة وورثة (مورثهما) المرحوم محمد رضا عواد حمادنة أقمن الدعوى رقم 99/809 – بداية نابلس – في مواجهة المدعى عليهما:

- حسن عبد الرحمن حسن حمادنة.
- أحمد حسن أحمد حمادنة.

للمطالبة بأبطال معاملة بيع وتنفيذ حصر ارث في حصص ارثيه قيمتها ألفي دينار وذلك استناداً للأسباب والوقائع المذكورة في لائحة الدعوى.

الكاتـب
مخ

الرئيـس

نقض مدني
رقم: 2010/60

باشرت المحكمة المذكورة النظر في الدعوى وأصدرت حكمها في الدعوى بتاريخ 2001/3/25 المتضمن فسخ وإلغاء عقد البيع رقم 80/441 الواقع على قطعة الأرض رقم 118 حوض 41 خلة التين من أراضي عصيرة الشمالية وتضمين المدعى عليهما الرسوم والمصاريف وخمسين ديناراً أتعاب محاماة.

اعترض المدعى عليه على الحكم المذكور وبعد أن جرى إحالة الأوراق إلى محكمة الصلح نابلس التي تابعت النظر في الدعوى واستكملت النظر في الطعن الاعتراضي أصدرت حكمها في الدعوى رقم 2001/1779 بتاريخ 2008/11/6 المتضمن ما يلي :

1. الحكم بإبطال عقد البيع رقم (80/441) الواقع على قطعة الأرض رقم 118 من الحوض 41 خلة التين من أراضي عصيرة الشمالية وإعادة قيد هذه القطعة وتسجيلها باسم ورثة محمد صالح عواد حمادنة لدى دائرة تسجيل أراضي نابلس وإلغاء أية قيود تتعارض مع ذلك وتضمين المدعى عليهما الرسوم والمصاريف ومبلغ خمسين ديناراً أردنيا أتعاب محاماة.
2. الحكم برد الاعتراض المقدم من المدعى عليه الثاني وتضمينه رسوم ومصاريف الاعتراض ومبلغ خمسين ديناراً أتعاب محاماة عن المرحلة الاعتراضية.

طعن المدعى عليه الثاني أحمد حسن أحمد حمدان (المعترض) في الحكم الصادر في المرحلة الاعتراضية أمام محكمة بداية نابلس بصفتها الإستئنافية وبعد أن استكملت المحكمة المذكورة إجراءات المحاكمة الإستئنافية أصدرت حكمها في الدعوى الإستئنافية رقم 2008/143 بتاريخ 2009/12/21 المتضمن رد الاستئناف وتأييد القرار المستأنف وتضمين المستأنف الرسوم والمصاريف و100 دينار أتعاب محاماة.

لم يلق القرار المذكور قبولاً لدى المدعى عليه الثاني أحمد حسن أحمد حمدان المذكور فطعن فيه لدى محكمة النقض للأسباب المبسوطة في لائحة الطعن المقدمة من وكيله بتاريخ 2010/1/28 .

الكاتب **الرئيس**

م خ

نقض مدني
رقم: 2010/60

وعودة إلى سببي الطعن :

تجد محكمتنا أن الدعوى الماثلة انطوت على المطالبة بإبطال معاملة بيع تتصل بقطعة الأرض رقم 118 حوض 41 خلة التين من أراضي عصيرة الشمالية على اعتبار أن مورث الجهة المدعية نظم وكالة خاصة للمدعى عليه الأول (حسن عبد الرحمن) تحمل الرقم 789 /80 تاريخ 1980/3/12، وبتاريخ 1980/3/27 توفي الموكل (مورث الجهة المدعية) ورغم وفاته وعلم الوكيل (المدعى عليه حسن) بذلك فقد عمد إلى تنفيذ الوكالة الخاصة بأن باع القطعة بالاستناد لتلك الوكالة إلى المدعى عليه الثاني أحمد حسن أحمد حمدان الذي كان يعلم أيضاً بوفاة مورث الجهة المدعية.

ولما كانت البينات المقدمة في الدعوى سواء الخطية منها والشفوية تنبئ بثبوت الواقعة المذكورة وبأن واقعة البيع من قبل المدعى عليه الأول إلى المدعى عليه الثاني كانت بالاستناد إلى الوكالة الخاصة المشار إلى رقمها وتاريخها آنفاً وهذه الوكالة قد انتهت قانوناً بالوفاة وبأن معاملة البيع من قبل الوكيل المدعى عليه الأول إلى المدعى عليه الثاني أضحت باطلة والحالة هذه لعدم إجازتها من قبل الجهة المدعية سيما وأن الوكيل والمشتري (المدعى عليه الثاني) رغم علمهما بواقعة الوفاة قد أقدما على إتمام معاملة البيع في الموقع الرسمي.

وحيث ان انحدار معاملة البيع إلى البطلان يجعل من (عقد البيع) رقم 80/441 المنظم بتاريخ 1980/5/17 عقداً باطلاً وأن هذا البطلان يقتصر فقط على بيع حصص المدعيات الثلاث الإرثية وهن مها ومنى صالح عواد صالح وشريفة سعيد سليمان حمادنة وبحدود حصصهن الإرثية في العقار المبيع فقط طبقاً لحجة حصر الإرث المبرز م/5 مما يعني أن الحكم بالبطلان خارج إطار حصص المدعيات الثلاث ليشمل باقي الورثة فيما يتصل بالعقار المبيع كله يغدو فاقداً لركازه القانوني على اعتبار أن الدعوى المقامة لا تجعل في حقيقتها التركة خصماً بالمعنى القانوني وإنما البطلان موضوع الدعوى الماثلة يقتصر على حقوق شخصية فقط آلت إلى الورثة لا يفيد منه إلا من باشر المطالبة بالبطلان فقط من خلال تحريك الدعوى.

الكاتب **الرئيس**

ج ح

نقض مدني
رقم: 2010/60

وحيث أن محكمة الاستئناف وان توصلت إلى مبدأ بطلان عقد البيع المستند إلى وكالة انتهت بالوفاة ونحن نقرها على ذلك فقط إلا أنها جانبت الصواب بعدم قصر البطلان على حقوق المدعيات الثلاث الشخصية الارثية في العقار المبيع موضوع الدعوى.

وحيث أن هذه المجانبة طبقاً لما سلف ذكره توجب نقض القرار المطعون فيه لمخالفته القانون والأصول.

لهذه الأسبـــــــاب

لذلك تقرر محكمتنا نقض القرار المطعون فيه وإعادة الأوراق لمصدرها محكمة البداية بصفتها الإستئنافية لإجراء المقتضى القانوني في ضوء ما بينا وبالتالي إصدار القرار المناسب من قبل هيئة مغايرة.

حكما صدر تدقيقا باسم الشعب العربي الفلسطيني بتاريخ9 /2011/1

الكاتـب **الرئيـس**

2010/60

تعليق القاضي الدكتور فؤاد الدرادكة

قاضي محكمة التمييز الأردنية - الأردن

مختصر الوقائع:

يشير الحكم محل التعليق إلى ان المدعيات:-

1. مها صالح عواد صالح.
2. منى صالح عواد الصالح.
3. شريفة سعيد سليمان حمادنة ، وبصفتهن من وبالإضافة إلى التركة وورثة مورثهن المرحوم محمد رضا عواد حمادنة.

كـن قـد تقدمن بالدعوى رقم 99/809 لدى محكمة بداية نابلس، بمواجهة المدعى عليهما:

1. **حسن عبد الرحمن حسن حمادنة.**
2. **أحمد حسن أحمد حمادنة.**

للمطالبة بإبطال معاملة بيع وتنفيذ حصر إرث في حصص إرثية قيمتها ألفي دينار للأسباب والوقائع المذكورة في لائحة الدعوى.

باشرت محكمة بداية نابلس النظر في الدعوى وبعد استكمال إجراءات التقاضي أصدرت بتاريخ 2001/3/25 حكمها المتضمن: فسخ وإلغاء عقد البيع رقم 80/441 الواقع على قطعة الأرض رقم 118 حوض 41 خلة التين من أراضي عصيرة الشمالية، وتضمين المدعى عليهما الرسوم والمصاريف وخمسين ديناراً بدل أتعاب محاماة.

اعترض المدعى عليهما على الحكم المذكور وبعد إحالة الأوراق إلى محكمة صلح نابلس التي نظرت الطعن الاعتراضي وبعد استكمال إجراءات التقاضي أصدرت

بتاريخ 2008/11/6 حكمها رقم 2001/1779 ويتضمن ما يلي :

1. الحكم بإبطال عقد البيع رقم 80/441 الواقع على قطعة الأرض رقم 118 من الحوض رقم 41 خلة التين من أراضي عصيرة الشمالية، وإعادة قيد هذه القطعة وتسجيلها بإسم ورثة محمد صالح عواد حمادنة لدى دائرة تسجيل أراضي نابلس وإلغاء أي قيود تتعارض مع ذلك وتضمين المدعى عليهما الرسوم والمصاريف ومبلغ خمسين ديناراً أردنياً بدل أتعاب محاماة.
2. الحكم برد الاعتراض المقدم من المدعى عليه الثاني وتضمينه رسوم ومصاريف الاعتراض، ومبلغ خمسين ديناراً بدل أتعاب محاماة عن المرحلة الاعتراضية.

لم يقبل المدعى عليه الثاني احمد حسن أحمد حمادنة -المعترض - بالحكم الصادر في المرحلة الاعتراضية لدى محكمة بداية نابلس بصفتها الاستئنافية، وبعد استكمال إجراءات التقاضي أصدرت بتاريخ 2009/12/21 حكمها رقم 2008/143 ويتضمن رد الاستئناف وتأييد الحكم المستأنف وتضمين المستأنف الرسوم والمصاريف ومبلغ 100 دينار بدل أتعاب محاماة.

لم يلق الحكم الاستئنافي قبولاً لدى المدعى عليه الثاني - المستأنف- فطعن فيه لدى محكمة النقض، التي أصدرت بتاريخ 2011/1/9 حكمها رقم 2010/60 قضت فيه: بنقض الحكم المطعون فيه وإعادة الأوراق إلى مصدرها لإجراء المقتضى القانوني.

مقدمة:

من الواضح أن الدعوى تتعلق بوكالة خاصة كان قد نظمها الموكل - مورث المدعيات - للمدعى عليه الأول بخصوص قطعة أرض معينة ومحددة، وقد انتهت الوكالة بوفاة الموكل، ورغم علم الوكيل بواقعة الوفاة فقد عمد إلى تنفيذ الوكالة، وباع قطعة الأرض، بالاستناد لتلك الوكالة، إلى المدعى عليه الثاني الذي كان يعلم بوفاة الموكل أيضاً.

هذا الحكم يطرح مجموعة من التساؤلات تتعلق بتعريف الوكالة وبيان أنواعها، وأسباب انتهاء الوكالة، وهل التصرف اللاحق لانتهائها يعتبر تصرفاً باطلاً؟ وما هو المقصود بالبطلان؟ وما هو الأثر الذي يترتب على ذلك؟ ومن له حق التمسك بالبطلان؟ وفيما إذا كان البطلان يقتصر على حصص المدعيات فقط، أم يشمل البيع بمجمله؟ ومن ثم مدى تقيد الحكم بالقواعد المشار إليها، والنتيجة التي انتهى إليها، وأخيراً الوقوف على سلامة لغة الحكم القضائي وحسن صياغته.

وتفريعاً على ما تقدم، سوف نقوم بالتعليق على الحكم، إنطلاقاً من التساؤلات التي أثرناها، مع الأخذ بعين الاعتبار أن مجلة الأحكام العدلية هي بمثابة القانون المدني الساري المفعول في الضفة العربي وقطاع غزة. وسيكون تناولنا لهذا الموضوع، من خلال الفقرات الآتية:

أولاً: التعريف بالوكالة وأنواعها:

الوكالة لغة بمعنى الحفظ [1]، وعليه فلو قال أحد لآخر، قد وكلتك في مالي، فإذا لم يذكر التصرفات التي وكله بها، فلذلك الشخص أن يحافظ على ذلك المال فقط، وليس له أن يتصرف فيه بنوع آخر[2]، وقد جاء في المادة (1449) من مجلة الأحكام العدلية ما يلي: «الوكالة هي تفويض أحد في شغل لآخر وإقامته مقامه في ذلك الشغل ويقال لذلك الشخص موكل ولمن أقامه وكيل ولذلك الأمر موكل به» [3] .

1 أنظر الإمام علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع المجلد الخامس والسادس - دار الكتب العلمية / بيروت - بدون سنة طبع - ص19 من كتاب الوكالة، والإمامين موفق الدين وشمس الدين ابني قدامة: المغني والشرح الكبير على متن المقنع في فقه الإمام أحمد بن حنبل الجز الخامس - دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع /بيروت - 1994 0 ص201 وما بعدها، والأستاذ علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام - المجلد الثالث: الكتاب العاشر: الشركات - الكتاب الحادي عشر: الوكالة / دار الكتب العلمية / بيروت – (تعريب المحامي فهمي الحسيني) الطبعة الأولى - 1991 - ص 524.

2 الإمام الكاساني: المصدر السابق - ص 19 والأستاذ علي حيدر: المرجع السابق - ص 524.

3 جاء في المادة (833) من القانون المدني الأردني أن «الوكالة عقد يقيم بمقتضاه شخصاً آخر مقام نفسه في تصرف جائز معلوم».

ويتبين من هذا التعريف، أن عقد الوكالة يتميز[4]، بأنه عقد رضائي ينعقد بالإيجاب والقبول في الأصل، إلاّ أنه يكون عقداً شكلياً، إذا كان التصرف القانوني محل الوكالة هو تصرف شكلي، وأن الوكيل فيه يلتزم بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل، فضلاً عن انه من العقود الملزمة للجانبين، فعقد الوكالة يرتب التزامات في ذمة طرفيه، سواء اشترط أجر للوكيل أو كانت الوكالة تبرعاً، ويقوم عقد الوكالة على الاعتبار الشخصي، كما تتميز الوكالة أيضاً بأنها عقد غير لازم، فهو يقبل بطبيعته أن يرجع فيه احد العاقدين دون توقف على إرادة الآخر، إذ يجوز كقاعدة عامة، للموكل، أن يعزل الوكيل، وللوكيل أن يتنحى عن الوكالة.

إن للوكالة أنواعاً متعددة، أو على حد تعبير الفقهاء[5]، لركن التوكيل صور، فقد نصت المادة (1456) من مجلة الأحكام العدلية، على أن: (يكون ركن التوكيل مرة مطلقاً، يعني لا يكون معلقاً بشرط، أو مضافاً إلى وقت أو مقيداً بقيد، ومرة يكون معلقاً بشرط ...»، كما نصت المادة (1479) من المجلة أيضاً، على أنه «إذا قيدت الوكالة بقيد فليس للوكيل مخالفته، فإن خالف لا يكون شراؤه نافذاً في حق الموكل ويبقى المال الذي اشتراه له، ولكن إذا خالف بصورة فائدتها أزيد في حق الموكل فلا تعد مخالفة معنى ...».

4 للمزيد حول خصائص عقد الوكالة أنظر: د. محمد علي عرفة: شرح القانون المدني- جديد في التأمين والعقود الصغيرة - مطبعة فؤاد الأول - الطبعة الثانية - 1950 - ص 346 وما بعدها، ود. محمد كامل مرسي: شرح القانون المدني الجديد العقود المسماة - الجزء الأول- المطبعة العالمية- الطبعة الثانية- 1952 - ص 299 وما بعدها، ود. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني- الجزء السابع: الكتاب الأول- العقود الواردة على العمل - تحديث وتنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي - لجنة الشريعة الإسلامية/ نقابة المحامين - 2007 - ص 298 وما بعدها.

5 الإمام الكاساني: المصدر السابق - ص 20 و 25، والإمام ابن قدامة: المصدر السابق - ص 210 وما بعدها، والإمام فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق - المجلد الثاني - الجزء الرابع - دار الكتاب الإسلامي / القاهرة - الطبعة الثانية (بالاوفست) - ص 254 وما بعدها.

وهذا ما أخذ به المشرع الأردني، وقننه في المادتين 835 [6] و 836 [7] من القانون المدني، ويمكن إجمال أنواع الوكالة ، فيما يأتي [8]:

1. **الوكالة المطلقة:**

وهي التي لم تقيد بقيد يتعلق بالتصرف أو بالزمن، أو بالمقدار في الثمن، بمعنى أن يكون التوكيل غير معلق بشرط، ولا مضاف إلى أجل، ولا مقيد بقيد، والوكالة المطلقة على النحو السالف بيانه، تصدق في صورتين:

أ. أن يصرح فيها الموكل بالإذن العام للوكيل، وعندئذ تختلط الوكالة المطلقة بالوكالة العامة.

ب. أن يحدد الموكل فيها نوع التصرف الذي يمكن أن يقوم به الوكيل من بيع وشراء، ولكنه لا يقيد الوكيل في كيفية البيع ولا في الثمن أو المكان أو الزمان، ولا مع من يتعامل معه، فتكون بهذا وكالة خاصة مطلقة.

2. **الوكالة المقيدة:**

وهي التي قيدت بتصرف معين من أنواع التصرفات أو بزمن معين أو بمقدار معين من الثمن، وعلى هذا فإن الموكل قد يصل في تقييد حرية الوكيل إلى حد قد يحرمه من كل تقدير، ويقتصر عمله في هذه الحالة على تنفيذ تعليمات الموكل حرفياً، وهو اقرب ما يكون إلى الرسول، الذي تنحصر مهمته في نقل إرادة الموكل إلى الغير ونقل إرادة الغير إلى الموكل.

---

6 تنص المادة (835) على ما يلي: «يصح أن يكون التوكيل مطلقاً أو مقيداً أو معلقاً على شرط أو مضافاً إلى وقت مستقبل».

7 تنص المادة (836) على أن «الوكالة تكون خاصة إذا اقتصرت على أمر أو أمور معينة، وعامة إذا اشتملت كل أمر يقبل النيابة:
فإذا كانت خاصة فليس للوكيل إلاّ مباشرة الأمور المعينة فيها وما يتصل بها من توابع ضرورية تقتضيها طبيعة التصرفات الموكل بها.
وإذا كانت عامة جاز للوكيل مباشرة المعاوضات والتصرفات عدا التبرعات فلا بد من التصريح بها».

8 علي حيدر: المرجع السابق - ص 535 وانظر تقسيم الوكالة ص542 و ص 604 ود. هبة الزحيلي: العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني- دار الفكر/ دمشق - الطبعة الأولى - 1987 - ص285 وما بعدها، ود. عدنان السرحان، شرح القانون المدني في العقود المسماة في المقاولة. الوكالة، الكفالة - مكتبة دار الثقافة/عمان - الطبعة الأولى / الإصدار الثاني 2001 - ص 123 وما بعدها.

3. الوكالة العامة:

هي التي ترد في ألفاظ عامة، فلا يعين فيها الموكل محل التصرف القانوني المعهود به للوكيل، بل ولا يعين نوع هذا التصرف القانوني ذاته [9]، ويجوز فيها للوكيل مباشرة المعاوضات والتصرفات المالية ذات العوض، أما التبرعات فلا بد من التصريح بها، وإذا كانت الوكالة بلفظ عام لم يقترن بما يوضح المقصود منه، فلا تخول الوكيل إلاّ أعمال الإدارة والحفظ [10].

4. الوكالة الخاصة:

وهي التي تقتصر على أمر أو أمور معينة، وليس للوكيل فيها إلاّ مباشرة الأمور المعينة فيها، وما يتصل بها من توابع ضرورية تقتضيها طبيعة التصرفات الموكل بها، أو العرف الجاري [11] .

فالوكالة الخاصة، قد تكون في واحد من التصرفات القانونية، أو في مجموعة منها، شريطة تحديد كل نوع من أنواع هذه التصرفات، وكما تصح الوكالة الخاصة في أعمال التصرف، فإنها تصح أيضاً في أعمال الإدارة .

وقد تباينت مواقف التقنينات المدنية من التصرفات التي تحتاج إلى توكيل خاص، فذهبت بعضها إلى تحديد هذه التصرفات بالنص، كالتقنين المدني المصري [12]، والسوري [13]، في حين ذهبت بعض التقنينات إلى عدم تحديدهـا، كالتقنين اللبناني [14]

9 د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط - المرجع السابق - ص 351، ود. محمد كامل مرسي: العقود المسامة- الجزء الأولى - مرجع سابق - ص 371 وما بعدها ود. محمد علي عرفة: المرجع السابق - ص 367 ود. وهبة الزحيلي: المرجع السابق - ص 286 ود. عدنان السرحان : المرجع السابق - ص 124 وما بعدها و د. محمد صبري الجندي: النيابة في التصرفات القانونية - دراسة في التشريعات والفقه الإسلامي من منظور موازن - دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان - الطبعة الأولى - 2012- ص 146 وما بعدها.

10 المادة (837) من القانون المدني الأردني.

11 د. وهبة الزحيلي: المرجع السابق - ص 286.

12 المادة (1/702) وانظر تفاصيل هذه الأعمال لدى د. محمد كامل مرسي: المرجع السابق - ص 279 وما بعدها.

13 المادة (1/668) وهي مطابقة للنص المصري.

14 المادة (777).

والعراقي [15] والأردني [16] وقانون المعاملات الإماراتي [17].

5. الوكالة المعلقة على شرط أو المضافة إلى وقت:

وهي التي تتعلق بحصول شرط من صفة أو وقت، أو هي التي يكون التوكيل فيها مضافاً إلى وقت آت غير حاضر، فالتوكيل إطلاق التصرف، والإطلاقات مما يحتمل التعليق بالشرط والإضافة إلى الوقت [18].

وتجدر الإشارة إلى أن هناك تقسيمات متعددة، خلاف ما تناولناه، فهي تنقسم من حيث مصدرها [19] إلى وكالة قانونية ووكالة اتفاقية ووكالة قضائية، ومن حيث طريقة إبرامها [20]، إلى وكالة صريحة ووكالة ضمنية، ومن حيث المدى الزمني[21]، تنقسم إلى وكالة قابلة للعزل ووكالة غير قابلة للعزل، بيد أننا تناولنا أهم تقسيماتها فيما تقدم، وهو ما يعنينا من الناحية العملية.

ثانياً: أسباب انتهاء الوكالة:

بينت المواد (862 –867) من القانون المدني الأردني أسباب وحالات انتهاء الوكالة، والتي أخذت أحكامها من مجلة الأحكام العدلية[22]، وقد ذهب بعض الفقه إلى تقسيم الأسباب إلى فئتين: الأولى، انتهاء الوكالة وفقاً للقواعد العامة، والثانية انتهائها لأسباب خاصة [23].

15 المادة (931).

16 المادة (838) وهي مستقاة من المادتين 1453 و 1479 من مجلة الأحكام العدلية.

17 المادة (929) وهي منقولة عن النص الأردني .

18 الإمام الكاساني: المصدر السابق– ص 20، والإمام ابن قدامة: المصدر السابق - ص 10.

19 د. محمد كامل مرسي: المرجع السابق - ص 361 وما بعدها.

20 د. محمد صبري الجندي: المرجع السابق - ص 145.

21 د. محمد صبري الجندي: المرجع السابق - ص 145.

22 المواد (19 و 20 و 31 و 1517 و 1518 و 1521 و 1530) من المجلة.

23 د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط - المرجع السابق - ص 540 وما بعدها، ود. محمد علي عرفة: المرجع السابق - ص 416 وما بعدها ود. محمد صبري الجندي: المرجع السابق - ص 167.

أما الأسباب التي تنتهي بها الوكالة، وفقاً للقواعد العامة، فهي:

أ. انتهاء الوكالة عن طريق تنفيذها، وتشمل صورتين:

- **الأولى: بإتمام العمل محل الوكالة:** وهذا هو الطريق الطبيعي والمألوف لانتهاء كل العقـود، إذ أن قيـام الوكيـل بتنفيذ التصرف الموكل به، يعنـي بداهة انتهاء الوكالـة بالتنفيـذ، أو بإتمـام العمل المـوكل به، ومحكمة الموضـوع هي صاحبة الصلاحية، بالبت فيما إذا كانت الوكالة قد انتهت بانجاز العمل أم لا، وقد يتفق المتعاقـدان علـى اجل لتنفيذ العمل أو التصرف، فتنتهـي الوكالة بانقضاء هذا الأجل، ويسـتخلص ذلك من قصد العاقدين، وكما تنتهي الوكالة بإتمام العمل، تنتهي كذلك بعدم النجاح أو الفشل في العمل.

ويعبر ابن عابدين عن ذلك بقوله: «وينعزل الوكيل بلا عزل بنهاية الشيء الموكل فيـه، كأن وكله بقبض دين، فقبضه بنفسـه، أو وكله بنـكاح فزوجه الوكيل»[24]، وهـذا مـا نصت عليه المادة (1526) من مجلة الأحـكام العدلية، التي جاء فيها «وتنتهي الوكالة بختام الموكل به وينعزل الوكيل من الوكالة بطبيعته»[25]، وقد جاء في التعليق على هذا النص ما يلي «أما ختام الموكل به، فيكون على صورتين:

الصـورة الأولى: يكون ختام الموكل به بإيفاء الموكل بالذات الموكل به، لأن الوكيل ينعـزل في كل تصـرف إذا تصرف فيه الموكل بوجه ما، فيصبح الوكيل بعد ذلك التصرف عاجزاً عن التصرف فيه...»[26].

«**الصورة الثانية :** تكون بإيفاء الوكيل الأمر الموكل به» [27].

- **الثانية:** بانقضاء الأجل: وهذه الحالة تفترض أن تكون الوكالة في أعمال مستمرة، كالتوكيل في الإدارة فيحدد المتعاقدان أجلاً تنتهي بانقضائه الوكالة، فإذا استمر

24 الإمام محمد أمين الشهير بابن عابدين: حاشية رد المحتار على الدر المختار: شرح تنوير الأبصار في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان- المجلد الخامس - دار الفكر/بيروت - 1992 - 538، وانظر كذلك الشيخ عبد الرحمن الجزيزي: كتاب الفقه على المذاهب الأربعة- الجزء الثالث-الطبعة السابعة - 1986 - ص207.

25 المادة 1/862 من القانون المدني الأردني.

26 علي حيدر: شرح مجلة الأحكام العدلية - المجلد الثالث - المرجع السابق - ص 662.

27 علي حيدر: المرجع السابق - ص 664.

الوكيل بعد انقضاء الأجل قائماً بتنفيذ الوكالة، بعلم الموكل ودون معارضته، فإن ذلـك يعتبـر تجديداً ضمنياً للوكالة، وقد يكون أجل الوكالة غير معين، لا يعرف ميعاد حلوله، كأن يوكل شخصاً شخصاً آخر في إدارة أمواله طول مدة غيابه في سفر بعيد، كما يجوز التوكيل مدة حياة الموكل أو الوكيل .

ب. انتهاء الوكالة قبل اتمام العمل أو قبل التنفيذ:

1. استحالة التنفيذ

تقضي المادة (448) من القانون المدني الأردني، بأن «ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه»[28].

يستفاد من هذا النص، أنه لا التزام بمستحيل، فإذا أصبح تنفيذ العمل محل الوكالة مستحيلاً، سواء أكانت الاستحالة مادية أم قانونية، فإن ما يترتب على ذلك انقضاء الوكالة، وقد تسـاءل جانب من الفقه [29] عن الاسـتحالة التي تنقضي بها الوكالة، أهي الاستحالة المطلقة أم الاستحالة النسبية؟ فإذا كانت النصوص لم تحدد ذلك، فبالإمكان تحديد الاسـتحالة بالنظر إلى شـروط الوكالة وصفة وأهلية الأطراف، وهذا يتفق والمنطق، إي يجب التعامل مع كل حالة على حدة، فقد تؤدي الاستحالة النسبية إلى انقضاء الوكالة، وفقاً لحالة وظروف المتعاقدين.

2. الحجر على أحد طرفي الوكالة:

إذا حجر على أحد طرفي الوكالة، لعارض لحق بأهليته، أو بسـبب إفلاسـه [30] أو إعساره [31]، فإن ما يترتب على ذلك انقضاء الوكالة. ويعمل بهذا الحكم أيضاً متى أتى الحجر بسـبب عارض لحق بأحد طرفي الوكالة، رغم أنه لا يشـترط في الوكيل أن يكون كامل الأهلية ، ولكن عندما يتفق المتعاقدان الراشـدين على الوكالة، فهذا يعني أن إرادتهما قد انصرفت إلى وجوب توافر الأهلية.

28 مصدر هذه المادة (291–297) المتعلقة بهلاك المبيع والمواد (591–611) المتعلقة برد المأجور وإعارته، ويقابلها المادة (373) من القانون المدني المصري.

29 د. محمد صبري الجندي: المرجع السابق - ص 172.

30 المواد 375 وما بعدها من القانون المدني الأردني.

31 المواد (249) وما بعدها من القانون المدني المصري.

وقد نصت على هذه الحالة، المادة (1530) من المجلة، حيث جاء فيها «تبطل الوكالة بجنون الموكل أو الوكيل»[32]، يفترض هذا النص أن الوكالة انعقدت صحيحة بين الموكل والوكيل، ولكن طرأ عارض -الجنون المطبق- على أيهما، فإن هذا العارض يبطل الوكالة، وبياناً لهذا يقول علي حيدر «وجنون الموكل يبطل الوكالة، لأن التصرفات الغير لازمة كالتوكيل هي حكم ابتداء لدوام التوكيل، ولا بد من قيام الأمر، وبجنون الموكل يبطل الأمر، وتبطل الوكالة بجنون الوكيل، لأن تصرفات المجنون القولية غير المقبولة... كذلك تبطل الوكالة بجنون الوكيل ولو تعلق بها حق الغيـــر، لأن الوكيل لم تبق له أهلية التصرف، أما إذا جن الموكل فتبطل الوكالة، إذا لم يتعلق بها حق الغير»[33].

ومن ذلك نخلص إلى أن العبرة في توافر الأهلية في الموكل بوقت الوكالة، وبالوقت الذي يباشر فيه الوكيل التصرف في آن معاً[34].

1. **هل تنتهي الوكالة بالفسخ؟**

لم يتفق الفقه على إجابة موحدة، على هذا التساؤل ، فذهب رأي[35] إلى أنه يجوز إنهاء الوكالة عن طريق طلب فســخها، إذا أخل أحد المتعاقدين بالتزاماته ، ووفقاً للقواعد العامة، باعتبار الوكالة، عقد ملزم للجانبين.

في حين ذهب رأي آخر[36]، إلى أن الأصل في الوكالة أنها بطبيعتها عقد ملزم لجانب واحــد، إذ إنهــا لا تولــد التزامات إلا في ذمة الوكيل بــأن يقوم بالعمل الذي كلفه به موكله، وبأن يؤدي له حساباً عنه، وأن اشتراط الأجر يؤثر في صفة العقد هذه، إذ يصبح الموكل ملزماً بالأجر. ويرى بعض الشــراح[37] أن الوكالة من العقود التبادلية الناقصة، لأنها عند انعقادها لا تولد إلا التزامات على الوكيل، لكن قد ينشأ عنها

32 المادة 3/862 و4 من القانون المدني الأردني.

33 علي حيدر: المرجع السابق - ص 665، وانظر الكاساني: بدائع الصنائع - المرجع السابق. ص 38 وابن عابدين: حاشية رد المحتار -المرجع السابق - ص 538 وعبد الرحمن الجزيري: الفقه على المذاهب الأربعة - المرجع السابق - ص 27.

34 د. عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق - ص 543.

35 د. عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق - ص 544.

36 د. محمد عرفه: المرجع السابق ص346 و347.

37 د. محمد كامل مرسي: المرجع السابق، ص301.

بعد ذلك التزامات على الموكل بسبب أعمال تقع بعد العقد متعلقة بتنفيذه. إلا أن هذا الرأي لم يلق قبولاً لدى البعض[38]، الذين يرون أن العقد التبادلي هو الذي تتولد عنه مباشرة التزامات متبادلة ومتعاصرة في ذمة كل من طرفيه فإذا كان لا يتولد عن العقد مباشرة إلا التزام أحد طرفيه فحسب، فإنه يكون ملزماً لجانب واحد بغض النظر عن الالتزامات التي قد تنشأ بسببه بعد ذلك.

لقد ورد اصطلاح الفسخ في كتب الفقهاء المسلمين[39]، واختلفت عباراتهم حول تحديد مدلوله، ويثور التساؤل هل يقصد به ما يقصد في نصوص القانون المدني؟

جاء ذكر الفسخ في القانون المدني بصدد الحديث عن العقود الملزمة للجانبين[40] ويعرف شراح القانون الفسخ، بأنه عبارة عن حق المتعاقد في العقد الملزم للجانبين في أن يطلب حل الرابطة العقدية، لكي يتحلل من التزامه، إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه[41]. وعرفه بعض المعاصرين في الفقه الإسلامي على أنه «نقض الحكم الناشئ عن العقد القابل لذلك»[42]. وأياً كان الأمر، فإننا لا نرى هذا الخلاف جوهرياً، ذلك أن عقد الوكالة في الغالب لا يكون مجانياً، فالوكيل عندما يقوم بالعمل الموكل به، إنما يقوم به لقاء أجر متفق عليه مسبقاً مع الموكل، وهذا يفرض عليه التزام ببذل عناية، مما يجعل العقد من العقود التبادلية، ومن ثم فإن الفسخ يجد طريقة لهذا العقد، ولكن

38 د. محمد عرفه: المرجع السابق، ص347، ويناصره في هذا الرأي د.محمد صبري الجندي: المرجع السابق–ص173 ود. إسماعيل غانم: في النظرية العامة للالتزام - ج1– مكتبة عبدالله وهبة، ص 418.

39 الإمام الكاساني: المرجع السابق، ص37 وابن رشد: بداية المجتهد، المرجع السابق، ص490 والشيخ عبد الرحمن الجزيري: المرجع السابق، ص206، حيث يقول «الوكالة من العقود الجائزة، لأنها من جهة الموكل إذن، ومن جهة الوكيل بذل نفع، وكلاهما غير لازم، فلكل واحد من الموكل والوكيل فسخ عقد التوكيل).

40 المادتان (245 و246) من القانون المدني الأردني ويقابلهما المادتان (157 و158) من القانون المدني المصري.

41 د.عبد المنعم فرج الصدة: مصادرة الالتزام - دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري– دار النهضة العربية/ بيروت –1974– ص475 ود. إسماعيل غانم: المرجع السابق، ص324 ود.محمود جمال الدين زكي: الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، مطبعة جامعة القاهرة، ط3، 1978، 98.

42 د. علي أحمد مرعي: فسخ العقد في الشريعة الإسلامية - رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون بالأزهر/ القاهرة، ص32 نقلاً عن د.حمد الله سيدجان سيدي: فسخ عقود المعاملات في الفقه الإسلامي والقانون المدني المقارن - رسالة دكتوراه– مكتبة نزار مصطفى الباز/ السعودية، ط1، 2001، ص119 وهو من مؤيدي التعريف أعلاه.

هذا لا يمنع بطبيعة الحال أن يكون عقد الوكالة مجانياً، أو ملزماً لجانب واحد، وعلى ضوء ذلك، يجب التعامل مع كل حالة على حدة، ومحكمة الموضوع هي صاحبة الكلمة الفصل في تكييف الرابطة التعاقدية بين الموكل والوكيل، سيما وإنها تقوم في الغالب على الثقة والاعتبار الشخصي.

أما الأسباب أو الحالات الخاصة التي تنتهي بها الوكالة فهي:

الموت والعزل.

أ) انتهاء الوكالة بموت أحد طرفيها: إما الموكل وإما الوكيل.

1. انتهاء الوكالة بموت الموكل:

لما كانت الوكالة من العقود التي تقوم على الثقة والاعتبار الشخصي، فإن من الطبيعي أن تنقضي بوفاة الموكل، فقد لا تتواجد الثقة في الوكيل لدى ورثة الموكل، وينسحب حكم الموت على حالة انحلال الشخص المعنوي، سواء أكان حله اختيارياً أم حكمياً[43]. على أن هذا الانتهاء لا يسري إلا بعد علم الوكيل بموت الموكل، أي أنه قبل علمه يبقى ملزماً بمباشرة الأعمال الموكل بها. ويختلف الحكم في هذه الحالة بين الوكالة الخاصة والوكالة العامة[44]. فإذا كانت خاصة، فإن الوكيل ملزم حتى بعد علمه بموت الموكل بالاستمرار في تنفيذ أعمال الوكالة إذا كان في توقفه خطر يلحق بما وكل به. وإذا كانت الوكالة عامة، وأن محلها ينصب على مباشرة مهام متعددة ومتعاقبة، فإنها تنتهي بعد علمه بموت الموكل، باستثناء ما تعلق بالأعمال التي لا تحتمل التأخير.

ويجوز للمتعاقدين الاتفاق على ألا يبدأ تنفيذ الوكالة إلا بعد موت الموكل[45]، إذا اقتضت ذلك طبيعة العمل الموكل به. كما إذا وكل شخص بوفاء ديون الموكل بعد

43 المادة (809) من قانون الموجبات والعقود اللبناني

44 د. محمد صبري الجندي: المرجع السابق - ص 176.

45 د. محمد علي عرفه: المرجع السابق، ص323 و424 ود.عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص548 و549.

وفاتــه، أو بتنفيــذ وصيتــه، إذ ليس هناك ما يحول دون الاتفــاق على تأجيل تنفيذ الالتزامــات الناشــئة عن العقود الرضائية إلى وقت وفــاة أحد طرفيها وكما يكون هذا الاتفاق صريحاً قد يكون ضمنياً[46].

ومــن الجديــر بالذكــر، إن انتهاء الوكالة بموت الموكل، لا يعتبــر من النظام العام إذ يجوز الاتفاق على ما يخالف هذا الحكم، فلا تنتهي الوكالة بموت الموكل، بل يلتزم بهــا ورثتــه في حدود التركــة[47]. كذلك لا تنتهي الوكالة بمــوت الموكل، إذا كانت في مصلحة الوكيل أو في مصلحة الغير[48]، ومثال ذلك إذا وكل شــخص شــخصاً آخر في قبض ثمن المبيع ودفع الثمن سداداً لدين في ذمة الموكل للوكيل أو للغير، وبعكس ذلك تفوت الفرصة على الوكيل أو على الغير مصلحته في استيفاء الدين.

وقد كانت أحكام الفقه الإسلامي، سباقة في الأخذ بهذه الأحكام، وقننتها مجلة الأحكام العدليــة في المــادة (1527) التي جاء فيها: «ينعــزل الوكيل بوفاة الموكل ولكن إذا تعلق به حــق الغيــر لا ينعــزل»[49]. وتعليقاً على هذه المادة يقول علي حيدر: ينعزل الوكيل بوفاة المــوكل ولــو كان الموكل وصي الصبــي وكان الوكيل يجهل وفاة الموكل لأن التوكيل تصرف غير لازم، فكان حكماً ابتدائياً لدوامه، ولا بد لذلك من قيام الأمر فيبطل بموت الموكل... ولا ينعزل الوكيل بوفاة الموكل إذا تعلق حق الغير بها... وهو في بعض المسائل:

- **المســألة الأولى:** إذا وكل الراهن المرتهن أو العدل ببيع الرهن عند حلول الأجل، ثم توفي الموكل أو جن، لا ينعزل الوكيل.
- **المســالة الثانيــة:** لا ينعزل الوكيــل ببيع المال المباع ببيع وفــاء بوفاة الموكل، لأن حق المشتــري قد تعلق به.

لكن في المسالة الآتية ينعزل الوكيل بوفاة الموكل أو بجنونه رغماً عن تعلق حق الغير وهــي: لــو وكل المدعى عليــه وكيلاً للخصومة بطلب المدعي ثــم توفي الموكل أو جن

46 د. محمد كامل مرسي: المرجع السابق، ص446.

47 د.عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص548.

48 د.محمد علي عرفه: المرجع السابق، ص424 ود.عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص548.

49 تنص المادة (3/862) تنتهي الوكالة: » بوفاة الموكل أو بخروجه عن الأهلية إلا إذا تعلق بالوكالة حق الغير».

انعــزل الوكيــل، لأنه يتعذر بعد الموت والجنــون خصومة الموكل، كما أنه ينتقل الحق المنــازع فيــه إلى ورثة الموكل، وتتجدد الخصومة مــع خلفه والوكيل ليس وكيلاً لهذا الخلف»[50].

وتفريعاً على انتهاء الوكالة بموت الموكل، وبياناً للأثر المترتب على ذلك نصت المادة (1528) من المجلة على ما يلي: » ينعزل وكيل الوكيل أيضاً بموت الموكل: كما نصت المادة (1529) منها على أن «الوكالة لا تورث يعني إذا مات الوكيل يزول حكم الوكالة ولذلك لا يقوم وارث الوكيل مقامه».

2. **انتهاء الوكالة بموت الوكيل:**

تنتهــي الوكالــة أيضاً بموت الوكيل، ما دام أنها تقوم في الغالب على الثقة والاعتبار الشخصي، فلا يحل ورثته محله بعد موته، وإذا كان الوكيل شخصاً معنوياً أو شركة انتهت الوكالة بحله، لأن حل الشخص المعنوي بمثابة الموت بالنسبة للشخص الطبيعي، وفي حالة تعدد الوكلاء ومات أحدهم، لم تنته الوكالة إلا بالنسبة إلا من مات منهم، أما إذ كان على الوكلاء أن يعملوا مجتمعين، فإن موت أحدهم ينهي الوكالة بالنسبة إليهم جميعاً[51].

ولكن لا تنتهي الوكالة بمجرد موت الوكيل، بل على الورثة إذا كانوا على علم بالوكالة، وتوافرت فيهم الأهلية، أن يبادروا على إخطار الموكل بموت مورثهم، أي أن الوكالة تبقــى قائمــة، وأن يتخــذوا من التدابيــر حفاظاً على مصلحة المــوكل[52]. ومحكمة الموضوع هي صاحبة الصلاحية في تقدير هذا الأمر[53].

وكمــا هــو الحال بموت الموكل، فإن انتهاء الوكالة بمــوت الوكيل، ليس من متعلقات النظــام العــام، الأمــر الذي يجوز معه الاتفاق على خــلاف هذا الحكم، حيث تبقى

50 علي حيدر: المرجع السابق، ص664 و665 وللمزيد حول انتهاء الوكالة بموت الموكل، انظر الإمام الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق، ص490 الإمام ابن قدامة: المغني، المصدر السابق، ص242. وللاطلاع على تفصيل في المذاهب انظر عبد الرحمن الجزيري: الفقه على المذاهب الأربعة، المرجع السابق، ص206 وما بعدها.

51 د.عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص545.

52 د.عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص545.

53 د. محمد علي عرفة: المرجع السابق، ص423.

الوكالــة ويلتــزم بها الورثة في حدود التركة. وغالباً ما يظهر هذا الحكم، في الحالة التي يكون فيها الوكيل محترفاً، أو شخصاً معنوياً[54].

وقد سبق لمجلة الأحكام العدلية أن قررت ذلك في المادة (1529) التي نصت على أن «الوكالة لا تورث يعني إذا مات الوكيل يزول حكم الوكالة ولذلك لا يقوم وارث الوكيل مقامة»[55]، وهو ما تبناه المشرع الأردني في المادة (4/862) من القانون المدني[56].

ب) انتهاء الوكالة بالعزل:

لما كانت الوكالة تقوم على الثقة، فكان طبيعياً أن يسحب الموكل ثقته من الوكيل، في الوقت الذي تتزعزع فيه هذه الثقة، كما أن الوكيل الذي يتطوع خدمة الموكل، فمن الطبيعي أيضاً أن يكون من حقه التنحي عن أداء هذه الخدمة.

1. **عزل الموكل للوكيل:**

القاعدة هي أن للموكل حق عزل الوكيل متى تراءى له ذلك، ســواء كانت الوكالة مجانية أو بمقابل، لأن اشــتراط المقابل لا يحرم الموكل من حقه الطبيعي في أن يغير رأيه فيمن فــوض إليــه أمره[57] ولكن لا يجوز للموكل عزل الوكيــل إذا كانت الوكالة تتعلق بمصلحة الوكيل، أو بمصلحة الغير[58]، وإذا كان من حق الموكل أن يعزل الوكيل، فمن باب أولى أن يقيد من وكالته، كأن يكون الوكيل موكلاً في البيع وقبض الثمن، ثم يقصر الموكل الوكالة بالبيع فقط، دون قبض الثمن حيث يعتبر ذلك عزلاً جزئياً من الوكالة.

ويذهب غالبية الفقه[59] إلى أن المشــرع جعل حق الموكل في عزل الوكيل من مســتلزمات

54 د.عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص545.

55 المصادر المشار إليها في الهامش رقم (1) من الصفحة السابقة، الأماكن والمواضع السابقة.

56 تنص المادة (4/862) على أن تنتهي الوكالة «بوفاة الوكيل أو بخروجه عن الأهلية ولو تعلق بالوكالة حق الغير، غير أن الوارث أو الوصي إذا علم بالوكالة وتوافرت فيه الأهلية فعليه أن يخطر الموكل بالوفاة وأن يتخذ من التدابير ما تقضيه الحال لمصلحة الموكل».

57 د. محمد عرفة: المرجع السابق، ص417 ود. محمد كامل مرسي: المرجع السابق، ص448 و449.

58 د. عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص551.

59 د. محمد علي عرفة: المرجع السابق، ص418 والمراجع التي أشار إليها ود.عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص553 والمراجع التي أشار إليها وانظر عكس ذلك د.محمد كامل مرسي: المرجع السابق، ص455.

عقد الوكالة، بحيث لا يجوز اشتراط عدم العزل، وعزل الوكيل يكون بإرادة منفردة تصـدر من الموكل موجهة إلى الوكيل، وتسـري بشـأنها القواعـد العامة ولا يتطلب القانون شكلاً معيناً أو خاصاً لهذه الإرادة فأي تعبير عن الإرادة يفيد معنى العزل يكفي، وقد يكون هذا التعبير صريحاً، وقد يكون ضمنياً[60]، كأن يقوم الموكل بنفسه بتنفيذ العمل محل الوكالة.

على أن العزل، سواء تم بطريقة صريحة أو ضمنية، لا يرتب أثره، إلا إذا وصل إلى علم الوكيل وفقاً للقواعد العامة، أي أن الوكالة تبقى قائمة، قبل العلم بالعزل وتبقى كذلك أيضاً حتى بعد علم الوكيل بالعزل، إذا كان قد تعاقد مع الغير حسن النية وأن أثر التعاقد في هذه الحالة ينصرف إلى الموكل طبقاً لقواعد الوكالة الظاهرة[61].

وتعتبر قاعدة جواز عزل الموكل للوكيل من القواعد المتعلقة بالنظام العام[62]، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، بمعنى أنه لا يجوز للوكيل أن يشـترط بقاؤه وكيلاً حتى ينهي العمل محل الوكالة، إذ يسـتطيع الموكل رغم وجود هذا الشـرط عزله قبل إتمام العمل وفي أي وقت شـاء كما لا يجوز له، تفريعاً على ذلك، أن يشـترط تقاضي تعويض إذا عزله الموكل، لما في ذلك من تقييد لحرية الموكل التي منحها إياه القانون[63].

ومع ذلك نجد القانون نفسه، قيد حق الموكل في عزل الوكيل في حالتين[64]:

- **الحالة الأولى: إذا كانت الوكالة بأجر:**

إذا كان مـن حـق الموكل عـزل الوكيل وإن كان الأخير مأجوراً عليها، إلاّ أنه لا يجوز

60 د. محمد علي عرفة: المرجع السابق، ص418 ود. محمد كامل مرسي: المرجع السابق، ص51 ود.عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص551.

61 د. عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص552، وقارب د. محمد كامل مرسي: المرجع السابق، ص452 ود. محمد علي عرفة: المرجع السابق، ص418.

62 د.عدنان السرحان: العقود المسماة، المرجع السابق، ص177 حيث يرى أن القانون الأردني لم يعتبر القاعدة من النظام العام.

63 د. عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص553.

64 د. عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص554 ود.محمد علي عرفة: المرجع السابق ص417 ود.محمد كامل مرسي: المرجع السابق، ص449 ود.محمد صبري الجندي: المرجع السابق ص182 و183 ود.عدنان السرحان: العقود المسماة - المرجع السابق- ص175 وما بعدها.

للموكل أن يتعسف في استعمال حقه، بأن يكون عزل الوكيل لعذر غير مقبول، أو في وقت غير مناسب، فإن فعل ذلك، كان العزل صحيحاً، ولكن إذا ترتب على ذلك ضرر للوكيل، فله أن يطالب الموكل بالتعويض عن الضرر من جراء هذا العزل، ما لم يتنازل بشرط صريح في العقد عن حقه في الرجوع على الموكل بالتعويض نتيجة العزل، فمثل هذا الشرط صحيح ومشروع وغير مخالف للنظام العام[65].

- **الحالة الثانية: إذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو تعلقت بالوكالة مصلحة للغير:**

في هذه الحالة لا يجوز عزل الوكيل أو تقييد الوكالة[66]، دون رضا من صدرت الوكالة لمصلحته، أي أن العزل في هذه الحالة إن وقع لا يكون صحيحاً بل تبقى الوكالة قائمة بالرغم من العزل، وينصرف أثر تصرف الوكيل للموكل.

ومن هذا القبيل، أن يوكل الشركاء على الشيوع أحدهم في إدارة المال الشائع، فهذه الوكالة في مصلحة الموكلين، كما هي في مصلحة الوكيل[67]، وكذلك إذا وكل المؤمن له شركة التأمين في الدعوى التي ترفع منه أو عليه بسبب الخطر المؤمن منه، فالوكالة هنا تكون في مصلحة الوكيل وهو شركة التأمين.

ومثل أن تكون الوكالة في مصلحة الغير، كما إذا وكل البائع المشتري في أن يسدد ديناً على البائع من ثمن الشيء المبيع، الضامن لسداد هذا الدين[68]. ومن باب أولى لا يجوز عزل الوكيل إذا كانت الوكالة في صالح كل من الوكيل والغير[69]، ومثالها أن يوكل شخص في بيع منزل على أن يستوفي الوكيل من ثمنه ديناً له في ذمة الموكل، وأن يوفي ديناً آخر في ذمة الموكل للغير.

وهذه الأحكام ليست غريبة، على الفقه الإسلامي، فقد قننتها مجلة الأحكام العدلية اعتماداً على مظانها في مصادر وكتب الفقه الإسلامي، وعلى وجه الخصوص تلك المتعلقة بالمذهب الحنفي، فتنص المادة (1521) من المجلة على أن » للموكل أن يعزل

65 د. محمد علي عرفة: المرجع السابق، ص417.

66 د.عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص555.

67 د.عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص556 ود.محمد عرفة: المرجع السابق؟؟؟.

68 د. محمد علي عرفة: المرجع السابق، ص417.

69 د.عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص556.

وكيله من الوكالة ولكن أن تعلق به حق آخر فليس له عزله، كما إذا رهن مدين ماله وحين عقد الرهن وبعده وكل آخر ببيع الرهن عند حلول أجل الدين، فليس للراهن الموكل عزل ذلك الوكيل بدون رضاء المرتهن، كذلك لو وكل أحد آخر بالخصومة بطلب المدعي ليس له عزله في غياب المدعي"[70].

كما نصت المادة (1523) على أنه «إذا عزل الموكل الوكيل يبقى على وكالته إلى أن يصل إليه خبر العزل ويكون تصرفه صحيحاً إلى ذلك الوقت»[71]. ونصت المادة (1525) أيضاً على أن «للموكل عزل وكيله الذي وكله بقبض الدين في غياب المدين، أما إذا وكله الدائن في حضور المدين فلا يصح للدائن عزله، ما لم يلحق خبر العزل علم المدين، وفي هذه الحالة إذا أدى المدين الدين للوكيل قبل أن يعلم عزله بريء من الدين»[72].

2 **عزل الوكيل لنفسه أو تنحيه عن الوكالة:**

إذا كان الوكيل في الغالب يتطوع بالخدمة للموكل، فلا يسوغ إجباره على أدائها، ولذلك كان من حقه أن يعزل نفسه من الوكالة إذا ناء بعبئها، أو رغب عن الاستمرار في تنفيذها، في أي وقت قبل إتمام العمل الموكل إليه[73].

على أن المشرع لم يترك الأمر لهوى الوكيل، يمارسه في الوقت الذي يراه، بل قيد حق التنحي لمصلحة الموكل فيما إذا كان الوكيل يتقاضى أجراً، ولمصلحة الغير فيما إذا كانت الوكالة قد صدرت لصالحه [74].

وعزل الوكيل لنفسه، أو تنحيه يكون بإرادة منفردة، ولم يحدد لها القانون شكلاً خاصاً

70 يقابلها المادة (863) مدني أردني وانظر تعليقاً على المادة أعلاه، علي حيدر: المرجع السابق، ص657. والمصادر التي اعتمد عليها كالإمام الكاساني: بدائع الصنائع -المصدر السابق، ص37 والإمام ابن رشد: بداية المجتهد -المصدر السابق- ص489 و490 وانظر تفاصيل المذاهب الأربعة لدى عبد الرحمن الجزيري: الفقه على المذاهب - المصدر السابق- ص206 وما بعدها.

71 انظر التعليق على هذه المادة علي حيدر: شرح المجلة - المرجع السابق، ص660.

72 انظر التعليق على هذه المادة علي حيدر: المرجع السابق، ص662.

73 د. محمد علي عرفة: المرجع السابق، ص421 ود.عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص558.

74 د. عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص558 المرجع السابق، ص558 ود. محمد عرفة: المرجع السابق، ص421.

أو معيناً، أي أن أي تعبير يصدر عن الإرادة يفيد معنى التنحي يكفي، وقد يكون التنحي صريحاً أو ضمنياً، وأياً كانت صورته، فإنه لا ينتج أثره إلا بوصوله إلى علم الموكل، أي أن الوكالة تبقى قائمة، ويكون الوكيل ملزماً بتنفيذها. أما بعد الإعلان فإن الوكالة تنتهي، ورغم انتهاء الوكالة يبقى الوكيل ملزماً بتنفيذ أعمال الوكالة التي بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف، وإذا استمر الوكيل بعد إعلان تنحيه، وتعامل باسم الموكل مع شخص حسن النية، فإن أحكام الوكالة الظاهرة هي التي تسري كما في حالة العزل[75].

وهذا ما قررته المادة (865) من القانون المدني الأردني، حيث جاء فيها «للوكيل أن يقيل نفسه من الوكالة التي لا يتعلق بها حق الغير وعليه أن يعلن موكله وأن يتابع القيام بالأعمال التي بدأها حتى تبلغ مرحلة لا يخشى معها ضرر على الموكل»[76].

وتعتبر قاعدة تنحي الوكيل، من القواعد المتعلقة بالنظام العام، فلا يجوز الاتفاق على خلافها[77]، ومن ثم لا يجوز للموكل أن يشترط على الوكيل بقائه في الوكالة إلى حين اتمام العمل الموكل إليه، حتى لو كانت الوكالة بأجر، كما لا يجوز أن يشترط الموكل أن يتقاضى تعويضاً من الوكيل إذ تنحى عن الوكالة، لما في ذلك من تقييد لحرية الوكيل في التنحي.

وإذا كان القانون قد منح الحق للوكيل أن يقيل نفسه من الوكالة، فإنه قيد هذا العمل كما سلف، في حالتين[78]:

- **الحالة الأولى:** إذا كانت الوكالة بأجر: ففي هذه الحالة لا يجوز للوكيل التنحي عن الوكالة، في وقت غير مناسب، أو بغير مبرر لما في ذلك من ضرر للموكل، فإن فعل، يعتبر التنحي صحيحاً، ولكن الوكيل لا يعفى من المسؤولية، فيكون متعسفاً ومسؤولاً عن تعويض الموكل.

75 د. عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص558.

76 قارب المادتين (1/716 و1/717) من القانون المدني المصري.

77 د.عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص559، ود.محمد صبري الجندي: المرجع السابق ص184 وعكس هذا الرأي انظر د.محمد كامل مرسي: المرجع السابق، ص458 ود.محمد عرفة: المرجع السابق، ص422.

78 د. عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص559 و560 ود.محمد كامل مرسي: المرجع السابق ص 457 ود.محمد عرفة: المرجع السابق، ص421 ود.وهبة الزحيلي: المرجع السابق: المرجع السابق، ص295.

وهذه الحالة نصت عليها الفقرة الأولى من المادة (866) من القانون المدني الأردني التي جاء فيها «يضمن الوكيل ما ينجم عن تنازله عن التوكيل في وقت غير مناسب أو بغير مبرر من ضرر للموكل إذا كانت الوكالة بأجر»[79].

- **الحالــة الثانية:** إذا كانت الوكالة صــادرة لمصلحة الغير: وفي هذه الحالة أيضاً، لا يجوز للوكيل أن يقيل نفسه، أو يتنحى عن الوكالة، إلا إذا توافرت شروط ثلاثة هي:

أ. إذا وجدت أسباب جدية تبرر ذلك.

ب. أن يخطر الوكيل الغير بالتنحي عن الوكالة.

ج. أن يمهل الوكيل الغير وقتاً كافياً لاتخاذ ما يلزم لصيانة مصالحه.

فإذا أخل الوكيل بشرط من هذه الشروط، فإنه يكون مسؤولاً عن تعويض الغير، إلا إذا أثبت أن هذا الإخلال كان بسبب أجنبي خارج عن إرادته[80].

وقد أخذ المشرع الأردني بهذه الأحكام، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة (866) من القانون المدني الأردني على ما يلي: «فإذا تعلق بالوكالة حق الغير فعندها وجب على الوكيل أن يتم ما وكل به، ما لم تقم أسباب جدية تبرر تنازله وعليه في هذه الحالة أن يعلن صاحب الحق وأن ينظره إلى أجل يستطيع فيه صيانة حقه»[81].

ومن نافلة القول، أن الأحكام التي أخذ بها المشرع الأردني، استمدها من مجلة الأحكام العدلية، والمصادر التي اعتمدتها من كتب الفقه الإسلامي فقد نصت المادة (1522) من المجلة على أن «للوكيل أن يعزل نفسه من الوكالة ولكن لو تعلق به حق الغير كما ذكر آنفاً يكون مجبوراً على إيفاء الوكالة»[82]، كما نصت المادة (1524) من المجلة على أنه «إذا عزل الوكيل نفسه يلزمه أن يعلم الموكل بعزله وتبقى الوكالة في عهدته إلى أن يعلم الموكل عزله» [83].

79 قارب المادة (1/716) من القانون المدني المصري.

80 د. محمد علي عرفة: المرجع السابق ص422.

81 قارب المادة (2/716) من القانون المدني المصري.

82 الإمام الكاساني: بدائع الصنائع -المصدر السابق- ص37 وما بعدها والإمام الزيلعي: تبين الحقائق المصدر السابق- ص286 وما بعدها.

83 المصادر المشار إليها في الهامش السابق، وفي المواضع السابقة.

ثالثاً: البطلان وأنواعه [84]

تعتبر نظرية البطلان، من الموضوعات الهامة في القانون المدني، لما تشكله من خطورة ودقة؛ فهي خطيرة، لأنها تمس مبدأ استقرار المعاملات. وهي دقيقة، لأنها ما زالت موضع خلاف في التشريع والفقه والقضاء [85].

وإذا كانت التشريعات سواء القديمة منها أو الحديثة، قد تبنت نظرية عامة للبطلان إلا أنها اختلفت في تقسيمها للبطلان، على ما سنرى.

وقد أفرد المشرع المصري لهذه النظرية جانباً من نصوص القانون المدني، هي المواد (138–144) وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي تعليقاً على هذه النصوص ما يلي «اتقى المشروع ما تستهدف له التقنينات اللاتينية من مآخذ حين تجمع بين أحكام البطلان وأسباب انقضاء الالتزامات في صعيد واحد وقد نهج في هذا الشأن نهج التقنين البرازيلي وجعل للبطلان نظرية جامعة، فهيأ بذلك مكاناً مناسباً لطائفة من الأحكام تناثرت وانفرط عقدها مع ما بينهما من سبب جامع كالنصوص الخاصة بالتزام ناقص الأهلية برد ما تسلمه عند إبطال العقد.

وقد استمسك المشروع بتقاليد المذهب اللاتيني فيما استحدث في هذا الشأن بوجه عام.

على أن المذهب الجرماني لم يعدم أثره في هذه الناحية، فقد اقتبس المشروع أحكاماهامة من التقنين الألماني والسويسري.

فمن ذلك أولاً: كيفية إعمال حكم البطلان في حالة البطلان النسبي فيكفي فيه مجرد تصريح يعلن إلى العاقد الآخر إعلاناً رسمياً «انظر المادة 143 من التقنين الألماني» على أن المشروع قد قصر هذا التجديد على حالة الإبطال بسبب نقص الأهلية.

ومن ذلك أيضاً نظرية انتقاص العقود ونظرية تحويل العقود أو انقلابها وتطبق

84 للمزيد حول هذه النظرية انظر: د.جميل الشرقاوي: نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري رسالة دكتوراه –1953– دار النهضة العربية/ القاهرة - طبعة 1994 - ود. أحمد شكري السباعي: نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقه الإسلامي والقانون المقارن – رسالة دكتوراه - منشورات عكاظ / الرباط - 2011.

85 د. أحمد شكري السباعي: المرجع السابق ص5.

الأولى عند ورود البطلان المطلق أو النسبي على شق من العقد، وتطبق الثانية إذا توافرت للعقد الباطل أو القابل للبطلان شروط انعقاد عقد آخر «انظر المادة 139 و140 من التقنين الألماني».

ويراعى من ناحية أخرى، أن المشروع قد نص على تقادم دعوى البطلان بانقضاء ثلاث سنوات مستلهماً في ذلك تقنين الالتزامات السويسري «انظر المادة 229» وهي تجعل المدة سنة واحدة هذا فضلاً عن التقادم الطويل المقرر بمقتضى القواعد العامة ويراعى أن مبدأ سريان التقادم القصير في هذه الحالة يختلف عن مبدأ سريان التقادم الطويل ولذلك يكون لهذا التقادم الطويل أثره إذا اكتملت مدته قبل انقضاء أجل السنوات الثلاث[86].

كما أفرد قانون الموجبات والعقود اللبناني لهذه النظرية مجموعة من المواد فبعد أن نصت المادة (232) منه على أنه: «يمكن حل العقد قبل حلول أجله وقبل إنفاذه التام إما بسبب عيب ناله وقت إنشائه وإما بسبب أحوال تلت إنشاءه ففي الحالة الأولى يبطل وفي الثانية يلغى أو يفسخ» وضع في الفقرة الأولى نصوصاً تتعلق بإبطال العقد (المواد 233–237) في حين كرس المواد (238–248) لحل العقد من جراء أحوال جرت بعد إنشائه في الفقرة الثانية[87].

كما أخذ بهذه النظرية المشرع المغربي، وقد نظم أحكامها في القسم الخامس من قانون الالتزامات والعقود، فقسمه إلى بابين، خصص الأول لبطلان الالتزامات (المواد 306–310) وتناول في الثاني إبطال الالتزامات (المواد 311–318)[88].

86 مجموعة الأعمال التحضيرية-الجزء الثاني - الالتزامات- مصادر الالتزام-دار الكتاب العربي، ص233 و234.

87 للمزيد حول هذه النظرية في القانوني اللبناني انظر د. عاطف النقيب: نظرية العقد - منشورات عويدات (بيروت - باريس) - الطبعة الأولى –1988 –342 وما بعدها ود. مصطفى العوجي: القانون المدني - الجزء الأول - العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية - دار الخلود للصحافة والطباعة والنشر والتوزيع/ بيروت - الطبعة الثانية –1999 -ص475 وما بعدها.

88 لمزيد من التفاصيل حول هذه النظرية في القانون المغربي انظر د. مأمون الكزبري: نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي - الجزء الأول - مصادر الالتزامات - الطبعة الثالثة –1974 -ص196 وما بعدها ود. أحمد شكري السباعي: رسالته السابقة.

ومما يجدر ذكره، أن التقنينات المدنية سالفة الذكر، تفرق بين ما يسمى البطلان المطلق والبطلان النسبي[89] أو ما يسمى البطلان ويقصد به البطلان المطلق والإبطال ويقصد به القابلية للإبطال[90].

وعلى صعيد آخر، نجد إن بعض التقنينات المدنية، ونتيجة تأثرها بأحكام الفقه الإسلامي، أخذت بفكرة تقسيم العقود إلى صحيحة وباطلة وفاسدة وموقوفة، فالقانون المدني العراقي كان سباقاً في هذا المجال، فنصت المادة (133) على العقد الصحيح والمادة (137) على العقد الباطل... إلخ كما أخذ بهذا التقسيم أيضاً القانون المدني الأردني، فنصت المادة (168) على ما يلي: «1- العقد الباطل ما ليس مشروعاً بأصله ووصفه، بأن اختل ركنه أو محله أو الغرض منه أو الشكل الذي فرضه القانون لانعقاده ولا يترتب عليه أي أثر، ولا ترد عليه الإجازة. 2- ولكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها. 3- ولا تسمع دعوى البطلان بعد مضي خمس عشرة سنة من وقت العقد».

وقد جاء في المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني تعليقاً على مراتب البطلان ما يلي: «وقد ارتقت نظرية البطلان في الفقه الإسلامي عنها في القانون من حيث:

- هذا التدرج المحكم في مراتب البطلان فمن عقد باطل إلى عقد فاسد إلى عقد موقوف إلى عقد غير لازم في حين أنه لا يوجد في القانون إلاّ العقد الصحيح والعقد الباطل أما العقد القابل للإبطال فهو صحيح حتى يبطل.
- في ابتداع فكرة العقد الفاسد وهو ما لا مقابل له في القانون.
- في التصوير الفني للعقد الموقوف وهو أرقى في الصيغة الفنية مما يقابله في القانون من العقد القابل للإبطال.

89 انظر د. جميل الشرقاوي: رسالته السابقة - ص311 وما بعدها ود. أحمد شكري السباعي: رسالته السابقة ص65 وما بعدها.

90 انظر د. جميل الشرقاوي: رسالته السابقة - ص311 وما بعدها ود. أحمد شكري السباعي: رسالته السابقة ص65 وما بعدها.

في التدرج الدقيق في أثر الخيارات من منع انعقاد العقد في حق الحكم في خيار الشرط إلى منع تمامه في خيار الرؤية إلى منع لزومه في خيار العيب...»[91].

وقد علقت المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني على نص المادة (168) من القانون المدني التي نصت على العقد الباطل بقولها: «والعقد الباطل لا وجود له إلا من حيث الصورة فقط، فليس له وجود شرعي ومن ثم فهو عدم والعدم لا ينتج أثراً فالعقد الباطل لا حكم له أصلاً لأن الحكم للموجود ولا وجود لهذا العقد إلا من حيث الصورة....

ويترتب على ما تقدم أن أحد العاقدين لا يملك جبر الآخر على تنفيذه وإذا نفذ العاقد باختياره سواء أعلم بالبطلان أم لم يعلم به كان له أن يسترد ما سلمه تنفيذاً للعقد.

ولكن قد يترتب على العقد الباطل أثر لا كتصرف شرعي ولكن كواقعة مادية، فإذا قبض المشتري في البيع الباطل المبيع وهلك في يده كان مضموناً عليه في أحد الرأيين عند الحنفية.

ولكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان فلكل من العاقدين أن يتمسك به ضد المتعاقد الآخر فلا ينفذه وضد الغير كالشفيع ولغيرهما كذلك فالمرتهن له أن يتمسك ببطلان البيع الصادر من الراهن للعين المرهونة...

والعقد الباطل لا تلحقه الإجازة لأن الإجازة لا ترد على المعدوم وكل ما يمكن عمله هو أن يعاد العقد من جديد والفرق واضح بين إجازة العقد وعمل العقد من جديد.

وقد رؤي النص على عدم سماع دعوى البطلان إذا مضت خمس عشرة سنة على العقد استقراراً للمعاملات وقد رؤي في تحديد هذه المدة اتساقها مع التقادم الطويل المكسب للملكية»[92].

رغم تبني التقنينات المدنية المقارنة لنظرية البطلان، مع تفاوت في الجزئيات، لم

91 الجزء الأول - المكتب الفني - نقابة المحامين/ عمان - ص169.

92 الجزء الأول - المرجع السابق - ص172 و173.

يتفق الفقه على تعريف موحد للبطلان، فانقسم إلى رأيين:

- **الرأي الأول:** ويتزعمه العلامة السنهوري، الذي يرى أن البطلان هو الجزاء القانوني على عدم استجماع العقد لأركانه كاملة مستوفية لشروطها[93] ويشاطره في هذا الرأي كثير من الفقهاء والشراح[94].
- **الرأي الثاني:** وهو الذي نادى به الأستاذ الدكتور جميل الشرقاوي[95]، حيث يعرف البطلان على أنه وصف يلحق التصرف القانوني ذاته نتيجة عيب فيه، وأنه ليس جزاء يوجه إلى آثاره مباشرة، وإن نظام البطلان نظام جزائي مدني القصد منه حماية القواعد القانونية الخاصة بإنشاء التصرفات وقد قاربه في هذا التعريف إلى حد ما بعض الشراح[96].

وتفريعاً على ذلك ذهب جانب من الفقه[97] إلى أن دعوى البطلان هي دعوى شخصية تهدف إلى منع أو محو الآثار القانونية لتصرف باطل سواء تعلق الأمر بتصرف باطل لم ينفذ، أو بتصرف باطل تم تنفيذه جزئياً. أما دعوى الإبطال، فهي دعوى شخصية هي الأخرى، إلا أنها تهدف إلى الكشف عن أحد العيوب التي قد تصيب الإرادة كالغلط أو التدليس أو الإكراه أو الغبن أو نقص الأهلية، وإلى محو الآثار

93 د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط - الجزء الأول - مصادر الالتزام - تحديث وتنقيح المستشار أحمد مدحت المراعي - لجنة الشريعة الإسلامية/ النقابة العامة للمحامين - 2007 - ص401.

94 انظر على سبيل المثال: د. حلمي بهجت بدوي: أصول الالتزامات- الكتاب الأول: في نظرية العقد- مطبعة نوري بالقاهرة- 1943- ص227 وما بعدها ود. أحمد حشمت أبو ستيت: القانون المدني الجديد- الكتاب الأول: مصادر الالتزام- مطبعة مصر - الطبعة الثانية- 1954 - ص241 وما بعدها ود. عبد المنعم فرج الصده: مصادر الالتزام- دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري- دار النهضة العربية/ بيروت- 1974– ص 330 وما بعدها ود. محمود جمال الدين زكي: الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري-مطبعة جامعة القاهرة-الطبعة الثالثة- 1978–ص223 وما بعدها ود.عبد المجيد الحكيم: الموجز في شرح القانون المدني- الجزء الأول: في مصادر الالتزام- مطبعة نديم/ بغداد- الطبعة الخامسة - ص267.

95 رسالته السابقة - ص139.

96 د. أحمد شكري السباعي: رسالته السابقة - ص13، حيث يعرف البطلان بأنه وصف يلحق التصرف القانوني لعيب فيه ويحرمه من آثاره. ود. عبد الحكم فوده: البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة - دار المطبوعات الجامعية/ إسكندرية –1993 - ص25 و26 حيث يرى أن البطلان وصف يلحق التصرف المعيب، غايته تحقيق جزاء معين.

97 د. أحمد شكري السباعي: رسالته السابقة - ص305.

القانونية التي نشأت عن عقد شابه عيب من العيوب السابقة[98].

بيد أن التصرف وإن كان باطلاً وفي حكم العدم، ومن ثم لا حاجة لاستصدار حكم من القضاء لتقرير بطلانه، غير أن هذا الحكم وإن كان سليماً من الناحية النظرية إلا أن ولاعتبارات عملية كثيراً ما تدعو الحاجة إلى الالتجاء إلى القضاء في شأن التصرف الباطل، لتقرير هذا البطلان سواء تم ذلك في صورة دفع أم في صورة دعوى.

ونخلص من ذلك كله، إلى أن تعدد مراتب البطلان والصحة في العقد، وجدنا الفقه الإسلامي أكثر تدرجاً من الفقه الغربي في ذلك، فعنده العقد الباطل: ويقابله في الفقه الغربي العقد الباطل أيضاً وهما سواء وعنده العقد الفاسد: ولا يقابله نظير في الفقه الغربي. وعنده العقد الموقوف: ولا نظير له في الفقه الغربي، وأقرب شبه به في الفقه الغربي العقود غير اللازمة ثم يأتي العقد القابل للإبطال مرة أخرى ليقابل العقد غير اللازم في الفقه الإسلامي فيما يخص الغلط[99].

فإذا كان فقدان أحد أركان العقد وصف يلحق بالعقد فيوصف بأنه باطل بطلاناً مطلقاً ومن ثم لا ينتج الآثار القانونية التي يقصدهاالمتعاقدان ولا يمكن إجازته وهو بهذا يشابه العقد الباطل في الفقه الإسلامي فالعقد الذي يجريه المجنون أو الصغير غير المميز عقداً باطلاً ولو إجازه الولي، والعقد الباطل في هذا الفقه لا حكم له أصلاً ولا يجوز إمضاؤه ولا إجازته في حين في النظرية الحديثة يعد مثل هذا العقد باطلاً بطلاناً نسبياً[100].

وعوداً على بدء، لقد سبق لنا القول، أن الوكالة تنتهي بموت الموكل بحيث لا يجوز بعدها للوكيل التصرف نيابة عن موكله إذا علم بواقعة الوفاة، والفرض القائم في الحكم محل التعليق، أن الوكيل تصرف ببيع قطعة الأرض محل الوكالة بعد علمه بوفاة الموكل، حيث

98 د. أحمد السباعي: رسالته السابقة - ص337.

99 د. عبد الرزاق السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي - الجزء الرابع - نظرية السبب ونظرية البطلان - دار إحياء التراث العربي/ بيروت - ص266.

100 د. صبحي محمصاني: النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية (1-2) دار العلم للملايين - الطبعة الثالثة -1983 - ص490 و491 ود. حمد الله سيد جان سيدي: فسخ عقود المعاملات - الرسالة السابقة - المجلد الأول - ص175.

باعها إلى شخص آخر، يعلم هو الآخر بواقعة الوفاة، مما ينفي عن الأخير صفة الحائز حسن النية الأمر الذي يجعل من هذا التصرف تصرفاً باطلاً فلا يجوز إمضاؤه أو إجازته.

ونشير في هذا الصدد، إلى جزء مما ورد في تعليق العلامة علي حيدر على المادة (1457) من مجلة الأحكام العدلية، حيث يقول: «يشترط لجواز الوكالة أن يكون الموكل مقتدراً على عمل الموكل به، بالنسبة إلى أصل التصرف، لأن الوكيل يستفيد ويأخذ ولاية التصرف من الموكل، ويملك التصرف من طرف الموكل وعليه فالذي لا يقتدر على التصرف، لا يستطيع تمليك ذلك التصرف لغيره».

ويعلل البعض ذلك بالقول: «إن الأهلية المطلوبة في الموكل والوكيل يجب أن تتحقق عند ابتداء الوكالة وطيلة استمرار هذه الوكالة، لأن ما يشترط لابتدائه يشترط لاستمراره، أو كما يقول الفقهاء أن بقاء الوكالة يعتبر بحكم إنشائها»[101].

وهذا الحكم هو الذي أخذ به فقهاء وشراح القانون، إذ العبرة في توافر الأهلية في الموكل بوقت الوكالة وبالوقت الذي يباشر فيه الوكيل العقد في وقت واحد فلو أن الموكل لم يكن أهلاً لهذا العقد وقت إعطاء التوكيل لم تصح الوكالة، ولا تصح أيضاً إذا كان الموكل أهلاً وقت التوكيل وغير أهل وقت مباشرة العقد[102].

رابعاً: الأشخاص الذين يحق لهم التمسك بالبطلان:

تفرق القوانين المدنية المقارنة بين الأشخاص الذين يحق لهم التمسك بالبطلان تبعاً لنوع البطلان، فإذا كنا بصدد بطلان مطلق، فإن التمسك بالبطلان يكون من حق كل ذي مصلحة قانونية في تقريره فيتمسك به كل من المتعاقدين في العقد وكذلك لخلفهما ودائنوهما، وإذا كنا بصدد بطلان نسبي، فلا يتمسك به إلا الشخص المقصود حمايته بالبطلان.

ويتقرر البطلان عادة عن طريق الدفع، وقد تقضي الضرورة العملية في بعض

101 د. محمد رضا العاني: الوكالة في الشريعة والقانون - رسالة ماجستير - دار الكتب العلمية/ بيروت - الطبعة الأولى - 2007 - 324.

102 د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط - الجزء السابع (الكتاب الأول) - المرجع السابق - ص333 وفضيلة الإمام محمد أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية - دار الفكر العربي/ القاهرة - 1977 - 355 ود. محمد الجندي: المرجع السابق 12505.

الحالات أن يكون تقرير البطلان عن طريق الدعوى، وأياً كان الأمر فإن الذي يستطيع أن يتمسك بالبطلان هو كل شخص له مصلحة في ذلك.

والمقصود بالمصلحة هنا حق يؤثر في صحة العقد أو بطلانه، أي أن مجرد توافر المصلحة دون قيام الحق لا يكفي. فإذا كان صاحب المصلحة له حق يؤثر في بطلان العقد جاز له التمسك بالبطلان. ففي البيع الباطل يستطيع كل من المتعاقدين أن يتمسك بالبطلان، البائع يسترد المبيع، والمشتري يسترد الثمن، ودائنو كل من البائع والمشتري لهم حق التمسك بالبطلان سواء بطريق الدعوى غير المباشرة أو بطريق مباشر كما يحق لورثتهما التمسك بالبطلان وكل شخص رتب له البائع أو المشتري حقاً عينياً أو حقاً شخصياً على المبيع يجوز له التمسك بالبطلان كالمرتهن.

من ذلك يتبين أن الذين يجوز لهم التمسك بالبطلان المتعاقدان ودائنوهما والخلف العام والخلف الخاص وللمحكمة أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها لأن العقد الباطل ليس له وجود قانوني[103].

ويلاحظ مما سبق أن بعض الفقه[104] يحبذ التعداد الذي ورد في المشروع التمهيدي حول تعيين ذوي المصلحة الذين لهم حق التمسك بالبطلان وظهر اتجاه آخر لا يؤيد هذا التعداد، لأن عبارة «لكل ذي مصلحة» أوسع نطاقاً من التعداد، سيما أنه يحق للغير الأجنبي التمسك بالبطلان، إذا أثبت أن له في هذا البطلان مصلحة مشروعة يحميها القانون[105].

ومما يجدر ذكره أن الأشخاص الذين يتمسك ضدهم بدعوى البطلان هم باختصار كل شخص يستفيد من العقد الباطل، وكل من خلفه في حدود ما يعود عليه من نفع من هذا العقد الباطل[106].

103 د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط - الجزء الأول - مرجع سابق - ص434.

104 د. عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق - الموضع السابق. ود. أحمد حشمت أبو ستيت المرجع السابق - ص259.

105 د. أحمد شكري السباعي: رسالته السابقة: ص31.

106 د. أحمد شكري السباعي: المرجع السابق - ص314.

لقد سبقت الإشارة إلى أن العقد الباطل في الفقه الإسلامي يقابله العقد الباطل بطلاناً مطلقاً في القوانين العربية التي تأثرت بالفقه الغربي ومن ثم فإن الأحكام فيهما سواء وهذا ينطبق على القوانين العربية التي استمدت كثيراً من أحكامها من الفقه الإسلامي كالعراقي[107] والأردني[108].

خامساً: مدى موافقة الحكم للقواعد العامة السابق الإشارة إليها:

بتحليل الحكم محل التعليق، نجد إن محكمة النقض تشير إلى ثبوت واقعة وفاة الموكل وأن الوكيل المدعى عليه الأول قام بعد علمه بواقعة الوفاة ببيع قطعة الأرض محل الوكالة إلى المدعى عليه الثاني - المشتري - والذي يعتبر من الغير رغم علمه هو الآخر بواقعة الوفاة، استناداً إلى الوكالة الخاصة التي انتهت بوفاة الموكل الأمر الذي يعني أن التصرف اللاحق لانتهاء الوكالة وهو عقد البيع الذي أبرمه الوكيل بعد الوفاة مع المشتري يعتبر باطلاً طبقاً لأحكام المادة (1527) من مجلة الأحكام العدلية.

والبطلان كما بينا سابقاً في الفقه الإسلامي والذي تبنته مجلة الأحكام العدلية يعادله البطلان المطلق في التشريعات الوضعية التي جعلت البطلان درجات أو أنواع.

وإذا كان عقد البيع الذي أقدم عليه الوكيل - البائع - باطلاً فإن ما ينبني على ذلك أن هذا العقد لا يترتب عليه أثر، ولا ترد عليه الإجازة.

بيد أن ما يلفت الانتباه، أن الطاعن أثار في السبب الأول من أسباب الطعن أن القانون منع المحاكم النظامية من نظر الدعاوى في الأراضي التي تمت فيها أعمال التسوية والمسجلة في دوائر التسجيل، ومع ذلك لم نجد عبارة في الحكم تعرضت إلى هذا السبب، وكان من الأفضل الرد ولو بشكل مختصر على هذا السبب.

107 للمزيد في القانون العراقي انظر د. عبد المجيد الحكيم: الموجز في شرح القانون المدني - ج ص 510 وما بعدها.

108 د. أنور سلطان: مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني - منشورات الجامعة الأردنية الطبعة الأولى - 1987 - ص157 ود. عدنان السرحان ود. نوري خاطر: شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية (الإلتزامات) - دار الثقافة/ عمان - الطبعة الأولى - 2000 - ص203.

وإذا كانت محكمة النقض قد توصلت إلى بطلان عقد البيع فإنها قصرت أثر هذا البطلان بحدود حصص المدعيات الثلاث الإرثية، دون أن تبين السند القانوني الذي اعتمدت عليه في ترتيب هذا الأثر.

ونبدي على هذه الجزئية من الحكم الملاحظات الآتية:

- **الملاحظة الأولى:** لم نجد في الحكم إشارة لأي نص قانوني ينطبق على النزاع المعروض على محكمة النقض، مما يثير التساؤل عن نوع البطلان الذي طبقته على النزاع بقصرها حكم البطلان على حصص المدعيات!!
- **الملاحظة الثانية:** إذا كانت الوكالة، كما أسلفنا، تنتهي بموت الموكل، إلا إذا تعلق حق الغير بها على اعتبار أن المدعى عليه الثاني - المشتري - من الغير، فإنه ليس حسن النية، ما دام يعلم بواقعة الوفاة قبل تاريخ الشراء من ناحية، ولا تنطبق عليه الحالات الاستثنائية كما سبقت الإشارة على بعض المسائل إذ الوكالة لا تتعلق بتوكيل راهن لمرتهن أو عدل ببيع الرهن عند حلول الأجل ولا تتعلق أيضاً ببيع وفاء.
- **الملاحظة الثالثة:** إن خصومة المدعيات للتركة يكفي لترتيب الأثر القانوني المتعلق بالبطلان، أي بطلان التصرف القانوني الذي تم بموجب الوكالة المنتهية وإن ما جاء في الحكم من أن الدعوى المقامة لا تجعل في حقيقتها التركة خصماً بالمعنى القانوني وأن البطلان يقتصر على حقوق شخصية ليس دقيقاً وفيه مصادرة على المطلوب.
- **الملاحظة الرابعة:** البطلان في الفقه الإسلامي والذي تبنته مجلة الأحكام العدلية هو بطلان مطلق فلا يترتب عليه أثر ولا ترد عليه الإجازة وهو بطلان يتصل بالنظام العام وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها.

ويبدو أن محكمة النقض أخذت بمفهوم البطلان النسبي الذي سبق لنا توضيحية باختصار في صفحات سابقة وهو ما ليس له وجود في الفقه الإسلامي وإن كان يقرب من العقد الموقوف في بعض حالاته.

وخلاصة القول: أما وقد شارفنا على الانتهاء، وبعد أن كرسنا الصفحات السابقة للقواعد العامة المتعلقة بعقد الوكالة وعلى وجه التحديد انتهاء هذا العقد وبطلان

التصرفات القانونية التي تتم بموجبه وتطبيق بعض هذه القواعد على الحكم محل التعليق نجد إن محكمة النقض جانبها الصواب فيما انتهت إليه من حيث قصرها البطلان على حصص المدعيات فقط والبطلان فيما نراه - في الحكم - هو بطلان شامل لعقد البيع بكل ما تضمنه فالبطلان المطلق أي المتعلق بالنظام العام لا يتجزأ .

سادساً: صياغة الحكم:

لا نريد في هذه الفقرة التعرض إلى آلية كتابة الأحكام القضائية، ويكفي الإشارة إلى أن الحكم جاء بلغة سليمة بشكل عام، وعبارات واضحة، لا لبس فيها كما جاءت التراكيب اللغوية متينة لا مواربة فيها للدلالة على المعنى المقصود، اللهم إلا في بعض العبارات التي قد تثير اللبس مثل ما جاء في حكم محكمة النقض من حيث قولها: «ولما كانت البينات المقدمة في الدعوى سواء الخطية منها والشفوية تنبئ بثبوت الواقعة المذكورة» فمن المعلوم أن محكمة النقض في الأصل هي محكمة قانون - ولكن ذلك لا يعني أنها لا تراقب محاكم الاستئناف من حيث تطبيقها أو خرقها لقواعد الإثبات - وحتى لا يفهم من هذه العبارة أنها هي التي قامت بوزن وتقدير البينة، فكان يستحسن إضافة عبارة وفق ما توصلت إليه محكمة الموضوع أو أي عبارة أخرى مشابهة.

وهناك مسألة أخرى، يجدر الإشارة إليها، وهي أن الحكم القضائي يجب أن يكون مسبباً ومعللاً تعليلاً قانونياً كافياً، وبما أن الحكم الماثل لم يظهر فيه السند أو المصدر القانوني، فلا يمكن القول أن التعليل الذي تضمنه كافياً.

ومسألة أخيرة يمكن ذكرها وهي تلك التي تتعلق بذكر سبب أو أسباب الطعن عند رد المحكمة عليه أو عليها حسب مقتضى الحال، فإذا كان كل سبب يتضمن دفعاً أو نقطة قانونية فيجب الرد على كل سبب على حدة، وإذا كانت مرتبطة أو متحدة في العلة، فلا بأس من الرد عليها بشكل مجمل.

2010/60

تعليق المحامي الدكتور خالد إمام
المحامي بالنقض / مصر

يثير هذا الحكم نظرية هامة في القانون المدني وهى نظرية بطلان التصرف القانوني، وعلى هذا فأننا سنقسم التعليق إلى عدة نقاط:

- **أولاً:** تحليل وقائع النزاع.
- **ثانياً:** تحليل موجز لنظرية بطلان التصرف القانوني.
- **ثالثاً:** الرأي في حكم محكمة الاستئناف.
- **رابعاً:** الرأي في حكم محكمة النقض محل التعليق.
- **خامساً:** التحفظ على حكم محكمة الاستئناف وحكم محكمة النقض.

أولا: تحليل وقائع النزاع:

- قام مورث الجهة المدعية بعمل وكالة خاصة للمدعى عليه الأول (حسن عبد الرحمن) تحمل الرقم 80/789 بتاريخ 1980/3/12 وموضوعها القيام ببيع قطعة الأرض رقم 118 حوض 41 خلة التين من أراضي عصيرة الشمالية.
- بتاريخ 1980/3/27 توفى الموكل (مورث الجهة المدعية محمد عواد حمادنه).
- علم الوكيل بوفاة الموكل، وعمد إلى تنفيذ الوكالة الخاصة بأن باع القطعة بالاستناد إلى تلك الوكالة، بموجب عقد البيع رقم 80/441 بتاريخ 1980/5/17.
- قام عدد من الورثة (المدعيات الثلاثة برفع طعن برد وبطلان عقد البيع رقم 80/441 المنعقد بتاريخ 1980/5/17وذلك طبقاً لحجة حصر الإرث المبرز م/5.

ونستخلص مما سبق الآتي :-

1. أن هناك وكالة خاصة بالبيع انتهت بوفاة الموكل وعلم الوكيل بالوفاة.
2. أن الوكيل قام بإبرام عقد بيع بمقتضى هذه الوكالة، بالرغم من علم المشترى والوكيل بوفاة الموكل.
3. أن الطعن في بطلان التصرف لم يرد من كافة أطراف النزاع.

ونفصل تلك النقاط على التوالي:-

1. التعاقد يتم عادة أصاله بين طرفين بائع ومشترى، إلا أن لكل من الطرفين أن يوكل من يشاء لإبرام التعاقد[1]، ويشترط في الوكيل أن يكون كامل الأهلية في التصرفات القانونية، ولا يوجد به أى عيب من عيوب الإرادة، وفى حالة التصرفات تكون الوكالة في صورة وكالة خاصة تحدد التصرف القانوني المطلوب من الوكيل، وتحدد مهمته. وقد نصت المادة 104 من القانون المدنيالمصرى على أن : «إذا تم العقد بطريق النيابة كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الإرادة، أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة، أو افتراض العلم بها حتماً».

- انتهاء الوكالة بوفاة الموكل، حيث أن العلاقة بين الموكل والوكيل شخصية ويجوز للموكل في أي وقت أن ينهي الوكالة، أو يقيدها . ولو وجد اتفاق يخالف ذلك، وتنتهي الوكالة بإتمام العمل الموكل فيه أو بإنتهاء الأجل المعين للوكالة. وتنتهي ايضاً بموت الموكل أو الوكيل، وقد نصت على هذا الحكم المادة (714) من القانون المصري بقولها : «تنتهي الوكالة بإتمام العمل الموكل فيه أو بإنتهاء الأجل المعين للوكالة وتنتهى أيضاً بموت الموكل أو الوكيل».
- ونفس الحكم قرره نص المادة (1527) من مجلة الأحكام العدلية بقولها «ينعزل الوكيل بوفاة الموكل ولكن إذا تعلق به حق الغير لا ينعزل».
- وبذلك فإن الوكالة انتهت بوفاة الموكل لإنعدام أهلية الموكل، إذ لا يمكن للأصيل أن يبرم أى تعاقد وبالتالى فلا يحق للغير أن يستند إلى تلك الإرادة المنعدمة ويصبح الوكيل من الغير بالنسبة للموكل المتوفى.

2. قيام الوكيل بإبرام عقد البيع رقم 80/441 بمقتضى الوكالة المنتهية، وعلم الوكيل والمشترى بوفاة الموكل.

ذكرنا أن التعاقد يتم بالإصالة بين بائع ومشتري، ويجوز أن يكون التعاقد بالنيابة

1 د. خميس خضر، العقود المدنية الكبيرة، البيع، الإيجار، التأمين - الطبعة الثانية - دار النهضة العربية، 1984، بند 41، ص 75.

ولكي يكون التعاقد بالنيابة موجوداً ومنتجاً لآثاره سواء كانت النيابة اتفاقية أو قانونية. يلزم توافر شروط أربعة كالآتي:-

1. قيام النيابة.
2. حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في إبرام التصرف.
3. إجراء النائب التصرف بأسم الأصيل ولحسابه.
4. التزام النائب في إبرامه التصرف حدود نيابته.

- وسوف نقتصر على مناقشة الشرط الأول لأنه يغني عن باقى الشروط حيث أن عدم قيام النيابة موضوعاً يلغي وجود باقى الشروط، ويتحدد في قيام النيابة.
- وقيام النيابة تعنى أن تكون النيابة قائمة عند إجراء التعاقد[2] ويعني ذلك وجود سند نشأتها سواء كان هذا السند قانوني أم اتفاقي- ولكي يعتبر النائب أنه قد تصرف في حدود نيابته أن تكون تلك النيابة قائمة لم تنقض عند إجراء التصرف، فإن زالت تلك النيابة عن الوكيل، مثلاً، وتم عزله أو مات موكله، فإن كل تصرف يجريه الوكيل يعتبر بالضرورة خارجاً عن حدود نيابته[3]، ولا يسري بالتالي في حق الأصيل، وهذا هو الأصل العام، وقد أوردت المادة 107 مدني مصري استثناءات هامة، حيث أنها تقضى بأنه : «إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معاً وقت العقد بانقضاء النيابة، فإن أثر العقد الذى يبرمه، حقاً كان أو التزاماً يضاف إلى الأصيل أو خلفائه».

وقد حكمت محكمة النقض بأن «شرط إضافة اثر العقد الذى يبرمه النائب مع الغير إلى الأصيل، أو خلفائه بعد انقضاء النيابة، هو أن يكون النائب والغير كلاهما معاً جاهلين انقضاء النيابة وقت التعاقد[4]».

وإذا انتهت النيابة، فقد النائب الصفة التي كانت ثابتة له في تمثيل الأصيل وأصبح

2 د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، طبعة 1984 ، بند 108 ص 220.

3 المرجع السابق، بند 114 ص 234.

4 نقض مدني 30 مايو سنة 1963 طعن رقم 160/28 ق مجموعة أحكام النقض س 14 ص 759 قاعدة 107.

بذلك من الغير بالنسبة إليه، ومن ثم، فالتصرفات التي يجريها بعدئذ باسمه لا تنفذ في حق الأصيل أو خلفاؤه. وحيث أن الوكيل والمشتري كانا يعلمان بموت الموكل وبانتهاء الوكالة، فإن انعقاد العقد بعد ذلك، يعتبر إضراراً بالورثة أي بخلف الموكل.

لم يطعن ببطلان التصرف جميع من لهم المصلحة في ذلك، ولكن طعن ثلاثة مدعيات فقط.

ويثور تساؤل حول استفادة من لم يطعن من ذوي المصلحة، أو أن إبطال التصرف يقتصر على من طلب البطلان. وهذا يقتضي التفرقة بين نوعين من البطلان فالعقد القابل للإبطال يجوز إجازته ممن يملك ذلك، أما العقد الباطل بطلاناً مطلقاً، فإن المحكمة تقضي به من تلقاء نفسها، وبالتالي فإن البطلان المطلق ينصرف إلى التصرف بالكامل، فيعدمه أي أثر قانوني، ويرجع المتعاقدان لحالتهما قبل التعاقد، وذلك حتى لو طلب بطلان التصرف أحد أفراد من لهم المصلحة في البطلان دون الآخرين.

ثانياً:- تحليل موجز لنظرية بطلان التصرف القانوني:

القواعد القانونية هي تلك التى يتوافر لها جزاء وضعي لمخالفتها، ويتحدد هذا الجزاء بوجود عقوبة جزائية، أو بالتعويض عن الإخلال به، ويحدد القانون الشروط الواجبة لصحة التصرفات، فإذا تخلفت هذه الشروط، أو تخلف بعضها، فإن القانون يصفه بوصف يعني عدم إقرار وجوده ويجعله غير نافذ وليس له أي أثر، فيعدمه وجوده، وهذا الجزاء هو الذي يوقع على التصرف، والبطلان هو صورة من صور الجزاء، فهو لا يوجه إلى الأشخاص كما هو الحال في العقوبة أو التعويض، وإنما يوجه إلى التصرف القانوني.

ويعرف التصرف القانوني، بأنه، إتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني سواء أكان هذا الأثر هو إنشاء أو تعديل أو إنهاء حق[5]، وينقسم التصرف القانوني إلى تصرف من جانب واحد وهو الإرادة المنفردة، وتصرف من جانبين أو أكثر وهو العقد.

5 د. جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني ط 1994، دار النهضة العربية، القاهرة، بند 8، ص 14.

والتصرف القانوني كما عرفته محكمة النقض:- «التصرف هو اتجاه الإرادة لإحداث أثار قانونية معينة ويستوى في ترتيب هذه الآثار على إرادة منفردة كالوقف أو على تلاقي إرادتين أو أكثر كالبيع والهبة[6].

ويعرف البطلان بأنه: «عدم الصحة أو عدم النفاذ الذى يلحق تصرف لمخالفته لأمر، أو نهى من القانون»[7]: ولذلك فإنه يوجه ما يراد توقيعه من جزاء لمنع هذه الآثار إلى الآثار نفسها لا إلى التصرف القانوني، والبطلان مجرد جزاء على مخالفة آثاره للقواعد القانونية يظهر في عدم نفاذ كلي أو جزئي لهذه الآثار.

وعدم نفاذ الآثار كوصف لمظهر البطلان، هو وصف للتصرف القانوني يلحقه نتيجة تخلف أحد شروط صحته، والذى يدخل في بنائه هذا الشرط، ويعني ذلك، أن كيان هذا التصرف ناقص وأنه لذلك تصرف معيب، والقانون يصفه عندئذ بأنه باطل.

وعلى ضوء ما سلف، يعرف البطلان، بأنه، «وصف يلحق التصرف القانوني ذاته نتيجة عيب فيه، وأنه نظام يطبق على كل تصرف لحقه عيب نتيجة مخالفة إحدى القواعد القانونية التى تضع الشروط الخاصة بإنشاء التصرف»[8].

وبذلك فإن: البطلان، وصف يلحق تصرفاً قانونياً معيباً لصدوره مخالفاً لقاعدة قانونية، يعني عدم وجوده في نظر القانون ويؤدي بالتالى إلى عدم ترتب آثاره أي عدم نفاذه».

وينقسم الجزاء إلى ثلاثة أنواع في حالة عدم استكمال شروط انعقاد العقد وهي الإنعدام، والبطلان المطلق، والبطلان النسبي.

«والإنعدام جزاء على تخلف ركن من أركان العقد كالرضا أو المحل أو السبب أو الشكل في حالة العقود الشكلية، والبطلان المطلق هو الجزاء على تخلف شرط من شروط أحد هذه الأركان كعدم تعيين المحل، أو عدم مشروعية السبب، والبطلان

6 المستحدث في المبادئ الصادرة من الدوائر المدنية من محكمة النقض من أول أكتوبر 2005 حتى آخر سبتمبر 2006.
طعن النقض رقم 1737 لسنة 58 ق - جلسة 2006/2/13، ص 77.

7 د. جميل الشرقاوي، مرجع سابق، بند 22، ص 57.

8 المرجع السابق، بند 52، ص 139.

النسبي يطلق على وجود عيب من عيوب الرضا أو حالة نقص أهلية أحد المتعاقدين»[9].

أما الفقه الحديث فقد أخذ بتقسيم ثنائي هو البطلان المطلق والبطلان النسبي فالبطلان المطلق هو أيضاً منعدم ولا أثر له في القانون، أما البطلان النسبي فهو الجزاء على وجود عيب في الإرادة أو نقص في الأهلية.

وحيث أن تعبير البطلان النسبي غير دقيق فقد قسم الفقه البطلان إلى قسمين، العقد الباطل، والعقد القابل للإبطال. حيث أن العقد الباطل بطلاناً نسبياً منتجاً لآثاره كالعقد الصحيح إلى أن يطلب صاحب المصلحة إبطاله[10]، فإذا تم إبطاله زال العقد بآثر رجعي، ويأخذ التصرف في هذه الحالة وضع حالة البطلان المطلق، وبذلك، فإن البطلان النسبي قد تلحقه إجازة فيصير عقداً صحيحاً أو يسقط الحق في إبطاله بالتقادم فيصبح صحيحاً أو يتمسك كل ذي مصلحة بالبطلان فيبطل العقد ويزول بأثر رجعي كما في حالة البطلان المطلق، وبالتالى فإن، العقد الباطل بطلاناً نسبياً يمر بمرحلتين هما مرحلة الصحة، ومرحلة البطلان المطلق، وبذلك فإن تعبير البطلان النسبى تعبيراً غير دقيق، وبالتالي فالتقسيم الصحيح للبطلان، العقد الباطل، والعقد القابل للإبطال.

ويمكن تلخيص حالات البطلان كالتالي:-

فيكون العقد باطلاً في الحالات الآتية:- إذا أبرمه شخص فاقد الأهلية، وإذا إنعدم الرضاء أو المحل أو السبب ، أو إذا لم تتوافر في المحل أو في السبب شروطه الجوهرية، أو إذا اشترط القانون شكل الرسمية للانعقاد كما في عقد الهبة الرسمية، أو حالة اشتراط المدة لانعقاد الوعد بالتعاقد (م1/101 مدني مصري).

ونصت المادة 107 من مجلة الأحكام العدلية على أن البيع غير المنعقد هو البيع الباطل، وكذلك نصت المادة 110 من ذات المجلة على أن: «البيع الباطل ما لا يصح أصلاً: يعني أنه لا يكون مشروعاً أصلاً».

9 د. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، ط 2000، بند 81 ص 91.

10 د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، بند 241 ص 280.

ويكون العقد قابلاً للإبطال في الحالات الآتية:-

إذا كان أحد المتعاقدين ناقص الأهلية، أو إذا شاب الرضاء غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال، أو إذا ورد في القانون نص خاص يقضي بأن العقد قابل للإبطال، كما في حالة بيع ملك الغير (م 466 مدني).

ونصت المادة 95 من مجلة الأحكام العدلية أن «الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل»، وكذلك نصت المادة 96 من ذات المجلة على أن «لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه».

من له حق التمسك بالبطلان:

1. العقد الباطل.

تنص الفقرة الأولى من المادة 141 مدني على أنه: «إذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها».

ويراد بالمصلحة التى تجيز التمسك بالبطلان تلك التي تستند إلى حق يتأثر بصحة العقد أو ببطلانه، وعلى هذا الأساس يستطيع أن يتمسك بالبطلان كل من المتعاقدين والخلف العام والخلف الخاص والدائنين.

والخلف العام لكل من المتعاقدين. وهم الورثة والموصى لهم بحصة في التركة، لهم هذه المصلحة ويجوز لكل من هؤلاء أن يتمسك بالبطلان في أية حالة تكون عليها الدعوى، ولو كان ذلك لأول مرة أمام محكمة الاستئناف.

أما الدائنون العاديون والخلف الخاص، فلا يجوز لهم طلب الإبطال إلا بإستعمال حق مدينهم عن طريق الدعوى غير المباشرة لحماية الضمان العام لمدينهم.

2. العقد القابل للإبطال:

نصت المادة 138 مدني مصري على أنه: «إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقاً في إبطال العقد، فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق».

وبذلك: فإن قابلية العقد للإبطال شرع لمصلحة أحد المتعاقدين ، فإن هذا العاقد

الذى شرع الإبطال لمصلحته[11]، هو وحده الذي يستطيع أن يتمسك بإبطال العقد، فإذا كان سبب القابلية للإبطال هو نقص الأهلية فناقص الأهلية وحده هو الذي يجوز له أن يتمسك بالبطلان.

ويستطيع الخلف العام أن يتمسك بالإبطال، وينتقل حق طلب الإبطال إلى الورثة، ولا يجوز للمحكمة أن تقضي بالإبطال من تلقاء نفسها، بل لا بد أن يتمسك بذلك صاحب المصلحة إذ الإبطال مقرر لمصلحة شخص معين، وليس بحكم طبيعة الأشياء أو لمخالفة النظام العام أو الآداب كما هو والحال في البطلان المطلق.

الإجازة:-

تعرف الإجازة بأنها:- هي الحق في النزول عن طلب الإبطال، ويملكها من شرع الإبطال لمصلحته، لأنه هو صاحب الحق في التمسك بالإبطال.

العقد الباطل لا تصح إجازته:-

نصت الفقرة الأولى من المادة 141 مدني مصري في هذا المعنى بقولها «لايزول البطلان بالإجازة» وذلك لأن البطلان المطلق هو والعدم سواء، وليس من شأن الأجازة أن تجعل من العدم وجوداً [12]، فإذا أراد المتعاقدان تحقيق الآثار القانونية المقصودة من العقد الباطل، فلا بد من عقد جديد تتوافق الارادتين عليه، ويكون العقد الجديد منتجاً لآثاره من هذا الوقت، وليس من وقت صدور العقد الباطل.

وقد قررت المادة 489 مدني حكماً مخالفاً وذلك بنصها على أن «إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبه باطلة لعيب في الشكل، فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه». وهذا الحكم إستثناء خرج فيه الشارع على القواعد العامة، حيث صحح الهبة في هذه الحالة إذا تم تنفيذها[13].

11 د. عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق بند 244، ص 284.

12 د. عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، بند 245، ص 285.

13 قيل في تعليل هذا الحكم أن الهبه الباطلة بسبب تخلف الشكل ينجم عنها التزام طبيعي إذا ما وفى به الواهب أو ورثته كان الوفاء صحيحاً، الوسيط في القانون المدني الدكتور عبد الرازق السنهوري، جـ 1 فقرة 315.

العقد القابل للإبطال تصح إجازته:

تنص المادة 139 مدني مصري على أنه: «1- يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية. 2- وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون إخلال بحقوق الغير».

فالعقد القابل للإبطال هو الذي تصح إجازته لأنه عقد موجود قانوناً ومنتج لكل آثاره ولا فرق بينه وبين العقد الصحيح، إلا في أن العاقد الذى شرع البطلان لمصلحته يستطيع أن يطلب إبطاله.

ثالثاً :- التعليق على حكم محكمة الاستئناف:

أقامت المدعيات الدعوى رقم 99/809 أمام محكمة بداية نابلس في مواجهة المدعى عليهما للمطالبة بإبطال معاملة بيع وتنفيذ حصر أرث في حصص أرثيه قيمتها ألفي دينار وذلك استناداً للأسباب والوقائع المذكورة في لائحة الدعوى.

باشرت محكمة بداية نابلس وأصدرت حكمها في الدعوى بتاريخ 2001/3/25 المتضمن فسخ وإلغاء عقد البيع رقم 80/441 الواقع على قطعة الأرض رقم 118 حوض 41 خلة التين من أراضي عصيرة الشمالية وتضمين المدعي عليهما الرسوم والمصاريف وخمسين ديناراً أتعاب محاماه.

اعترض المدعى عليه على الحكم المذكور، تم إحالة الأوراق إلى محكمة الصلح نابلس التى تابعت النظر في الدعوى، واستكملت النظر في الطعن الاعتراض وأصدرت حكمها في الدعوى رقم 2001/1779 بتاريخ 2008/11/6 **المتضمن ما يلي** :-

1. الحكم بإبطال عقد البيع رقم (80/441) الواقع على قطعة الأرض محل النزاع وإعادة قيد هذه القطعة، وتسجيلها باسم ورثة محمد صالح عواد حمادنه لدى دائرة تسجيل أراضى نابلس وإلغاء أية قيود تتعارض مع ذلك.
2. الحكم برد الاعتراض المقدم من المدعى عليه الثاني وتضمينه رسوم ومصاريف الاعتراض.

تم الطعن على الحكم الصادر في المرحلة الاعتراضية أمام محكمة بداية نابلس بصفتها الاستئنافية وأصدرت حكمها في الدعوى الاستئنافية رقم 2008/143 بتاريخ 2009/12/21 المتضمن رد الاستئناف وتأييد القرار المستأنف.

التكييف القانوني للتصرف في حكم محكمة الاستئناف:

حيث أن الوكالة قد انتهت وقام الوكيل بالرغم من ذلك من إبرام العقد فقد كيفت محكمة الاستئناف أن البيع باطل حيث أن الورثة (المدعيات الثلاث) طلبن ذلك البطلان وقد حكمت المحكمة الاستئنافية بذلك، حكمت ببطلان التصرف من تلقاء نفسها. وذلك لأن أثر بطلان العقد إعدام آثاره وقد ذهبت محكمة النقض المصرية على أن يتمسك بالبطلان وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها[14] ولا يجوز إبطال جزء والإبقاء على جزء من التصرف، حيث أن البطلان يرد على التصرف فيعدمه ويعدم كافة آثاره، ولا يرد البطلان على حقوق شخصية، حتى يتم تجزئة الطلبات أو إجازة جزء من التصرف وبطلان جزء.

رابعاً:- التعليق على حكم محكمة النقض:

1. **أسباب حكم محكمة النقض:**

«تجد محكمتنا أن الدعوى الماثلة انطوت على المطالبة بإبطال معاملة بيع تتصل بقطعة الأرض رقم 118 حوض 41 خلة التين من أراضي عصيرة الشمالية على اعتبار أن مورث الجهة المدعية نظم وكالة خاصة للمدعى عليه الأول (حسن عبد الرحمن) تحمل الرقم 80/789 تاريخ 1980/3/12، وبتاريخ 1980/3/27 توفى الموكل (مورث الجهة المدعية) ورغم وفاته وعلم الوكيل (المدعى عليه حسن) بذلك فقد عمد إلى تنفيذ الوكالة الخاصة[15] بأن باع القطعة بالاستناد لتلك الوكالة إلى

14 الطعن رقم 2415 لسنة 70 ق جلسة 2002/4/8 نقض إيجارات، موسوعة مصر الحديثة في أحكام النقض المدني، نقابة المحامين، ص 254.

15 نصت المادة 1/701 من التقنين المدني المصري على أن «الوكالة الواردة في ألفاظ عامة لا تخصيص فيها حتى لنوع العمل القانوني الحاصل في التوكيل لا تخول الوكيل صفة إلا في أعمال الإدارة». وبذلك فأن البيع سواء من ناحية البائع أو المشتري من أعمال التصرف فهو لا يدخل في سلطة الوكيل العام.

المدعـى عليه الثانى أحمد حسـن أحمد حمدان الـذى كان يعلم أيضاً بوفاة مورث الجهة المدعية.

ولما كانت البينات المقدمة في الدعوى سواء الخطية منها والشفوية تنبئ بثبوت الواقعة المذكورة وبأن واقعة البيع من قبل المدعى عليه الأول إلى المدعى عليه الثاني كانت بالاستناد إلى الوكالة الخاصة[16] المشار إلى رقمها وتاريخها آنفاً، وهذه الوكالة قد انتهت قانوناً بالوفاة وبأن معاملة البيع من قبل الوكيل المدعى عليه الأول إلى المدعى عليه الثاني أضحت باطلة والحالة هذه لعدم إجازتها من قبل الجهة المدعية سيما وأن الوكيـل والمشـتري (المدعى عليه الثاني) رغم علمهمـا بواقعة الوفاة قد أقدما على إتمام معاملة البيع في الموقع الرسمي.

وحيـث أن انحـدار معاملة البيع إلى البطلان، يجعل من (عقد البيع) رقم 80/441 المنظـم بتاريـخ 1980/5/17 عقداً باطلاً وأن هذا البطـلان يقتصر فقط على بيع حصص المدعيات الثلاث الإرثية وهن مها ومنى صالح عواد صالح وشريفة سعيد سليمان حمادنه وبحدود حصصهن الإرثية في العقار المبيع فقط طبقاً لحجة حصر الإرث المبرز م/5 مما يعني أن الحكم بالبطلان خارج إطار حصص المدعيات الثلاث ليشمل باقي الورثة فيما يتصل بالعقار المبيع كله يعدو فاقداً لركازه القانوني على اعتبار أن الدعوى المقامة لا تجعل في حقيقتها التركة خصماً بالمعنى القانوني، وإنما البطلان موضوع الدعوى الماثلة يقتصر على حقوق شخصية فقط آلت إلى الورثة، لا يفيد منه إلا من باشر المطالبة بالبطلان فقط من خلال تحريك الدعوى.

وحيث أن محكمة الاستئناف وان توصلت إلى مبدأ بطلان عقد البيع المستند إلى وكالة انتهت بالوفاة ونحن نقرها على ذلك فقط إلا أنها جانبت الصواب بعدم قصر البطلان على حقوق المدعيات الثلاث الشخصية الإرثية في العقار المبيع موضوع الدعوى.

وحيث أن هذه المجانبة طبقاً لما سلف ذكره توجب نقض القرار المطعون فيه لمخالفته القانون والأصول».

16 وبذلك فأن البيع يستلزم وكالة خاصة، وهذا ما نصت عليه المادة 1/702 مدني مصري بقولها لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة وبوجه خاص البيع.

2. **التكييف القانونى الذى اعتمدته محكمة النقض:**

بيع ملك الغير تصرف باطل يمكن أن ينقلب صحيحاً في حالتين الأولى إذا أقر المالك البيع أما الثانية إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد وقد نصت على هذا الحكم المادة 466 مدني مصري- فقرة (1) - إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه، جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع، ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار، سجل العقد أو لم يسجل. (2) – وفى كل حال لا يسري هذا البيع في حق المالك للعين المبيعه ولو أجاز المشتري العقد ونصت المادة 467 فقرة (1) - إذا أقر المالك البيع سرى العقد في حقه. وانقلب صحيحاً في حق المشتري.

2- وكذلك ينقلب العقد صحيحاً في حق المشترى إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد.

وأعتبرت محكمة النقض الفلسطينية، أن التصرف ما هو إلا بيع ملك الغير وأن البطلان قابل للتصحيح والإجازة ولا يفيد من إبطال العقد إلا من طالب به ولذلك حكمت المحكمة» «نقض القرار المطعون فيه وإعادة الأوراق لمصدرها محكمة البداية بصفتها الاستئنافية لإجراء المقتضى القانوني في ضوء ما بينا وبالتالي إصدار القرار المناسب من قبل هيئة مغايرة.

الاتجاه الثالث:- بطلان التصرف للغش:

من المؤكد أن حكم محكمة الاستئناف إنتهى إلى بطلان التصرف كلية، وأن بطلان التصرف إنصرف للجميع من طلب البطلان ومن لم يطلب، إلا أن الحكم شابه القصور في التسبيب، والقصور في الإحاطة بالواقعات وملابسات التعاقد، وحيث أن ظروف التعاقد يتبين منها الآتي:-

أ. علم المشتري بإنتهاء الوكالة وإبرامه للتعاقد بالرغم من ذلك مع الوكيل.

ب. رفض المدعيات للتعاقد الذي أبرمه الوكيل نيابة عن مورثهم (الموكل) وطلبهم بطلان التعاقد.

وبالنظر إلى الظروف السابق بيانها، فإن التعاقد الذي تم به شبة الإضرار بمصالح الورثة، إتفاق واضح بين الوكيل والمشتري على ذلك، بما ينبئ أن التصرف يدخله غش للإضرار بالمتعاقدين.

وهناك قاعدة تأخذ بها المحاكم بالرغم من عدم وجود نص عليها[17] مؤداها أن الغش يبطل التصرف الذي بني عليه.

ويمكن إضافة حالة البطلان للغش، بحيث أن العقد يكون باطلاً إذا إنطوى على غش، ولا يوجد تعريف محدد للغش ولكن يستدل عليه بالقرينة، وقد تكون في إستعمال العقد كوسيلة للأضرار بحقوق الغير، ويوجد حالة البطلان للغش إذا كان الغرض منه الاحتيال على القانون، أي مخالفة النظام العام والآداب، وهذه حالة الغش ضد القانون، وتظهر تلك الحالة في بطلان التصرف الذي يبرمه السفيه قبل الحجر إذا جاء نتيجة تواطؤ (م2/115 مدني مصري).

وعلة البطلان في هذه الحالة هي الغش الذي يشوب التصرف، كما لو توقع المتعاقدان الحجر، فبادرا إلى إبرام التصرف للهروب من آثار الحجر.

وفي حالتنا هذه، فإن البطلان للغش ظاهر للعيان، وأن محكمة الاستئناف وإن انتهت إلى نفس النتيجة إلا أنه كان من الأوفق إبراز الغش الذى لابس التصرف.

17 د. عبد المنعم الصدة، مرجع سابق، بند 242، ص 281.

أحكام صادرة عن محكمة النقض في القضايا الجزائية والتعليق عليها

الحكم رقم 2013/268 «انقضاء الدعوى الجزائية»

نـقض جـــزاء
رقم 2013/268

دولـــــة فـلســـطين

السلطـــة القضائيـــة

محكمـــة النقض

" الحكـــــــــــــم "

الصادر عن محكمة النقض المنعقدة في رام الله المأذونه بإجراء المحاكمة وإصداره

باسم الشعب العربي الفلسطيني.

الهيئـــة الحـــاكمـــة بـرئـــاســـة الســـيد القـــاضـــي **محمود حماد**

وعضوية السادة القضاة:- ايمان ناصر الدين ، محمد سامح الدويك، **عدنان الشعيبي , حلمي الكخن**

الطـــاعـــنة : النيابة العامة

المطعون ضـــده : 1- م. ع. ت. ز.

2- س. ع. و. ط.

3- خ. ع. ت. ز.

وجميعهم من السيلة الحارثية

الإجـــراءات

تقدمت النيابة العامة بهذا الطعن بتاريخ 2013/11/21 لنقض الحكم الصادر عن محكمة بداية جنين بصفتها الاستئنافية في الدعوى الجزائية رقم 2013/27 بتاريخ 2013/10/23 القاضي برد الاستئناف موضوعا , وتصديق الحكم المستأنف الصادر عن محكمة صلح جنين القاضي بالحكم بانقضاء الدعوى الجزائية.

يستند الطعن في ملخص اسبابه بالنعي على الحكم المطعون فيه الخطأ في مخالفة القانون وتأويله وذلك حين خالفت المحكمة مصدرته احكام المادة 371 من قانون الاجراءات الجزائية اذ لا

نـقض جـــزاء
رقم 2013/268

يجوز للمحكمة التعرض لذات الدفع المانع من السير في الدعوى الذي صدر حكم به عن محكمة النقض يقضي برفض هذا الدفع.

وقد طلبت النيابة (الطاعنة) قبول الطعن شكلا وموضوعا والغاء الحكم المطعون فيه.

لم يتقدم المطعون ضدهم بلائحة جوابية.

المحكمـــــــــــــة

بالتدقيق والمداولة ولما كان الطعن مقدما في الميعاد تقرر قبوله شكلا.

وعن سبب الطعن الرئيسي وحاصله النعي على الحكم المطعون فيه الخطا بمخالفة القانون تطبيقا وتاويلا حين خالفت المحكمة مصدرة الحكم نص المادة (371) من قانون الاجراءات الجزائية اذ قضت بتاييد الحكم الاصلي القاضي بانقضاء الدعوى الجزائية.

ولما كانت وقائع الدعوى تتلخص بان النيابة العامة احالت المتهمين (المطعون ضدهم) لمحكمة صلح جنين لمحاكمتهم بتهمة السرقة المعاقب عليها بالمادة 406/ج/3ع لسنة 60 في الدعوى الجزائية رقم 99/347 التي قررت بتاريخ 2010/2/11 انقضاء الدعوى الجزائية بالتقادم على سند من القول انه من تاريخ 2000/12/12 ولغاية 2004/3/4 (لم تتخذ اي اجراءات في هذا الملف اخطر بها المتهمون ...الخ)

بتاريخ 2010/5/27 تم فسخ الحكم من قبل محكمة بداية جنين بصفتها الاستئنافية في الاستئناف الجزائي رقم 2010/62 على سند من القول بعدم تحقق شروط انقضاء الدعوى الجزائية الذي تايد لاحقا بموجب النقض الجزائي رقم 2010/120.

لدى اعادة الدعوى لمحكمة بداية جنين بصفتها الاستئنافية قررت الاخيرة اعادة الاوراق لمحكمة صلح جنين للسير بالدعوى على هدى حكمي الاستئناف والنقض سالفي الاشارة.

بعد استكمال الاجراءات لدى محكمة الصلح قررت بتاريخ 2013/2/24 الحكم بانقضاء الدعوى الجزائية الذي تايد استئنافا من قبل محكمة بداية جنين بصفتها الاستئنافية (عملا بالحكم الصادر عن محكمة النقض بهيئتها العامة رقم 2010/38) موضوع الطعن الماثل.

نـقض جـــزاء
رقم 2013/268

وبالعودة لمدونات الحكم الصادر عن الهيئة العامة لمحكمة النقض (الدائرة الجزائية) رقم 2010/38 بتاريخ 2010/6/9 وذلك الذي تضمنه اجتهاد المحكمة والمبدأ الذي ارسته بموجب هذا الحكم في ما يتعلق في تفسير وتاويل احكام قانون الاجراءات الجزائية الباحثة في انقضاء الدعوى الجزائية للتقادم والذي تفيد خلاصته بان الاجراءات القاطعة للتقادم هي تلك التي تتم في مواجهة المتهم او تلك التي كان قد اخطر بها بشكل رسمي وان قرارات المحكمة المتعاقبة باجراء تبليغ المتهم موعد جلسات المحاكمة دون ان يتم تبليغه او حضور جلسات المحاكمة لا تقطع التقادم وفق ما انبات عنه احكام المادة 13 من قانون الاجراءات الجزائية.

وقد خلصت الهيئة العامة لمحكمة النقض في هذا الحكم للتقرير بشكل قاطع لما يلي (تقرر المحكمة الرجوع عن اي مبدا اخر مخالف قد قررته بهذا الخصوص لافتين النظر لحكم المادة 239 من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية)

وباستقراء ذلك الذي خلصت اليه الهيئة العامة لمحكمة النقض في حكمها (2010/38) سالف الاشارة وحكم المادة 239 من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية التي جاء نصها لما يلي (اذا تبين لاحدى دوائر محكمة النقض انها ستخالف سابقة قضائية مستقرة للنقض تنعقد بكامل هيئتها لاصدار حكمها ويكون هذا الحكم واجب الاتباع لدى المحاكم الاخرى في جميع الاحوال).

وبالبناء على ما تقدم ولما كانت الدعوى الجزائية موضوع الطعن الماثل ما زالت قيد النظر لدى قضاء الموضوع اثناء صدور حكم محكمة النقض 2010/38 سالف الاشارة ولم يكن قد صدر في هذه الدعوى حكم قطعي مبرم فانها والحالة هذه تكون خاضعة لذات المبدا الذي تقرر في حكم محكمة النقض بهيئتها العامة حتى وان كان قد صدر حكم سابق عن ذات المحكمة (محكمة النقض) في الدعوى الماثلة يقضي بعكس ما خلصت اليه محكمة النقض لاحقا بهيئتها العامة طالما انه تقرر في هذا الحكم الرجوع عن اي مبدا اخر كانت قد قررته ذلك ان المبدا الذي ارسته محكمة النقض في حكمها يعتبر بمثابة القانون الجديد الاصلح للمتهم الذي ما زالت دعواه منظورة امام القضاء ولم يتم الفصل فيها بحكم قطعي ولا حجة للامر المقضي به بموجب حكم محكمة النقض السابق طالما انها قررت الرجوع عن ما خلصت اليه في الحكم (السابق).

نـقض جـــزاء
رقم 2013/268

الامر الذي يستوجب والحالة هذه في تطبيق ذات المبدا (الجديد) المقر من قبل اعلى الهرم القضائي (الهيئة العامة لمحكمة النقض) على الدعوى الماثلة لاسيما وان شروط انقضاء الدعوى بالتقادم متحققة في هذه الدعوى وفق ما انبات عنه وقائعها ومن حيث نوع التهمة (جنحة) مما تغدو معه الدعوى الجزائية موضوع هذا الطعن قد انقضت بالتقادم ويغدو ما توصلت اليه المحكمة مصدرة الحكم من حيث النتيجة يتفق وحكم القانون .

وعليه ولما بينا ولما كانت اسباب الطعن لا ترد على الحكم المطعون فيه او تنال فيه فان الطعن يغدو والحالة هذه مستوجب الرد موضوعا.

لـــذلـــك

تقرر المحكمة رد الطعن موضوعا.

حكما صدر تدقيقا بالاغلبية باسم الشعب العربي الفلسطيني **بتاريخ 2014/3/20**

الكاتـــب **الرئيـــس**

ح.طه

نـقض جـــزاء
رقم 2013/268

الرأي المخالف المعطى
من القاضيين السيدين ايمان ناصر الدين وحلمي الكخن

نخالف الاغلبية المحترمة فيما قضت به وحملت حكمها عليه ونرى انه وطالما كان حكم محكمة بداية جنين بصفتها الاستئنافية الصادر في الاستئناف الجزائي رقم 2010/62 المتضمن الغاء حكم محكمة صلح جنين القاضي بانقضاء الدعوى بالتقادم بتاريخ 2010/2/11 قد اكتسب الدرجة القطعية عندما تايد بحكم محكمة النقض رقم 2010/120 الصادر بتاريخ 2010/9/5 فان قرار الهيئة العامة لمحكمة النقض الصادر بتاريخ 2011/6/9 رقم 2010/38 لا ينسحب الى ما كان قد صدر عن محكمة النقض من احكام في مسائل فصلت فيها وحازت حجية الامر المقضي فيه.

هذا ولا يرد القول بان الدعوى الجزائية لا زالت منظورة امام المحكمة ولم يفصل فيها بحكم منهي للخصومة ذلك ان اعادة تطبيق حكم الهيئة العامة لمحكمة النقض فيما قررته بشان مسالة معينة على ما كانت قد قررته سابقا بشان تلك المسالة ينطوي على مساس بمبدا حجية الامر المقضي فيه اذ ان ما تقرره محكمة النقض بهيئتها العامة من مبادىء تعود فيها عن مبادىء سابقة لا يطبق الا على ما لم يحز من مسائل حجية الامر المقضي , وفي ضوء ذلك نرى ان هذا السبب من اسباب الطعن يرد على الحكم الطعين.

القاضي المخالف
حلمي الكخن

القاضي المخالف
ايمان ناصر الدين

2013/268

تعليق الدكتور عبدالرحمن توفيق أحمد
قاضي محكمة التمييز الأردنية ورئيس محكمة الجنايات الكبرى سابقاً،
وعميد كلية الحقوق - جامعة عمان الأهلية

الحكم المطعون فيه: الحكم الصادر عن محكمة بداية جزاء جنين بصفتها الاستئنافية في الدعوى الجزائية رقم 2013/27 بتاريخ 2013/10/23 القاضي برد الاستئناف موضوعاً وتصديق الحكم المستأنف الصادر عن محكمة صلح جنين القاضي بالحكم بانقضاء الدعوى الجزائية.

جهة الطعن: النيابة العامة.

اسباب الطعن: الخطأ في تطبيق القانون وتأويله وذلك حين خالفت المحكمة مصدرته احكام المادة (371) من قانون الاجراءات الجزائية، اذ لا يجوز للمحكمة التعرض لذات الدفع المانع من السير في الدعوى الذي صدر حكم به من محكمة النقض يقضي برفض هذا الدفع.

قرار (حكم) النقض: صدر قرار النقض محل التعليق بالاغلبية ويقضي برد طعن النيابة موضوعاً وتأييد محكمة بداية جزاء جنين بصفتها الاستئنافية فيما قضت به من ان الدعوى الجزائية موضوع الطعن قد انقضت بالتقادم، في حين كان قرار المخالفة يرى بان طعن النيابة العامة يرد على الحكم الطعين.

يشمل هذا التعليق الحديث عن:

1. الطعن بالنقض والمقصود به ومحمكة النقض (التمييز) كأعلى جهة قضائية ونطاق رقابتها على الاحكام التي تعرض عليها.

2. ثم الدخول في صلب الموضوع بخصوص الحكم محل التعليق والنتيجة التي وصلت اليها الاغلبية وقرار المخالفة وكل ذلك وبما يتوافق مع القانون، وكون ان قرار النقض هو قرار الهيئة العامة.

اولاً: الطعـن بالنقـض والمقصود به وسـلطة محكمة النقـض (التمييز) كأعلى جهة قضائية ونطاق رقابتها على الاحكام التي تعرض عليها:

محكمة النقض هي اعلى جهة قضائية والطعن بالنقض يكون لغايات فحص الحكم والتحقق من مطابقته للقانون ولذلك يقال[1] ان الطعن بالنقض لا يهدف الى اعادة عرض الدعـوى علـى محكمة النقـض وإنما يهدف لعرض الحكم المطعـون فيه لغايات فحص الحكم ذاته للتأكد من مدى اتفاقه مع القانون.

والسـبب في ان الطعـن بالنقـض لا يقصد منه اعادة عـرض الوقائع والدعوى على محكمـة النقـض هـو أن الدعوى وقبـل وصولها لمحكمة النقض تكـون قد نظرت على درجتين. [2] والمعروف ان النقض ليس درجة من درجات التقاضي.

وقد بينت محكمة النقض المصرية في حكم لها صادر بتاريخ 17/يناير/1939 ان محكمة النقض ليست درجة استئنافية تعيد عمل قاضي الموضوع، فتنظر في الادلة لتقومها بما تستأهل وترى ان كانت منتجة للادانة او غير منتجة. وانما هي درجة اسـتثنائية محضة، ميدان عملها محصور على ما سـلف من الرقابة علـى عدم مخالفة القانون. (مشـار الى هـذا الحكم في مؤلف الدكتور محمود نجيب حسني شرح قانون الاجراءات الجنائية، المرجع السابق ص1118 هامش 1).

كما أن محكمة التمييز الاردنية في قرار لها صادر عام 1952 (تمييز جزاء 1952/30 مجموعة المبادئ القانونية الجزء الاول ص 665) قضت بأنه: «لا يجوز لمحكمة التمييز أن تتعـرض لقناعـة محكمة الموضوع التـي طعن امامها في صحة الاعتراف المأخوذ من قبل المدعي العام والتي سمعت البينات المقدمة من الطرفين من ان ذلك الاعتراف صدر عن المتهم بطوعه و اختياره».

1 ينظر في تفصيل اكثر عن تعريف النقض ووظيفة محكمة النقض، المرحوم استاذنا الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون الاجراءات الجنائية، ط1982، ص1117 وما بعدها.

2 تجدر الاشارة الى انه وبالنسبة للنظام القضائي الاردني فان احكام محكمة الجنايات الكبرى وكذلك احكام محكمة امن الدولة يطعن بها اما محكمة التمييز فليس هناك استئناف لهذه الاحكام . و سيرد لاحقاً التعرض لهذه المسألة في حال اصرار اي من المحكمتين على قراراها. .

إلا انــه يتعــين ان نفرق بين عــدم جواز التدخل في البينــات والقناعة التي توصلــت اليهــا محكمــة الموضوع طالما كانــت هذه القناعة قائمة على اســباب سائغة وثابتة في ملف الدعوى وبين حق المحكمة الاعلى (التمييز او النقض) في رقابــة صحة التطبيقات القانونية على الوقائع. ففي هذه الحالة الاخيرة يحق للمحكمــة (النقــض او التمييز) ان تتدخل و تراقب صحة وســلامة التطبيقات القانونيــة علــى وقائــع الدعوى باعتبار ان ذلك من اســباب الطعن التي وردت على سبيل الحصر. ولذلك نجد ان المشرع الفلسطيني بين في المادة (351) من قانــون الاجــراءات الجزائية انه مع مراعــاة المادة 350 لا يقبل الطعن بالنقض الا للاسباب التالية: 1- ... 2...3...4... .

5. اذا كان الحكــم المطعــون فيــه بني على مخالفة القانون او على خطأ في تطبيقه او في تفسيره.
6. خلو الحكم من اسبابه الموجبة او عدم كفايتها او غموضها او تناقضها.

وهو ما قرره المشرع الاردني في المادة 274 من قانون اصول المحاكمات الجزائية (وهو القانــون الــذي كان مطبقاً في الضفة الغربية / فلســطين قبل العمل بقانون الاجراءات الجزائية الفلسطيني رقم 3/لسنة 2001).

ومما هــو جدير بالذكر انــه وان كان الاصل ان لا تنظر محكمــة النقض (التمييز) الا في اســباب الطعــن التــي ابديت خلال مــدة الطعن، الا انــه اذا كان الطعن بالنقض (التمييــز) واقعــاً من المحكوم عليه فان لمحكمة النقــض (التمييز) ان تنقض الحكم من تلقاء نفســها اذا تبين لها مما هو ثابت في الحكم المميز انه مبني على مخالفة القانون او علــى خطــأ في تطبيقه او تأويله ... (مادة 2/280 اصول جزائية اردني و المادة 354 اجراءات جزائية فلسطيني).

وتطبيقاً للمعاني الســابقة فقد اســتقر الاجتهاد القضائــي لمحكمة التمييز الاردنيــة انــه يتضح من نص المادتين (274 و280) مــن قانون اصول المحاكمات الجزائية «ان رقابة محكمة التمييز هي رقابة قانونية ولا تتدخل في الوقائع وتقديــر البينــات لذا فانها لا تتدخل في قناعة محكمة الجنايات الكبرى» (تمييز

جزاء 1978/38) منشورات مركز عدالة. الا انه وان كانت محكمة التمييز لا تتدخل في **ثبوت الوقائع الا انه يجوز لها ان تراقب** تطبيق القانون على الوقائع الثابتة في الحكم وهذه الرقابة مستمدة من تطبيق احكام القانون على الوقائع (تمييز جزاء 1978/42 وتمييز جزاء 1978/46 منشورات مركز عدالة). و باختصار شديد و بجملة واحدة فقد قيل – **و بحق** - ان من حق محكمة التمييز (النقض) مراقبة الحكم المميز فيما يختص بالتطبيقات القانونية (تمييز جزاء 1981/75 منشورات مركز عدالة).

وقد يكون من المفيد بيان المقصود بمخالفة القانون وما هي صور مخالفة القانون وهل هناك حالات اخرى غير الصور المتفق عليها يمكن ان تدخل في مفهوم مخالفة القانون. لقد اوضحت ذلك محكمة التمييز الاردنية في حكم شهير لها تحت رقم 1980/123 جاء فيه الاتي: «اجمع الفقه والقضاء على ان مخالفة القانون تقع على ثلاث صور:

- الاولى: مخالفة القانون بترك العمل بنص قانوني لا يحتمل التاويل.
- الثانية: الخطا في تطبيق القانون باعمال نص قانوني لا ينطبق على الدعوى.
- الثالثة: اعطاء النص الواجب تطبيقه معنى غير معناه الصحيح.

ويجب ان تنصب اسباب التمييز المقدم بموجب المادة 291 من قانون اصول المحاكمات الجزائية على الامور القانونية بالمعنى المتقدم ذكره، ولا يجوز ان تنصب على الامور الواقعية اذ ان اثبات هذه الامور يدخل في مطلق تقدير محكمة الموضوع. وقد استقر الاجتهاد على ان الحالات التالية تعتبر داخلة في مفهوم مخالفة القانون وهي:

أ. ان تكون الادلة التي استندت اليها محكمة الموضوع في الادانة وهمية وغير موجودة.

ب. ان تكون الادلة موجودة ولكن مناقضة لما اثبته الحكم بالادانة.

ج. ان تكون الادلة غير مناقضة لما اثبته الحكم ولكن يستحيل عقلا استخلاص الواقعة منها كما فعلت محكمة الموضوع.

ثانيـاً : تنـاول الحكم محل التعليق موضوعاً والنتيجة التـي وصلت اليها الاغلبية وما جاء في قرار المخالفة كل ذلك بما يتوافق مع القانون وكون قرار النقض هو قرار الهيئة العامة.

كما هو واضح من الحكم محل التعليق فان قرار الاغلبية كان برد الطعن لعدم ورود سـبب الطعن على الحكم المطعون فيه وتأييد محكمة بداية جنين بصفتها الاسـتئنافية التـي صدقـت حكم محكمة صلح جنـين بانقضاء دعوى السـرقة الجنحوية المقامة في مواجهة المتهمين الثلاثة (محمد وسعيد وخالد).

والتسـاؤل الذي يطرح نفسـه اولاً الى اي مدى يتوجب على المحاكم اتباع قرارات النقض (التمييز) وعلى وجه الخصوص قرارات الهيئة العامة.

قرارات النقض (التمييز) صادرة عن اعلى هيئة قضائية في سـلم المحاكم النظامية والمعـروف ان مـا يصدر عـن هذه المحكمة هو عبـارة عن مبادئ قانونيـة ولذلك يقال المبـادئ القانونيـة التـي قررتها محكمة النقـض (التمييز) خاصة وان عـدم اتباع هذه المبادئ من المحاكم الاخرى (صلح، بداية، استئناف و محاكم الموضوع) واصدار قرارات علـى خـلاف ما قضت به محكمة النقض يجعل من هذه الاحكام عرضة للنقض اذا ما تم الطعن فيها. هذا اذا كانت هيئة النقض (التمييز) خماسية فكيف هو الحال اذا كان قرار النقض صادراً عن الهيئة العامة و ذكر فيه ان ما جاء في هذا القرار يعتبر رجوعاً عن اي اجتهاد سابق.

و حسـب مـا جاء في قرار النقض 2010/38 والذي ورد فيـه (تقرر المحكمة الرجوع عن اي مبدأ اخر مخالف قد قررته بهذا الخصوص لافتين النظر لحكم المادة 239 من قانـون اصول المحاكمـات المدنية و التجارية). وبالرجوع الى المادة (239) المشـار اليها فقد جاء نصها كالتالي: «اذا تبين لاحدى دوائر محكمة النقض انها سـتخالف سـابقة قضائية مستقرة للنقض تنعقد بكامل هيئتها لاصدار حكمها و يكون هذا الحكم واجب الاتبـاع لـدى المحاكم الاخـرى في جميع الاحوال». وهذا يعنـي ان التزام المحاكم بقرار الهيئـة العامة **هو التزام قانونـي لا اجتهاد فيه ولا مجادلة**. وبالرجوع الى قرار الهيئة العامـة 2010/38 الـذي عـادت محكمة النقض فيه عن اي اجتهاد سـابق بما في ذلك مـا جـاء في قرار الهيئـة العادية 2010/120 الصادر بتاريـخ 2010/9/5 نجد انه جاء

بخصـوص مـا ورد في المادة (13) من قانون الاجراءات الجزائية التي تنص على أن مدة التقادم تنقطع باتخاذ اي اجراء من اجراءات جمع الاسـتدلالات او التحقيق او الاتهام او المحاكمة اذا اتخذت في مواجهة المتهم، او اذا اخطر بها بشكل رسمي، وتسري المدة الجديدة ابتداء من يوم الانقطاع ... .

ومـن الثابـت ان محكمة صلـح جنين وجدت انه مـن تاريـخ 2000/12/12 ولغاية 2004/3/4 لم تتخذ اي اجراءات في مواجهة المتهمين او انهم اخطروا بها. مع ملاحظة ان السـرقة المنصوص عليها في المادة (406/ج/3) عقوبات هي سـرقة من نوع الجنحة (جنحة بداية).

ولمـا كان تقـادم الجنـح هو ثلاث سـنوات اذا لم يتخذ اي اجراء يقطـع التقادم فان مـا ذهبـت اليه محكمة صلح جنين وايدتها في ذلك محكمـة بداية جزاء جنين بصفتها الاسـتئنافية في حكمهـا المطعون فيه امام محكمـة النقض باعتبار الدعوى قد انقضت بالتقادم واقع في محله.

وهـذا يعنـي ان قرار محكمـة بداية جنين بصفتها الاسـتئنافية الصادر في القضية 2010/62 بعـدم تحقق شـروط انقضـاء الدعوى الجزائية والذي تأيـد بقرار النقض 2010/120 لم يكن في محله.

ولعل هذا هو الذي جعل محكمة النقض (الفلسطينية) تنعقد بهيئتها العامة حيث اصدرت القرار 2010/38 **والذي فسر وأول تأويلاً صحيحاً نص المادة الاجرائية المتعلقة بموضوع انقطاع التقادم و هي المادة** (13). و انعقد التفسير على ان الاجراءات القاطعة للتقادم هي تلك التي تتم في مواجهة المتهم او تلك التي كان قد اخطر بها بشكل رسمي **وان قرارات المحكمة المتعاقبة باجراء تبليغ المتهم جلسـات المحاكمة دون ان يتم تبليغه او حضـور جلسـات المحاكمة لا تقطع التقادم وفق ما انبـأت عنه احكام المادة** (13) **من قانون الاجراءات الجزائية.**

كمـا نجـد ان الهيئـة العامة في قراراها 2010/38 اضافت قائلـةً انها تلفت النظر لحكم المادة (239) من قانون اصول المحاكمات المدنية و التجارية.

ولا شـك ان اشـارة الهيئـة العامة في قراراها 2010/38 الى المـادة (239) المذكورة انمـا هـو **لغايات التذكير** بانـه اذا ارادت محكمة النقض ان تعـود عن اجتهاد قضائي سابق لها وانعقدت بهيئتها العامة فان الحكم الذي يصدر عن الهيئة العامة **يكون ملزماً للمحاكم الاخرى**. مع ملاحظة انه وان كان قانون الاجراءات الجزائية لا يتضمن نصاً مماثـلاً لنـص المادة (239) من قانون اصول المحاكمات المدنية و التجارية، الا ان الرأي معقـود علـى انه اذا خلا قانون الاجراءات الجزائية من نص يحكم المسـألة فانه يتعين العـودة الى قانون الاصـول المدنية. **يضاف الى هذا** انه اذا كانت محكمة النقض وحتى في قراراتها الصادرة عن الهيئات العادية (الخماسية) انما تقوم بدور الرقابة الرئاسية على كافة المحاكم، لان دورها (محكمة النقض) هو كفالة استقرار الاحكام القضائية [3] ولهذا نجد ان الانظمة القضائية في العالم اجمع تتعدد فيها محاكم الاسـتئناف الا انه يوجد محكمة نقض (تمييز) واحدة فقط في الدولة.

نقول اذا كانت هذه المنزلة الكبيرة للقرارات العادية التي تصدر عن محكمة النقض (التمييز)[4] **فمن باب اولى ان** يكون قرار الهيئة العامة للنقض (التمييز) **يحظى بمنزلة اعلى** امام سائر المحاكم وعليها **الالتزام به** والعمل بمقتضاه.

ولهـذا فاننا وبكل تواضع نقول نحـن مع الاغلبية التي قررت في حكم النقض محل التعليق رد طعن النيابة مؤيدة بذلك حكم بداية جنين بصفتها الاسـتئنافية في الدعوى

3 د.نجيب حسني، شرح قانون الاجراءات الجنائية، 1980، ص1120 وما بعدها .

4 تنص المادة التاسعة من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم 17/لسنة2001 (الاردني) على الاتي: أ-1. تشكل محكمة التمييز في عمان وتؤلف من رئيس واحد وعدد من القضاة بقدر الحاجة وتنعقد من خمسة قضاة على الأقل في هيئتها العادية يرأسها القاضي الاقدم وفي حالة إصرار محكمة الاستئناف على قرارها المنقوض أو كانت القضية المعروضة عليها تدور حول نقطة قانونية مستحدثة أو على جانب من التعقيد او تنطوي على اهمية عامة او رأت إحدى هيئاتها الرجوع عن مبدأ مقرر في حكم سابق فتنعقد هيئة عامة من رئيس وثمانية قضاة. 2. اذا لم يشترك رئيس المحكمة في هيئتها العامة فيراسها القاضي الاقدم. 3. تصدر المحكمة قراراتها بالاجماع او بالاكثرية.

ب. تنشأ في محكمة التمييز غرفة قضائية للنظر في الدعاوى الحقوقية وغرفة قضائية ثانية للنظر في الدعاوى الجزائية، وتضم كل غرفة هيئة واحدة او أكثر وفقا لما يحدده رئيس هذه المحكمة حسب الحاجة.

ج. إذا اقتضى انعقاد محكمة التمييز بهيئتها العامة وكان عدد اعضاء الغرفة المعنية غير كاف لاتمام العدد اللازم للهيئة العامة ، يقوم رئيس محكمة التمييز باكمال العدد من اعضاء الغرف الأخرى.

الجزائية رقم 2013/27 والتي صدقت حكم محكمة صلح جنين القاضي بانقضاء الدعوى الجزائية التي اقامتها النيابة العامة بمواجهة المتهمين (محمد و سعيد و خالد).

ولقد كانت الاغلبية على حق حيث وصفت المبدأ الذي ارسته الهيئة العامة في حكمها رقم 2010/38 الصادر بتاريخ 2011/6/9 بانه يعتبر بمثابة **القانون الجديد الاصلح للمتهم** الذي ما زالت دعواه منظورة امام القضاء، ولم يتم الفصل فيها بحكم قطعي ولا حجة للأمر المقضي به بموجب حكم النقض 2010/120 الصادر بتاريخ 2010/9/5.

وبكلمات اخرى فاننا لسنا مع طعن النيابة العامة التي تقول ان محكمة بداية جزاء جنين بصفتها الاستئنافية خالفت نص المادة (371) من قانون الاجراءات الجزائية وذلك حين صدقت قرار محكمة صلح جنين الذي قرر انقضاء الدعوى الجزائية، فالمحكمتان (صلح جنين وبداية جنين بصفتها الاستئنافية) لم تخالفان نص المادة (371). صحيح ان هذه المادة تقضي بانه اذا كان الحكم المطعون فيه صادراً بقبول دفع قانوني مانع من السير في الدعوى ونقضته محكمة النقض واعادت القضية الى المحكمة التي اصدرته لنظر الموضوع فلا يجوز لهذه المحكمة ان تحكم بعكس ما حكمت به محكمة النقض، **الا ان الصحيح ايضاً** ان قرار الهيئة العامة (2010/38) صدر ولا زالت القضية منظورة امام القضاء ولم يصدر فيها حكم نهائي بعد ولذلك وكما قالت الاغلبية في القرار محل التعليق لا مجال للقول او التمسك بحجة الامر المقضي استناداً لحكم النقض 2010/120 طالما ان محكمة النقض التي اصدرت هذا القرار عادت عنه وعن اي اجتهاد سابق بموجب قرار الهيئة العامة المذكور (2010/38)، والذي يتعين على كافة المحاكم الفلسطينية بمختلف درجاتها الالتزام به والعمل بما جاء فيه.

وقد ورد في كتاب الوسيط في قانون الاجراءات الجنائية الجزء الثالث/ النقض الجنائي واعادة النظر/ طبعة 1980 للاستاذ الدكتور احمد فتحي سرور (ص34-35) **وتحت عنوان مدى التزام محاكم الموضوع بقضاء النقض** » ... .

اما في المسائل الجنائية فلا زالت محكمة الاحالة حرة غير مقيدة[5] بوجهة نظر محكمة

5 مع الاخذ بعين الاعتبار وجود احتمالية الطعن بالنقض في حكم محكمة الموضوع اذا جاء على خلاف ما قضت به محكمة النقض.

النقض الا في حالتين هما: ان يكون الحكم المطعون فيه صادراً بقبول دفع قانوني مانع من السير في الدعوى، **او ان يكون الحكم المطعون فيه صادراً من الهيئة العامة للمواد الجنائية**، حيث تنص المادة (44) من قانون النقض (المصري) على انه: «اذا كان الحكم المطعون فيه صادراً بقبول دفع قانوني مانع من السير في الدعوى و نقضته محكمة النقض، و اعادت القضية الى المحكمة التي اصدرته لنظر الموضوع، فلا يجوز لهذه المحكمة ان تحكم بعكس ما قضت به محكمة النقض. **كذلك لا يجوز لمحكمة الموضوع في جميع الاحوال** ان تحكم بعكس ما قررته الهيئة العامة للمواد الجزائية بمحكمة النقض. «وهكذا فان المشرع المصري حسم الامر وبنص صريح حسب ما جاء في المادة 44 من قانون النقض بانه لا يجوز لمحكمة الموضوع في جميع الاحوال (سواء كانت الحالة المتعلقة بقبول دفع قانوني مانع من السير في الدعوى او غير ذلك من الحالات) ان تحكم بعكس ما حكمت به الهيئة العامة للمواد الجزائية بمحكمة النقض، قاطعاً بذلك دابر اي خلاف يثور بهذا الشأن . و بكلمات اخرى نقول ان عبارة: «كذلك لا يجوز لمحكمة الموضوع في جميع الاحوال ان تحكم بعكس ما قررته الهيئة العامة للمواد الجنائية .... تشمل من ضمن ما تشمله من حالات حالة ما اذا كانت محكمة النقض قد نقضت حكماً صادراً بقبول دفع قانوني مانع من السير في الدعوى، وهي الحالة موضوع الحكم محل التعليق. وحبذا لو ان **المشرع الفلسطيني** عندما استفاد من المشرع المصري اخذ بهذا النص ايضاً.

ومما تجدر الاشارة اليه انه وبخصوص ما هو معمول به في النظام القضائي الاردني فانه في حالة اصرار محكمة الاستئناف او محكمة الجنايات الكبرى او محكمة امن الدولة على قراراها تنعقد محكمة التمييز بهيئتها العامة ويكون قرار الهيئة العامة ملزماً للمحكمة التي اصرت على قرارها. **الا ان الاصرار على القرار السابق**، سواء بالنسبة لمحكمة الاستئناف او محكمة الجنايات الكبرى او امن الدولة، **لا يكون** في حالة ما اذا كانت محكمة التمييز قد نظرت القضية **كمحكمة موضوع** وليس كمحكمة قانون. ففي هذه الحالة لا يجوز لمحكمة الموضوع (جنايات كبرى او امن دولة او استئناف) ان تصر على قرارها . و تطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة التمييز ان قضاءها جرى على انه

«ليس لمحكمة الجنايات الكبرى أن تخالف قرار محكمة التمييز الذي أصدرته بوصفها محكمة موضوع للدعوى[6] (تمييز جزاء 2010/2061) هيئة عامة ورقم (2009/2092) تاريخ 2010/2/7) هيئة عامة ورقم (2009/2031) هيئة عامة، وعليه كان على محكمة الجنايات الكبرى الإنصياع لحكم النقض المذكور آنفاً ولما لم تفعل ذلك فيكون قرارها بالإصرار على حكمها السابق واقعاً في غير محله ويخالف القانون مما يستوجب نقضه». (لطفاً ينظر تمييز جزاء 2012/2289 هيئة عامة تاريخ 3/6/ 2013). **و في تمييز جزاء** 2012/559 **قررت محكمة التمييز الاتي**: «جرى قضاء محكمة التمييز منذ صدور قرار الهيئة العامة رقم 2008/1024 تاريخ 2009/1/5 على أن الأحكام الصادرة عن محكمة التمييز في الطعون التمييزية المرفوعة إليها ضد الأحكام الصادرة عن محكمة أمن الدولة **بوصفها محكمة موضوع** بمقتضى المادة العاشرة من قانون محكمة أمن الدولة رقم 17 لسنة 1959 تكون قطعية بمعنى أنها لا تقبل المراجعة بأي شكل من الأشكال وليس لمحكمة أمن الدولة الحق في عدم قبول النقض أو الإصرار على الحكم السابق (تمييز جزاء رقم 2008/1466 هيئة عامة تاريخ 2009/3/30). ومؤدى ذلك أن محكمة أمن الدولة تكون ملزمة على اتباع النقض والسير على هديه، وهذا ما يستوجب نقض القرار المطعون فيه لأنه بني على إجراء مخالف للقانون ولما استقر عليه قضاء الهيئة العامة لمحكمة التمييز». تمييز جزاء 2012/559 هيئة عامة تاريخ 2012/5/2. **وفي تمييز جزاء** 2011/1579 **قضت**: «استقر قضاء محكمة التمييز بهيئتها العامة أن محكمة الموضوع لا تملك بعد اتباع النقض التراجع عن قرارها السابق والإصرار على قرارها المنقوض مما ينبني عليه أن القرار المطعون فيه جاء مخالفاً لأحكام القانون ولما استقر عليه قضاء الهيئة العامة لمحكمة التمييز ومستوجباً للنقض (تمييز رقم 2008/2607 تاريخ 2009/1/5 ورقم 2002/2536 تاريخ 2002/11/21 هيئة عامة)». تمييز جزاء رقم 2011/1579 تاريخ 2011/11/22 منشورات مركز عدالة.

6 تنص المادة 13/ج من قانون محكمة الجنايات الكبرى على الاتي :» الحكم بالاعدام او بعقوبة جنائية لا تقل عن خمس سنوات تابع للتمييز ولو لم يطلب المحكوم عليه ذلك، ويترتب على النائب العام في هذه الحالة ان يرفع ملف القضية لمحكمة التمييز خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدور الحكم مع مطالعته عليه « .

وفي نهاية هذا التعليق فانه لابد من التنويه بانه يسجل لمحكمة صلح جنين و بقرارها الاول الصـادر بتاريـخ 2010/2/11 في القضية 99/347 صلـح جزاء جنين كانت على صواب حين قضت ان الدعوى الجزائية التي اقامتها النيابة العامة في مواجهة المتهمين (محمـد و سـعيد و خالـد) وهي دعوى سـرقة جنحوية في حدود المـادة 406 عقوبات ساقطة بالتقادم حيث لم تتمكن النيابة العامة من تقديم الدليل على انقطاع التقادم .

ختاماً فاننا وبكل تواضع نرى ان القرار محل التعليق الصادر بالاغلبية بتصديق حكم محكمة بداية جزاء جنين بصفتها الاستئنافية الذي قضى بتأييد حكم محكمة صلح جنـين باعتبار الدعوى الجزائية مدار البحث قد انقضت بالتقادم، هو القرار الاصوب سـيما وان شـروط انقضاء الدعوى بالتقادم وكما قالت الاغلبية - و بحق - متحققة بهذه الدعوى. وبالنتيجة ردت الطعن المقدم من النيابة العامة.

و ختاماً ايضاً اقول ارجوا ان يكون في هذا التعليق الفائدة المرجوة، و ان كنت اصبت فهذا من فضل الله تعالى عليَ و ان كنت اخطأت او قصرت فمن نفسي.

2013/268

تعليق سيد أحمد موسى - رئيس نيابة / مصر

الموضوع والرأي القانوني:

أولا: في الحكم بانقضاء الدعوى الجزائية بالتقادم:

تتمثل الواقعة الجرمية التي أسندتها النيابة العامة الى المطعون ضدهم الثلاثة:

- م . ع . ت . ز.
- س . ع . و . ط .
- خ . ع . ت . ز .

وجميعهم من ناحية «السيلة الحارثية» ارتكابهم جريمة السرقة المعاقب عليها بنص المادة 406 (مقترنة بظرف مشدد) من قانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960، وذلك قبل احالتهم لمحكمة الصلح «جنين» في الدعوى الجزائية رقم 99/347 والتي قضت في 2010/2/11 بانقضاء الدعوى الجزائية بالتقادم وفقا لنص المادة 12 من قانون الاجراءات الجزائية رقم 3 لسنة 2001، والتي تنص على:

1. تنقضي الدعوى الجزائية ودعوى الحق المدني بمضي.... وثلاث سنوات في الجنح... ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.
2. تحتسب مدة تقادم الدعوى الجزائية في جميع الحالات، اعتبارا **من تاريخ آخر اجراء فيها.»**

وعلى سند من قول بأنه قد تبين من أوراق او ملف الدعوى؛ عدم اتخاذ أي اجراءات اتخذت في مواجهة المتهمين أو اخطرو بها، خلال مدة ثلاث سنوات وشهرين وعشرون يوما (20 يوم 2 شهر 3 سنة) بدأت من 2000/12/12 ولغاية 2004/3/4؟!.

تعقيب:

يصادف هذا الحكم صحيح تطبيق نصوص القانون، وفقا للقواعد الواردة بنص المادة 12 من ق 2001/3 بشأن الإجراءات الجزائية (المبينه بعاليه)، والمادة 13 من ذات

القانون التي تحتم اتخاذ الاجراء القاطع للتقادم (سواء كان جمع استدلالات أو تحقيق أو توجيه اتهام أو احالة للمحاكمة) في مواجهة المتهم، أو اخطاره بشكل رسمي، تثبتاً وتأكداً وتيقناً من اتصال علم النتهم باللإجراء، وإلا فقد الإجراء أي اثر أو تأثير في سريان مدة التقادم وانقطاع الدعوى الجزائية، وانتفى القطع للسريان وتساوى هذا الإجراء المراد به قطع مدد التقادم؛ بالعدم في قدرته او استطاعته إنتاج تأثيرا ما على سريان مدة تقادم الجريمة أو الجنحة، وعد كأنه لم يكن بشأن قدرته أو فاعليته على إحداث إجراء القطع لمدة التقادم لتبدأ من بعدها مدة جديدة.

هذا وقد أشار القانون وفي أمر جازم وصريح الدلالة والمدلول، وفي إرسائه لإحدى قواعد النظام العام التي لا يجوز إطلاقاً مخالفتها، الى **سبيلين اثنين** أو وسيلتين أو طريقين وردا على سبيل الحصر، يجب توافرهما في الإجراء (والوارد بدورة على سبيل الحصر- سلف إستعراضع بعاليه)، لكي ينتج أثره في قطع سريان التقادم المقدرة قانونا في صدر المادة 12 من قانون الإجراءات الجزائية، هما:

1. أن يتم الإجراء في مواجهة المتهم وفي حضوره شخصياً.
2. أو أن يتم اخطاره بهذا الإجراء (وبالذات الإخطار بجلسات المحاكمة، موعدا، وجلسات تأجيل) بشكل رسمي (ورقة من أوراق المحضرين، أو اخطار من المحكمة يحرره قلمها الجنائي أو إدارتها المختصة).

فإذا ما تخلف هذا الإتصال ما بين الإجراء القاطع للتقادم وبين المتهم لتخلف أحد الإجرائين السابقين أو كلاهما معاً، فإنه يفقده قدرته وفعاليته في إحداث أي أثر في واقع سريان مدة التقادم.

وحيث أن محكمة صلح «جنين» وقد تبين لها خلو أوراق أو ملف الدعوى تماماً؛ ما يفيد أن المتهمين قد علمو أو أخطروا أو اتخذ في مواجهتهم أي اجراءات الدعوى أو التقاضي، وخلال المدة ما بعد يوم 2000/12/12 وحتى 2004/3/4، وهي مدة تزيد عن الثلاث سنوات اللازمة لتقادم الدعوى الجزائية ضد المتهمين وبمدة تزيد عن شهرين كاملين بعشرين يوماً ؟!، ويكون هذا القضاء موافقاً ومصادفاً صحيح القانون مراعياً قاعدة أساسية وهامة من قواعد النظام العام ونصوص القانون القاطعة الدلالة والأحكام.

ثانيا: في الحكم بعدم تحقق شروط انقضاء الدعوى الجزائية، وفسخ الحكم عن طريق الدرجة الإستئنافية:

في2010/5/27 (وبعد صدور الحكم سالف الذكر) قضت محكمة بداية «جنين» بصفتها الإستئنافية في طعن النيابة العامة على حكم محكمة الصلح سالف الذكر الوارد برقم 2010/62 استئناف جزائي، بفسخ أو رفض أو إلغاء الحكم، وعلى سند من قول مؤداه عدم تحقق شروط انقضاء الدعوى الجزائية.

تعقيب:

لم يبين الحكم نهائياً حجة هذه المحكمة الأخيرة أو أسبابها القانونية وأسانيدها في فسخ أو إلغاء الحكم، أو القرائن والوقائع المتوافرة في ملف الدعوى وأدت الى هذا القضاء بعدم تحقق شروط انقضاء (تقادم) الدعوى الجزائية؟، أو نصوص قانونية ما تم إغفالها أو تفسيرها غابت عن محكمة أول درجة، أو اذا ما كانت هذه الدرجة الإستئنافية قد أسست حكمها واستندت الى أحد مبادئ محكمة النقض الفلسطينية بهذا الشأن كانت قد راعت اتباعه، فلماذا لم يعني الحكم محل التعليق بالإشارة الى ذاك الأمر؟ أو ايراده؟ أياً كان.

وما لبثت الدعوى الجزائية أن نظرت أمام محكمة النقض الفلسطينية بموجب النقض الجزائي رقم 120 لسنة 2010 (تم إهمال تاريخ صدور الحكم؟! ولم يتم إيراده؟!، وإن كان يعتقد صدوره في 2010/9/5 ومن باقي ملف الدعوى؟!)، والذي أيدت من خلاله قضاء الدرجة الإستئنافية (محكمة بداية «جنين») فيما ذهبت إليه من عدم تحقق شروط انقضاء الدعوى الجزائية قبل فسخ وإلغاء الحكم؟، وما ترتب على ذلك من إعادة ملف الدعوى الى درجة التقاضي الإستئنافية المذكورة، والتي قررت بدورها إعادة الأوراق من جديد لمحكمة صلح «جنين» للسير بالدعوى على هدي حكمي الإستئناف والنقض (لمؤيد لسابقة)، وفقاً لنص المادة 372 من قانون الإجراءات الجزائية.

تعقيب:

ويلاحظ أن الحكم محل التعليق – وللمرة الثانية - يغفل ويهمل كلياً مجرد الإشارة الى أسباب أو أسانيد التأييد الصادر عن محكمة النقض، والنصوص القانونية الداعمة

أو المؤيدة لذلك؟!، عدا إغفال وإهمال في الإشارة لتاريخ هذا الحكم الصادر في النقض الجزائي رقم 2010/120؟ وكما سلف الذكر.

هـذا وبمراعـاة أن محكمة الصلح كانت قد توخت اسـتخدام اللفظ (تقادم الدعوى الجزائيـة)، وهـو اللفظ الصحيح المسـتخدم في متن نصوص القانون الجزائي، في حين أن المحكمة الإسـتئنافية كانت قد اسـتخدمت لفظ (انقضاء الدعـوى الجزائية)، وهو وإن كان صحيحا وعدا عدم وروده بمتن القانون المذكور، كان يلزم أن يضاف إليه عبارة «بالتقـادم»، لوجـود حالات أخرى تنقضي فيها الدعوى الجزائية أيضاً عداه، مثل حالة وفاة المتهم وغيرها.

ثالثا: في عدول محكمة النقض عن أحد مبادئها المستقرة، وتبني مبدأ جديد:

حيـث أن الحكم محل التعليق والصادر عن محكمة النقض الفلسـطينية في النقض الجزائي رقم 2013/268، كان قد أشـار الى اجتهادها في دعوى أخرى برقم 38 لسـنة 2010، أو حكـم لها مـؤرخ 2010/6/9 (وبعد صدور حكم محكمة بداية جنين بصفتها الإستئنافية باثني عشر يوماً فقط لا غير؟!)، بموجب سلطتها أو اختصاصها في تفسير وتأويل أحكام قانون الإجراءات الجزائية الباحثة في انقضاء الدعوى الجزائية للتقادم؛ والقاضي بأن المقصود بالإجراءات القاطعة للتقادم هي تلك التي تتم في مواجهة المتهم أو تلـك التـي كان قد أخطر بها بشـكل رسـمي، ومن أن قـرارات المحكمة (أي محكمة بالطبع في كافة درجات التقاضي) المتعاقبة أو المتتالية بإجراء تبليغ المتهم موعد جلسات المحاكمة وتداولها **دون** أن يتم تبليغه أو حضوره جلسات المحاكمة، **لا تقطع** التقادم وفق ما أنبأت عنه أحكام المادة 13 من قانون الإجراءات الجزائية (أي وفقاً لنصوص القانون).

هـذا وقد أشـار ذات الحكم المشـار إليه آنفاً، إلى أن الهيئـة العامة لمحكمة النقض وإبان إرسـائها لهذا المبدأ الجديد الهام، والمخالف لمبدأ آخر مناقض أو مغاير بشـأن إنقضـاء الدعـوى الجزائية بالتقادم لعدم اتخاذ أي مـن اجراءاتها في مواجهة المتهم أو اخطاره بها بشـكل رسـمي، وذلك في قضائها الصادر في 2010/6/9 عن الهيئة العامة لمحكمـة النقـض، كانت قد راعت اتباعها أو اتخاذهـا الإجراء المنصوص عليه في المادة

239 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية (القانون الاجرائي العام)، وانعقادها بكامل هيئتها لإصدار حكمها المذكور (2010/38 في 2010/6/9)، وذلك كونها ستخالف سابقة قضائية قديمة مستقرة للنقض، وذلك قبل الاشارة الى أن هذا الحكم الجديد بما تضمنه من مبدأ مغاير للسابق أو الذي كان سائداً من قبل من مبادئ بهذا الشأن بالذات، يعد واجب الاتباع لدى المحاكم الأخرى في جميع الأحوال.

وما سلف يشير إلى عدة أمور ومجريات، واجبة الملاحظة والتعليق عليها:

1. أن محكمة النقض الفلسطينية كانت قد درجت أو جرى قضائها قبل 2010/6/9 أو قبل الفصل في دعواها رقم 2010/38 والصادر عن الهيئة العامة لمحكمة النقض (منعقدة بكامل هيئتها)، على اتباع مبدأ أو رأي مخالف لأحكام القانون ونصوصه؟! (م13 من قانون الاجراءات الجزائية)، ولم يشار نهائياً واطلاقاً إلى هذا المبدأ؟، نضاً أو منطوقاً أو تفسيراً؟ وهو سلوكاً غريبا وقضاءاً منتقداً؟!.
2. أنه ورغماً من عدول محكمة النقض (منعقدة بكامل هيئتها وفقاً لحكم المادة 239 من أصول المحاكمات المدنية والتجارية) عن رأيها السابق أو المبدي من قبل، والذي كان مخالفاً لنص المادة 13 من قانون الإجراءات الجزائية (استنتاجاً)، والخاص بشروط الاجراء القاطع لسريان تقادم الدعوى الجنائية في حق المتهم، فإن إحدى دوائرها كانت قد قضت في إحدى دعاويها (2010/120 في 2010/9/5) هدياً بالمبدأ أو الرأي القديم الذي تم العدول عنه في الدعوى (2010/38 في 2011/6/9) أو بعد ما يقارب ثلاثة أشهر على هذا الأخير؟!

هذا مع ملاحظة حصولنا على التاريخ 2010/9/5، تاريخاً للحكم في النقض الجزائي 2010/120 من خارج أوراق الحكم محل التحقيق، والذي اغفله أو أهمله أو سهي عن ايراده؟! - وعلى خطورته الظاهرة، وهو أمر يعد من مأخذ وأوجه عوار هذا الحكم.

إلا أن التفات أو اهمال 2010/120 نقض جزائي لمبدأ النقض الجديد أو لهيئتها العامة ورجوعها عن مبدأ مخالف له، لهو أمر غريب ومعيب، وذلك بعد أن التفت هذا الحكم ذاته عن حكم القانون قبله.

رابعـاً: عـن قضاء محكمة الصلح بانقضاء الدعوى الجزائية، (للمرة الثانية) وبعد إعادة ملف (أوراق) الدعوى إليها مرة أخرى من محكمة النقض (2010/120)، وتأييد الحكم استئنافياً، ورد طعن النيابة عليه بالنقض (الحكم المنظور):

وحيث أن محكمة صلح «جنين» وبعد أن تصدت للدعوى التي ردت أو أعيدت اليها بعد فسخها وتأييد هذا الفسخ عن طريق محكمتي بداية «جنين» والنقض الفلسطينية بـرام الله / علـى ترتيب وتوال، فإنها كانت قد قضت بذات الحكم الأول أو السـابق أو محل الفسخ والقاضي - وقبل إعادة الملف إليها مرة أخرى - بانقضاء الدعوى الجزائية بالتقادم، ولذات الأسـباب السـابق لها إتخاذها أو تبنيها في قضائها الأول والمفسـوخ، والمحال إليها لتقضي أو تفصل فيه من جديد أو مرة أخرى.

هذا وقد قامت النيابة العامة بالطعن على هذا القضاء أو الحكم الأخير أمام محكمة النقض من بعد الدرجة الاسـتئنافية، والتي أيدته، وعلى سـند من القول أو النعي على هذا الحكم بأنه مشوب بعيب مخالفة القانون وابتناءه عليه، والخطأ في تطبيق القانون وفي تفسـيره وتأويلـه (نص المـادة 351/ بند 5 من قانون الاجـراءات الجزائية)، وذلك لمخالفة الحكم الطعين نص المادة 371 من قانون الاجراءات الجزائية والتي تنص على:

(اذا كان الحكـم المطعـون فيه صادر بقبول دفع قانوني مانع من السـير في الدعوى ونقضته محكمة النقض، وأعادت القضية إلى المحكمة التي أصدرته لنظر الموضوع **فلا يجوز** لهذه المحكمة أن تحكم بعكس ما قضت به محكمة النقض).

وحيـث أن محكمـة النقض (نقض جزائي 120/ 2010)، وكانت أيدت فسـخ الحكم الصادر عن الدرجة الثانية لعدم تحقق شـروط انقضاء الدعوى الجزائية وعلى الوجه الذي قضت به محكمة أول درجة.

وحيث أن مؤيدي إعمال هذا النص؛ هو **الإمتناع** أو الإلتفات عن التمسك أو تطبيق قواعد القانون فيما يتعلق بقواعد انقضاء الدعوى الجزائية بالتقادم (مادة 12، 13 من قانون الإجراءات الجزائية)؟! أو مخالفته؟ عدا عن مخالفة أحد مبادئ محكمة النقض المرسـاة حديثاً واجبة الإتباع لدى المحاكم الأخرى (ومنها محكمتنا للصلح)، وفي جميع الأحوال، وبعد رجوعها عن أية مبادئ أخرى مخالفة.

أي أنــه وفي عبــارة أخــرى، فــإن النيابة العامة تســتهدف ومــن وراء طعنها المذكور وتمســكها بنص المــادة 371 إجراءات جزائية، تعطيل العمــل بأحكام القانون ونصوصه الامرة والمتعلقة بقواعد النظام العام، بل وتعطيل العمل بتفسير أو تأويل المحكمة العليا أو محكمة النقض وارساءها في مبدأها الجديد في ضرورة موافقة مبادئها في أحكامها مــع نصــوص القانون العقابيــة بالذات وبعد رجوعها عن أي مبــدأ اخر مخالف؟! وهو منحى ننزه عنه النيابة العامة، وما كان لها أن تلج ذلك؟!

ومن ناحية ثانية، فإنه وبعد عدول أو رجوع محكمة النقض (الهيئة العامو لمحكمة النقض - الدائرة الجزائية - الدعوى 2010/38) عن مبدأها الســابق في تفســيرها أو تأويلها للإجراء الجزائي القاطع للتقادم والذي كان يوافق ما انتهت اليه محكمة بداية «جنين» بصفتها الاســتئنافية في الاســتئناف الجزائي رقم 2010/62، ويؤيده في الرأي بعدم تحقق شروط انقضاء الدعوى الجزائية، الى رأي جديد أو مبدأ اخر مخالف يتفق مع ما كانت محكمة صلح «جنين» قد تبنته قبل إلغاء أو فســخ حكمها؛ فإن التمســك بتطبيق المادة 371 من قانون الاجراءات الجزاءية لا يعني ســوى مخالفة مبادئ محكمة النقض وقبلها نصوص القانون ومعهما قواعد النظام العام وكذا حق الانسان الفلسطيني في محاكمة عادلة توافق مبادئ العدالة والقانون، واستبدلها جميعها بمجرد مبدأ قديم ثبت خطأه ومخالفته لنصوص القانون وقواعد العدالة، رجعت عنه الهيئة العامة لمحكمة النقض منذ وقت ليس بقليل.

ومــن ناحيــة ثالثة، فإن صــدور أو قضاء احدى دوائر محكمــة النقض في النقض الجزائي 120 لســنة 2010 وفي 2010/9/5 وبعد مرور ثلاث أشــهر على رجوع الهيئة العامــة لمحكمــة النقض عن مبدأها الســابق وتبنيها مبدأ جديــد يتفق وصحيح تطبيق القانون (وما كانت قد انتهت اليه محكمة صلح «جنين» من قبل)، في هذا الامر من وجوب توافر الشروط التي أوردها القانون في نصوصه عن الإجراء القاطع للتقادم، فإنه عدا عن مايثيره هذا الأمر من تســاؤل عن مدى التزام محاكم ودوائر النقض ذاتها بالمبادء المرساه عن طريقها والتي سبق صدورها عن الهيئة العامة لمحكمة النقض منعقدة بكامل هيئتها؟!، فإن هذا القضاء، رغماً عن صفته، فإنه غير قاطع أو فاصل في موضوع الإتهام

ذاته أو بات، ويكون غير جدير بالإلتزام به وفقاً للمادة 371 من قانون الإجراءات الجزائية ذاتهـا أو الاتبـاع أو الاخذ به؛ ويكون الأمر أجدر بالالتفـات عنه أو الترك والإهدار إن مـا صدر حكم النقض الجزائـي 2010/120 بعد 2010/38 متعمدا مخالفته ومخالفة القانون معاً؟! رغماً من علمه بصدوره عن الهيئة العامة مجتمعة بكامل هيئتها.

ومـن ناحيـة رابعـة، فإن تداول نظر الدعوى من جديد أمـام محكمة صلح «جنين»، وبعد إعادة الأوراق اليها على النحو سالف الذكر، يعني بل ويؤكد بأن الدعوى الجزائية لا تـزال قيـد المحاكمـة وتداول الجلسـات لم يصدر فيهـا حكماً نهائيا بعـد يحوز قوة الشيء المقضي به، وتكون له الحجية على الكافة، عدا عن أن الأحكام السابقة لم تكن تتناول سـوى ناحية شـكلية متعلقة بقواعد النظام العام وسريان المواعيد، دون التطرق أو الولوج الى موضوعها بعد؛ وبالتالي ما زالت الدعوى الجزائية منظورة أمام القضاء، ولـم يتـم القضاء أو الفصل فيهـا بحكم قطعي يعد حائزاً لقـوة الأمر المقضي به، فإن القانون الأصلح للمتهم هو القانون الواجب التطبيق، إعمالاً للقواعد العامة. وحيث أن مـا انتهـت إليه محكمة النقض في الإهتداء لصحيح تفسـير وتأويـل نص المادة 13 من قانون الاجراءات الجزائية، بعد عدولها عن تبني مبدأ تبين مخالفته لنصوص القانون، ليعـد إزالـة أو رفع ما كان يعرقل تطبيق العدالة في هذا الشـأن من قبل، ويعد كاشـفاً عـن صحيـح ومفهوم نـص المادة 13 اجراءات جزائية؛ فإن الأخذا بالمفهوم أو التفسـير أو التأويـل أو الأحـق للقانون، ليعد هـو الأجدر بالتطبيق والأوجب قضاءاً، وليس فقط الأخذ بقاعدة القانون (الجديد) الأصلح للمتهم، وفي ظل انتفاء حيازة أي حكم من قبل لحجية الأمر المقضي به.

وهو ما كانت قد انتهت اليه محكمة النقض في الدعوى الجزائية 2013/268 محل التعليق، وهو ما نؤيده تماماً.

الرأي: تأييد الحكم الصادر بناحية رام الله في النقض الجزائي رقم 268 لسنة 2013 بتاريخ 2014/3/20، برد الطعن موضوعاً.

2013/268

تعليق الدكتور عماد الفقي
أستاذ القانون الجنائي المساعد في كلية الحقوق
جامعة مدينة السادات / مصر

يخلـص وجيز واقعات الدعوي الصادر بشـأنها الحكم محـل التعليق في أن النيابة العامـة أحالـت المتهمين (المطعون ضدهم) لمحكمة صلح جنين لمحاكمتهم بتهمة ارتكاب جريمة السرقة المعاقب عليها بالمادة 406 /ج / 3 من قانون العقوبات، فقضت المحكمة في الدعـوي المرفوعـة عليهـم بانقضاء الدعوي الجنائية بالتقادم على سـند من القول بعـدم اتخـاذ أي إجراء من الإجراءات القاطعة للتقادم فيها اعتبارا من 2000/12/12 وحتى 2004/3/4 في مواجهة المتهمين أو أخطارهم بها.

بتاريـخ 2010/5/27 تم إلغـاء هـذا الحكم مـن قبل محكمة بدايـة جنين بصفتها الاستئنافية على سند من القول بعدم تحقق شروط انقضاء الدعوي الجزائية، وقد تأيد هذا القضاء لاحقا بموجب الحكم الصادر من محكمة النقض رقم 120 لسـنة 2010. وبناء عليه أعيدت الدعوى مرة أخرى إلى محكمة بداية جنين بصفتها الاستئنافية التي قررت بدورها إعادتها إلى محكمة صلح جنين للسير فيها على ضوء الحكمين الصادرين من محكمتي الاستئناف والنقض السابق الإشارة إليهما.

بيد أنه وعند نظر الدعوى أمام محكمة صلح جنين قضت في 2013/2/24 بانقضائها بالتقادم، وقد تأيد هذا القضاء استئنافيا من قبل محكمة بداية جنين بصفتها الاستئنافية تأسيسـا على الحكم الصادر عن محكمة النقض بهيئتها العامة رقم 38 لسـنة 2010، ومفاده أن الإجراءات القاطعة للتقادم هي التي تتم في مواجهة المتهم أو تلك التي كان قد أخطر بها بشكل رسمي وأن قرارات المحكمة المتعاقبة بإجراء تبليغ المتهم موعد جلسات المحاكمة دون أن يتم تبليغه أو حضور جلسات المحاكمة لا تقطع التقادم وفقا للمادة 13 من قانون الإجراءات الجزائية. ومما ينبغي التنبه إليه أن الهيئة العامة لمحكمة النقض قـد قـررت صراحة في ذات الحكم أنها عدلت عـن أي مبدأ آخر مخالف قد قررته في هـذا الخصوص إعمالا لنـص المادة 239 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية

التي تنص علي أنه :»إذا تبين إحدى دوائر محكمة النقض أنها ستخالف سابقة قضائية مستقرة للنقض تنعقد بكامل هيئتها إصدار حكمها ويكون هذا الحكم واجب الإتباع لدى المحاكم الأخرى في جميع الأحوال».

وحيث إن هذا الحكم لم يلق قبولا لدى النيابة العامة فقد طعنت عليه بالنقض، علي سند من القول بوقوع الحكم المطعون فيه في حومة الخطأ في تطبيق القانون وتأويله المتجسد - علي وجه التحديد - في مخالفة المادة 371 من قانون الإجراءات الجزائية، إذ لا يجوز للمحكمة التعرض لذات الدفع المانع من السير في الدعوى الذي صدر به حكم عن محكمة النقض يقضي برفض هذا الدفع.

وبعد ... فإن الطعن محل التعليق يثير – في الواقع - مبدأين من المبادئ القانونية ذوات طبيعة إجرائية: أولهما، انقطاع التقادم وإجراءاته. وثانيهما، مدى تقيد محكمة الإعادة بقضاء النقض.

أولا :انقطاع التقادم وإجراءاته

معنى انقطاع التقادم:

أنه وإن كان الشارع قد حرم بمقتضى المادة 15 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني وقف مدة انقضاء الدعوى الجزائية، إلا أنه قد أجاز انقطاعها بمعنى أن يحدث سبب أثناء سريان مدة الانقضاء يجعل ما مضى منها كأن لم يكن ويبدأ حساب المدة من جديد. وقد قيل في تبرير الأخذ بنظام انقطاع مدة التقادم أن الإجراءات القاطعة لهذه المدة، من شأنها أن تعيد الجريمة وذكراها إلى أذهان الجمهور، فينهدم الأساس الذي تقوم عليه فكرة التقادم وهو نسيان الجريمة. ذلك لأن الانقطاع يعني أن الجريمة لم يتم نسيانها وإنها ما زالت ماثلة في أذهان الناس [1].

الإجراءات التي تقطع التقادم:

وقد حددت المادة 13 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني الإجراءات القاطعة

1 انظر: الدكتور / حسن صادق المرصفاوي - أصول الإجراءات الجنائية - منشأة المعارف بالإسكندرية - طبعة 2007 - ص 166.

للتقادم بقولها: » تنقطع مدة التقادم باتخاذ أي إجراء من إجراءات جمع الاستدلالات أو التحقيق أو الاتهام أو المحاكمة إذا اتخذت في مواجهة المتهم أو إذا أخطر بها بشكل رسمي، وتسري المدة من جديد ابتداء من يوم الانقطاع وإذا تعددت الإجراءات التي تقطع المدة فإن سريانها يبدأ من تاريخ آخر إجراء».

ويتبين من هذا النص أن الإجراءات القاطعة للتقادم أربع فئات هي:

1. إجراءات الاستدلال.
2. إجراءات التحقيق.
3. إجراءات الاتهام.
4. إجراءات المحاكمة.

وفي اعتقادنا أن هذا النص ينطوي علي عيب في صياغته، فبعد أن عدد الشارع الإجراءات التي من شأنها قطع التقادم، أردف ذلك بعبارة «إذا اتخذت في مواجهة المتهم أو أخطر بها بشكل رسمي»، وهذه العبارة - بحسب الظاهر - تضع قيدا على كافة الإجراءات التي من شأنها أن تقطع التقادم سواء كانت هذه الإجراءات تنتمي إلى إجراءات الاستدلال أو التحقيق أو الاتهام أو المحاكمة، يتمثل في ضرورة اتخاذها في مواجهة المتهم أو أخطاره بها بشكل رسمي. رغم أن هذا القيد كان من المفروض أن يكون في مواجهة إجراءات جمع الاستدلالات فقط بحسبانها لا تدخل ضمن مراحل الدعوى الجنائية أو تنتمي إلي إجراءاتها، بل هي من الإجراءات الأولية السابقة على تحريكها والتي تسلسل لها فحسب. أما الإجراءات الثلاثة الأخيرة فتعمل أثرها سواء في تحريك الدعوى الجنائية مباشرة أو انقطاع مدة التقادم دون اشتراط لأن تكون في مواجهة المتهم أو أن يخطر بها بشكل رسمي.

وقد فطن المشرع المصري - وبحق - إلى هذه المسألة عند تنظيمه للإجراءات القاطعة للتقادم، وذلك بقوله في المادة 17 من قانون الإجراءات الجنائية أنه: «تنقطع المدة بإجراءات أو الاتهام أو المحاكمة، وكذلك بالأمر الجنائي أو بإجراءات الاستدلال إذا اتخذت في مواجهة المتهم أو إذا أخطر بها بوجه رسمي وتسري المدة من جديد ابتداء من يوم الانقطاع. وإذا تعددت الإجراءات التي تقطع المدة فإن سريان المدة يبدأ من

تاريخ آخر إجراء». مما يفيد أن القيد لا يكون - وفقا للراجح في الفقه - إلا بالنسبة لإجراءات جمع الاستدلالات دون غيرها.

وفيما يلي سنتناول - بإيجاز - الإجراءات الأربع القاطعة للتقادم حسبما وردت في نص المادة 13 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، في ضوء الفقه والقضاء المصريين. وذلك علي النحو التالي.

1. **إجراءات الاستدلال:**

سبق أن قدمنا أن إجراءات الاستدلال ليست من إجراءات الدعوي الجنائية، بل هي من الإجراءات الأولية السابقة على تحريكها والتي تسلسل لها فحسب. وتفريعا لذلك كان من المفروض ألا يكون للإجراءات التي تنتمي إليها أي أثر في قطع تقادم الدعوي الجنائية. إذ لا يجوز - بحسب الأصل - أن يقطع تقادم الدعوى، إلا ما يعد من إجراءاتها [2].

واستثناء من هذا الأصل اعتد المشرع بإجراءات جمع الاستدلالات في قطع التقادم بشرط اتخاذها في مواجهة المتهم أو إخطاره بها بوجه رسمي. وهو ما عبرت عنه المادة 13من قانون الإجراءات الجزائية صراحة بقولها: «تنقطع المدة باتخاذ أي إجراء من إجراءات جمع الاستدلالات...».

واتخاذ إجراءات الاستدلال في مواجهة المتهم يعني اتخاذها في حضوره، كما لو سئل عن موضوع بلاغ مقدم ضده أو سمع شهود بدون حلف يمين في حضوره. وقد قضي بأنه: «لما كان الحكم المطعون فيه قد قال تسببيا لقضائه بانقضاء الدعوي الجنائية بمضي المدة ما نصه» إن واقعة الضبط كانت بتاريخ 26 / 7/ 1983 وأن النيابة العامة لم تحرك الدعوى إلا في تاريخ 1987/11/3 ولم يتخذ أي إجراء بين تلك الفقرتين إلا محضر استيفاء حررته الجهة الإدارية بتاريخ 1986/3/18 ولم يتخذ أي إجراء قاطع للمدة». لما كان ذلك، وكان قانون الإجراءات الجنائية يقضي

2 الدكتور / عمر سالم - الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجنائية - الجزء الأول - دار النهضة العربية - طبعة 2011 ، 2012 - ص 448، الدكتور / نبيل مدحت سالم - شرح قانون الإجراءات الجنائية - الجزء الثاني - نادي القضاة - طبعة 2009 - ص 449، 450.

في المادتين 15، 17 منه بانقضاء الدعوى الجنائية في مواد الجنح بمضي ثلاث سنوات من يوم وقوع الجريمة وتنقطع المدة بإجراءات التحقيق أو الاتهام أو المحاكمة وكذلك بالأمر الجنائي أو بإجراءات الاستدلال إذ اتخذت في مواجهة المتهم أو أخطر بها بوجه رسمي ، وكان البين من المفردات - التي أمرت المحكمة بضمها تحقيقا لوجه الطعن - أن محضر الاستيفاء المؤرخ 1986/3/18 اتخذ في مواجهة المطعون ضده وتم سؤاله فيه، فلا مراء أنه قاطع للتقادم لكونه من إجراءات الاستدلال وقد اتخذ في مواجهة المتهم، وهو ما لم تفطن إليه المحكمة حين قضت بانقضاء الدعوى الجنائية بمضي المدة، فأقامت حكمها في هذا الخصوص على نظر خاطئ لا يتفق والتطبيق القانوني الصحيح»[3].

وقد تتخذ إجراءات الاستدلال في غيبة المتهم، ولكن يشترط في هذه الحالة لإعمال أثرها في قطع مدة التقادم أن يخطر بها المتهم بشكل رسمي ولشخصه فلا يكفي أن يكون الإخطار في موطنه أو مع أحد أقاربه أو أحد تابعيه[4].

وتطبيقا لذلك قضي بأنه: «لما كان الشارع قد نص ى الإجراءات التي تقطع تقادم الدعوى الجنائية علي سبيل الحصر بنصه في المادتين 15، 17 من قانون الإجراءات الجنائية » بانقضاء الدعوي الجنائية في مواد الجنح بمضي ثلاث سنوات من يوم وقوع الجريمة ،وتنقطع المدة بإجراءات التحقيق أو الاتهام أو المحاكمة أو بالأمر الجنائي أو بإجراءات الاستدلال إذا اتخذت في مواجهة المتهم أو اخطر بها بوجه رسمي وتسري المدة من جديد ابتداء من يوم الانقطاع ...». مما مفاده أن ما لم يدرجه الشارع بين هذه الإجراءات لا يكون من شأنه قطع مدة التقادم فلا يقطع التقادم بلاغ أو شكوى قدم في شأن الجريمة ولا تقطعها إحالة النيابة العامة شكوى المجني عليه إلى الشرطة لفحصها طالما أنه لا تتوافر لهذه الإحالة عناصر الأمر الصريح بالندب ذلك أن الأصل في إجراءات الاستدلالات أنها لا تقطع مدة التقادم،

3 الطعن رقم 11048 لسنة 61 ق - جلسة 1999/3/3 - المستحدث من المبادئ التي قررتها الدوائر الجنائية بمحكمة النقض من أول أكتوبر 1998 حتى آخر سبتمبر 1999 - ص 102.

4 الدكتور / رؤوف عبيد - مبادئ الإجراءات الجنائية في التشريع المصري - الطبعة التاسعة 1972 - ص 132.

إذ هي ليســت من إجراءات الدعوى الجنائية وقد أقر لها الشــارع في المادة 17 من قانون الإجراءات الجنائية بأثرها في قطع مدة التقادم مشــترطا في ذلك شــرطا لم يشترطه في إجراءات التحقيق والمحاكمة هو أن تتخذ في مواجهة المتهم أو أن يخطر بها بوجه رسمي. ومن ثم لا يقطع المدة مجرد توجه رجل الشرطة إلى منزل الطاعن لاستدعائه لسؤاله في محضر جمع الاستدلالات تاركا ما يفيد طلبه في حالة عدم وجوده إذ يشترط في هذه الحالة أن يكون الإخطار لشخص المتهم»[5].

وبناء على ما تقدم فإن إجراءات الاستدلال التي لا تتخذ في مواجهة المتهم أو لم يتم إخطاره بها بشــكل رســمي لا يكون لها أي أثر في انقطاع مدة تقادم الدعوي الجنائية [6].

2. **إجراءات التحقيق:**

يقصد بإجراءات التحقيق الإجراءات التي تتخذها سلطة التحقيق (النيابة العامة أو قاضي التحقيق) للتثبت من وقوع الجريمة ومرتكبها أو التحفظ علي المتهم وتفادي هربه. ويســتوي أن تقوم بهذه الإجراءات ســلطة التحقيق بنفســها أم بواســطة من تنتدبه لذلك من مأموري الضبط القضائي، ويعتبر قرار الندب في حد ذاته في هذه الحالة من الإجراءات القاطعة للتقادم ولو لم يتم تنفيذه فعلا[7].

ومن أمثلة إجراءات التحقيق القاطعة للتقادم الأمر بضبط المتهم وإحضاره، والأمر بحبسه احتياطيا، وتفتيش مسكنه، واستجوابه، وسؤال الشهود، والانتقال إلى محل الواقعة لمعاينته[8].

وندب الخبير، بيد أنه مما يجدر ملاحظته في هذا الصدد أن قرار ندب الخبير هو فقــط الذي يقطع التقــادم أما أعمال الخبرة ذاتها فلا تقطع التقادم فقرار النيابة

5 الطعن رقم 14349 لسنة 60 ق - جلسة 1993/4/15 - مجموعة الأحكام - السنة 44 - ص 398.

6 الطعن رقم 778 لسنة 26 ق - جلسة 1956/12/18 - مجموعة الأحكام - السنة 7 - ص 1268، الطعن رقم 17398 لسنة 59 ق - جلسة 1992/7/9 - مجموعة الأحكام - السنة 43 - ص 631، الطعن رقم 27766 لسنة 59 ق - جلسة 1992/2/6 - مجموعة الأحكام - السنة 43 - ص 201.

7 راجع الدكتور / عمر سالم - المرجع السابق - ص 444.

8 الدكتور / محمود نجيب حسني - شرح قانون الإجراءات الجنائية وفقا لأحدث التعديلات التشريعية - دار النهضة العربية - طبعة 2013 – ص 239.

مثلا بإحالة الأوراق إلى الطب الشرعي يقطع التقادم وتحتسب المدة الجديدة ابتداء من اليوم التالي لهذا القرار، حتى ولو ظلت الأوراق لدى الطبيب الشرعي لفحصها فتـرة مـن الزمن، ولكن إيداع تقرير الخبرة من إجراءات التحقيق القاطعة للتقادم. كما يعتبر من إجراءات التحقيق تحديد موعد للتحقيق وتأجيل جلسة التحقيق، مع ملاحظة أن التأجيل الإداري بسـبب العطلات الرسـمية هو من الأعمال الإدارية وليس من أعمال التحقيق[9].

والتحقيـق الذي تقطع إجراءاتـه مدة تقادم الدعوي الجنائية هو التحقيق الجنائي دون التحقيق الإداري الذي تباشرها الجهات الإدارية مثل النيابة الإدارية أو الجهة الإدارية التي يتبعها الموظف.

وتقطع إجراءات التحقيق مدة التقادم سواء اتخذت في مواجهة المتهم أو في غيبته[10]، بل وحتى لو لم يخطر بها بوجه رسمي.

3. **إجراءات الاتهام:**

ينقطع التقادم وفقا لصريح نص المادة 13 من قانون الإجراءات الجزائية بإجراءات الاتهام. ويقصد بها الإجراءات التي يترتب على اتخاذها تحريك الدعوي الجنائية أو مباشرتها[11]. ومن أمثلتها :-

- قرارات التصرف في التهمة سواء بإحالة الدعوى إلى المحكمة أو بالتقرير بأوجه لإقامتها أو حفظ الأوراق.
- رفـع النيابـة العامـة الدعـوى الجنائية إلى المحكمـة بناء علـى محضر جمع الاسـتدلالات. عـن طريق تكليف المتهم بالحضـور أمام المحكمة المختصة بنظر الدعوى مباشرة. أما مجرد تأشير عضو النيابة العامة بإحالة المتهم إلي المحاكمة

9 الدكتور / مأمون سلامة - شرح قانون الإجراءات الجنائية - الجزء الأول - دار النهضة العربية - طبعة 2005 - ص 305، 306.

10 الطعن رقم 3298 لسنة 55 ق- جلسة 1985/11/7 - مجموعة الأحكام - السنة 36 - ص 990.

11 راجع الدكتور / رؤوف عبيد - مبادئ الإجراءات الجنائية - الطبعة التاسعة 1972 - ص 145 ، الدكتور / محمد أبو العلا عقيدة - شرح قانون الإجراءات الجنائية - دار النهضة العربية - طبعة 2003 - ص 227، 228، الدكتور / عادل قوره - شرح قانون الإجراءات الجنائية - طبعة 1987 - ص 234.

أو تحديد جلسة لنظر الدعوى المرفوعة عليه فلا يقطع التقادم طالما لم يعلن المتهم بهذا القرار بواسطة التكليف بالحضور الذي يحرك الدعوى الجنائية[12].

- القرارات الصادرة من محكمتي الجنايات والنقض في أحوال التصدي سواء بالإحالة إلي النيابة العامة أو بندب أحد قضاتها للتحقيق.
- طلب النيابة العامة ندب قاضي للتحقيق، وإبداء الطلبات أمامه، والطعن في قراراته.
- الإجراءات التي تتخذها النيابة العامة في سبيل مباشرتها للدعوى الجنائية كإبداء الطلبات والمرافعة أمام المحكمة.
- طعن النيابة العامة في الأحكام الصادرة في الدعوى الجنائية بأي طريق من طرق الطعن.
- رفع المدعي بالحق المدني دعواه أمام المحكمة الجنائية بطريق الادعاء المباشر.

ما لا يعد من إجراءات الاتهام:

ولا يعد من إجراءات الاتهام القاطعة للتقادم الإجراءات التي تصدر من المدعي بالحق المدني كإبداء الطلبات أو المرافعة أو الطعن في الحكم الصادر في الدعوي المدنية فليس لها أي أثر في قطع تقادم الدعوي الجنائية، لأن هذه الإجراءات لا تعدو أن تكون استعمالا من جانبه لدعواه المدنية[13]. ومن باب أولى فلا يعد من قبيل الإجراءات القاطعة للتقادم رفع المضرور لدعواه المدنية أمام المحكمة المدنية. وتطبيقا لذلك قضي بأنه: «المدعي بالحقوق المدنية لا يملك استعمال حقوق الدعوي الجنائية وإنما يدخل فيها بصفته مضرورا من الجريمة التي وقعت طالبا تعويضا مدنيا عن الضرر الذي لحقه، ذلك لأن دعواه مدنية بحتة ولا علاقة لها بالدعوي الجنائية إلا في تبعيتها لها، لما كان ذلك، فإنه لا يقطع التقادم كل إجراء متصل بالدعوى المدنية وحدها سواء أكانت مقامة أمام القضاء المدني أم الجنائي، ومن ثم فإن جميع تصرفات المدعي بالحقوق المدنية والمسئول بالحقوق المدنية لا تقطع التقادم بالنسبة للدعوي الجنائية»[14].

12 الطعن رقم 1729 لسنة 37 ق - جلسة 1968/2/13 - مجموعة الأحكام - السنة 19 - ص 211.

13 الدكتور / عمر سالم - المرجع السابق - ص 445.

14 الطعن رقم 193 لسنة 48 ق - جلسة 1978/6/4 - مجموعة الأحكام - السنة 29 - ص 552.

كما لا يعد من أعمال الاتهام القاطعة للتقادم، الأعمال التي تتم قبل تحريك الدعوى الجنائية كالشكوى أو البلاغ إذ لا قيمة لمثل هذه الأعمال في قطع التقادم[15].

وقد ثار خلاف في الفقه حول ما إذا كان طعن المتهم في الحكم الصادر ضده يعد من قبيل الإجراءات القاطعة للتقادم أم لا.

يذهب الرأي السائد في الفقه - وبحق - إلى أن طعن المتهم في الحكم الصادر ضده في الدعوى الجنائية لا يقطع التقادم، وتسري مدة التقادم دون انقطاع رغم التقدم بالطعن إلا إذا ترتب عليها اتخاذ النيابة أو المحكمة لإجراء من إجراءات الاتهام أو المحاكمة، ويكون انقطاع التقادم في هذه الحالة راجعا إلى ما اتخذته النيابة العامة أو المحكمة من إجراءات تالية للطعن لا إلى طعن المتهم في حد ذاته. ذلك لأن قصد الطاعن من طعنه هو الوصول للبراءة، ولا يجوز أن يضار المرء بتصرف أتاه بقصد تبرئة نفسه يضاف إلى ذلك أن طعن المتهم في الحكم الصادر ضده ليس من بين الإجراءات التي تقطع مدة التقادم والتي وردت على سبيل الحصر لا المثال في نص المادة 17 من قانون الإجراءات الجنائية المصري فهذه الإجراءات لا يمكن أن تصدر عن المتهم لأنه لا ينتمي إلى أي سلطة من سلطات القضاء الجنائي، والواقع أن طعن المتهم على الحكم يعد من إجراءات الدفاع التي لا يشملها نص المادة 17 من قانون الإجراءات الجنائية.

وعلى العكس من ذلك، فقد ذهبت محكمة النقض إلى أن طعن المتهم في الحكم الصادر ضده سواء بالمعارضة أو بالاستئناف أو النقض يدخل في عداد الإجراءات القاطعة للتقادم، وحجتها في ذلك هي أن مفاد نص المادة 17 من قانون الإجراءات الجنائية هو أن كل إجراء من إجراءات المحاكمة متصل بسير الدعوي أمام قضاء الحكم يقطع مدة التقادم المقررة لانقضاء الدعوى الجنائية وتسري المدة من جديد ابتداء من يوم الانقطاع ذلك أن انقضاء الدعوى الجنائية بمضي المدة بني علي افتراض نسيانها بمرور الزمن بدون اتخاذ الإجراءات فيها، فإذا ما تخذ أي إجراء

15 الدكتور / أحمد فتحي سرور - الوسيط في شرح قانون الإجراءات الجنائية -- الكتاب الأول - دار النهضة العربية - طبعة 2014 - ص 292.

صحيح فيها بما يجعلها ما تزال ماثلة في الأذهان ولم تندرج في حيز النسيان، فقد انتفت علة الانقضاء[16]. وهو ما يذهب إليه جانب من الفقه[17].

4. **إجراءات المحاكمة:**

يقصد بإجراءات المحاكمة ما يتخذ من إجراءات من جانب المحكمة - أيا كانت درجتها - منذ أن دخلت الدعوى في حوزتها من أجل الوصول إلي حكم بات فاصل في موضوع الدعوي يخرجها من حوزتها[18]. فتشمل إجراءات التحقيق النهائي الذي تباشره المحكمة كسؤال المتهم، وسماع الشهود، وندب الخبراء، والانتقال والمعاينة، وندب أحد أعضاء المحكمة للتحقيق وما يقوم به القاضي المندوب من إجراءات. ومنها ما تتخذه المحكمة من قرارات كتأجيل نظر الدعوى لجلسة أخرى متى صدر في حضور الخصوم أو بناء على طلب أحدهم لأنه يعتبر بمثابة حكم تحضيري، أما إذا صدر قرار التأجيل من المحكمة في غيبة الخصوم ودون طلب من أيهم، كان التأجيل إداريا فلا ينقطع التقادم[19]. كما يدخل ضمن الإجراءات القاطعة للتقادم كذلك قرار المحكمة بوقف السير في الدعوى أو ندب محام للدفاع عن المتهم[20].

كما يدخل في هذه الإجراءات كل حكم تصدره في الدعوى سواء كان فاصلا في الموضوع أو سابقا على الفصل فيه، وسواء كنا بصدد حكم ابتدائي أو استئنافي، حضوري أو غيابي، وسواء كان بالبراءة أو بالإدانة. بيد أنه يلاحظ بالنسبة للحكم الفاصل في موضوع الدعوى أنه يشترط فيه لكي يترتب عليه انقطاع مدة تقادم الدعوى ألا يكون باتاً، وذلك لأن الحكم البات الفاصل في الموضوع يترتب عليه

16 الطعن رقم 2720 لسنة 59 ق - جلسة 3/28/ 1991 - مجموعة الأحكام - السنة 42 - ص 552، الطعن رقم 1485 لسنة 51 ق - جلسة 1982/5/11 - مجموعة الأحكام - السنة 33 - ص 578.

17 الدكتور / محمود نجيب حسني - المرجع السابق - ص 240 ، 241 ، الدكتور / أحمد فتحي سرور - المرجع السابق - ص 293. وأنظر في نقد اعتبار طعن المتهم على الحكم الصادر ضده من إجراءات المحاكمة التي تقطع التقادم . الدكتور / عوض محمد - المرجع السابق - ص 21 .

18 انظر: الدكتور / محمود نجيب حسني - المرجع السابق - ص 240.

19 انظر: الدكتورة / فوزية عبد الستار - شرح قانون الإجراءات الجنائية - دار النهضة العربية - الطبعة الثانية 1990 - ص 152، 153.

20 الدكتور / عبد الرؤوف مهدي - شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية - دار النهضة العربية - طبعة 2013 - ص 1111 وما بعدها.

انقضـاء الدعـوى الجنائية لا انقطاع تقادمهـا، وتبدأ حينئذ مدة تقادم جديدة هي تقادم العقوبة [21].

ويلاحظ - أيضاً - أن المشرع قد أفرد للحكم الغيابي الصادر من محكمة الجنايات بمعاملـة خاصـة، فعلـى الرغم من كون هذا الحكم غير بـات فإنه لا يخضع لنظام تقـادم الدعـوى، بل لنظام تقادم أو سـقوط العقوبة. وقد عبر المشـرع عن ذلك في المادة 394 من قانون الإجراءات الجنائية المصري على أنه: «لا يسقط الحكم الصادر غيابيـا مـن محكمة الجنايات في جناية بمضي المدة، إنما تسـقط العقوبة المحكوم بها ويصبح الحكم نهائيا بسقوطها»[22]. والعلة من ذلك هي أن المشرع أراد ألا يكون الشـخص الذي حضر المحاكمة أسـوأ موقفا من الذي فر ولم يحضر المحاكمة لما هـو معلـوم مـن أن مدة تقادم العقوبة أطول من مدة تقادم الدعوى. ولكن يشـترط في هذه الحالة أن يكون المتهم قد أعلن قانونا بالجلسـة المحددة لنظر دعواه، وإلا بطلـت إجـراءات المحاكمة والحكم الصادر فيهـا، وبالتالي لا يترتب هذا الحكم أي أثر بما لازمه عدم سـريان القواعد المقررة لسـقوط العقوبة على الواقعة التي تظل خاضعة لقواعد التقادم المقررة للدعوي الجنائية»[23].

ما يشترط في الإجراء القاطع للتقادم:

يشـترط لكي تعمل الإجراءات السـابقة أثرها في قطع مدة تقادم الدعوى الجنائية أن يكـون الإجـراء صحيحا بمعنى اسـتيفائه للشـروط الشـكلية والموضوعية التي

21 الدكتور / عوض محمد - المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية - منشأة المعارف بالإسكندرية - بدون تاريخ طبع - ص 122؛ الدكتور/يسر أنور علي، والدكتورة/آمال عبد الرحيم عثمان – شرح قانون الإجراءات الجنائية – طبعة 1997 – ص 161 وما بعدها.

22 راجع : الطعن رقم 22509 لسنة 65 ق - جلسة 1998/1/18 - مجموعة الأحكام - السنة 49 - ص 100 ، الطعن رقم 8325 لسنة 60 ق - جلسة 1993/2/8 - مجموعة الأحكام - السنة 44 - ص 166، الطعن رقم 6019 لسنة 59 ق - جلسة 1991/4/4– مجموعة الأحكام - السنة 42 - ص 585.

23 الطعن رقم 6632 لسنة 66 ق - جلسة 2000/1/20 - المستحدث من المبادئ التي قررتها الدوائر الجنائية بمحكمة النقض في الفترة من أول أكتوبر 1999 حتى آخر سبتمبر 2000 - ص 101، الطعن رقم 8325 لسنة 60 ق - جلسة 1993/2/8 - مجموعة الأحكام - السنة 44 - ص 166، الطعن رقم 5260 لسنة 57 ق - جلسة 1988/12/15 - مجموعة الأحكام - السنة 39 - ص 1331 ، الطعن رقم 3935 لسنة 55 ق - جلسة 1986/4/15 - مجموعة الأحكام - السنة 37 - ص 479.

يستلزمها القانون. أما إن كان الإجراء باطلاً، فإنه لا ينتج أثره في قطع التقادم. وعلى ذلك فإنه إذا كان الإعلان بالحضور لجلسة المحاكمة باطلاً، فلا ينتج أثره في قطع التقادم. وإذا رفعت النيابة العامة الدعوى الجنائية على المتهم دون رفع القيد الوارد علي سلطتها في تحريك الدعوي الجنائية، فإن هذا الإجراء لا يقطع التقادم، ويطبق هذا الحكم في حالة رفع الدعوى من غير ذي صفة كما لو رفعت الدعوى على موظف عام من غير رئيس النيابة[24].

ولكن تجدر الإشارة إلي أن رفع الدعوى الجنائية أمام محكمة غير مختصة يعتبر من قبيل الإجراءات القاطعة للتقادم، ذلك لأن إجراء الاتهام هنا والمتمثل في رفع الدعوى قد وقع صحيحا في ذاته، أما شرط الاختصاص فهو لازم لصحة إجراءات المحاكمة. ولذا فإن المحكمة تقضي في هذه الحالة بعدم اختصاصها بنظر الدعوى وليس بعدم قبولها.

ثانيا : مدى تقيد محكمة الإعادة بقضاء النقض

الأصل عدم التزام محكمة الإعادة بقضاء النقض:

إذا نقضت محكمة النقض الحكم المطعون فيه تعود القضية للمحكمة التي كانت مطروحة عليها قبل صدور الحكم المنقوض، بهيئة أخرى لتنظرها من جديد غير مقيدة في بالحكم الصادر من محكمة النقض؛ وغير مقيدة كذلك بما ورد في الحكم المنقوض في شأن تقدير وقائع الدعوى. فالأصل أن محكمة الإعادة لا تتقيد بوجهة نظر محكمة النقض التي أبدتها في أسبابها، ومن ثم فلها أن تخالفها، فإذا أحيلت الدعوى بعد النقض لإعادة الفصل فيها، فعلى محكمة الإعادة أن تفصل فيها من جميع نواحيها غير مقيدة في هذا حتى بما قالته محكمة النقض في هذا الخصوص، فإذا كان لها رأي مخالف فرأيها يكون دون سواه هو الواجب عليها أن تسير على موجبه في قضائها. وعلى فرض مخالفة محكمة الموضوع لقضاء

24 الدكتور / عمر السعيد رمضان - مبادئ قانون الإجراءات الجنائية - الجزء الأول - مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي - طبعة 1993 - ص 186، 187، الدكتور / عمر سالم - المرجع السابق - ص 448، 449.

النقــض فــإن ذلك لا يصح اتخاذه وجها للطعــن إلا إذا كان محل المخالفة المدعاة يصلــح في ذاتــه لأن يكــون وجها للطعن علي الحكم الجديــد. ومرد ذلك هو عدم وجــود نــص يلزم المحاكم عنــد إعادة الدعوى إليها أن تلتــزم بوجهة نظر محكمة النقض[25]. وذلك بعكس الحال بالنسبة لأحكام المحكمة الدستورية العليا التي ألزم القانون الكافة بإتباعها أو النزول عليها.

ولم يؤيد البعض هذا النهج، وذهب إلى القول بأنه طالما أن وظيفة محكمة النقض هــي ضمان حســن تطبيق القانون، وذلــك بالتحقق من أن القانــون قد طبق تطبيقا ســليما علــي واقعــات الدعوى، فإن من مقتضي ذلك إلا تكــون لأحكامها قيمة أدبية فقط، بل يتعين أن تكون لها قيمة إلزامية في مواجهة محكمة الإحالة. كما يرى هذا الرأي كذلك أن أحكام محكمة النقض تعد ملزمة من الناحية الفعلية وإلا تعرض حكم محكمة الإعادة للإلغاء عند الطعن فيه للمرة الثانية، وعندئذ تتحول محكمة النقض إلى محكمة موضوع وتحدد جلســة أخرى بهذه الصفة الجديدة للفصل في الدعوى، ومن شــأن ذلــك إطالة أمد التقاضي، الأمر الذي يتلافــاه الاعتراف للقوة الإلزامية لأحكام محكمة النقض[26].

الاستثناء هو التزام محكمة الإعادة بقضاء محكمة النقض:

أورد المشرع المصري على القاعدة السابق بيانها والتي من مفادها عدم التزام محكمة الإعادة برأي محكمة النقض ثلاثة اســتثناءات. نصت عليها المادة 44 من القانون رقم 57 لســنة 1959 بشــأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض في المواد الجنائية

25 أنظر: الدكتور / محمود مصطفي - شرح قانون الإجراءات الجنائية - دار النهضة العربية - الطبعة العاشرة - 1970 - ص 662 ؛ أستاذنا الدكتور / مأمون محمد سلامة - الإجراءات الجنائية في التشريع المصري – الدكتور / أحمد فتحي سرور - الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية - الكتاب الثاني - طرق الطعن في الأحكام الجنائية - دار النهضة العربية – الطبعة التاسعة (مطوره ومحدثة) – 2014 - ص 761؛ الدكتور / رؤوف عبيد - مبادئ الإجراءات الجنائية – الطبعة التاسعة - 1972 - ص 805 . وأنظر كذلك: نقض جلسة 15/4/1946 - مجموعة القواعد القانونية - الجزء 7 - قاعدة 144 - ص 127، نقض جلسة 1963/10/28 - مجموعة الأحكام - السنة 14 - ص 685، نقض جلسة 1970/5/4 - مجموعة الأحكام - السنة 21 - ص 655.

26 أنظر: الدكتور / إبراهيم حامد طنطاوي - التعليق علي حكمي محكمة النقض (الدائرة الجنائية) رقمي 8792 لسنة 72 ق، 27375 لسنة 73 ق - دار النهضة العربية - طبعة 2004 - ص 83.

المعدل بالقانون رقم 153 لسنة 007 ، كذلك يمكن القول بأن المشرع الفلسطيني قد أورد استثناءين علي ذات القاعدة. وتوضيح ذلك علي النحو التالي:

1. إذا كان الحكم المطعون فيه صادرا بقبول دفع قانوني مانع من السير في الدعوى، ونقضته محكمة النقض وأعادت القضية إلى المحكمة التي أصدرته لنظر الموضوع فلا يجوز لهذه المحكمة أن تحكم بعكس ما قضت به محكمة النقض (1/44 من القانون رقم 57 لسنة 1959). وقد نصت المادة 371 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني على ذات القاعدة بقولها: «إذا كان الحكم المطعون فيه صادرا بقبول دفع قانوني مانع من السير في الدعوى ونقضته محكمة النقض، وأعادت القضية إلى المحكمة التي أصدرته لنظر الموضوع فلا يجوز لهذه المحكمة أن تحكم بعكس ما قضت به محكمة النقض».

وعلى ذلك: فإذا كان الحكم قد صدر بعدم الاختصاص أو بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها أو بسقوط الدعوى الجنائية أو ببراءة المتهم لأن الفعل غير معاقب عليه[27]، أو كان صادرا بعدم قبول المعارضة أو الاستئناف شكلا، أو باعتبار المعارضة كأن لم تكن لأي سبب آخر من الأسباب التي يترتب على قبول الدفع بها عدم السير في الدعوى، فإن نقض الحكم في أية حالة من تلك الحالات يكون ملزما لمحكمة الإعادة ويمتنع عليها الحكم بعكس ما قضت به محكمة النقض[28]. وبالتالي فلا يجوز لمحكمة الإعادة أن تحكم مرة أخرى في الدعوى على سند من القول أنها صاحبة الاختصاص بنظرها، أو أن تحكم

27 يري العالم الجليل المغفور له بإذن الله الدكتور / محمود مصطفي أن الدفع بالبراءة لأن الفعل لا يعاقب عليه القانون هو من الدفوع القانونية التي تمنع السير في موضوع الدعوي فإذا ألغت محكمة النقض البراءة بناء علي ما رأته من أن الفعل يعاقب عليه القانون فلا يجوز لمحكمة الموضوع مخالفة هذا الرأي . أنظر: محمود مصطفي - - شرح قانون الإجراءات الجنائية - دار النهضة العربية - الطبعة العاشرة 1970 –- ص 663.

28 أنظر: الدكتور / محمود نجيب حسني - شرح قانون الإجراءات الجنائية - الجزء الثاني - دار النهضة العربية - طبعة 2013 - ص 1531، 1532؛ الدكتور / أحمد فتحي سرور - الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية - الكتاب الثاني - طرق الطعن في الأحكام الجنائية - دار النهضة العربية – طبعة 2014 - ص 761؛ وأنظر كذلك لذات الفقيه مؤلفه - النقض الجنائي - الطعن بالنقض وطلب إعادة النظر في المواد الجنائية - دار الشروق - الطبعة الثالثة 2011 - ص 556، 557.

مرة أخرى ببراءة المتهم لعدم العقاب على الفعل وإن كان لها أن تبرئه لسبب آخر كعدم كفاية الأدلة أو الشك فيها، أو أن تحكم بعدم سقوط الدعوى الجنائية .... الخ، إذ يعتبر حكم محكمة النقض فيما يتعلق بالأمور المتعلقة بالسير في الدعوى حائز لقوة الأمر المقضي[29]، أو لقوة الشيء المحكوم به [30]. فإن هي فعلت كانت مخالفتها لحكم محكمة النقض صالحة في ذاتها لتكون وجها للطعن في الحكم مرة أخرى.

2. إذا كان الحكم المطعون فيه صادرا من الهيئة العامة للمواد الجنائية بمحكمة النقض وذلك في جميع الأحوال (المادة 2/44 من القانون رقم 57 لسنة 1959). وهذا الاستثناء هو أعم وأشمل إذ لا يقتصر كما هو الشأن في الاستثناء السابق على دفوع أو حالات بعينها، وإنما يشمل كافة الحالات التي تصدر بشأنها الأحكام الصادرة من الهيئة العامة للمواد الجنائية بمحكمة النقض[31].

وقد نصت المادة 239 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية علي هذا الاستثناء بقولها أنه: «إذا تبين لإحدى دوائر محكمة النقض أنها ستخالف سابقة قضائية مستقرة للنقض تنعقد بكامل هيئتها لإصدار حكمها ويكون هذا الحكم واجب الإتباع لدي المحاكم الأخرى في جميع الأحوال». ويتضح من ظاهر عبارات هذا النصح وصريح دلالته أن المحاكم الفلسطينية ومن باب أولي محكمة الإعادة ملزمة بعدم مخالفة الأحكام الصادرة من الهيئة العامة لمحكمة النقض، بل يتعين عليها أن تتبع هذه الأحكام وتنزل على المبادئ القانونية التي أرستها.

ويلاحظ أنه إذا كان قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني ولئن خلا من نص مماثل لما نصت عليه المادة 239 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية من ضرورة التزام كافة المحاكم بما في ذلك محكمة الإعادة بالأحكام الصادرة عن

29 نقض جلسة 1967/5/8 - مجموعة الأحكام - السنة 18– ص 605.

30 أنظر: الدكتور / حسن صادق المرصفاوي - أصول الإجراءات الجنائية - منشأة المعارف بالإسكندرية - طبعة 2007 - ص 851.

31 أنظر: أستاذنا الدكتور / مأمون محمد سلامة - المرجع السابق - ص 626؛ الدكتورة / فوزية عبد الستار - شرح قانون الإجراءات الجنائية - دار النهضة العربية - طبعة 1992 - ص 900.

الهيئــة العامة لمحكمة النقض، فإن هذا المبدأ واجب الإعمال في المواد الجنائية أيضا، ذلك لأنه لا يتعارض مع طبيعة الدعوى الجنائية، ومن ثم فليس هناك ما يمنع من تطبيقه في المواد الجنائية حلا لمشكلة لم يتطرق إليها قانون الإجراءات الجزائية.

وبناء عليه، فإنه لا يجوز لمحكمة الإعادة أن تخالف الأحكام الصادرة من الهيئة العامــة في جميــع الأحــوال، بــل يتعين أن تلتزم بهــا، وإلا كان وجها في حد ذاته لنقض الحكم الصادر منها.

3. إذا كان الحكم الصادر من محكمة النقض في الطعن قد فصل قي مسألة قانونية، فقد أضاف القانون رقم 74 لسنة 2007 بتعديل قانون حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض هذه الحالة، ومؤداها إذا كان الحكم الصادر في الطعن قد فصــل في المســألة القانونية المطروحة علي محكمة الإعــادة. وطبيعي أن يكون هذا الحكم قد جاء عمادا لحكمها وليس من قبيل التزيد، فأساس الالتزام بما فصلت فيه محكمة النقض في المســألة القانونية - إذن - هو تمتع هذا القضاء بالحجية[32].

تطبيق المبادئ القانونية السابقة علي الحكم محل التعليق ونتيجته:

بإنزال المبادئ القانونية السابقة على واقعات الحكم محل التعليق نجد أن الاستئنافين الأول والثاني المشار إليهما سلفا قد توافرا معا في دعوى جزائية واحدة.

أما بالنسبة للاستئناف الأول، فقد تجلى ذلك فيما قضت به محكمة النقض في الطعن رقم 120 لسنة 2010، بتأييد الحكم الصادر من محكمة بداية جنين بصفتها الاستئنافية القاضي بعدم تحقق شروط انقضاء الدعوى الجزائية. وقد خالفت هذا الحكم محكمة صلح جنين وقضت بتاريخ 2013/2/24 الحكم بانقضاء الدعوى الجزائية الذي تأييد اســتئنافيا من قبل محكمة بداية جنين بصفتها الاســتئنافية عملا بالحكم الصادر عن محكمة النقض بهيئتها العامة رقم 38 لسنة 2010، الأمر الذي دفع النيابة العامة لرفع

32 أنظر: الدكتور / محمود نجيب حسني - المرجع السابق - ص 1533؛ الدكتور / أحمد فتحي سرور - المرجع السابق - ص 761.

الطعن الماثل لمخالفة الحكم المطعون فيه لقضاء محكمة النقض الحائز علي قوة الشئ المقضي به، وهو ما يشكل مخالفة للمادة 371 من قانون الإجراءات الجزائية.

وأما بالنسبة للاستئناف الثاني، فقد تمثل في الحكم الصادر من الهيئة العامة الدائرة الجزائية بمحكمة النقض رقم 38 لسنة 2010 في 2010/6/9 ومؤداه أن الإجراءات القاطعة للتقادم هي تلك التي تتم في مواجهة المتهم أو تلك التي كان قد أخطر بها بشكل رسمي وأن قرارات المحكمة المتعاقبة بإجراء تبليغ المتهم بموعد جلسات المحاكمة دون أن يتم تبليغه أو حضور جلسات المحاكمة لا تقطع التقادم وفق ما أنبات عنه أحكام المادة 13من قانون الإجراءات الجزائية. كما خلصت الهيئة العامة لمحكمة النقض في هذا الحكم أيضا للتقرير بشكل قاطع عن الرجوع عن أي مبدأ آخر مخالف قد قررته بهذا الخصوص لافتين النظر لحكم المادة 239 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية. وهو ما تمسكت به محكمة النقض في حكمها محل التعليق وأيدت تبعا لذلك محكمة الاستئناف فيما قضت به من انقضاء الدعوي الجزائية بالتقادم.

لما كان ذلك وكان القانون لم يشترط توافر الاستئنائين معا لوجوب التزام محكمة الإعادة بالتقييد بما جاء بحكم محكمة النقض، وإنما يكفي توافر أحدهما لإعمال تلك القاعدة، فإن الحكم مدار التعليق القاضي بتأييد المحكمة الاستئنافية فيما قضت به بانقضاء الدعوى الجزائية بمضي المدة يكون قد التزم صحيح القانون حين طبق الحكم الصادر من الهيئة العامة الذي عدل عن المبدأ التي طبقته محكمة النقض في حكمها السابق القاضي بتأييد رفض الدفع بانقضاء الدعوي الجنائية بالتقادم. ذلك لأن المادة 239 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية تلزم المحاكم كافة بالنزول علي الأحكام الصادرة من قمة الهرم القضائي (الهيئة العامة لمحكمة النقض)، وهو ما يتأكد من صريح عبارة هذا النص ووضوح دلالته. ولا يقدح في ذلك القول بأن هذا النص ينتمي إلى قانون آخر غير قانون الإجراءات الجزائية ومن ثم يجب الامتناع عن تطبيقه، إذ ليس هناك ما يمنع من اللجوء إليه وتطبيقه لسد العجز أو الفراغ الحاصل في القانون الأخير طالما أن يتفق مع الطبيعية الخاصة للدعوي الجنائية وإجراءاتها[33].

33 الطعن رقم 27375 لسنة 73 ق - جلسة 2003/7/6 - مجموعة الأحكام - السنة 54 - ص 758.

ومن ناحية أخرى، يمكن القول بأن المشرع بمقتضي نص المادة 329 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية قد أباح المساس بقوة الشئ المحكوم فيه، على الرغم من أنه يضفي على هذه القوة أهمية كبيرة، ولا يسمح بإهدارها ولو ثبت على نحو قاطع أن الحكم الحائز لها معيب. وعلى هذا النحو فقد رجح الشارع اعتبارات العدالة التي تأبى عقاب إنسان على أساس مبدأ تم إلغائه والعدول عنه لا سيما ودعواه لا زالت مفتوحة، ولم يصدر بشأنها حكم بات. فليس من العدالة أن يقضي لمثله بانقضاء الدعوى الجنائية بمضي المدة تأسيسا على المبدأ الصادر من الهيئة العامة لمحكمة النقض، وفي نفس الوقت يقضي عليه تنظر دعواه، وربما يتعرض للعقاب تأسيسا علي مبدأ مهجور تم العدول عنه.

ومن ناحية ثالثة، فإن التأويل الذي ذهب إليه الحكم محل التعليق يتفق مع قاعدة حاكمة في القانون الجنائي وهي «الشك يفسر لمصلحة المتهم»، التي يقتضيها أصل البراءة.

ومن ناحية رابعة، أن المسلك الذي تبنته النيابة العامة وأقلية السادة قضاة محكمة النقض في الطعن الماثل، في اعتقادنا سيكون صحيحا في حالة واحدة فقط هي عدم صدور حكم الهيئة العامة لمحكمة النقض الذي عدل عن القاعدة المتعلقة بانقطاع مدة تقادم الدعوي الجزائية، أما وقد صدر حكم الهيئة العامة لهذه المحكمة فإنه وفقا للمادة 329 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية سالفة البيان قبل صيرورة صدور حكم بات في الدعوى الجزائية على النحو السابق بيانه، فيكون هو الأولى بالإتباع والتطبيق، إذ يتعين على جميع المحاكم وفي جميع الأحوال الالتزام به.

وعلى ذلك، فإننا نري أن الحكم محل التعليق قد أصاب محجة الصواب، وأنزل حكم القانون المتمثل في نص المادة 329 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، وفضلا عن ذلك فقد راعى في الوقت ذاته اعتبارات العدالة.

2013/268

تعليق القاضي الدكتور عوض أبو جراد

رئيس محكمة الجنايات الكبرى / الأردن

يتبين لنا من إمعان النظر في قرار محكمة النقض محل التعليق رقم 2013/68 أن النيابة العامة احالت المتهمين (المطعون ضدهم) لمحكمة صلح جنين لمحاكمتهم بتهمة السرقة المنسوبة اليهم طبقاً لاحكام المادة 406/ج/3 من قانون العقوبات لسنة 1960 في الدعوى الجزائية رقم 96/347، حيث أصدرت المحكمة المذكوره بتاريخ 2010/2/11 حكمها المتضمن انقضاء الدعوى الجزائية لعلة مرور الزمن المانع من سماع الدعوى (التقادم)، مؤسسة حكمها أنه من تاريخ 2000/12/12 ولغاية 2004/3/4 لم تتخذ أي اجراءات في تلك الدعوى من شأنها قطع التقادم والبحوث عنها بالمادة 113 من قانون الاجراءات الجزائية.

لم ترتض النيابة العامة بهذا الحكم فطعنت به استئنافاً لدى محكمة بداية جنين بصفتها الاستئنافية حيث قررت بتاريخ 2010/5/27 فسخ الحكم الطعين بموجب الدعوى الاستئنافية رقم 2010/62، على سند من القول بعدم تحقق شروط انقضاء الدعوى الجزائية.

وقد تأيد هذا القرار الاستئنافي لاحقاً من قبل محكمة النقض بموجب قرارها رقم 2010/120 ولدى إعادة الدعوى لدى محكمة بداية جنين بصفتها الاستئنافية قررت الاخيرة اتباع النقض وتبعاً لذلك إعادة الأوراق لمحكمة صلح جزاء جنين للسير بالدعوى على هدي ما ورد في حكمي محكمة الاستئناف والنقض سالفي الاشارة.

وبعد استكمال الاجراءات القضائية لدى محكمة صلح جنين قررت بتاريخ 2013/2/24 الحكم بانقضاء الدعوى الجزائية الذي تأيد استئنافاً من قبل محكمة بداية جنين بصفتها الاستئنافية استناداً للحكم الصادر عن محكمة النقض بهئيتها العامة رقم 2010/38.

لـم ترتـض النيابة العامة بهذا القرار الاخير وطعنت به تمييزاً لدى محكمة النقض تأسيساً على النعي بمخالفة الحكم الطعين للقانون وتأويله وتحديدا منطوق المادة 371 من قانون الاجراءات الجزائية، والتي لا تجيز للمحكمة التعرض لذات الدفع المانع من السير في الدعوى الذي صدر حكم به عن محكمة النقض والقاضي برفض هذا الدفع. وقد طلبت النيابة الطاعنة قبول الطعن شكلاً وموضوعاً والغاء الحكم المطعون فيه.

وقـد خلصت محكمة النقـض بالاغلبية بقرارها محل التعليق (2013/268) الى رد الطعـن موضوعـاً في حين خالفت اقلية المحكمة هذه النتيجة على سـند من القول بأن قرار محكمة بداية جنين بصفتها الاستئنافية رقم 2010/62 تضمن الغاء حكم محكمة صلح جنين وتأيد هذا الاخير بحكم محكمة النقض رقم 2010/120 يكون قد حاز حجة الأمر المتبقى به واكتسب الدرجة القطعية.

والـذي أجـده ان الاشـكال في تطبيق القانـون على وقائع هـذه القضية يتمحور في الاجابة على عدد من التساؤلات أولهما فيما اذا كان قرار محكمة بداية جنين بصفتها الاستئنافية رقم 2010/62 والمتضمن الغاء حكم محكمة صلح جنين والقاضي بانقضاء الدعـوى بالتقادم قد اكتسـب الدرجة القطعية بعـد ان تأيد بحكم محكمة النقض رقم 2010/120 ام لا مـن جهـة، وفيمـا اذا كان قـرار محكمة النقض بهيئتهـا العامة رقم 2010/38 يمكن الاخذ به وتطبيقه على وقائع هذه القضية؟

ومـن الرجـوع الى منطوق المادة 371 من قانون الاجراءات الجنائية نجد انه قد نص صراحة على انه ((اذا كان الحكم المطعون فيه صادراً بقبول دفع قانوني مانع من السير في الدعوى ونقضته محكمة النقض، واعادت القضية الى المحكمة التي اصدرته لنظر الموضوع فلا يجوز لهذه المحكمة ان تحكم بعكس ما قضت به محكمة النقض)).

ولئن كان ظاهر النص - آنف الذكر - يغري بالاجابة بالايجاب بأنه يمتنع على محكمة صلح جنين مخالفة قرار محكمة بداية جنين بصفتها الاستئنافية رقم 2010/62 والمؤيد نقضاً بالقرار رقم 2010/120، إلا أنني أجد أن مضمون هذا النص وحكمه مقيد بما ورد بمنطـوق المـادة 239 من قانون اصول المحاكمـات المدنية والتجارية والذي نص في منطوقه ((اذا تبين لاحدى دوائر محكمة النقض انها ستخالف سابقة قضائية مستقرة

للنقض تنعقد بكامل هيئتها لاصدار حكمها ويكون هذا الحكم واجب الاتباع لدى المحاكم الاخرى في جميع الاحوال)).

يبدو من ظاهر منطوق المادة 239 - آنف الذكر - أن المشرع الفلسطيني اكثر ميولاً لنظام السابقة القضائية بالقدر المعلوم من منطوق هذا النص، ولعل الهدف الذي تغياها المشــرع من وراء ســن هذه المادة وتشريعها خلق ضمانة من خلال محكمة النقض وذلك لتوحيد مفاهيم القضاة حول مختلف القضايا القانونية عن طريق التفسير الذي تعطيه من خلال احكامها، مما يشكل حداً معرفياً للقضاة ولكافة رجال القانون وللافراد أيضاً للحصول على حقوقهم بصورة عادلة يتحقق معها استقرار الاجتهادات القضائية.

ولا يخفــى ان الفقه والقضاء مســتقر علــى ان احكام محكمة النقض بهيئتها العامة انمــا تنــزل منزلة النص، وبعبــارة جامعة ان احكامها تعتبر كالتشــريع وتكمل نواقصه، وتكون المحاكم ملزمة باتباعها[1].

وبالتبصر بالمادة 329 - آنفة الذكر - نجد ان المشرع قد نص بصيغة الوجوب وذلك بالزام جميع المحاكم باتباع قرارات محكمة النقض التي تصدر عن هيئتها العامة، فضلاً على ان صيغة هذا الوجوب قد جاء على الاطلاق، وذلك بدليل عبارة ((... ويكون هذا الحكم واجب الاتباع لدى المحاكم الأخرى في جميع الاحوال)).

وحيث ان الثابت من حيثيات الحكم الصادر عن محكمة النقض بهيئتها العامة رقم 2010/38 والصادر بتاريخ 2010/6/9 والذي ارست بمقتضاه مبدأ خلاقاً بصدد تفسير احــكام قانون الاجراءات الجزائية وتأويله بصــدد انقضاء الدعوى الجزائية مفاده بان الاجراءات القاطعة للتقادم هي تلك التي بمواجهة المتهم او تلك التي كان قد أخطر بها بشكل رسمي وان قرارات المحكمة المتعاقبة باجراء تبليغ المتهم موعد جلسات المحاكمة دون ان يتم تبليغه أو حضور جلســات المحاكمة لا تقطع التقادم وفاقاً لاحكام المادة 13 مــن قانــون الاجراءات الجزائية والتي نصــت على انه: ((تنقطع مدة التقادم باتخاذ أي

1 عبد الوهاب حومد ((أصول المحاكات الجزائية، الطبعة الرابعة، 1407هـ - 1987م، المطبعة الجديد دمشق، صفحة 1409، وانظر كذلك قرار النقض الموقرة رقم 759 تاريخ 1952/11/6 المجموعة الجزائية، القاعدة العامة 2729 والمشار اليه لدى المؤلف المذكور.

اجراء من اجراءات جمع الاستدلالات او التحقيق او الاتهام او المحاكمة اذا اتخذت في مواجهة المتهم، او اذا أخطر بها بشكل رسمي، وتسري المدة من جرير ابتداءً من يوم الانقطاع ...)).

ولما كان قرار محكمة الطعن محل التعليق ينبئ ان اوراق هذه القضية وبيناتها قد جاءت خلواً من أي اجراء قاطع للتقادم كتلك التي نصت عليها المادة 13 من قانون الاجراءات الجزائية.

فانني اجد ان ما خلصت اليه محكمة صلح جنين بقرارها الصادر بتاريخ 2013/2/24 يتفق وصحيح القانون لوجوب التزامها بقرار الهيئة العامة الصادر عن محكمة النقض.

ولا ينال من الخلوص لهذه النتيجة مجرد تصديق قرار محكمة بداية جنين الاستئنافية رقم 10/62 المتضمن فسخ قرار محكمة الصلح والمؤيد بالنقض رقم 2010/120، وآية ذلك ان هذه الاحكام قد انطوت على فسخ القرار الطعين وأن محكمة صلح جنين بقرارها الاخير قد اخذت بقرار الهيئة العامة حيث القضية منظورة لديها ذلك ان هذا القرار الصادر عن محكمة النقض ينزل منزلة التشريع الجديد المحقق لمصلحة الطاعنين وهو على هذا النحو هو الواجب التطبيق على الوقائع هذه الدعوى.

وبالبناء على ما تقدم أجد أن ما خلصت إليه الأغلبية يتفق وصحيح القانون.

أحكام صادرة عن محكمة العدل العليا والتعليق عليها

الحكم رقم 2013/95 «الصفة في دعوى الإلغاء»

دعوى عدل عليا
رقم: 2013/95

دولـة فلسـطين
السلطة القضائية
محكمة العدل العليا

القـرار

الصـــادر عـــن محكمـــة العـــدل العليـــا المنعقـــدة فـــي رام الله المأذونـــة بـــإجراء المحاكمـــة وإصـــدار الحكـــم باســـم الشـــعب العربـــي الفلســـطيني

الهيئـــة الحاكمـــة : برئاســـة الســـيد القاضـــي هشـــام الحتـــو
وعضويـة السيدين القاضيين رفيق زهد ومصطفى القاق

المستدعـون:-

1. نادر نقولا الياس مصلح / بيت لحم
بصفته الشخصية و/أو بصفته رئيس المجلس الإداري لطائفة شهود يهوه في فلسطين و/او بصفته عضوا في طائفة شهود يهوه
2. جاك الياس نقولا مصلح / بيت لحم
3. نادر عيسى ميخائيل قمصية / القدس
4. عاطف ابراهيم موسى نعوس / رام الله
5. يوسف عاطف ابراهيم نعوس / رام الله
6. عيسى ميخائيل يعقوب قمصية / بيت لحم
7. مجدي عيسى ميخائيل قمصية/ القدس
جميعهم بصفاتهم الشخصية و/أو بصفتهم أعضاء في مجلس إدارة طائفة شهود يهوه و/أو بصفتهم أعضاء منتمين لطائفه شهود يهوه المسيحية

وكيلهما المحاميان خالد الجبور و/أو ذياب اليو / الخليل

الكاتب.دقق
م.ع

الرئـيس

دعوى عدل عليا
رقم: 2013/95

المستدعى ضدهما-

1. رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية بالإضافة الى وظيفته يمثله النائب العام / رام الله
2. مجلس وزراء السلطة الوطنية الفلسطينية رئيس مجلس وزراء السلطة الوطنية الفلسطينية يمثله النائب العام / رام الله

الإجـــــراءات

بتاريخ 2013/4/28 تقدم المستدعون بواسطة وكيلهما بهذه الدعوى للطعن في القرار الضمني الصادر عن المستدعى ضدهما والقاضي برفض طلب تسجيل والاعتراف بطائفة شهود يهوه كطائفة دينية مسيحية معترف بها في فلسطين وإضافتها إلى الجدول الاول المضموم إلى القانون رقم 2 لسنة 1938 (قانون مجالس الطوائف الدينية) النافذ والساري في الضفة الغربية بموجب القانون رقم 9 لسنة 1958

يستند المستدعون في طعنهم إلى ان القرار المطعون فيه مخالف للأصول والقانون ومشوب بعيب التعسف في استعمال السلطة .

في جلسة 2013/9/17 قدم وكيل المستدعين مذكرة من اجل قبول دعواه شكلاً.

المحكمـــــــة

بالتدقيق والمداولة وبعد الاطلاع على لائحة الدعوى وعلى وكالة المحاميان خالد الجبور وديباب البو التي بموجبها أقيمت هذه الدعوى تجد المحكمة ان المستدعي الاول هو نادر نقولا الياس مصلح اقام هذه الدعوى بصفته رئيس المجلس الإداري لطائفه شهود يهوه في

الكاتب.دقق

الرئـيس

م.ع

دعوى عدل عليا
رقم: 2013/95

فلسطين و/أو بصفته عضواً في طائفه شهود يهوه وان باقي المستدعين اقاموا هذه الدعوى بصفاتهم الشخصية و/أو بصفتهم أعضاء في مجلس إدارة طائفة شهود يهوه و/أو بصفتهم اعضاء منتمين لطائفه شهود يهوه المسيحية وجاء في لائحة الدعوى "

1. المستدعون من اتباع الطائفة الدينية المسيحية طائفة شهود يهوه.
2. ان طائفة شهود يهوه المسيحية لها اعضائها ومعتنقيها.
3. ان من شأن عدم الاعتراف بطائفة شهود يهوه كطائفه مسيحية مستقلة امر من شأنه ان يؤثر سلباً على حياة منتمي تلك الطائفة ومن ضمنهم المستدعين.
4. تقدم المستدعون بصفاتهم الى المستدعى ضدهم باستدعاء يطلبون فيه تسجيل والاعتراف بجماعة شهود يهوه .
5. جاء في الكتاب المرفق مع المذكرة التي قدمها الأستاذ ذياب البو ان المستدعين هم رئيس وأعضاء يعملون كلجنة مؤسسة من سبعة أشخاص للطائفة المحلية لجماعة شهود يهوه في فلسطين .

وبما انه قد استقر الفقه والقضاء الإداري على انه يشترط في رافع دعوى الالغاء " الى جانب شرط المصلحة" ان تكون له صفه والصفة هي ما للشخص من شأن في رفع دعوى الإلغاء وابداء دفاعه عنها لكون الصفة شرط لمباشرة الدعوى امام القضاء اذ قد يكون الشخص صاحب مصلحة تجيز له طلب إلغاء القرار ومع ذلك لا يجوز له مباشرة هذه الدعوى بنفسه لانعدام اهليته القانونية فيكون صاحب الصفة في هذه الحالة هو الرئيس او الوصي او النائب ويبني على ذلك انه اذا انتفت الصفة تكون الدعوى غير مقبوله ويمكن اثاره هذا الدفع في اية مرحلة كانت عليها الدعوى لان ذلك من النظام العام لذلك تعتبر الصفة شرط لازم وهو مستقل عن شرط المصلحة لدى الطاعن .

الكاتب .داق
م.ع

الرئـيس

دعوى عدل عليا
رقم: 2013/95

ولا يجوز للمدعي ان يضع لنفسه في لائحة الدعوى والوكالة مجموعة من الصفات ثم يترك الخيار بعد ذلك للمحكمة ان تختار الصفة التي تلائم المستدعي بالدعوى خاصة وان اللوائح والأدلة والوكالة والبينات والمستندات تقدم للمحكمة وفق الأصول والإجراءات القانونية على وجه التحديد وليس على سبيل التنويع والتخيير .

وحسب ما هو واضح ان المستدعيين أقاموا هذه الدعوى بصفة رئيس وأعضاء المجلس الإداري لطائفه شهود يهوه دون ان يقدموا للمحكمة شهادة تسجيل للطائفه والنظام الداخلي الذي يبين كيفية انتخاب الرئيس والصلاحيات المعطاة له والتفويض لتوكيل محام لأقامه الدعوى امام المحكمة وان ما أرفقه وكيل المستدعين مع المذكرة من اجل قبول دعواه شكلاً لاستنادها الى وكالة صحيحة حول تعيين أشخاص للعمل كلجنة مؤسسة للطائفه المحلية والموجه الى سيادة رئيس الدولة لا يعطيه الحق القانوني في إقامة الدعوى مما يوجب عدم قبول الدعوى كونها مقدمه ممن لا يملك حق تقديمها .

لهذه الأسباب

تقرر المحكمة رد الدعوى شكلاً .

قراراً صدر وتلي علناً باسم الشعب العربي الفلسطيني وأفهم في 2013/10/2

الكاتب . دفق
ع.م

الرئـيس

2013/95

تعليق الاستاذ الدكتور نواف سالم كنعان

أستاذ القانون العام في جامعة العلوم الإسلامية العالمية / الأردن

ملخص قرار المحكمة:

1. تقدم المستدعون وعددهم (7) بصفتهم الشخصية و/أو أعضاء في مجلس إدارة طائفة شهود يهوه وأعضاء منتمين لطائفة شهود يهوه المسيحية ... وأن المستدعي الأول وهو: نادر نقولا الياس مصلح/ قدم الدعوى بصفته رئيس المجلس الإداري لطائفة شهود يهوه في فلسطين .. وقدمت الدعوى عن طريق وكيليهما المحاميان: خالد الجبور و/أو ذياب البهو/ الخليل.
2. أقيمت الدعوى أعلاه للطعن بالقرار الضمني الصادر عن المستدعى ضدهما: رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية بالاضافة الى وظيفته يمثله النائب العام/ رام الله، ومجلس وزراء السلطة الوطنية رئيس مجلس وزراء السلطة الوطنية الفلسطينية يمثله النائب العام/ رام الله، حيث يقضي هذا القرار برفض تسجيل والإعتراف بطائفة شهود يهوه كطائفة مسيحية معترف بها في فلسطين وإضافتها الى الجدول الأول المضموم الى القانون رقم 1938/2 (قانون مجلس الطوائف الدينية) النافذ والساري في الضفة الغربية بموجب القانون رقم 1938/9.
3. تتلخص وقائع هذه الدعوى حسبما أوردتهما المحكمة في حكمها فيما يلي:

- ادعى المدعون في استدعاء دعواهم أن القرار المطعون فيه مخالف للأصول والقانون ومشوب بعيب التعسف في استعمال السلطة.
- في جلسة 2013/9/17 قدم وكيل المستدعين مذكرة من أجل قبول دعواه شكلاً.
- بعد المداولة والتدقيق والاطلاع على ملف الدعوى وجدت المحكمة أن المستدعين أقاموا هذه الدعوى بصفاتهم الشخصية أو بصفاتهم أعضاء في مجلس إدارة طائفة شهود يهوه المسيحية، وأنهم من أتباع الطائفة الدينية المسيحية طائفة

شهود يهوه .. وقدم وكيل المستدعين في استدعاء دعواه أن من شأن عدم الإعتراف بطائفة شـهود يهوه كطائفة مسـيحية مستقلة من شأنه أن يؤثر سلباً على حياة منتمي تلك الطائفة ومن ضمنهم المستدعين، وأرفق وكيل المستدعين مع المذكرة التي قدمها كتابا مفاده أن المستدعين هم رئيس وأعضاء يعملون كلجنة مؤسسة من سبعة أشخاص للطائفة المحلية لجماعة شهود يهوه في فلسطين.

- قررت المحكمة عدم قبول الدعوى مسـتندة في ذلك الى أن المسـتدعين أقاموا هذه الدعوى بصفة رئيس وأعضاء المجلس الإداري لطائفة شهود يهوه دون أن يقدمـوا للمحكمة شـهادة تسـجيل للطائفة والنظام الداخلـي الذي يبين كيفية انتخاب الرئيس والصلاحيات المعطاة له، والتفويض لتوكيل محام لاقامة الدعوى أمام المحكمة، وأن ما قدمه وكيل المستدعين حول تعيين أشخاص للعمل كلجنة مؤسسة للطائفة المحلية والموجه الى سيادة رئيس الدولة لا يعطيه الحق القانوني في إقامة الدعوى مما يوجب عدم قبول الدعوى كونها مقدمة ممن لا يملك حق تقديمها، ولهذه الأسباب قررت المحكمة رد الدعوى شكلا.

التعليق:

أقـدر للمحكمـة مـا توصلت إليه في حكمها، وما أبديه مـن رأي ليس الا تعبيراً عن رأي شخصي يهدف الى توصيح بعض القواعد والمبادئ القضائية حول طبيعة القرار محل الطعن، وكذلك توضيح ما اسـتقر عليه القضاء والفقه الإداريين حول المصلحة والصفة كشـرطين أساسيين لمباشرة دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري في مجال هذا الحكم وهي كما يلي:

1. اشار حكم المحكمة أن محل الطعن في هذه الدعوى هو قرار إداري (ضمني) صادر عن المسـتدعى ضدهما، والقاضي (يرفض طلب تسـجيل الإعتراف بطائفة شهود يهوه كطائفة دينية مسـيحية معترف بها في فلسـطين وفق قانون مجالس الطوائف الدينية النافذ والساري المفعول في الضفة الغربية).

إن مـا اسـتقر عليه التشـريع والفقه والقضاء حول مفهوم القـرار الضمني هو أن المشـرع يحدد للإدارة عند إصدار قرارها مهلة زمنية معينة لصاحب الإختصاص

الوظيفـي لاتخـاذ قـرار اداري معين بعد مضي هذه المهلـة الزمنية دون القيام بأي اجراء، ويعتبر مثل هذا القرار قراراً ضمنياً .. أما في حالة امتناع الإدارة عن اتخاذ قرار أو رفضها اتخاذ قرار أوجب عليها القانون اتخاذه اعتبر القرار في هذه الحالة قرار اداري سلبي .. وهكذا تختلف صورة القرار السلبي عن القرار الضمني:

- في أن الأول: هو تعبير عن موقف الاداري السلبي بالرفض أو الإمتناع من خلاله عن اتخاذ موقف محدد أو اصدار قرار معين في موضوع يلزمها القانون اتخاذ موقف بشأنه دون أن يحدد لها القانون أجلا لإصداره .. أما في القرار الضمني فإن الادارة تتمتع بشـأنه بسـلطة تقديرية، أي إن شـاءت أصدرت بشأنه قرارا صريحا بإجابة صاحب الشـأن أو برفضه أو بالسـكوت عن البت فيه، على أن يكون السكوت خلال مدة معينة تحدد في القانون.
- وعليـه إذا كان قانـون مجلـس الطوائف يلزم الجهة المختصة بتسـجيل طلبات الاعتراف بالطوائف الدينية واضافتها الى الجدول الاول المضموم الى القانون بعد توفر الشروط المطلوبة للتسجيل ورفضت قرار التسجيل، فإن القرار الصادر عنها بالرفض يعتبر قرارا (سلبياً) وليس قراراً (ضمنياً).

2. أشـارت المحكمة في هذا الحكم الى ما اسـتقر عليه الفقه والقضاء الاداري حول اشـتراط المصلحـة في رافع دعـوى الإلغاء الى جانب صفة رافـع الدعوى، وأنه في حالـة انتفـاء الصفة عن رافع الدعوى تكون الدعـوى غير مقبولة، وأنه يمكن اثارة هذا الدفع في أي مرحلة كانت عليها الدعوى لأن ذلك من النظام العام، وأن الصفة تعتبر شرطاً لازماً وهو مستقل عن شرط المصلحة في لدى الطاعن.

ونرى من المناسب القاء الضوء على شرط المصلحة في دعوى الإلغاء وصلته بشرط الصفة في الدعوى:

- تعني المصلحة كشرط لقبول دعوى الإلغاء أن يكون رافع الدعوى في حالة قانونية خاصة بالنسبة الى القرار المطعون فيه من شأنها أن تجعله مؤثراً تأثيراً مباشراً في مصلحة شخصية له وإلا كانت الدعوى غير مقبولة وذلك استنادا الى قوانين القضـاء الاداري التـي توجب توفير هذا الشـرط في رافـع الدعوى .. ذلك أن

دعوى الإلغاء ليست دعوى شخصية بل عينية القصد منها فحص مشروعية القرار الاداري ورد الإدارة الى جادة الحق وذلك تحقيقاً للمصلحة العامة، وهي لا تهدف كالقضاء العادي الى حماية الحقوق والمراكز الفردية المعتدى عليها ..

- تختلف المصلحة بالمعنى السابق عن الصفة في دعوى الإلغاء، والتي تعني: قدرة الشخص على المثول أمام القضاء في الدعوى كمدعي أو مدعى عليه، فقد يكون الشخص ذا مصلحة تجيز له طلب إلغاء القرار ومع ذلك يمتنع عليه مباشرة الدعوى بنفسه لعدم كمال أهليته ، فيكون صاحب الصفة في هذه الحالة الرئيس أو الوصي أو النائب، ويبنى على ذلك أنه اذا انتفت الصفة تكون الدعوى غير مقبوله ..
- يظهر الفرق بين المصلحة والصفة بوضوح في الدعاوى التي ترفعها الأشخاص الاعتبارية، سواء كانت أشخاص اعتبارية عامة كالوزارات والهيئات والمؤسسات العامة والبلديات، أو كانت أشخاص اعتبارية خاصة كالجمعيات والشركات .. إذ أن صاحب المصلحة فيها هو الشخص الإعتباري، أما صاحب الصفة فهو ممثل هذا الشخص (الممثل القانوني) الذي يحدده القانون وهو صاحب الصفة في رفع دعوى الإلغاء باسم الشخص الإعتباري، أي المختص قانونا بتمثيله والمتحدث باسمه ..
- إن شرط الصفة يتميز عن شرط المصلحة من حيث أن (الصفة) مسألة شكلية تتضح قبل الدخول في الدعوى وبمجرد تقديم عريضتها .. أما (المصلحة) فهي ذات طبيعة موضوعية اذ هي لا تتضح ولا تبين الا بفحص موضوع الدعوى، وترتيبا على ذلك فإن التعرض للمصلحة يكون تالياً للصفة، سواء أثناء نظر الدعوى أو في الحكم الصادر فيها ..
- تثبت الصفة في دعاوى الإلغاء (للممثلين القانونيين) للوزارات والمؤسسات والمجالس الادارية للجمعيات والطوائف اذا نصت قوانينها على ذلك وكانت هذه الجهات الإدارية تمارس نشاطها من خلال مجلس إدارتها الذي يتولى إدارة شؤونها والاشراف على أعمالها..

وهذا ينطبق على الجهة المستدعية في هذه الدعوى حيث لم يثبت للمحكمة من خلال النظام الداخلي للطائفة المحلية لجماعة شـهود يهود في فلسـطين كيفية انتخاب رئيس المجلس الإداري للطائفة والصلاحيات المعطاة له وهل هو الممثل القانونـي لمجلـس ادارة الطائفة وهل هو مفـوض بموجب نظام الطائفة بتوكيل محام لإقامة الدعوى أمام المحكمة .. فإذا لم يخول النظام رئيسها حق تمثيلها في التقاضي أو النيابة في صلاتها بالغير، فإنه لا يملك حق رفع الدعوى باسمها، ولا توكيل محام لإقامة الدعوى.

إن ما أبديناه من ملاحظات ليس سوى إلقاء الضوء على بعض المبادئ والأسانيد الواردة في الحكم وتوضيحها ولا يشكل انتقاصاً من أداء المحكمة وحكمها الذي نؤيده ويبقى محل تقديرنا.

2013/95

تعليق المستشار الدكتور خالد عبدالفتاح محمد

نائب رئيس مجلس الدولة / مصر

الموضوع:

اقام المدعون رئيس واعضاء المجلس الادارى لطائفة شهود يهوه في فلسطين الدعوى رقم 95 لسنه 2013 ضد كل من :-

1. رئيس السلطة الوطنية الفلسطنية بالاضافة الى وظيفتة ويمثلة النائب العام - رام الله.
2. مجلس وزارة السلطة الوطنية الفلسطنية رئيس مجلس وزارة السلطة الوطنية الفلسطينية النائب العام - رام الله.

وذلك بأيداع عريضتها قلم كتاب المحكمة: بتاريخ 2013/4/28 وطلبوا في ختامها الحكم بالغاء القرار الضمنى الصادر من المدعى عليهما والقاضي برفض طلب تسجيل والاعتراف بطائفة شهود يهوه كطائفة دينية مسيحية معترف بها في فلسطين وأضافتها الى الجدول الأول المضموم للقانون رقم 2 لسنه 1938 (قانون مجالس الطوائف الدينية النافذ والسارى في الضفة).

الغربية بموجب القانون رقم 9 لسنه 1958 وقد استند في دعواهم الى ان القرار محل الطعن مخالف للاصول والقانون ومشوب بعيب التعسف في استعمال السلطة، لذلك اقاموا دعواهم الماثلة للقضاء لهم بالطلبات المشار اليها سلفاً.

وقد تداولت الدعوى بالجلسات على النحو المبين بمحاضرها وبجلسة 2/10/ 2013 حكمت المحكمة برد الدعوى شكلا وقد استندت في ذلك للاسباب الاتية:-

بالتدقيق والمداولة وبعد الاطلاع على لائحة الدعوى وعلى وكالة المحاميان خالد الجيور وديباب البو التى بموجبها أقيمت هذه الدعوى تجد المحكمة أن المستدعى الاول

هــو نــادر نقولا الياس مصلح أقام هذه الدعوى بصفتــة رئيس المجلس الاداري لطائفة شهود يهوه في فلسطين و/ او بصفته عضوا في طائفة شهود يهوه وان باقى المستدعين اقاموا هذه الدعوى بصفاتهم الشخصية و/ او بصفتهم اعضاء في مجلس إدارة طائفة يهوه و/ أو بصفتهم اعضاء منتمين لطائفة شهود يهوه المسيحية **وجاء في لائحة الدعوى**:-

1. المستدعون من اتباع الطائفة الدينية المسيحية طائفة شهود يهوه.
2. ان طائفة شهود يهوه المسيحية لها اعضائها ومعتنقيها.
3. ان من شان عدم الاعتراف بطائفة شهود يهوه كطائفة مسيحية مستقلة أمر من شأنه ان يؤثر سلبا على حياة منتمى تلك الطائفة ومن ضمنهم المستدعين.
4. تقدم المستدعون بصفاتهم الى المستدعى ضدهم باستدعاء يطلبون فيه تسجيل والاعتراف بجماعة شهود يهوه.
5. جاء في الكتاب المرفق مع المذكرة التى قدمها الاســتاذ دياب البو ان المســتدعين هم رئيس واعضاء يعملون كلجنة موسســة من ســبعة اشخاص للطائفة المحلية لجماعة شهود يهوه فلسطين.

وبمــا انه قد اســتقر الفقــه والقضاء الاداري على انه يشــترط في رافع دعوى الالغاء الى جانب شرط المصلحة ان تكون له صفه، والصفة هي ما للشخص من شأن في رفع دعوى الالغاء وابداء دفاعة عنها لكون الصفة شرط لمباشرة الدعوى امــام القضاء، اذ قد يكون الشــخص صاحب مصلحــة تجيز له طلب إلغاء القرار ومع ذلك لايجوز له مباشــرة هذه الدعوى بنفســة لانعدام اهليته القانونية فيكون صاحــب الصفــة في هذه الحالة هو الرئيس او الوصى او النائب، ويبنى على ذلك انــه اذا انتفــت الصفــة تكون الدعوى غير مقبولة ويمكن اثــارة هذا الدفع في ايه مرحلة كانت عليها الدعوى، لأن ذلك من النظام العام لذلك تعتبر الصفة شــرط لازم وهو مستقل عن شرط المصلحة لدى الطاعن.

ولايجوز للمدعي ان يضع لنفسة في لائحة الدعوى والوكالة مجموعة من الصفات ثــم يترك الخيــار بعد ذلك للمحكمة ان تختار الصفة التى تلائم المســتدعي بالدعوى،

خاصة وان اللوائح والادلة والوكالة والبينات والمستندات تقدم للمحكمة وفق الاصول والاجراءات القانونية على وجة التحديد وليس على سبيل التنويع والتخبير.

وحسب ما وضح ان المستدعيين اقاموا هذه الدعوى بصفة رئيس واعضاء المجلس الاداري لطائفة شهود يهوه دون ان يقدموا للمحكمة شهادة تسجيل للطائفة والنظام الداخلي، الذي يبين كيفية انتخاب الرئيس والصلاحيات المعطاه له والتفويض لتوكيل محام لاقامة الدعوى امام المحكمة، وان ما ارفقه وكيل المستدعين مع المذكرة من اجل قبول دعواه شكلا لاستنادها الى وكالة صحيحة حول تعيين اشخاص للعمل كلجنه مؤسسة للطائفة المحلية والموجة الى سيادة رئيس الدولة لايعطية الحق القانوني في اقامة الدعوي مما يوجب عدم قبول الدعوى كونها مقدمة ممن لا يملك حق تقديمها.

والواقع ان التعليق على الحكم المشار اليه سوف يكون من خلال ثلاثة محاور هي:-

1. تسبيب الحكم من حيث الصياغة.
2. المقصود بالصفة في الدعوى كشرط شكلى لقبولها.
3. مصاريف الدعوى.
4. **اولا:- بالنسبة لتسبيب الحكم من حيث الصياغة:-** حرصت التشريعات الاجرائية في كل القوانين في الدول التى تاخذ باستقلال السلطة القضائية على تحديد ضوابط واجراءات اصدار الحكم وبياناتها وطرق اصدارها وكيفية المداولة ومن له حق حضور المداولة والأغلبية التى تصدر بها الاحكام وسلطة المحكمة في مد أجل النطق بالحكم وسلطة التوقيع على المسودة والاسباب التى يجب ان يقام عليها الاحكام وحق الخصوم في الاطلاع عليها والبيانات الواجب ان يشتمل عليها الاحكام الى غير ذلك من القواعد والاجراءت اللازم توافرها في الاحكام.

- ومن بين البيانات الواجب توافرها في الحكم والتي تهمنا في التعليق على الحكم المشار اليه ما يجب أن يورد في اسباب الحكم والتى حرصت المادة 178 من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصرى المعدلة بالقانون رقم 13 لسنه 1973، أنه يجب ان يبين في الحكم المحكمة التى اصدرته وتاريخ اصدارة ومكانه وما اذا كان صادرا

في مادة تجارية او مسالة مستعجلة واسماء القضاة الذين سمعوا المرافعة واشتركوا في الحكم وحضروا تلاوته وعضو النيابة الذي ابدى رأيه في القضية ان كان واسماء الخصوم والقابهم وصفاتهم وموطن كل منهم وحضورهم وغيابهم.

- كما يجب أن يشتمل الحكم على عرض مجمل لوقائع الدعوى ثم طلبات الخصوم وخلاصة موجزة لدفوعهم ودفاعهم الجوهري ثم تذكر بعد ذلك اسباب الحكم ومنطوقة والقصور في اسباب الحكم الواقعية والنقص او الخطأ الجسيم في اسماء الخصوم وصفاتهم، وكذلك عدم بيان اسماء القضاة الذين اصدروا الحكم يترتب عليه بطلان الحكم.

ولقد خلا قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنه 1972 من بيان البيانات وما يجب ان يشتمل عليه الحكم حتى يصدر مطابق للقانون خالي من عيوب التدليل او الاستدلال او الاخلال بحق الدفاع الا ان المحكمة الادارية العليا قد درجت على اعمال حكم المادة 3 من مواد الاصدار والتى جرى نصها على ان تطبق الاجراءات المنصوص عليها في هذا القانون وتطبيق احكام قانون المرافعات فيما لم يرد فيه نص، وذلك الى أن يصدر قانون بالاجراءات الخاصة بالقسم القضائي، والى الان لم يصدر هذا القانون الخاص بالاجراءات والمرافعات امام محاكم مجلس الدولة.

لذلك تطبق الأحكام والقواعد الخاصة بقانون المرافعات المدنية والتجارية وبما لايتعارض مع طبيعة القضاء الاداري وما استقرت عليه احكام المحكمة الادارية العليا في هذا الشأن ولقد حددت المذكرة الايضاحية للقانون الغاية الاساسية من تسبيب الحكم وهي توفير الرقابة على عمل القاضي والتحقق من حسن استيعابة لوقائع النزاع ودفاع الطرفين والوقوف على اسباب قضاء المحكمة فيه فأنه يكفى لتحقيق هذه الغاية ان يشمل الحكم على عرض وجيز لوقائع النزاع وإجمال للجوهر من دفاع طرفيه، ثم ايراد الاسباب التى تحمل قضاء المحكمة فيه وتجاوز لهذا القدر الواجب في التسبيب هو تزيد لاغناء فيه ولا طائل من ورائة لذلك ورد النص على اقتصار التسبيب على العناصر الجوهرية اللازمة لاقامة الحكم دون اطالة، لذلك اكتفى النص بعرض مجمل لوقائع النزاع وطلبات الخصوم وخلاصة موجزة لدفوعهم ودفاعهم الجوهري، وذلك لاهمية اثار الحكم فهو يتمتع بحجية الأمر المقضي، وله قوه تنفيذية وبه تستنفذ المحكمة

ولايتها بشـأن النزاع المطروح عليها وبمقضاه ويمنح القضاء حمايته لمن صدر لصالحة الحكم والهدف من بيان الخصومه ومعرفة نطاق سلطة المحكمة اما بيان دفوع الحضوم ودفاعهم الجوهري فالهدف منه مراقبة بيان المحكمة لاسباب الحكم أن المحكمة ملزمة بحث دفوع الخصوم ودفاعهم الجوهري ولهذا فأن اغفال هذا البيان يؤدي للبطلان.

نقض الطعن 85 **لسنه** 54 **ق جلسة** 1984/11/26

نقض 1967/6/22 **سنه** 18 **ص** 1348 **هـ**

نقض 1980/3/4 **الطعن رقم** 494 **لسنه** 46 **ق**

نقض الطعن رقم 126 **س** 42 **ق جلسة** 28 /12/ 1981

كما اوجبت المادة 176 من ذات القانون على انه يجب ان تشتمل الأحكام على الاسباب التى بنيت عليها والاكانت باطلة ويقصد بتسـبيب الحكم بيان الادلة الواقعية والحجج القانونية التى بنى عليها القاضى حكمة، ولتسبيب الاحكام اهمية كبرى فالتسبيب هو مظهر قيام القاضي بما عليه من واجب تدقيق البحث وامعان النظر لتعرف الحقيقة وبه وحده يسلم من فطنه التحكم والاستبداد ويرتفع عن الشك والريب والشبهات، كما ان التسبيب يضفي الاطمئنان على نفوس المتقاضين فهو يقنع الخصوم بعدالة الأحكام حتى تنزل من المتقاضيين منزلة الاحترام.

لذلك يجب ان تتضمن الاسباب سرد الوقائع الكاملة المكونة للدعوى وان يكون سرد هذه الوقائع دون خطأ او تحريف.

نقض 26 /1/ 1981 **في الطعين رقمى** 424 - 426 **لسنه** 43 **ق**

نقض 15 / 2/ 1972 **سنه** 23 **ص** 168

نقض 1/24/ 1979 **في الطعن رقم** 1018 **لسنه** 48 **ق**

ويجب ان تتضمن الاسباب استخلاص للصحيح من وقائع الدعوى وتقديره وان يستند الحكم الى ادلة الاثبات المقدمة من الخصوم في القضية والايخالف الثابت بهذه الادلة.

ننقض 24 /5/ 1977 **في الطعن رقم** 192 **لسنه** 43 **ق**

نقض 13 / 5/ 1985 **في الطعن رقم** 521 **لسنه** 51

ويجـب تكييف الدعوى وفق الوصف المقرر لها في القانون ولايعتد بتكييف الخصوم لها اذا كان خاطئا لا يتمشى مع القانون وان يكون في حدود طلبات الخصوم ودفوعهم.

نقص 10 /1/ 1991 **في الطعن** 2207 **لسنه** 56 **ق**

نقض 1/13/ 1982 **في الطعن رقم** 445 **لسنه** 45 **ق**

يجب أن تكون الأسباب كافية ولتحقيق كفاية الأسباب أن ترد اسباب الحكم واضحة محددة وان تكون الادلة من شانها ان تسوغ النتيجة التى انتهت اليها وان تبين المحكمة القاعدة القانونية التى طبقتها على وقائع القضية.

نقض 3/31 /1985 **في الطعن رقم** 1981 **لسنه** 51

نقض 1984/11/12 **في الطعنين في** 1327 ، 1467**ى لسنه** 54 **ق**

نقض 16/ 4/ 1989 **في الطعن رقم** 233 **لسنه** 52 **ق**

لذلك استقرت أحكام النقض على ان الحكم يجب ان يقام على اسباب تطمئن المطلع عليه ان المحكمة قد فحصت الادلة التى اسندت اليها وحصلت منها ما تؤدى اليه، وبذلت كل الوسائل التى من شأنها ان توصلها الى ما ترى انه الواقع.

الطعن رقم 194 **لسنه** 49 **ق جلسة** 25/ 12/ 1982

الطعن رقم 1805 **س** 49 **ق وجلسة** 19 / 4/ 1983

الطعن رقم 267 **س** 14 **ق جلسة** 16/ 6/ 1996

الطعن رقم 277 **لسنه** 65 **احوال شخصية جلسة** 4/ 8 / 1999

ومن حيث أن البين من الحكم الصادر في الدعوى رقم 95 لسـنه 2013 موضوع التعليق ان الوقائع وردت مختصرة اختصاراً مخلا لم توضح اسـانيد واسـباب الطلبات فيها، كما لم تطلب المحكمة من الخصوم ايضاح الصفة في رفع الدعوى او المصلحة فيها وهذا حقها فلها ان تستوفى عيوب الشكل والمصلحة قبل التعرض لموضوع الدعوى الاأنها لم تفعل.

كما ان الحكم لم يفصل بين اسباب الوقائع ولهذا الفصل أهمية كبرى ذلك ان المستقر عليه قضاء ان الطلبات والوقائع والاجراءات والاسانيد التى وردت في عريضة الدعوى هى ملك الخصوم ولذلك يجب ان يتم سردها او ملخص عنها غير مخل دون تغيير.

امـا الاسـباب التـى درج العمل على ذكـر كلمة المحكمة وبعد الاطـلاع على الاوراق وسماع الايضاحات والمداولة قانونا كما ان الحكم لم يفعل بل سرد الوقائع بعد المحكمة والاسباب وهو غير جائز.

كما ان الحكم لم يشر الى انه يتعرض في شكل الدعوى وهو امر مهم، لان البحث في الاختصاص ثم الشـكل يسـبق البحث في موضوع الدعوى لذلك كان يجب على المحكمة ان تشير عن انها سوف تتعرض لشكل الدعوى، لان البحث فيه يسبق البحث او التصدي للموضوع وهي لم تفعل، كما ان هناك خطأ في الصياغة اذ كان يتعين على المحكمة أولا الاشـارة الى نصوص قانون أصول المحكمة المدنية والتجارية لسـنه 2001 الفلسطيني والخاصة بالصفة والاهلية لمباشـرة الدعوى ثم تتعرض بعد ذلك لما اسـتقر علية الفقة والقضاء الاداري بشان شرط المصلحة والصفة كشرط لازم لقبول دعوى الالغاء خاصة وان الحكم قد اورد في اسبابة ان الدفع بعدم قبول الصفة هو من الدفوع المتعلقة بالنظام العـام، ويجـوز الدفـع به او تقضى به المحكمة في اية مرحلـة كانت عليها الدعوى، وهو شرط مستقل عن شرط المصلحة لدى الطاعن.

كما عاب على الحكم سـلب المحكمة سـلطتها في تكييف الدعوى ذلك أن المسـتقر عليـة في قضـاء محكمة النقض والمحكمة الادارية العليا ان قاضي الدعوى ملزم في كل حـال باعطـاء الدعوى وصفها الحق لتكييفها الصحيـح دون ان يتقيد بما يخلعة عليها الخصوم من ذلك، والعبرة في تكييف الدعوى هو بحقيقة المقصود من الطلبات المقدمة لا بالالفاظ التى صيغت بها هذه الطلبات اى العبرة باصل الحق فيها.

الطعن رقم 1223 **س** 2**ق جلسة** 26/ 12 / 1985

الطعن رقم 682 س25 **ق . جلسة** 24 / 12 / 1985

الطعن رقم 469 **س** 52 **ق جلسة** 17/ 6 / 1985

الطعن رقم 1149 **س** 51 **ق جلسة** 26 / 11 / 1984

والقضاء الادارى باعتباره قضاء ابتكاري يقوم على السـوابق القضائية، ولذلك فإن طبيعة القضاء الاداري تقوم على اعطاء المنازعة الادارية وصفها الحق من حيث طبيعة

المنازعة وما اذا كانت تنصب على قرار اداري مكتمل الاركان والشروط ام منازعة تتصل لعقدا اداريا أو منازعة في حد ذاتها، خاصة أن القرار الاداري له العديد الصور والاشكال ويترتب على هذا الاختلاف اختلاف في الاحكام والقواعد التى تحكم الدعوى خاصة مواعيد واجراءات دعوى الالغاء لذلك في الحكم محل التعليق قد حرم من في تكييف الدعوى واعطائها وصفها الحق حيث ورد باسباب الحكم ان المدعى ما كان ان يضع لنفسة مجموعة من الصيفات ثم يترك الخيار بعد ذلك للمحكمة ان تختار الصفة التى تلائم المدعى بل كان يتعين على الحكم ان يحدد الطلبات الحقيقية المطلوب التصدى لها بالفصل في الدعوى ثم يقوم ببحث توافر الصفة الازمة للفصل في تلك الطلبات وترك ما عداها لأن المحكمة هي التى تملك تحديد الصفات اللازم توافرها في اطراف الخصومة.

ثانيا:- بالنسبة لشرط الصفة اللازم توافرها في الدعوى:-

تنص المادة 3 من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم 13 لسنه 1968 والمستبدلة بالقانون رقم 81 لسنه 1996 على انه لاتقبل أي دعوى كما لايقبل أي طلب او دفع استناد الاحكام هذا القانون او أي قانون اخر لايكون لصاحبه فيها مصلحة شخصية ومباشرة وقائمةبمقرها القانون--- وتقضي المحكمة من تلقاء نفسها في اي حالة تكون عليها الدعوى بعدم القبول في حالة عدم توافر الشروط المنصوص عليها في الفقرتين السابقتين.

وتنص المادة 115 من ذات القانون على أن الدفع بعدم قبول الدعوى يجوز ابداؤة في اية حالة تكون عليها وهذه المادة عدلت القانون رقم 23 لسنه 1992 تم استبدلت الفقرة الثانية منها بالقانون رقم 18 لسنه .1999

وتنص المادة 12 من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنه 1972 على انه لاتقبل الطلبات الاتية:-

أ. الطلبات المقدمة من اي أشخاص ليست لهم فيها مصلحة شخصية

ومن حيث ان البين من تلك النصوص وما استقر عليه احكام القضاء والفقه أن هناك شروط شكلية يجب توافرها حتى تستطيع المحكمة نظر موضوعها والتصدى

له بحكم نهائى، من تلك الشروط المصلحة الشخصية المباشرة والصفة في الدعوى، وهناك من الفقهاء من يرى ان شـرط المصلحة هو ذاته شـرط الصفة في الدعوى وفرق بين فرضين:-

- **الاول** :- ان يكـون رافـع الدعـوى هو صاحب الحق نفسـة وفى هذا الغرض تمتزج الصفة بالمصلحة.
- **الثانى** :- ان يكون رافع الدعوى شخص آخر غير صاحب الحق ولكنه يرفعها باعتباره نائـب عـن صاحب الحق وفى هذا الفرض تتميز الصفة عن المصلحة اذ ان المدعي يجب ان يثبت صفتة في تمثيل ذلك الغير الذى ترفع الدعوى باسمه.

ويجـب ان تتوافـر الصفة في المدعي وفـى المدعى عليه والأصل ان يكون المدعي هو صاحب الحق او المركز القانونى للمدعى (نقض 29 / 12 / 1966 لسنه 17 ص 2016).

ولكن القانون قد يعترف بالصفة في الدعوى لشخص اخر وقد يسمح لشخص اخر ان يمثل المدعي أو المدعى عليه في الدعوى كما قد يعترف القانون لاشخاص او هيئات بالصفة في الدعوى دفاعا عن المصلحة الجماعية او مصلحة عامة مثل دعاوى النقابات والجمعيات.

من ذلك ما اجازة به المشرع في المادة 92 من قانون العمل رقم 137 لسنه 1980 الملغى للنقابة العمالية ان ترفع دعاوى ناشئة عن إخلال رب العمل بالتزاماته التى تضـر مصلحة احد اعضاء النقابة، وبالنسـبة للجمعيـات فالراجح فقها وقضاء بمصر يخولها حق رفع الدعاوى حماية للمهنه او الغرض الذى انشـات من اجلة ولا يلاحـظ ان الصفـة في الدعوى شـرط لازم وضروري لقبولها واسـتمرار في موضوعهـا ولا تسـتقيم بدونها معا يتعين معهـا ان ترفع ممن وعلى من له صفة فيهـا والا كانـت معدومة والمنازعة في الصفـة تكون على صورة دفع بعدم القبول بينمـا المنازعـة في سـلطة الوكيل في الحضـور تطبق بشـانها القواعد العامة في حضور الخصوم وغيابهم.

وقـد اختلـف الفقـة والقضاء حول مـا اذا كانت الصفة من النظـام العام فذهب اتجاه الى تعلقها بالنظام العام وما يترتب على ذلك من اثار قانونية من تصدى المحكمة

لهـذا الدفع من تلقاء نفسـها ولو لم يثره أحد مـن الخصوم وفى اى مرحلة من مراحل الدعوى حتى ولو تناول الخصوم الموضوع ويجوز الدفع بها لاول مرة امام محكمة الطعن واستند في ذلك انه من العبث ان ترفع امام المحكمة دعاوى ولن تكون ذات قيمة او حجة على اصحاب الصفة الحقيقية اذ ان القضاء كسـلطة من سـلطات الدولة شرع للفصل في الخصومـات ذات النتائـج المرجوه ولا محل لتعطيلة برفع خصومات عديمة الجدوى لانعدام الصفة.

راجع مدونه الفقه والقضاء -أحمد ابو الوفا ونصر الدين كامل وعبد العزيز يوسف الجزء الاول ص212 وما بعدها.

بينما ذهب البعض الى ان شرط الصفة او المصلحة غير متعلقة بالنظام العام ولا يجـوز للمحكمـة ان تقضـى بعدم قبول الدعوى من تلقاء نفسـها وقد اخذت محكمة النقض بهذا الاتجاة حتى عدلت المادة 115 من قانون المرافعات و التى جـرى نصهاعلـى أنه اذا رأت المحكمة ان الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء صفة المدعـى عليه قائما على اسـاس اجلـت الدعوى لاعلان ذي الصفة ويجوز لها في هذة الحالة الحكم على المدعي بغرامة فهذا النص النفي قرر ان الصفة ليسـت مـن النظـام العام، بـل واوجب على المحكمـة ان تؤجل الدعـوى وتكلف المدعى باختصـام صاحـب الصفة ويلاحظ انه اذا ازال العيب الذى كان يشـوب الصفة بعـد رفـع الدعوى وقبل الحكم فان الدعوى تقبـل، وذلك لان قاعدة وجوب نظر الدعوى بالحالة التى كانت عليها وقت رفعها قاعدة مقررة لمصلحة المدعي حتى لا يضار من بطىء الاجراءات فلا يجوز الاحتجاج بالقاعدة في مواجهته ويستوى في ذلك ان يكون العيب الذى يشوب الصفة قد اتصل بالمدعى او المدعى عليه او ان العيب زال قبل او بعد الدفع بعدم قبول الدعوى.

نقض25 /1/ 1973 **مجموعة المكتب الفنى سنة** 24 **ص** 1008

نقض 29 /5 / 1989 **الطعن رقم** 2084 **لسنة** 58

نقض28/ 3/ 1991 **الطعن رقم** 429 **لسنة** 55

ولقد استقر قضاء محكمة النقض على ان استخلاص توافر الصفة في الدعوى هو

من قبيل فهم الواقع في الدعوى يستقل به قاضي الموضوع وبحسبه ان يبين الحقيقة التى اقتنع بها وان يقيم قضاءه على اسباب تكفي لحمله.

الطعن رقم 34 **س** 51 **ق جلسة** 27 / 2 /1985

الطعن رقم 151 **س** 49 **ق جلسة** 24/ 3 /1983

الطعن رقم 1802 **س** 49 **ق جلسة** 28 / 12/ 1983

وان الدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام صفة احد الخصوم فيها هو في حقيقته دفع موضوعي يقصد به الرد على الدعوى برمتها ويترتب على قبوله ان يخسر المدعي دعواي وهو بهذه المثابة يجوز ابداؤه في اية حالة تكون عليها الدعوى فيجوز التمسك به لاول مرة في الاستئناف.

الطعن رقم 961 **س** 52 **ق جلسة** 13 /2/ 1986

وبطلان الاجراءات المبنى على انعدام صفة احد الخصوم في الدعوى غير متعلق بالنظام العام اذ هو مقرر لمصلحة من وضع لحمايته.

الطعن رقم 475 **س** 48 **ق جلسة** 16 /2 /1983

كما استقرت احكام النقض على ان الخصومة تبدا باتصالها بالمحكمة المرفوعة اليها ويتم انعقادها باتصالها باطراف الدعوى طبقا للاجراءت التى رسمها القانون، وحتى يتم ايداع صحيفة افتتاح الدعوى قلم كتاب المحكمة واعلانها الى المدعى عليهم وسلمت هذة الاجراءات من البطلان قامت الخصومة أمام المحكمة فلا يبطلها ولا يسقطها او يمنع المحكمة من الفصل فيها مجرد غياب او عدم صحة تمثيل من حضر عن المدعى عليها.

الطعن رقم 150 **س** 49 **ق جلسة** 28 /4 /1983

ومن حيث انه لما كان ما تقدم وكان البين من اسباب الحكم انه قد شابة العوار و الفساد في الاستدلال والقصور في التسبيب ذلك ان المحكمة قد انتهت لعدم قبول الدعوى لعدم وجود صفة للمدعين ودون وجود وكالة قانونية عنهم تمثلهم.

والاصل ان قانون المرافعات المدنية والتجارية وقانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972 وكذلك قانون المحاماة قد نظم حضور المحامي الوكيل عن الخصوم وخاصة المدعي

اذ خصص قانون المرافعات الباب الثالث في الفصل الأول الحضور والتوكيل بالخصومة اذ وفقا للمادة 72 ، 73 من القانون اجاز القانون أن يحضر الخصوم بانفسهم او يحضر عنهم من يوكل من المحامين ويجب على الوكيل ان يقرر حضوره عن وكالته وان يثبت وكالته عنه وفقا لاحكام قانون المحاماة وللمحكمة عند الضرورة ان ترخص للوكيل في اثبات وكالته في ميعاد تحدده على ان يتم ذلك في جلسة المرافعة على الاكثر.

ووفقا للمادة 58 من قانون المحاماة لا يجوز تقديم صحف الدعاوى او الاستئناف او طلبات استصدار او امر الاداء الى المحاكم الابتدائية الا اذا كانت موقعة من محام مقبول امامها وكذلك الأمر بالنسبة للمحاكم الجزائية اذا تجاوزت قيمة الدعوى او الطلب خمسين جنيها وكذلك صحيفة الاستئناف يجب ان تكون موقعة من محام مقبول امامها وفقا لمادة 37 ،58 من قانون المحاماة فان لم توقع كان الاستئناف باطلا وكذلك التقرير بالطعن بالنقض وفقا لاحكام المواد 41 ، 58 من قانون المحاماة و253 من قانون المرافعات ويمتنع على الخصوم في الطعن بالنقض الحضور اوالقيام باي اجراء امامها الاعن طريق محام مقبول امام محكمة النقض.

كذلك المادة 25 من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنه 1972 والتى اوجبت ان يقدم الطلب الى قلم كتاب المحكمة المختصة بعريضة موقعة من محام معتمد بجدول المحامين المقبولين امام تلك المحكمة ويعتبر مكتب المحامى الموقع على العريضة محلا مختار للطالب كما يعتبر مكتب المحامى الذى ينوب عن ذوي الشأن في تقديم ملاحظاتهم محلا مختارا لهم.

وكذلك المادة 44 من القانون والتي اوجبت ان يقدم الطعن امام المحكمة الادارية العليا بتقرير يودع قلم كتاب المحكمة موقع من محام من المقبوليين امامها اي محام مقيد بالنقض.

ولقد استقرت احكام المحكمة الادارية العليا على انه ليس لازما على المحامي اثبات وكالته عند ايداعة صحيفة الدعوى او الطعن بسكرتارية المحكمة المختصة الانه تعين علية عند حضور الجلسة اثبات وكالته وايداع سند الوكالة اذا كان توكيلا خاصاً وفي حالة التوكيل العام يكتفي باطلاع المحكمة على اثبات رقمة وتاريخة والجهه المحرر امامها بمحضر الجلسة وللخصم الأخر ان يطالب باثبات وكالته حتى لايجبر على الاستمرار في

السير في اجراءات مهدده بالغاء وللمحكمة من تلقاء نفسها أن تطالب من يمثل امامها بتقديم الدليل على وكالته واذا لم يقدم المحامي أو يثبت سند وكالته حتى تاريخ حجز الدعوى أو الطعن للحكم يتعين والحال كذلك الحكم بعد قبول الدعوى او الطعن شكلا.

الطعن رقم 6710 **لسنه** 45 **ق . عليا جلسة** 30/ 2/ 2002

الطعن رقم 609 **لسنه** 41 **ق . عليا جلسة** 21/ 11/ 2001

الطعن رقم 2157 **لسنه** 30 **ق . عليا جلسة** 14/ 12/ 1985

والحكم محل التعليق قد خلط بين شرط الصفة لرافع الدعوى والوكالة القضائية لمباشرة اجراءات الدعوى وفقا لاجراءات وشروط قانون المرافعات المدنية التجارية اذ ان الوكالة جائزة لصاحب الصفة ولمدعى الصفة طالما الوكيل له حق ممارسة مهنة المحاماة ومقيد بالدرجة التى تجيز له الترافع امام المحكمة المقامة امامها الدعوى اما بالنسبة لتوافر شرط الصفة فهذا أمرأخر والخطا في الاستدلال والتسبيب ياتى من خلط المحكمة بين الوكالة في مباشرة الدعوى ، وهى حق لاى فرد لانه تمثيل الغير جائز بالنسبة لرؤساء الهيئات والجمعيات وسائر الاشخاص الاعتبارية الخاصة والعامة لان ممثل الجهه او الطائفة لن يمثل الجهة امام القضاء بالترافع بنفسة بل من خلال وكالة قانونية خاصة اذا كان قانون المرافعات قد يتطلب اقامة الدعوى من قبل محامى مقبول امام المحكمة وهو مالا يتصور معه حسبما جاء باسباب الحكم ان النظام الداخلى لم يطرح على المحكمة لبيان ما اذا كان يجوز للرئيس تفويض محام لتمثيل الطائفة او الجهة التى يرأسها امام القضاء لان هذا الاجراء جوهرى وبتعلق بالنظام العام، واستقر قضاء النقض والمحكمة الادارية العليا على البطلان كجزاء على مخالفتة هذا الاجراء.

كما ان الحكم محل التعليق لم يوضح ما اذا كانت الوكالة صحيحة من عدمه ولم يعطى المدعيين اجلا لتقديم سند الوكالة له عنهم.

أما الخطا الذى وقع فيه الحكم وهو قيامة في اسبابه لعدم توافر الصفة في رافعي الدعوى انهم لم يقدموا ما يثبت شهادة تسجيل الطائفة والنظام الداخلي، الذى يوضح كيفية انتخاب الرئيس والصلاحيات التى تعطى له دون ان توضح المحكمة السند القانوني الذى يلزم بذلك وان الاعتراف بطائفة دينية يستوجب شهادة تسجيل للطائفة، في

حـين أن مـا يثبت في الحكم وانتهى فيه لعدم الاعتراف بالصفة هو طلبات المدعيين ان طلباتهم انحصرت في الاعتراف بالطائفة وان من شأن الاعتراف خلق الكيان النظامي والقانونـي للطائفـة من رئيس ومجلـس الادارة ونظام داخلي يحدد صلاحيات الرئيس والاعضـاء ومصـادر التمويل المالي ومن يمثل الطائفة امام القضاء وفى صلاتها بالغير وفى التعاملات المالية لذلك فان هذا السبب الذي استند اليه الحكم لانكار الصفة عن المدعيين ياتي لاحقا على الاعتراف لهم بالطائفة لذلك فانه شرط الصفة متوافر وكان بتعين على المحكمة التصدي لموضوع الدعوى لان للمدعيين مصلحة مباشرة باعتبارهم من اتباع الطائفة الدينية المسيحية طائفة شهود يهوه وهو ما يعيب الحكم محل التعليق وينحدر به لعيب المخالفة الجسيمة للقانون.

- **ثالثا بالنسبة لمصاريف الدعوى:**- حرصت قوانين المرافعات والاجراءات على تنظيم قواعـد واجـراءات مصاريف الدعوى وفقا للمـادة 184 من قانون المرافعات المدنية والتجارية ويجب على المحكمة عند اصدار الحكم الذي تنتهي به الخصومة امامها ان تحكـم مـن تلقاء نفسـها في مصاريف الدعوى ويحكـم بمصاريف الدعوى على الخصم المحكوم عليه فيها ويدخل في حساب المصاريف مقابل اتعاب المحاماة.

واذا تعدد الحكم عليهم جاز الحكم بقسـمة المصاريف بينهم بالتسـاوي او بنسـبة مصلحة كل منهم في الدعوى على حسـاب ما تقدره المحكمة ولا يلتزمون بالتضامن في المصاريف الا اذا كانوا متضامنين في اصل التزامهم المقضي به.

وفقـا للمـادة 185 مـن ذات القانـون للمحكمة أن تحكم بالزام الخصم الذى كسـب الدعوى بالمصاريف كلها او بعضها اذا كان الحق مسلما به من المحكوم عليه او اذا كان المحكـوم لـه قد تسـبب في انفاق مصاريف لا فائـدة فيها او كان قد ترك على جهل بما كان في يده من المستندات القاطعة في الدعوى او بمضمون تلك المستندات.

ووفقـا للمـادة 186 من نفس القانـون اذا اخفق كل من الخصمين في بعض الطلبات جـاز الحكـم بأن يتحمل كل خصم ما دفعة من المصاريف او بتقسـيم المصاريف بينهما على حسب ما تقدره المحكمة في حكمها ويجوز لها ان تحكم بها جميعا على احداهما.

ولقد اسـتقر قضاء محكمة النقض والمحكمة الادارية العليا على ان خاسـر الدعوى

هــو مــن رفعهــا او دفعها بغير حق وان الزام الخصــم بالمصاريف من اثار الحكم ضد ه في المنازعة.

الطعون ارقام 1747 ، 1748 ، 1758 **س**51 **جلسة** 11/20 / 1983

وان الحكم في مصاريف الدعوى واجب على المحكمة عند اصدارها الحكم الذى تنتهي به الخصومة امامها ولا يتوقف على طلب من الخصم ويجوز لها قسمة المصاريف بين المحكوم عليهم بالتساوي او بنسبة مصلحة كل منهم في الدعوى، على حسب ما تقدرة فيها.

الطعن رقم 22019 **س** 51 **ق . جلسة** 20/ 12/ 1984

الطعن رقم 366 **س** 50 **ق. جلسة** 29/ 11/ 1984

الطعن رقم 471 **س**50 **جلسة** 1/30/ 1985

الطعن رقم 7 **س**51 **ق جلسة** 30/ 1/ 1985

وان المحكمة عن الزام الخصم بالمصروفات دون تحديد عناصرها فان مفاد ذلك ان ينصرف الالزام الى عناصر المصاريف التى لها وجود قانوني وليس من بينها رسوم الطعن.

الطعن رقم 177 **لسنه** 13 **ق . عليا جلسة** 17/ 5/ 1971

وانــه قبــل صدور الحكم المنهي للخصومة لايجــوز قانونا الحكم في المصاريف وانما يجب ابقاء الفصل فيها لحين الفصل في الموضوع.

الطعن رقم 535 **لسنه** 17 **ق. عليا جلسة** 5/8/ 1977

الطعن رقم 414 **لسنه** 12**ق . جلسة** 23 / 12 / 1973

والثابت من الحكم محل التعليق انه لم يتعرض لمصاريف الدعوى واتعاب المحاماة ولم يحدد الملزم لها وهو المدعى بحســب الاصل حيث قضى في الدعوى المقامة منه بعــدم قبولهــا لعدم توافر شــرط الصفة في الدعوى وهــو في حقيقتة حكم قد فصل في موضوع الدعوى كما انه لم يتعرض عما اذا كانت الدعوى معفاة من الرسوم فان ســكوت الحكم عن مصاريف الدعوى ايا كان ســببة قصورا في التسبيب يعيب الحكم يجعلة مستوجب الالغاء

الحكم رقم 2013/48

«اختصاص محكمة العدل العليا في دعاوى رفض تنفيذ قرارات صادرة عنها»

والتعليق عليه

دعوى عدل عليا
رقم: 2013/48

دولـة فلسـطين
السلطة القضائية
محكمة العدل العليا

القـرار

الصـادر عـن محكمـة العـدل العليـا المنعقـدة فـي رام الله المأذونـة بـإجراء المحاكمـة وإصـدار الحكـم باسـم الشـعب العربـي الفلسـطيني

الهيئـة الحاكمـة : برئاسـة السـيد القاضـي هشـام الحتـو
وعضوية السيدين القاضيين رفيق زهد و مصطفى القاق

المستدعـون: 1. جمعية المجلس الفلسطيني للإسكان بواسطة ممثلها القانوني رئيس الهيئة الإدارية المحامي إبراهيم محمد محمود شعبان.
2. الهيئة العامة الشرعية للمجلس الفلسطيني للإسكان.
3. المحامي إبراهيم محمد محمود شعبان بصفته عضو هيئة عامة في جمعية المجلس الفلسطيني للإسكان وبصفته رئيس مجلس إدارة المجلس الفلسطيني للإسكان.
4. المهندس نشأت بهجت قطين طهبوب عضو هيئة عامة ومجلس إدارة/ رام الله.
5. المهندس إبراهيم عبد العزيز عمر عضو هيئة عامة ومجلس إدارة رام الله.
6. المهندس نبيل بدر جوزيف ترزي/ عضو هيئة عامة ومجلس إدارة رام الله.

الكاتب دقق
ع.م

الرئـيس

دعوى عدل عليا
رقم: 2013/48

7. المحامي سليمان محمود موسى أبو سنينة/ عضو هيئة عامة ومجلس إدارة رام الله.
8. عبد الله سعيد ناجي عبد الله/ عضو هيئة عامة رام الله.
9. أحمد سعيد بيوض التميمي/ عضو هيئة عامة ومجلس إدارة رام الله.
10. حسين رجا عبد الرزاق فقهاء/ عضو هيئة عامة رام الله.

بصفتهم أعضاء مجلس إدارة جمعية المجلس الفلسطيني للإسكان وأعضاء الهيئة العامة في المجلس الفلسطيني للإسكان وعنوانهم جميعاً رام الله.

وكيلهم المحامي فهد الشويكي/ رام الله

المستدعى ضدهم: 1. وزير الداخلية بالإضافة لوظيفته بواسطة عطوفة النائب العام بالإضافة لوظيفته.

2. الهيئة العامة المعينة من المستدعى ضده الأول بموجب كتاب وزارة الداخلية رقم 2010/1584 وهم:

1. مازن أبو السعود	15. نجاد صالح عنام	29. رائد سعادة	43. تيسير مشتهى
2. عماد الدين أمين صبري	16. د. عطية محمد مصلح	30. إبراهيم برهم	44. نبيل عياد
3. د. رفيق أبو عياش	17. خالد برهم	31. ريما عرفات	45. محمد أحمد الوزير
4. جمال طلب	18. غسان راتب فارس	32. أحمد تركي اعديله	46. محمد زكريا الآغا
5. عبد الناصر عجاوي	19. غسان الدويك	33. علاء باغي	47. د. محمد العيلة
6. علي عريقات	20. م. عبد المغني نوفل	34. رفعت صالح	48. خالد قحمان
7. توفيق البديري	21. علاء الأشهب	35. أديب سليمان النبالي	49. سعد الدين خرما
8. رائد رضوان	22. سامح الجدع	36. د. نجاة الأسطل	50. حاتم أبو شعبان
9. هشام العمري	23. فؤاد الدقاق	37. كمال عبد الفتاح	51. د. ماجد أبو رمضان

الكاتب.دقق

م.ع

الرئيس

دعوى عدل عليا
رقم: 2013/48

10. أحمد صالح
11. خالد زيدان
12. ياسين أبو السعود
13. سمير جبريل
14. نبيل العرف
24. إبراهيم دعيبس
25. رضا عباس
26. موسى جويد
27. مازن ذيب
28. هاني أبو دياب
38. سيمون كويا
39. د. سميح العبد
40. تميم الريماوي
41. م. هشام كحيل
42. الياس أنطون دعيق
52. محمد زيادة

بواسطة رئيس مجلس الإدارة المعين الدكتور سميح العبد / البيرة

3. مجلس إدارة المجلس الفلسطيني للإسكان المعين والمعتمد كمجلس إدارة واللجنة المالية بموجب كتاب وزارة الداخلية رقم 8485 بتاريخ 2012/12/26 وهم:

1. سميح حسين عبد كراكرة
2. سعد الدين عبد الرحمن سعد خرما
3. سمير مصطفى جبريل سليمان
4. رقعت أحمد علي صالح
5. أحمد عديلي
6. هاني محمد أبو دياب
7. نجاة الأسطل
8. ريما هاني توفيق سالم عرفات
9. محمد زكريا سعد الأغا
10. هشام محمود يوسف كحيل
11. عبد المغني عبد الحافظ نوفل
12. هشام إبراهيم العسري
13. محمد أحمد مصطفى الوزير

ويمثلهم رئيس مجلس الإدارة الدكتور سميح حسين عبد كراكره/ البيرة

الإجـــــراءات

بتاريخ 2013/2/24 تقدم المستدعون بواسطة وكيلهم بهذه الدعوى للطعن في القرار الصادر عن المستدعى ضده الأول وزير الداخلية بالإضافة لوظيفته والصادر بتاريخ 2013/1/30 الذي يحمل رقم 304 والمتضمن رفض طلب الجهة المستدعية من اجل تنفيذ قرار محكمة العدل العليا بالقضية رقم 2009/194 والصادر عن محكمة العدل العليا بتاريخ 2012/12/10 والمتضمن إلغاء قرار المستدعى ضده الأول رقم (2009/72).

الكاتب دقق
م.ع

الرئـيس

دعوى عدل عليا
رقم: 2013/48

يستند المستدعون في طعنهم الى ان القرار المطعون فيه مخالف للأصول والقانون ومشوب بعيب التعسف في استعمال السلطة .

في جلسة 2013/2/25 كرر وكيل المستدعين لائحة الطعن وقدم بينته ضمن حافظة مستندات المبرز (ع/1) وختم بينته .

وفي جلسة 2013/3/4 أصدرت المحكمة مذكرة للمستدعى ضدهم لبيان الأسباب التي أدت الى إصدار القرارات المطعون فيها و/أو بيان ما يحول دون إلغاءها وفي حال المعارضة تقديم لائحة جوابية ضمن المدة القانونية .

بتاريخ 2013/3/24 قدم المحامي نبيل مشحور بوكالته عن المستدعى ضدهم الثانية والثالثة لائحة جوابية طلب في نتيجتها رد الدعوى .

بتاريخ 2013/4/1 قدم مساعد النائب العام ممثلاً عن المستدعى ضده الأول لائحة جوابية طلب في نتيجتها رد الدعوى .

في جلسة 2013/5/8 كرر رئيس النيابة العامة اللائحة الجوابية كما كرر وكيل المستدعى ضدهما الثانية والثالثة اللائحة الجوابية وقدم مساعد النائب العام بينته ضمن حافظة مستندات المبرز (ن/1) وختم بينته كما قدم وكيل المستدعى ضدهما الثانية والثالثة بينته ضمن حافظة مستندات المبرز (ع/1) وختم بينته وطلب اعتبار لائحة الدعوى مرافعة له كما قدم رئيس النيابة العامة بالاشتراك مع المحامي نبيل مشحور مرافعة مشتركة طلبا فيها رد الدعوى .

الكاتب دقق
م.ع

الرئيس

دعوى عدل عليا
رقم: 2013/48

وقد جاء في لائحة الدعوى :-

اولاً: كانت الجهة المستدعية قد تقدمت لدى محكمة العدل العليا بالطعن رقم 2009/194 وذلك للطعن بالقرار الصادر عن المستدعى ضده الأول الذي يحمل رقم 2009/72 والمتضمن تشكيل لجنة ادارية وتحضيرية لجمعية المجلس الفلسطيني للاسكان وبعد سنوات طويله من التقاضي وبتاريخ 2012/12/10 صدر قرار عن محكمة العدل العليا بالطعن 2009/194 بإلغاء قرار المستدعى ضده الأول مما يرتب شل كافة الآثار المترتبة عليه ومنها تعين الهيئة العامة والهيئة الإدارية المستدعى ضدهم الثانية والثالثة في هذا الطعن.

ثانياً: فور صدور القرار المذكور توجه المستدعين الى المستدعى ضده الأول والى النائب العام طالبين تنفيذ القرار رقم 2009/194 الا ان المستدعى ضده الأول أصر على عدم تنفيذ القرار 2009/194 عدل عليا وأصدر قراره المطعون فيه .

المحكمة

بالتدقيق والمداولة وبعد الاطلاع على لائحة الدعوى واللائحة الجوابية والبينات المقدمة وسماع مرافعات الاطراف تجد المحكمة انه قد استقر الفقه والقضاء على ان الهدف من دعوى الإلغاء التي تقدم لدى محكمة العدل العليا هو إلغاء القرار المطعون به كلياً او جزئياً وهذا لا يعني بالتأكيد ان كل دعوى تقدم لدى محكمة العدل العليا انها مقبولة شكلاً فكثيراً من الحالات يقرر القضاء الإداري رد الدعوى شكلاً اذا تخلف احد الشروط الشكلية لقبولها او ردها موضوعاً اذا تبين ان القرار الطعين متفق وأحكام القانون أو الحكم بإلغائه كلياً او جزئياً اذا تبين للقاضي مخالفة القرار للقانون وان صلاحيات القاضي الإداري في منازعات الإلغاء تقتصر على إلغاء القرار المطعون به كلياً او جزئياً وعليه لا يملك القاضي استناداً لمبدأ الفصل بين الإدارة العامة والقضاء الإداري اصدر أوامر للإدارة للقيام بعمل او الامتناع عن عمل وهذا

الكاتب.دقق
م.ع

الرئيس

دعوى عدل عليا
رقم: 2013/48

يعني انه لا يحق للقاضي الإداري ان يحل محل الإدارة لإصدار القرار السليم كما لا يملك تعديل قرارها فكل ما يملكه في هذا الشأن هو إلغاء القرار المطعون فيه فقط _ وبما ان القرار المطعون به في هذه الدعوى ينصب على رفض المستدعى ضده الأول تنفيذ قرار محكمة العدل العليا بالقضية رقم 2009/194 حسب ما هو مبين أعلاه فان المحكمة تود ان توضح انه بجانب اعتبار امتناع الإدارة عن تنفيذ حكم الإلغاء عمل غير مشروع فان منازعات تنفيذ احكام الالغاء تتدرج وفق قضاء محكمة العدل العليا ضمن اختصاص القضاء النظامي لان محكمة العدل العليا بحكم وظيفتها القضائية لا تملك صلاحية الزام الادارة بتنفيذ القرارات الصادرة عنها وان المنازعة حول التنفيذ من عدمه يدخل ضمن اختصاص المحاكم النظامية (قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم 98/426 صفحة 1789 سنة 1999 و 98/441 صفحة 2918 سنة 1999) الامر الذي يستوجب رد الدعوى لعدم الاختصاص .

<u>لهذه الأسباب</u>

تقرر المحكمة رد الدعوى .

قراراً صدر وتلي علناً باسم الشعب العربي الفلسطيني وأفهم في 2013/10/30

الكاتب دلق
م.ع

الرئيس

2013/48

تعليق المحامي الدكتور محمود علي الرشدان
النائب الأول لرئيس محكمة التمييز الأردنية سابقاً
نائب رئيس محكمة العدل العليا الأردنية سابقاً

المقدمة:

لا تنحصر وظيفة الدولة في البناء المتكامل في هيكلية الدولة ووضع التشريعات من قوانين وأنظمة وتعليمات وإصدار القرارات الإدارية لتيسير سير المرافق العامة فحسب وإنما الأمر الأهم يكمن في تنفيذ هذه التشريعات والعمل على توافر مبدأ المشروعية وسيادة القانون حيث أنهما السياج المنيع لحماية حقوق الإنسان وحرياته.

والمقصود بمبدأ المشروعية أن تخضع الدولة بكامل بنيانها وهيئاتها والعاملين فيها والأفراد المقيمين على أرضها لأحكام القانون، وألا تخرج عن حدوده ولما كان للإدارة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين والأنظمة حق إصدار القرارات الإدارية وأن المشرع إفترض قيام حالات تنازع ما بين الإدارة والعاملين لديها والمتعاملين معها لذلك أعطيت الإدارة الحق بإعادة صياغة القرار الإداري وتعديله أو إسترداه أو إلغاءه إذا إقتضت الضرورة والمصلحة العامة ذلك حفاظاً على أصحاب الحقوق والمتضررين من هذه القرارات , وفي حالة رفض الإدارة الرجوع إلى الصواب وتعديل قراراتها أو إلغاءها أعطى المشرع كل متضرر من قراراتها حق اللجوء إلى القضاء للقيام بهذه المهمة .

وبالرقابة القضائية على أعمال الإدارة تكتمل عناصر دولة القانون, ويشكل القضاء الإداري في الدول التي تعمل به ركيزة أساسية في حماية المشروعية وضمان إحترام حقوق الإنسان وحرياته من تعدي الإدارة وتعسفها بإستعمال سلطتها في غير الغرض الذي شرع لها أو مخالفتها للقانون .

ومما تجدر الإشارة إليه أن القضاء الإداري قضاء إنشائي إبداعي فهو الذي يصنع القاعدة القانونية حيث لا تحكمه النصوص القانونية للوصول إلى الترضية القضائية

بما يحقق عدالة الأطراف, ويتمتع القرار القضائي بحجية الشيء المقضي به يوجب على الأفراد إحترام الحكم وتنفيذه , كما يتوجب على الإدارة أن تحترم الحكم وتعمل طوعاً علـى تنفيذه سـواء صدر الحكم لصالحها أو لصالح الأفـراد فالإدارة في كلتا الحالتين ملزمة بتنفيذ حكم القضاء.

وتجدر الإشـارة إلى أن إمتناع الإدارة عن تنفيذ الحكم الصادر عن القضاء الإداري أو غيـره يشـكل جريمة يعاقب عليها القانون، ويوجـب ملاحقة الجهة الإدراية الممتنعة عن تنفيذ الحكم القضائي جزائياً وأنه يكون عرضة لإقامة دعوى مدنية لمطالبة الإدارة بالتعويـض عـن الضررين المادي والأدبي، إلا أن إمتناع الإدارة عن تنفيذ الحكم الصادر عن محكمة العدل العليا له خاصية معينة فإن ضرب الإدارة للقرارات القضائية بعرض الحائط والإستخفاف بها تعتبر نكسة للديمقراطية ومبدأ سيادة القانون والشرعية في دولة تدعي أنها دولة قانون.

وإن إمتنـاع الإدارة عن تنفيـذ الأحكام القضائية الصادرة عن محكمة العدل العليا يعتبر قراراً إدارياً يقبل الطعن بالإلغاء، وذلك لتحجيم دور الإدارة في تجاوز سـلطاتها وخرقها للقانون، فلا يجوز لها أن تخرق القانون وتهدر مبدأ المشـروعية مرتين، الأولى عنـد إصدارها قراراتها غير المشـروعة والثانيـة عند رفضها تنفيذ حكم المحكمة التي أبطلت أو ألغت ذلك القرار غير المشروع، ويجب أن تبقي مراقبة القرار الإداري في يد القضـاء الإداري في الأولـى والثانية حفاظاً على قـوة القضاء الإداري وكرامته وهيبته، وأن عمـل الإدارة بالإمتنـاع عـن تنفيذ قرار محكمة العدل العليا الفلسـطينية هو بحد ذاته عدم الإعتراف منها بسـلطة نص عليها الدسـتور وهذا يجد له صدى في الدستور الفلسطيني حيث تنص المادة (93) من الدستور الفلسطيني لعام 2002 على ما يلي:

((يجوز بقانون إنشاء محاكم إدارية للنظر في المنازعات الإدارية والدعاوى التأديبية ويحدد القانون الإختصاصات الاخرى)).

فالدسـتور الفلسـطيني قرر إنشاء قضاء إداري مستقل للنظر في المنازعات الإدارية وجعل أي نزاع إداري يدخل ضمن إختصاص القضاء الإداري، وهذا ما نصت عليه الماده 6/33 من قانون محكمة العدل العليا الفلسطينية.

وبموجب نص الدستور الفلسطيني فإننا نجد أن المادة (33) من قانون محكمة العدل العليا الفلسطينية الباحثة في إختصاصات هذه المحكمة قد نصت في الفقرة (5) منها ((على أن رفض الجهة الإدارية أو إمتناعها عن إتخاذ أي قرار كان يجب إتخاذه وفقاً لأحكام القوانين أو الأنظمة المعمول بها)).

فلا يجوز لمحكمة العدل العليا التي إنتهكت الإدارة حرمة قراراتها أن تقلل من هيبتها أمام صراحة النصوص وتتنصل من إختصاصها وكأنها تؤيد الإدارة ضمناً في عملها، وتقول بإن الإختصاص بنظر رفض الإدارة لقراراتها يقع ضمن إختصاص القضاء المدني مشيراً إلى ما ذكرته آنفاً بأن القضاء الإداري هو قضاء إبداعي خلاق يصنع القاعدة القانونية ولا تحكمه النصوص القانونية.

وإن التعليق على حكم محكمة العدل العليا الفلسطينية رقم 2013/48 يقتضي في ضوء ما بيناه الوقوف على وقائع الدعوى، واستعراض البينات الواردة فيها ومنطوق الحكم فيها على النحو التالي:

أولاً: وقائع الدعوى

أقام المستدعون:

1. جمعية المجلس الفلسطيني للإسكان بواسطة ممثلها القانوني رئيس الهيئة الإدارية المحامي إبراهيم محمد محمود شعبان.
2. الهيئة العامة الشرعية للمجلس الفلسطيني للإسكان.
3. المحامي إبراهيم محمد محمود شعبان بصفته عضو هيئة عامة في جمعية المجلس الفلسطيني للإسكان وبصفته رئيس مجلس إدارة المجلس الفلسطيني للإسكان.
4. المهندس نشأت بهجت فطين طهبوب / عضو هيئة عامة ومجلس إدارة رام الله.
5. المهندس إبراهيم عبد العزيز عمر / عضو هيئة عامة ومجلس إدارة رام الله.
6. المهندس نبيل بدر جوزيف ترزي / عضو هئية عامة ومجلس إدارة رام الله.
7. المحامي سليمان محمود موسى أبو سنينة / عضو هيئة عامة ومجلس إدارة رام الله.
8. عبد الله سعيد ناجي عبد الله / عضو هيئة عامة رام الله.

9. أحمد سعيد بيوض التميمي / عضو هيئة عامة ومجلس إدارة رام الله.

10. حسين رجا عبد الرزاق فقهاء / عضو هيئة عامة رام الله.

بصفتهم أعضاء مجلس إدارة جمعية المجلس الفلسطيني للإسكان وأعضاء الهيئة العامة في المجلس الفلسطيني للإسكان وعناونهم جميعاً رام الله.

وكيلهم المحامي فهد الشوبكي / رام الله.

هذه الدعوى بمواجهة المستدعى ضدهم:

1. وزير الداخلية بالإضافة لوظيفته يمثله عطوفة النائب العام بالإضافة لوظيفته.
2. الهيئة العامة المعينة من المستدعى ضده الأول بموجب كتاب وزارة الداخلية رقم 2010/1584 وهم:

1. مازن أبو السعود
2. عماد الدين أمين صبري
3. د.رفيق أبو عياش
4. جمال طلب
5. عبد الناصر عجاوي
6. علي عريقات
7. توفيق البديري
8. رائد رضوان
9. هشام العمري
10. أحمد صالح
11. خالد زيدان
12. ياسين أبو السعود
13. سمير جبريل
14. نبيل العرف
15. نجاد صالح عنام
16. د.عطيه محمد مصلح
17. خالد برهم
18. غسان راتب فارس
19. غسان الدويك
20. م.عبدالمغني نوفل
21. علاء الأشهب
22. سامح الجدع
23. فؤاد الدقاق
24. إبراهيم دعيبس
25. رضا عباس
26. موسى جويد
27. مازن ذيب
28. هاني أبو دياب
29. رائد سعادة
30. إبراهيم برهم
31. ريما عرفات
32. أحمد تركي أعديله
33. علاء ياغي
34. رفعت صالح
35. أديب سليمان النبالي
35. أديب سليمان النبالي
36. د.نجاة الأسطل
37. كمال عبد الفتاح
38. سيمون كوبا
39. د.سميح العبد
40. تميم الريماوي
41. د.ماجد أبو رضوان
42. إلياس أنطون دعيق
43. تيسير مشتهى
44. نبيل عياد
45. محمد أحمد الوزير
46. د.محمد زكريا الآغا
47. د.محمد العيلة
48. خالد قحمان
49. سعيد الدين خرما
50. حاتم أبو شعبان
51. م.هشام كحيل
52. محمد زيادة
52. محمد زيادة

بواسطة رئيس مجلس الإدارة المعين الدكتور سميح العبد /البيرة.

3. مجلس إدارة المجلس الفلسطيني للإسكان المعين والمعتمد كمجلس إدارة واللجنة المالية بموجب كتاب وزارة الداخلية رقم 8485 بتاريخ 2012/12/26 وهم:

1. سميح حسين عبد كراكرة
2. سعد الدين عبدالرحمن سعد خرما
3. سمير مصطفى جبريل سليمان
4. رفعت أحمد علي صالح
5. أحمد عديلي
6. هاني محمد أبو دياب
7. نجاة الأسطل
8. ريما هاني توفيق سالم عرفات
9. محمد زكريا سعد الآغا
10. هشام محمود يوسف كحيل
11. عبدالمغني عبدالحافظ نوفل
12. هشام إبراهيم العمري
13. محمد أحمد مصطفى الوزير

ويمثلهم رئيس مجلس الإدارة الدكتور سميح حسين عبد كراكره /البيرة.

ثانياً: القرار المطعون عليه

القرار الصادر عن المستدعى ضده الأول وزير الداخلية بالإضافة لوظيفته والصادر بتاريخ 2013/1/30 الذي يحمل الرقم (304) المتضمن رفض طلب الجهة المستدعية بتنفيذ قرار محكمة العدل العليا رقم 2009/194 الصادر عن محكمة العدل العليا بتاريخ 2012/12/10 المتضمن إلغاء قرار المستدعى ضده الأول رقم 2009/72.

ثالثاً: أسباب الطعن

يستند المستدعون في طعنهم إلى أن القرار المطعون عليه مخالف للأصول والقانون ومشوب بعيب التعسف في إستعمال السلطة.

رابعاً: الإجراءات المتبعة في الدعوى

في جلسة 2013/2/25 كرر وكيل المستدعين لائحة الطعن وقدم بينته ضمن حافظة مستندات المبرز (ع/1) وختم بينته.

وفي جلسة 2013/3/4 أصدرت المحكمة مذكرة للمستدعى ضدهم لبيان الأسباب التي أدت إلى إصدار القرارات المطعون فيها و/أو بيان ما يحول دون إلغاءها وفي حالة المعارضة تقديم لائحة جوابية ضمن المدة القانونية.

بتاريخ 2013/3/24 قدم المحامي نبيل مشحور بوكالته عن المستدعى ضدهم الثانية والثالثة لائحة جوابية طلب بنتيجتها رد الدعوى.

بتاريخ 2013/4/1 قدم مساعد النائب العام ممثلا عن المستدعى ضده الأول لائحة جوابية طلب بنتيجتها رد الدعوى.

في جلسة 2013/5/8 كرر رئيس النيابة العامة اللائحة الجوابية كما كرر وكيل المستدعى ضدهما الثانية والثالثة اللائحة الجوابية، وقدم مساعد النائب العام بينته ضمن حافظة مستندات المبرز (ن/1) وختم بينته كما قدم وكيل المستدعى ضدهما الثانية والثالثة بينته ضمن حافظة مستندات المبرز (ع/1) وختم بينته وطلب اعتبار لائحة الدعوى مرافقة له كما قدم رئيس النيابة العامة بالإشتراك مع المحامي نبيل مشحور مرافعة مشتركة طلب فيها رد الدعوى.

خامساً: المحكمة

لقد بينت المحكمة في قرارها محل التعليق مبررات الحكم وأسبابه حيث جاء في حيثياته ما يلي:

بالتدقيق والمداولة وبعد الإطلاع على لائحة الدعوى واللائحة الجوابية والبينات المقدمة وسماع مرافعات الأطراف، تجد المحكمة أنه قد إستقر الفقه والقضاء على أن الهدف من دعوى الإلغاء التي تقدم لدى محكمة العدل العليا هو إلغاء القرار المطعون به كلياً أو جزئياً، وهذا لا يعني بالتأكيد أن كل دعوى تقدم لدى محكمة العدل العليا أنها مقبولة شكلاً، فكثيراً من الحالات يقرر القضاء الإداري رد الدعوى شكلاً إذا تخلف أحد الشروط الشكلية لقبولها أو ردها موضوعاً إذا تبين أن القرار الطعين متفق وأحكام القانون أو الحكم بإلغائه جزئياً إذا تبين للقاضي مخالفة القرار للقانون، وأن صلاحيات القاضي الإداري في منازعات الإلغاء تقتصر على إلغاء القرار المطعون به كلياً أو جزئياً، وعليه لا يملك القاضي إستناداً لمبدأ الفصل بين الإدارة العامة والقضاء الإداري أصدر أوامر للإدارة للقيام بعمل أو الإمتناع عن عمل وهذا يعني أنه لا يحق للقاضي الإداري أن يحل محل الإدارة لإصدار القرار السليم كما لا يملك تعديل قرارها فكل ما يملكه في

هذا الشأن هو إلغاء القرار المطعون فيه فقط وبما أن القرار المطعون به في هذه الدعوى ينصب على رفض المستدعى ضده الأول تنفيذ قرار محكمة العدل العليا بالقضية رقم 2009/194 حسب ما هو مبين أعلاه فإن المحكمة تود أن توضح أنه بجانب إعتبار إمتناع الإدارة عن تنفيذ حكم الإلغاء عمل غير مشروع فإن منازعات تنفيذ أحكام الإلغاء تندرج وفق قضاء محكمة العدل العليا ضمن إختصاص القضاء النظامي، لأن محكمة العدل العليا بحكم وظيفتها القضائية لا تملك صلاحية إلزام الإدارة بتنفيذ القرارات الصادرة عنها وأن المنازعة حول التنفيذ من عدمه يدخل ضمن إختصاص المحاكم النظامية (قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم 98/426 صفحة 1789 سنة 1999 و 98/441 صفحة 2918 سنة 1999) الأمر الذي يستوجب رد الدعوى لعدم الإختصاص.

سادساً: نتيجة الحكم

خلصت المحكمة في ضوء البينات والمبررات المقدمة إلى رد الدعوى.

سابعاً: التعليق على الحكم

في بادئ الأمر وأول الملاحظات على هذه الدعوى هي أنها مقدمة بصورة لا تتفق وموجبات الدعوى الإدارية، ولما كانت دعوى الإلغاء دعوى عينيه تتضمن مخاصمة القرار الإداري المعيب بسبب مخالفته للقانون والتوصل إلى إلغاءه، ولا تقوم على مخاصمة أفراد والرقابة تنحصر على القرار الإداري المطعون عليه وينحصر أثرها على إلغاء القرار فقط، ولكنها تقام على مصدر القرار المطعون عليه، ولما كان المستدعون قد أقاموا الدعوى ضد وزير الداخلية وهو مصدر القرار المطعون عليه وعلى الهيئة العامة المعينة من قبل المستدعى ضده وزير الداخلية بموجب كتابه رقم 2010/1584 وهم المستدعى ضدهم وهم من 1-52 ومجلس إدارة المجلس الفلسطيني للإسكان المعين والمعتمد كمجلس إدارة واللجنة المالية بموجب كتاب وزارة الداخلية رقم (8485) تاريخ 2012/12/26 وهم من 1-13 فإن إقامتها على المستدعى ضدهم (2) و(3) مخالفة للقانون لأنهم لم يصدروا القرار المطعون عليه ولم يشتركوا في إصداره، فإذا كانت خصومتهم صحيحة في الدعوى الأولى رقم 2009/194 فإنها غير صحيحة في هذه الدعوى ولا يتنصبوا خصوماً فيها

ولما كانت الخصومة من النظام العام وللمحكمة من تلقاء نفسها أن تتعرض لهذا الموضوع ولــو لــم يثره الخصــوم فقد كان على المحكمة أن ترد الدعوى عنهم شــكلاً لعدم صحة الخصومة وحصرها في المستدعى ضده وزير الداخلية بإعتباره مصدر القرار المطعون عليه وأن المحكمة قد أغفلت هذا الأمر ولم تبحثه في قرارها إطلاقاً.

أمــا الملاحظــة الثانية فإنهــا تتمثل في أن محكمة العدل العليا قد خلطت في قرارها محل التعليق بين وظيفة محكمة العدل العليا ببسط رقابتها القضائية على أعمال الإدارة من خلال دعوى الإلغاء التي وجدت لحماية مبدأ المشروعية أي مبدأ الخضوع للقانون وبين أن محكمة العدل العليا لا تملك من خلال قرارتها القضائية توجيه الإدارة وكيفية ترتيــب وتنفيــذ أحكامها وأن يحل القضاء الإداري محل الإدارة، وهذا الخلط غير وارد وإستدلال المحكمة في غير محله ويعتبر قرارها بهذا الصدد إنتهاكاً لإختصاصها الولائي الذي نص عليه الدســتور الفلســطيني في الماده (93) منه ((يجوز بقانون إنشــاء محاكم إدارية للنظر في المنازعات الإدارية....)).

وقد أحسن المشرع الدستوري الفلسطيني حينما نص في المادة (97) منه ((الأحكام القضائية واجبة التنفيذ والإمتناع عن تنفيذها على أي نحو جريمة يعاقب عليها القانون بالحبس والعزل من الوظيفة إذا كان المتهم موظف عاماً....)).

ونصت المادة 5/33 من قانون محكمة العدل العليا الفلسطينية أن من بين إختصاصاتها ((رفــض الجهــة الإدارية أو إمتناعهــا عن إتخاذ أي قرار كان يجب إتخاذه وفقاً لأحكام القانونين والأنظمة العمول بها)).

وإن رفض الإدارة تنفيذ قرار محكمة العدل العليا يعتبر قراراً إدارياً أوجب الدستور والقانــون علــى الإدارة بمجرد إعلانها بقرار قضائي أن تقوم بإلتزامها بالتنفيذ الكامل لمقتضى القرار وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل صدور القرار الملغي لأن القرار الملغي يعني إعدامه والمعدوم لا وجود له في الواقع لأن المعدوم قانوناً كالمعدوم حساً.

وفضلاً عن ذلك فإن إمتناع الإدارة عن تنفيذ قرار محكمة العدل العليا هو بحد ذاته إنتهاكاً للدستور وعدم إعتراف منها بسلطة نص عليها الدستور، حتى ولو كان فعلاً الإمتناع عن تنفيذ القرار القضائي عملاً غير مشروع ويشكل جريمة يعاقب عليها القانون، وهذا يأتي من باب

المحافظة على هيبة القضاء وقداسة قراراته ولا يعني بأي حال من الأحوال نزع إختصاص محكمة العدل العليا من مراقبة أعمال الإدارة المناط بها ولاية الفصل في سلامة القرارات الإدارية بموجب أحكام الدستور وليس ثمة جهة أخرى يمكن أن تنازعها هذا الإختصاص أو تنتحله لنفسها، إلا أن إمتناع الإدارة عن تنفيذ قرار محكمة العدل العليا يبقى قراراً إدارياً يقبل الطعن بالإلغاء، فدعوى الإلغاء هي دعوى موجهة ضد القرارات الإدارية التي تصدرها السلطات الإدارية وتخرج فيها على ضوابط مبدأ المشروعية وقراراتها تكون قطعية وحجة على الكافة وإلا فلا فائدة لقضاء لا نفاذ لأحكامه.

أما ما ذهبت إليه محكمة العدل العليا الفلسطينية بالإستشهاد لصحة قرارها بقرارين لمحكمة العدل العليا الأردنية وهما رقم 98/426 و 98/441 وردت دعواها بناءً على ذلك فهو إستشهاد في غير محله حيث أن محكمة العدل العليا الأردنية وعندما كنت نائباً للرئيس قد رجعت عن هذين القرارين.

فقد جاء في قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم 2008/107 تاريخ 2008/5/28 (هيئة عامة) ما يلي:

((نجد أن رئيس النيابة العامة الإدارية قد أثار دفعاً مفاده أن الدعوى مستوجبة للرد شكلاً فيما يتعلق بالقرار المطعون فيه الأول لعدم الإختصاص)).

وفي ذلك نجد أن القرار الصريح والضمني بعدم تنفيذ أحكام محكمة العدل العليا من جهة الإدارة هو قرار إداري نهائي يقبل الطعن بالإلغاء لدى محكمة العدل العليا، ذلك أن إمتناع الإدارة عن تنفيذ قرار محكمة العدل عليا يشكل قراراً إدارياً يقبل الطعن بالإلغاء، على الرغم من أن محكمة العدل العليا لا ترتب في قرارها ما يجب على الإدارة عمله في حالة إلغاء القرار الإداري المعيب ولا تلتزم الإدارة بتنفيذه، إلا أن قرارها بإلغاء القرار الإداري المعيب يعدم القرار ويشل آثاره ويعتبر كأن لم يكن وتعود الأمور إلى ما كانت عليه قبل صدوره، فإذا إمتنعت الإدارة عن تنفيذه فإن من حق محكمة العدل العليا أن تبسط رقابتها على مشروعية هذا القرار أو عدم مشروعيته مما يجعل هذا الدفع غير وارد ويتعين رده)).

انظر أيضاً بهذا الصدد قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم 2008/140 تاريخ 2008/6/23 (هيئة خماسية).

2013/48

تعليق المحامي الاستاذ الدكتور أحمد السيد موسى

أستاذ في كلية الحقوق جامعة طنطا

والمحامي لدى محكمة النقض والدستورية والإدارية العليا / مصر

تعقيب حول قضاء محكمة العدل العليا - دولة فلسطين، الصادر بناحية (رام الله) في دعوى العدل العليا رقم 2013/48 بتاريخ 2013/10/30، والقاضى برد الدعوى، والمقامة من المستدعون: جمعية المجلس الفلسطيني للاسكان وآخرين (والبالغ عددهم عشرة من السادة أعضاء مجلس ادارة جمعية المجلس الفلسطيني للاسكان وأعضاء الهيئة العامة في المجلس الفلسطيني للاسكان ومحلهم جميعا رام الله)، ضد المستدعى ضدهم: السيد وزير الداخلية بالاضافة لوظيفته (بصفته الوظيفية) وآخرين من أعضاء الهيئة العامة المعينة أو المشكلة من سيادته، بقراره الإداري رقم 1584/ 2010 (وعددهم 52 عضوا؛ وفي مواجهة أو بواسطة رئيس مجلس إدارتها المعين المقيم بناحية البيرة)، وكذا أعضاء مجلس إدارة المجلس الفلسطيني المعين والمعتمد كمجلس إدارة واللجنة المالية بموجب كتاب وزارة الداخلية رقم 8485 بتاريخ 2013/12/26 (وعددهم 13 عضوا وفى مواجهة رئيس مجلس الادارة المقيم بدوره ناحية البيرة).

الوقائع (موضوع المنازعة) والتعقيب بالرأى القانوني:-

1. فى عام 2009 قام السيد وزير الداخلية الفلسطيني (بالاضافة لوظيفته أو بصفته الوظيفية هذه) بإصداره لقراره الاداري رقم 72 لنفس السنة، والخاص أو المتعلق أو المتضمن تشكيل لجنة إدارية وتحضيرية لجمعية المجلس الفلسطينى للاسكان، الامر الذي مثل للمستدعين (المشار الى صفاتهم بعاليه) مخالفة للقانون ومساسا بمصالح الهيئات العامة التي يمثلونها ويتشاركون في عضوياتها، فكان الطعن عليه بالالغاء أمام محكمة العدل العليا صاحبة الاختصاص، بالقضية رقم 194 لسنة 2009 والتي قضت في 2012/12/10 (وبعد سنوات طويلة من التقاضي على حد

تعبيـر المحكمـة) بالغاء القـرار الطعين لوزير الداخلية والذي حمل رقم 72 لسـنة 2009 (المشار اليه انفاً) - وذلك بعد قبول الدعوى شكلا (بالطبع) - وما يترتب على ذلك من شل كافة الاثار المترتبة عليه ومنها (أو أخصها)، تعيين الهيئة العامة والهيئة الإدارية (المسـتدعى ضدهما الثانى والثالث في هذا الطعن محل التعقيب، ومحل أو موضوع قرار وزير الداخلية رقم 72 لسنة 2009 (محل الطعن او الالغاء المذكور).

تعقيب:

هـذا وتخلـو أوراق الدعوى وحيثيات حكمها من أية اشـارة الى أسـباب أو بواعث إصدار هذا القرار الاداري عن السيد وزير الداخلية.

2. وفور صدور القرار (الحكم الحائز لقوة الشيء المقضي به) عن محكمة العدل العليا للسـلطة القضائية لدولة فلسـطين (أي عن جهة صاحبة اختصاص أصيل ووحيد) في الطعن سالف الذكر او القضية رقم 194 لسنة 2009، توجه المستدعون لتنفيذه؛ سـواء إلى المسـتدعى ضده الاول / وزير الداخلية (بصفته الوظيفية أو بالاضافه لوظيفته) او للنائب العام (بصفته الوظيفية واختصاصه وفقا لنص المادة 16 / بندا مـن قانـون أصول المحاكمات المدنيـة والتجارية رقم 2001/2) وعلى مدى زمني لا يتجاوز ايام؟ دون جدوى أو استجابة أو إمتثال والتزام بالاحكام القضائية النهائية واجبة التنفيذ فورا لحيازتها لقوة الامر المقضي به واشتمالها عنوان الحقيقة.

3. ولـم يقتصـر الامر على امتناع الطرف الملتزم بالتنفيـذ لهذ الحكم القضائي (وهو السـيد وزيـر الداخلية، بصفته أو بالاضافة لوظيفتـه) بل أنه كان قد أصدر قرارا إداريـاً في 2013/1/30 تحـت رقم 304، يتضمن رفض تنفيذ قرار أو حكم محكمة العدل العليا بالقضية رقم 194 لسنة 2009، والمؤرخ 2012/12/10، والمتضمن الغاء قراره السـابق رقم 72 / 2009؟! (وقد خلا الحكم الحالي من الإشـارة - وللمرة الثانية - إلي بواعث هذا القرار الخطير وأسبابه، والذي اعتدت به السلطة التنفيذية علي سلطة وإختصاص قرينتها القضائية)، وبعد مجرد أيام من صدور الحكم الأول؟

وهــو الأمر الذي دعا المســتدعون إلي اقامــة طعنهم الحالي في 2013/2/24 برقم 2013/48.

4. تداولت جلسات هذا الطعن الأخير حتي جلسة 2013/10/30 (وهي فترة قصيرة نســبية)؛ عندما قررت المحكمة رد الدعــوي (رفضها)؟!، لعدم اختصاصها؟ بنظر الدعــوى أو القضيــة من دون المحاكم النظامية صاحبة الأختصاص الأصيل بنظر منازعات التنفيذ التي تتعلق بها القضية، حيث لا تملك محكمة العدل العليا الفصل فيها أو نظرها بصفتها هذه المتعلقة بالتنفيذ، خاصاً بعد اســتنفاذ ولايتها بصدور حكمها في القضية 1994 لسنة 2009.

تعقيب:

- **اولا:** تنــاول الحكــم (محــل التعقيب) وفي تفصيل محمود ســردا لوقائع الجلســات المادية إبان تداولها، عانيا بالاشارة او الذكر للحضور من المتخاصمين وما كان يقدم منهم من مذكرات دفاع او لوائح وجوبية عدا بيانتهم من حوافظ مستندات في هذه الجلسات.
- الا ان الحكم (ومع عنايته الغير لازمة بهذه الامور قليلة الاهمية) كان قد اغفل تماماً اســتعراض أو ذكر أو حتى الاشــارة الى هذه المســتندات التى تضمنتها الحوافظ، كإغفالــه التــام للرد او التعقيب (رفضــا او قبولا) لما ابداه الخصوم من دفوع ودفاع حــول المنازعــة، وتضمنتها لوائحهم الوجوبية او مذكرات دفاعهم التي أشــير إليها كواقعــات تاريخية فقــط دون تفصيل؟! فظهرت الخصومة القانونية الموضوعية في غموض والتباس لا تقدم للمتابع من رجال القانون نفعاً.
- وعــدا أن هــذا الامر يعد اخلالا بحــق الدفاع لكلا طرفي التداعي، كما يعد في حد ذاته سببا من أسباب الطعن في الأحكام أمام الدرجات القضائية الأعلى (بشكل عام؛ ووصولا إلى هذه المحكمة التى تعد قمة الهرم القضائي التنظيمي) فان إغفال هذا الأمر واسقاطه كان قد أخل بشكل كامل وتام في ادراك المبادئ القضائية التي كان يمكن لمحكمتنا العليا أن ترســيها وترســخها، تستهدى بها المحاكم والمتقاضين امام

كافة درجات التقاضي فيما بعد وصولا الى محكمة العدل العليا ذاتها في المنازعات الادارية المستقبلة، خاصة ان كانت ذات المحكمة قد اهتمت بالتناول والتعقيب وابداء الرأي القانونى بقبول او رفض ما ابدى امامها من دفوع ودفاع بالاستناد الى مبادئ قضائية عليا سابقة او بتأسيس قواعد جديدة مستحدثة، وهو دور محكمتنا العليا، كانت قد تراخت بشدة عن القيام به مكتفية بهذا السجل التاريخي المبهم والغامض لوقائع الحضور للمتداعين والغير مؤثر اطلاقا ان ما أغفل تسجيل واثبات أوجه الدفاع أو الدفوع، أو إثبات تعقيب أو رآى المحكمة بشأنها؟!

- **ثانيا:** انتهى الحكم الى رد دعوى تأسيسا على تكييف المنازعة بأنها من قبيل منازعات التنفيذ التى ينعقد الاختصاص بنظرها للمحاكم النظامية (او بموجب قانون التنفيذ رقم 23/ 2005)، وكون أن محكمة العدل العليا وبحكم وظيفتها القضائية لا تملك صلاحية إلزام الإدارة بتنفيذ القرارات (الأحكام) الصادرة عنها.

وهذا يعني أن المستدعى كان ملزما بالالتجاء إلى محكمة التنفيذ المنصوص عليها في قانون التنفيذ الفلسطيني رقم 2005/23 وبالذات مواده 1 ، 2 ، 3 بشأن إنعقاد الاختصاص، بالإضافة الى المادة 8 / بند 2 التى نصت على إنعقاد الاختصاص لمحكمة التنفيذ وحدها **بتنفيذ القرارات والأوامر القضائية جبريا**، دون غيرها من المحاكم.

هذا عدا الاشارة الضمنية إلي إنعقاد الاختصاص للقضاء العقابي أو المحاكم الجنائية (الجزائية) بمعاقبة الموظفين العمومين الذين يستعملون سلطاتهم الوظيفية (بشكل مباشر او غير مباشر) لتأخير تنفيذ القرارات القضائية أو تنفيذ أحكام القوانين، بالحبس لمدة تتراوح من اسبوع الى سنة (بعض الانظمة القانونية كالقانون الجنائي المصري ينص على عقوبة العزل من الوظيفة العامة بالاضافة الى الحبس) وذلك بنص المادة 182/ بند 1 ، 2 من قانون العقوبات الفلسطيني رقم 16 لسنة 1960 (ويقابلها نص المادة 143 عقوبات من قانون العقوبات الفلسطيني أيضا رقم 74 لسنة 1936 الذي عين عقوبة الحبس بمدة السنتين الكاملتين) وهو الامر الذى لمح اليه الحكم محل التعليق ضمنا عندما أشار الى انعقاد الاختصاص للمحاكم النظامية (عداه

بالطبع) بنظر منازعات التنفيذ بعد أن كيف أو خلص الى اسباغ هذا الوصف على المنازعة او واقعات الدعوى.

ولا يسعنا الا تأييد هذا القضاء في جزئية وحيدة خاصة بما أورده من صحيح القانون بشأن عدم اختصاصه كمحكمة عدل عليا بنظر إجراءات ومنازعات التنفيذ، والتي اعتنى التشريع في نصوص عدة من قانون مختلفة بتنظيمها، توصلا الى وضع الأحكام والقرارات القضائية قيد او محل التنفيذ، ونخالف ذات الحكم فيما عدا ذلك، خاصة وان هناك أمران أثنان في تلك القضية، نود الاشارة اليهما، لاهميتهما وتأثيرها البالغ في استظهار وجه الحقيقة في الدعوى:

- **الاول** منهما ان المتداول من النزاع ليس من قبيل منازع من منازعات التنفيذ التى تثور بين الخصوم فيما بعد صدور حكماً قضائياً نهائياً واجب التنفيذ، بل أن موضوعه لهو طعن على قرار اداري جديد صادر عن جهة الاختصاص القانونية (السيد وزير الداخلية) في 2013/1/3 برقم 304/ 2013 وقبيل ابداء الطعن الحالي مباشر؛ صريحاً واضحاً مباشرا قاضياً برفض طلب الجهة الإدارية المستدعي ضدها تنفيذ قرار محكمة العدل العليا بالقضية رقم 194/ 2009 والمؤرخ 2012/12/10 والمتضمن الغاء قراره السابق رقم 72 / 2009، والذي أعاد إصداره - بعد إصراره عليه - في قرار جديد وبتاريخ حديث، وعلى النحو المذكور وفي تحدي صارخ وسافر لأحكام القضاء؟! أو حجية منطوقها؟! وإفتئات من أحد رجال السلطة التنفيذية علي اختصاصات السلطة القضائية للدولة.
- وكان يجب على عدالة محكمة العدل العليا أن تفطن إلي استحالة تنفيذ حكمها السابق 2009/194 خاصة بعد إلغائه تماما وتفريغه كلية من حجيتة، بإصدار وزير الداخلية لقراره الأخير في 2013/1/30 برقم 304/ 2013، والذي كان محلا للطعن بالغاء في الدعوى الجديدة؟!، وبعد عدة ايام فقط من الحكم الأول في 12/10 /2012، وفي تحدي واستخفاف غريبين؟!
- وقد كان على محكمة العدل العليا أن تهب وتنتفض لهذا الإفتئات الصريح والصارخ على السلطة القضائية وأحكام القضاء وحجيتها، وتقضي بالغاء قرار

وزير الداخلية الأخير (2013/34) والمتضمن رفض تنفيذ حكماً قضائياً إنتهائياً صادراً عن أعلى سلطة أو محكمة قضائية في البلاد، وذلك قبل تحريكها للدعوى الجنائيــة بإحالة مخالفة وزير الداخليــة باصداره قراراً إدارياً بمنع تنفيذ (بل والغــاء) حكــم قضائيا حائزا لقوة الشــئ المقضي به إلــي النيابة العامة لإتخاذ شأنها في تقديم وزير الداخلية للمحاكم الجنائية وفقا لنص المادة 182 / بند 1، 2 من قانون العقوبات الفلسطيني والسالف الإشارة اليه، مع الإيصاء في حكمها بوجوب تشديد العقوبة الجنائية بتضمينها العزل من الوظيفة العامة أسوة بعدد كبير من الأنظمة والتشريعات القانونية العالمية أو المجاورة إقليمياً.

- **أما الثاني منها**؛ فهو ذلك الغموض الذي يحيط بشــدة ويرخي بأســداله على واقعات الدعوى التي سلف اشارتنا إلى عناية الحكم الصادر فيها بأمور إجرائية غيــر مؤثــرة إطلاقا في الدعوى، وإغفال كافــة النواحي أو الجوانب الموضوعية القانونية المؤثرة التي يمكن أن تفيد أو تثري الحياة القانونية أو مجريات العدالة بشكل عام، فالحكم أغفل تماماً الإشارة إلى محاولات المستدعين تنفيذ الحكم الأول بعــد صــدوره، والمتيقن أنها كانت متســمة بالجدية والفاعلية، وإلا ما كان وزير الداخلية قد لجأ إلى إصدار قراره الثاني أو الأخير 30/ 2013 وموضوع الطعــن الحالــي أو المنظور) في محاولة لا مشــروعة كعرقلــة التنفيذ عن طريق إلغاء حكماً قضائياً إنتهائياً وحائزا لقوة الشيء المقضي به وواجب التنفيذ فوراً، وموجهاً طعنة قاتلة لقواعد النظام العام في الدولة (بل وكافة قواعد القانون بها) بإهداره حجية الأحكام على هذا النحو، وتدخله الســافر كأحد أفراد الســلطة التنفيذية في أعمال وسلطات السلطة القضائية، بل وتفريغ أحكام هذه الأخيرة من مضامينها كعنوان للحقيقة.

- **ثالثاً**: إنتهي الحكم إلى القضاء برد الدعوي أو رفضها، ويكون بذلك قد حصن قرار وزير الداخلية الأخير رقم 304 / 2013 الصادر في 2013/1/30، والقاضي بالغاء (نعم الغاء) حكم محكمة العدل العليا، وليس مجرد رفض تنفيذ قرارها، ولن تستطيع هذه الجهة المستدعية - وبأي حال من الأحوال - من تنفيذ الحكم

الصادر لصالحها برقم 194 / 2009 لصدور قرار إداري لاحق علي تاريخ هذا الحكم الأول الذي لم يتضمن الإشارة -بالطبع - إلى أي شي بشأنه كقرار اداري ملـز، بـل وأغفل كلية أي تعقيب أو إسـباغ لوصفه أو تكييفه القانوني الصحيح، فهـو لا يعد مـن قبل منازعات التنفيذ ولن يخضع لاختصاصها؛ وكان من الأدق أو المناسـب الحكم بعدم قبول الدعوى شـكلاً فقط، أو بإحالتها مع عدم القبول إلـي محكمـة التنفيـذ المختصة، هـذا إن تعلق الأمر بمنازعـة تنفيذ خالصة أو صحيحـة فعـلاً من الناحية القانونية، لكن ومع وجود قرار إدارياً باطلاً بطلانا ًمطلقاً لمخالفته الجسـيمة صراحة لحكماً قضائياً حائزاً لقوة الشـيء المقضي بـه وصـادراً عن أعلى محكمة مختصة في البـلاد، فقد كان على محكمة العدل العليـا التصدي له بالإلغاء والإبطـال قبل إحالة الدعوى لمحكمة التنفيذ لاتخاذ شـأنها فيهـا، ووضعها قيد التنفيذ، بعد إزالة هـذه العقبة اللا قانونية والمنعقد اختصاصها لمحكمة العدل العليا (أو القضاء الإداري، دون غيره).

الـرأي: مخالفة القرار الصادر عن محكمة العدل العليا الصادر في الدعوى رقم 48 لسنة 2013 في 2013/10/30، وعدم تأييده، وعلى النحو المبين تفصيلا في المتن.

الحكم رقم 2014/230

«رفع الحصانة البرلمانية» والتعليق عليه

دعوى عدل عليا
رقم: ٢٠١٤/٢٣٠

دولـة فلسـطين
السلطة القضائية
محكمة العدل العليا

القـرار

الصـــادر عـــن محكمـــة العـــدل العليـــا المنعقـــدة فـــي رام الله المأذونـــة بـــإجراء المحاكمـــة وإصـــدار الحكـــم باســـم الشـــعب العربـــي الفلســـطيني

الهيئة الحاكمة : برئاسة السيد القاضي هشام الحتو
وعضوية السيدين القاضيين رفيق زهد و مصطفى القاق

المستدعـي:- محمد يوسف شاكر دحلان / غزة
بصفته الشخصية وبصفته نائباً في المجلس التشريعي الفلسطيني
وكلاؤه المحامون سلامة هلسة و/أو حاتم شاهين و/أو محمد جرار و/أو محمد هلسة و/أو ساهر الرفاعي

المستدعى ضده:- رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية
رئيس دولة فلسطين
رئيس اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير الفلسطينية فخامة السيد محمود عباس
بالإضافة لوظيفته

الكاتب دقق
م.ع

الرئيـــــس

دعوى عدل عليا
رقم: ٢٠١٤/٢٣٠

الإجـراءات

بتاريخ ٢٠١٤/٨/٢٦ تقدم المستدعي بواسطة وكيله بهذه الدعوى للطعن في القرار بقانون رقم ٤ لسنة ٢٠١٢ بشأن رفع الحصانة عن نائب في المجلس التشريعي (المستدعي) والصادر بتاريخ ٢٠١٢/١/٣ عن المستدعى ضده بصفاته المبينة اعلاه والمنشور في الوقائع الفلسطينية بتاريخ ٢٠١٢/١/٢٥ على الصفحة الثامنة والتاسعة من العدد ٩٣.

يستند المستدعي في طعنه الى ان القرار المطعون فيه مخالف للقانون .

في جلسة ٢٠١٤/١١/١٧ قدم وكيل المستدعي مذكرة من اجل قبول دعواه شكلاً .

وفي جلسة ٢٠١٤/١٢/٢ كرر وكيل المستدعي لائحة الدعوى وقدم بينته ضمن حافظة مستندات المبرز (س/١) وختم بينته وطلب اصدار القرار المتفق مع الاصول والقانون وفي ذات الجلسة اصدرت المحكمة مذكرة للمستدعى ضده لبيان الاسباب التي ادت الى اصدار القرار المطعون فيه و/او بيان ما يحول دون الغائه وفي حال المعارضة تقديم لائحة جوابية ضمن المدة القانونية .

بتاريخ ٢٠١٤/١٢/٩ قدم مساعد النائب العام ممثلاً عن المستدعى ضده لائحة جوابية طلب في نتيجتها رد الدعوى.

في جلسة ٢٠١٤/١٢/٣١ كرر مساعد النائب العام اللائحة الجوابية وقدم بينته ضمن حافظة مستندات المبرز (ن/١) وختم بينته وقدم وكيل المستدعي مرافعة خطية طلب في

الرئيـــــس

الكاتب دقق
م.ع

دعوى عدل عليا
رقم: ٢٠١٤/٢٣٠

نتيجتها الغاء القرار المطعون فيه كما قدم رئيس النيابة العامة مرافعة خطية طلب في نتيجتها رد الدعوى .

وقد جاء في لائحة الدعوى:-

١. المستدعى نائب في المجلس التشريعي الفلسطيني تم انتخابه في انتخابات المجلس التشريعي عام ٢٠٠٦ عن دائرة محافظة خان يونس بقطاع غزة.

٢. بتاريخ ٢٠١٢/١/٣ تقدم النائب العام بطلب للمستدعى ضده بصفاته اعلاه وذلك لرفع الحصانة البرلمانية عن المستدعي عضو المجلس التشريعي النائب محمد يوسف شاكر دحلان تضمن الطلب مذكرة مرفقة خلافاً لاحكام المادة ٩٦ فقرة ١ من النظام الداخلي للمجلس التشريعي.

٣. بتاريخ ٢٠١٢/١/٣ اصدر فخامة رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية رئيس دولة فلسطين القرار " بقانون " الطعين يقضي برفع الحصانة البرلمانية عن المستدعي النائب في المجلس التشريعي محمد يوسف شاكر دحلان .

٤. بتاريخ ٢٠١٢/١٢/١٨ تقدم المستدعي بواسطة وكلاؤه المحامون بطعن دستوري رقم ٢٠١٢/٦ لدى المحكمة العليا بصفتها الدستورية مخاصماً المستدعى ضده بصفاته الوظيفية طالباً الحكم بعدم دستورية القرار بقانون المذكور اعلاه والصادر عن المستدعى ضده الاول .

٥. بتاريخ ٢٠١٣/٣/٢٨ اصدرت المحكمة العليا بصفتها الدستورية قرارها القاضي بعدم اختصاصها بنظر الطعن المذكور.

الرئيس

الكاتب دقة

م.ع

دعوى عدل عليا
رقم: ٢٠١٤/٢٣٠

المحكمـــــــة

بالتدقيق والمداولة وبعد الاطلاع على لائحة الدعوى واللائحة الجوابية والبينات المقدمة وسماع اقوال الطرفين والطعن الدستوري رقم ٢٠١٢/٦ الوارد ذكره في البند الرابع من لائحة الدعوى الصادر بتاريخ ٢٠١٣/٣/٢٨ (حسب ما هو واضح من حافظة المستندات (س/١) حيث قررت المحكمة العليا بصفتها الدستورية عدم اختصاص المحكمة بنظر الطعن استناداً الى الدفع الذي اثارته النيابة العامة الممثلة عن المستدعى ضده كون ان الطعن يجب ان يكون امام محكمة العدل العليا كونه طعن في قرار اداري وليس طعن دستوري وقد جاء في كتاب القضاء الاداري الجزء الاول للدكتور عمر محمد الشوبكي صفحة ٢٤٢ ((اذا رفع صاحب الشأن دعوى الالغاء امام محكمة غير مختصة ترتب على ذلك انقطاع الميعاد كما في حالة التظلم الاداري السابق ذكرها ويستمر هذا الانقطاع حتى صدور حكم بعدم الاختصاص وصيرورته نهائيا ومن تاريخ صيرورة هذا الحكم نهائياً يبدأ من جديد حساب ميعاد الدعوى في حق المدعي والذي يلزم ان يقيمها امام محكمة العدل العليا خلال الميعاد القانوني ابتداء من ذلك التاريخ .

ورفع الدعوى الى محكمة غير مختصة يدل على الاستمساك بالحق وعدم التباطؤ في تقديم طلب الالغاء الامر الذي يبرر الاخذ بمبدأ قطع الميعاد نظرا لرغبة صاحب الشأن الواضحة في اقتضاء حقه وفي هذا تقول محكمة العدل العليا " ان المستدعي لم يتباطأ في تقديمه لطلبه مدة تؤدي الى اعتباره انه اهمل ما يعتبره حقا له في مراجعة محكمة العدل العليا خاصة بعد ان تبين انه امضى قسما من هذه المدة في مراجعة المحكمة المركزية لفسخ قرار التحكيم (قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم ٥١/١ صفحة ٣٣٢ عدد ٧ السنة الاولى)).

الكاتب .دقة

م.ع

الرئيـــــــس

دعوى عدل عليا
رقم: ٢٠١٤/٢٣٠

وبالرجوع الى القرار المطعون فيه تجد المحكمة ان وكيل المستدعي قد صرح بان القرار المطعون فيه قد تم نشره في الوقائع الفلسطينية بتاريخ ٢٠١٢/١/٢٥ على الصفحة (٩٨) من العدد(٩٣) وان نشر القرار في الوقائع الفلسطينية يعتبر تبليغاً قانونياً للقرار (قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم ٧١/١٤٨ صفحة ٣٣٩ سنة ١٩٧٣) وبما ان الطعن الدستوري رقم ٢٠١٢/٦ الصادر بتاريخ ٢٠١٣/٣/٢٨ وان المستدعي قدم طعنه امام محكمة العدل العليا بتاريخ ٢٠١٤/٨/٢٦ أي بعد المدة القانونية المحددة لإقامة دعوى العدل العليا وهي الستين يوماً المحددة في المادة ١/٢٨٤ من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية لسنة ٢٠٠١ مما يعني ان الدعوى مقدمة بعد مضي المدة القانونية وهي مستوجبة الرد.

لـــهذه الاســـباب

تقرر المحكمة رد الدعوى .

قراراً صدر وتلي علناً باسم الشعب العربي الفلسطيني وأفهم ٢٠١٥/٣/١٨

الكاتب .دقق مـــارستاد
م.ع

الرئيـــــــس

2014/230

تعليق الدكتور سليم سلامة حتاملة

نائب عميد كلية الدراسات العليا في جامعة العلوم الإسلامية العالمية / الأردن

ملخص موضوع القرار:

يقصد بمهلة الطعن بالإلغاء، المدة الزمنية التي يشترط القانون تقديم دعوى الإلغاء أثنائهـا، بحيـث إذا انقضت هذه المدة قبل رفع الدعـوى انغلقت على صاحب المصلحة باب الطعن، وتحصن القرار الإداري، وأصبح بمنجاة من الإلغاء مهما أصابه من العيوب التي تشوب القرارات الإدارية التي تشكل سببا للإلغاء.

وقد حرص المشـرع على تحديد أجل قصير يتقيد به رافع الدعوى لإمكان قبولها، متوخياً من ذلك استقرار القرارات الإدارية المؤدية إلى استقرار الأوضاع الإدارية حتى لا تبقـى عرضـة للطعن فيها أمـدا طويلا، كما تقضي مصلحة الأفـراد بتوفير الثبات والاستقرار لمراكزهم القانونية المترتبة عن ممارسة الإدارة لنشاطها في مواجهتهم. ومع ذلك هناك بعض القرارات الإدارية التي اكتسبت صفة معينة نتيجة توافر بعض العوامل أدت إلى تقرير مهل للطعن استثنائية شكلت خروجاً على القاعدة العامة في تحديد مهلة الطعن وطريقة احتسابها كالقرارات المنعدمة والمستمرة الأثر.

المقدمة:

تعـد مهلة الطعن من الشـروط الواجب توافرها لقبول دعـوى إلغاء القرار الإداري المقدم من ذوي المصلحة، لذا راعى المشـرع أن يقيد دعوى الإلغاء التي تهدد القرارات الإدارية بنطاق ضيق فيما يتعلق بمدتها، ولهذا قرر أن ميعاد رفع الدعوى أمام محكمة العدل العليا فيما يتعلق بطلبات الإلغاء ستين يوما.

وفي تقرير المشرع لهذه المدة حِكْمَةٌ مستمدة من ضرورة العمل على استقرار المعاملات الإدارية وثبات للمراكز القانونية، لذا اعتبر الدفع بانقضاء المهلة من النظام العام، الذي

يمكن إثارته من قبل أطراف الدعوى في أي حالة تكون عليها، وللمحكمة أيضا أن تثيره من تلقاء نفسها، ولا يمكن الاتفاق بين الخصوم على إطالة المهلة، وهذا هو ما استقر عليه القضاء الإداري الأردني والفرنسي والمصري عندما برر اعتبار مهلة الطعن من النظام العام، لتعلقها بحجية الأوامر الإدارية وما يتوقف عليها من المصالح العامة والخاصة، ويتوقف على عدم انقضاء تلك المهلة قبول دعوى الإلغاء شكلا، وتحقيق هذا الأمر موكول للمحكمة المختصة المعروض أمامها النزاع تجريه بحكم وظيفتها، وفي حال انقضاء المهلة تعمد إلى إصدار قرار برد الدعوى وعدم قبولها شكلا.

ومن المعلوم والمعول عليه في حساب المهلة هو تاريخ نشر القرار، أو إعلامه أو العلم اليقيني بمضمونه، وبناء على ما تقدم فإننا سنتناول هذا التعليق من خلال بيان بعض الأحكام العامة ذات الصلة والمتعلقة بميعاد الطعن بالإلغاء أمام محكمة العدل العليا، بحيث يتم توظيف ما تقدم عند التعليق على هذا الحكم بعد بيان الآتي:

أولا- وقائع الموضوع، وأسباب ومنطوق الحكم:

1- **وقائع الموضوع:**

أ المستدعي نائب في المجلس التشريعي الفلسطيني، تم انتخابه في انتخابات المجلس التشريعي عام ،006, عن دائرة خان يونس بقطاع غزة.

ب بتاريخ 3/ 1/ 2012، تقدم النائب العام بطلب للمستدعى ضده بصفاته أعلاه، وذلك لرفع الحصانة البرلمانية عن المستدعي عضو المجلس التشريعي النائب محمد يوسف شاكر دحلان تضمن الطلب مذكرة مرفقة خلافا لأحكام المادة (1/96) من النظام الداخلي للمجلس التشريعي.

ت بتاريخ 1/3/ 2012، اصدر رئيس السلطة الفلسطينية رئيس دولة فلسطين «القرار بقانون» الطعين يقضي برفع الحصانة البرلمانية عن المستدعي النائب في المجلس التشريعي محمد يوسف شاكر دحلان.

ث بتاريخ 12/18/ 2012، تقدم المستدعي بواسطة وكلاؤه المحامين بطعن دستوري رقم (2012/6) لدى المحكمة العليا بصفتها الدستورية مخاصما المستدعى

ضده بصفاته الوظيفية طالبا الحكم بعدم دستورية القرار بقانون المذكور أعلاه والصادر عن المستدعى ضده الأول.

ج بتاريخ 28/ 3/ 2013، أصدرت المحكمة العليا بصفتها الدستورية قرارها القاضي بعدم اختصاصها بنظر الطعن المذكور كونه قرارا إداريا عاديا.

2- **أسباب الحكم:**

بعد الاطلاع على لائحة الدعوى واللائحة الجوابية والبينات المقدمة وسماع أقوال الطرفين والطعن الدستوري رقم (2012/6) الوارد ذكره بالبند الرابع من لائحة الدعوى الصادر بتاريخ 28 / 3 / 2012، حيث قررت المحكمة العليا بصفتها الدستورية عدم اختصاص المحكمة بنظر الطعن استنادا إلى الدفع الذي أثارته النيابة العامة الممثلة عن المستدعى ضده، كون أن الطعن يجب أن يقدم أمام محكمة العدل العليا كونه طعنا في قرار إداري وليس طعنا دستوريا.

وإن رفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة يدل على الاستمساك بالحق وعدم التباطؤ في تقديم طلب الإلغاء الأمر الذي يبرر الأخذ بمبدأ قطع الميعاد نظرا لرغبة صاحب المصلحة الواضحة في اقتضاء حقه.

3- **منطوق الحكم: تقرر المحكمة رد الدعوى.**

ثانيا - التعليق على القرار:

نشير في مقدمة التعليق إلى أن الحكم المشار إليه موضوع التعليق يحتوي على مادة قانونية جديرة بالاهتمام وردت في الحكم وبالتالي يتوجب إبرازها مع بيان الأساس القانوني الذي قامت عليه.

أ. **مدة الطعن بشكل عام واحتساب سريانها:**

حدد المشرع الفلسطيني في المادة (1/284) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001، مهلة الطعن لدى محكمة العدل العليا ستون يوما. بحيث تقام الدعوى لدى المحكمة باستدعاء خطي يقدم إلى قلم المحكمة مرفقا به الأوراق المؤيدة له خلال ستين يوما من تاريخ تبليغ القرار المشكو فيه للمستدعي، أو من تاريخ

نشــره في الوقائع الفلســطينية، أو بأي طريقة أخرى، إذا كان التشريع ينص على العمل بالقرار من ذلك التاريخ، وفي حالة رفض الإدارة أو امتناعها عن اتخاذ قرار يبدأ الميعاد المذكور من تاريخ انقضاء ثلاثين يوما على تقديم الطلب إليها، أو من تاريخ علم صاحب الشأن علما يقينيا بمضمون القرار.

وقد استقرت مبادئ القضاء الإداري على اعتبار شرط ميعاد الطعن القضائي شرطا متعلقــا بالنظــام العام، لذا تملك محكمة العدل العليا التصدي لبحث مدى احترام هذا الشــرط الشــكلي من تلقاء نفسها دون أن يطلب منها ذلك، وبهذا قضت محكمة العدل العليا الأردنية ســابقا المحكمة الإدارية حاليا بأن: «التقيد بمدة الطعن المقررة لســماع دعوى الإلغاء من النظام العام تثيره المحكمة من تلقاء نفسها»[1].

وفيما يتعلق باحتساب مهلة رفع دعوى الإلغاء، فإنه وبحسب القواعد العامة الواردة في قانــون أصــول المحاكمات المدنية والتجارية الفلســطيني، وبما لا يتعارض مع طبيعة الدعوى الإدارية، وبالرجوع إلى نص المادة (21) من القانون المشار إليه، نجد أنه ينص على ما يلي: «إذا كان الميعاد مقدرا بالأيام أو الأسابيع أو الشهور أو السنين فلا يحسب منه يوم التبليغ أو حدوث الأمر المعتبر في نظر القانون مجريا للميعاد، فإذا كان مما يجب انقضــاؤه قبل الإجراء فلا يجــوز حصول الإجراء قبل انقضاء اليوم الأخير من الميعاد، أمــا إذا كان ظرفــا يجب أن يحصل فيه الإجــراء ينقضي الميعاد بانقضاء اليوم الأخير، وإذا صادف آخر الميعاد عطلة رسمية امتد إلى أول يوم عمل بعدها».

وهذا ما استقر عليه قضاء محكمة العدل العليا الأردنية من جهة تطبيق هذه القواعد في احتساب بدء سريان ميعاد الطعن، ومن أمثلة ذلك ما قضت به المحكمة بقولها: «إذا صادفــت أيــام تعطيل رســمي فإن ذلك يوجب تقديم الطعــن في أول يوم يلي العطلة»[2]. ومقتضى هذه النصوص أنه لا يحسب اليوم الأول من الميعاد بينما يحسب اليوم الأخير منه، فإذا نشر القرار الإداري في الوقائع الفلسطينية، أو بُلغ لصاحب الشأن بالذات أو

1 قرار عدل عليا تاريخ 1993/6/30، منشورات مركز عدالة.

2 قرار عدل عليا أردنية رقم 393/ 2012، تاريخ 18/ 12/ 2012، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد 1-3، ص 77 .

بالطريقة التي ينص عليها التشـري، كالنشـر، أو العلم اليقيني في اليوم العشـرين مثلاً من الشهر السادس فإن بدء سريان ميعاد رفع دعوى الإلغاء هو اليوم الحادي والعشرين من ذلك الشهر، ولا يحسب يوم النشر أو التبليغ أو العلم اليقيني، وينتهي الميعاد بنهاية اليوم العشرين من الشهر الثامن إلا إذا كان يوم عطلة رسمية وبالتالي إذا قدمت الدعوى بعـد مضي تلك المـدة فإنها لا تكون مقبولة لتقديمها بعد فوات المهلة القانونية، ويمكن للمحكمة أن تقضي بذلك من تلقاء نفسـها حتى ولو لم يتمسـك الخصوم بهذا الدفع كمـا أسـلفنا عند الحديث عن طبيعة ميعاد الطعن بالإلغـاء بأنه من النظام العام، و لا عبرة لعدد أيام الشـهر سـواء كان ثلاثين يوما أو أكثر أو اقل، لأن مهلة الطعن محددة بالأيام وليست بالشهور.

وإذا تم التبليغ بأية طريقة أخرى، كأن ينص المشرع على تبليغ القرار الإداري لذوي الشأن عن طريق البريد المسجل مع علم الوصول طبقا للقواعد العامة في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الواردة في المادة السابعة منه، أو بأي طريق أخرى تقررها المحكمـة بمـا يتفق وأحكام القانون، فإن سـريان الميعاد يبدأ من اليوم التالي لاسـتلام القرار من البريد، وليس من اليوم الذي يودع فيه مكتب البريد، وإذا كان القرار المطعون فيـه هو القـرار الضمني برفض الإدارة إصدار القرار المطلوب إصداره فإن بدء الميعاد هـو مـن اليوم التالي لتاريخ انتهاء الثلاثين يومـا التي تلت تاريخ تقديم الطلب، كما هو منصوص عليه في المادة (284) المشار إليها.

والسبب في عدم احتساب اليوم الأول الذي وقع فيه الأمر الذي يعتبر مجريا للميعاد، هـو أن أيـام الميعاد يجـب أن تكون كاملة، فقد يقع التبليـغ في منتصف أو نهاية النهار، أو بعد نهاية الدوام الرسـمي. نجد في هذا الإجراء عدالة لأطراف الخصومة ولتفادي حسـاب المهلة بالسـاعات وكسـور الأيام، ومن المعتاد أن مهل الطعن إنما تحسب بالأيام ولا تذكر فيها الساعة، وبالتالي من الحكمة أن لا يحسب اليوم الأول، لأنه يوما ناقصا قد يفوت على صاحب المصلحة فرصة تقديم دعواه في ظروف وحالات معينة.

ومما يترتب على عدم التقيد بالأحكام الناظمة لسريان مهلة الطعن وكيفية احتسابها نتائج مهمة تتعلق بقبول أو عدم قبول دعوى الإلغاء وردها شـكلا، إذ من شـروط قبول

دعوى الإلغاء أن تقدم من قبل صاحب المصلحة خلال المهلة القانونية المحددة، وخلاف ذلك فإنه يسقط حقه في تقديمها. واستنادا إلى ما تقدم فإن ميعاد الطعن بالإلغاء قد يطرأ عليه ما يؤدي إلى انقطاعه أو التوقف عن السريان لأسباب معينة استقر عليها القضاء وتعرض لها بعض المشرعين بالنص والفقه بالشرح والبيان[3] وأهمها: توافر القوة القاهرة، التظلم الإداري، طلب الإعفاء من الرسوم القضائية، ورفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة.

ونعرض تاليا بإيجاز للحالات التي تؤدي إلى قطع ووقف سريان مهلة الطعن وذلك على النحو الآتي:

حالات وقف ميعاد الطعن:

تعد القوة القاهرة, المجال الواسع إذا ما تحققت شروط حدوثها المؤدية إلى وقف سريان ميعاد الطعن، ويقصد بها لغايات رفع دعوى الإلغاء أن تقع حوادث أو تطرأ ظروف فجائية أثناء ميعاد الطعن أو قبل بدئه يستحيل معها على صاحب المصلحة أن يتقدم بدعواه إلى القضاء، ويشترط أن يكون خارج عن إرادة الطاعن ولا دخل له بحدوثها، ولا يمكن دفعها بالوسائل القانونية أو المادية، وغير المتوقعة، ويرجع ذلك إلى أصل عام مقرر في نطاق الإجراءات القضائية هو عدم سريان المواعيد في حق من يستحيل عليه لأسباب خارجة عن إرادته اتخاذ الإجراءات للمحافظة على حقه، ومن أمثلة القوة القاهرة المرض المقعد، أن يقع الشخص في أسر العدو، حدوث كوارث طبيعية تقطع الطريق.....الخ. أما الأثر المترتب على القوة القاهرة فهو وقف الميعاد لا انقطاعه، بحيث لا تبدأ مدة جديدة كاملة، وإنما يستأنف الميعاد سريانه بعد زوال الظروف التي أدت إليه حتى نهاية الستين يوما من الوقت الذي وقف عنده.

3 د. نواف كنعان، القضاء الإداري الأردني، آفاق المشرقة ناشرون، الإمارات العربية، الطبعة الرابعة، 2012، ص 222، وما يليها.
– د. سليم حتامله، القضاء الإداري (طعون الموظفين) دار أوغاريت للنشر، جرش، 2004، ص 120، وما يليها.
– د. عمر الشوبكي ، القضاء الإداري، دار الثقافة، عمان، 2006، ص 236، وما يليها.
– د. سليمان الطماوي القضاء الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1976، ص 591.

حالات انقطاع ميعاد الطعن:

يقصد بانقطاع الميعاد، انقضاء المدة السابقة على توافر حالة من حالات الانقطاع وبدء ميعاد جديد للطعن بعد زوال تلك الحالة، وللانقطاع صور عدة أهمها:

- **التظلم الإداري**، التظلم استدعاء يتقدم به صاحب المصلحة إلى الجهة مصدرة القرار النهائي المباشر ويطلق عليه (التظلم ألولائي)، أو إلى الجهة الرئاسية لمصدر القرار الذي يطلق عليه (التظلم الرئاسي)، يطلب من خلاله إلغاء أو سحب أو تعديل القرار المشكو منه، وعلى ضوء ما تقدم، فإن الحِكمة من التظلم حمل ذوي الشأن أو حثهم على إتاحة الفرصة لجهة الإدارة قبل الالتجاء إلى مهاجمتها أمام القضاء أن تعدل عن قرارها أو تصر عليه بعد أن تعيد مراجعته وفحصه. والتظلم نوعان، تظلم وجوبي، من أمثلته، ما أوجبته المادة (1/36) من قانون تنظيم المدن والقرى في الأردن رقم (7) لسنة 1966، على المتضرر التظلم من قرار اللجنة المحلية أمام اللجنة اللوائية في المحافظة[4]،والنوع الآخر، هو التظلم الجوازي، بمعنى أن المتضرر هو بالخيار بين اللجوء إلى الإدارة للتظلم أو سلوك طريق الطعن القضائي مباشرة، ويشترط في التظلم الذي يقطع سريان المهلة أن يكون منصوصا عليه في التشريع، وأن يكون القرار محل التظلم نهائي، وأن يكون التظلم مجديا، وأن يقع خلال المدة التي يجوز فيها رفع دعوى الإلغاء، وحاسما في معناه ومفصحا عن قصد المتظلم مبينا فيه فحوى القرار المتظلم منه.
- **تقديم طلب الإعفاء أو تأجيل دفع الرسوم القضائية**، قد يلجأ صاحب المصلحة قبل الشروع في إجراءات التقاضي في دعوى الإلغاء، إلى تقديم طلب إلى رئيس المحكمة المختصة لإعفائه من دفع الرسوم القضائية أو تأجيل دفعها، وفي هذه الحالة تنقطع سريان المهلة إلى حين البت بموضوع الطلب، وإصدار قرار سواء بالرفض أو القبول. والحكمة من ترتيب الأثر القاطع لميعاد الطعن نتيجة طلب الإعفاء من الرسوم القضائية هي تلافي سقوط حق صاحب المصلحة في رفع دعوى الإلغاء إذا تأخر صدور القرار في طلب الإعفاء إلى ما بعد الستين يوما المقررة لرفع الدعوى،

4 قرار عدل عليا، رقم 8 / 1976، منشورات مركز عدالة.

وهذا لا يتماشى مع روح العدالة التي يتوخاها القضاء الإداري في قضائه[5].

- **تقديم الطعن إلى محكمة غير مختصة**، أخذ القضاء الإداري الفرنسي بهذا السبب المؤدي إلى انقطاع سريان مهلة الطعن منذ حكمه الشهير الصادر في 1928/6/25، في قضية Reymond ، واشترط لقطع سريان المهلة أن يتم رفع الدعوى خلال مهلة الطعن بالإلغاء وهي ستون يوما[6]، على أن يبدأ سريان الميعاد الذي انقطع من تاريخ الحكم الصادر بعدم الاختصاص حسبما جرى عليه قضاء مجلس الدولة المصري[7]، الذي أعلنت عنه المحكمة الإدارية العليا، ومن تاريخ الحكم الصادر بعدم الاختصاص حسبما جرى عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي[8]. ومما لا شك فيه أن رفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة يدل على الاستمساك بالحق وعدم التباطؤ في تقديم طلب الإلغاء، الأمر الذي يبرر الأخذ بمبدأ قطع الميعاد نظرا لرغبة صاحب الشأن الواضحة في اقتضاء حقه[9]، وفي هذا قضت محكمة العدل العليا الأردنية: «إن المستدعي لم يتباطئ في تقديمه لطلبه مدة تؤدي إلى اعتباره انه أهمل ما يعتبره حقا له في مراجعة محكمة العدل العليا، خاصة بعد أن تبين أنه أمضى قسما من هذه المدة في مراجعة المحكمة المركزية لفسخ قرار التحكيم[10].

وعودة على بدء، فإن القرار محل التعليق رقم (2014/230)، والصادر عن محكمة العدل العليا الفلسطينية بصفتها الإدارية، والمتضمن رد الدعوى شكلا لتقديم الطعن بعد انقضاء مهلة الطعن ستون يوما، وبعد التدقيق في حيثيات القرار المذكور، فإننا نجد أنه لا يخلو من النقد، حيث أنه لم يتعرض للكثير من الموضوعات ذات العلاقة والمؤثرة والأساسية في الحكم النهائي، ولكن لكون قرار المحكمة هو نهائي، ويحمل

5 د. نواف كنعان، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 226.
حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، رقم 2894، تاريخ 7/14/ 1991، مجلة هيئة قضايا الدولة، العدد الثاني.

6 C. E 13\4\ 1951,couquet, Rec. p. 181.

7 قرار المحكمة الإدارية العليا رقم 2334، جلسة 5/6/ 1984، السنة 25 قمرية.

8 C. E. 5 janvier, 1945, Erb, Rec,p. 7. –

9 د. عمر الشوبكي، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 242.

10 قرار عدل عليا رقم 1/ 51 ، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد (7)، السنة الأولى ، ص 332.

عنوان الحقيقة، ويعد مبدأ قضائيا، فإننا والحال كذلك نورد بعض الملاحظات التي اعترت الحكم:

1. لم تلتفت المحكمة الموقرة ولم تعر انتباها لأسباب الطعن على القرار التي بسطها المستدعي في صلب اللائحة المقدمة على الرغم من وجاهتها وإنتاجيتها في الدعوى، حيث استند المستدعي إلى نصوص قانونية وردت في صلب القانون الأساسي للسلطة الفلسطينية والتشريعات ذات العلاقة.
2. لم تبحث المحكمة في معرض الرد وتفنيد أسباب الطعن من جهة تحديد الطبيعة القانونية «للقرار بقانون».
3. لم تبحث المحكمة في الرد على أسباب الطعن على القرار من جهة تحديد طبيعة عمل المجلس التشريعي وحدود صلاحياته فيما يتعلق برفع الحصانة عن عضو المجلس التشريعي.
4. لم تبسط المحكمة رقابتها على توافر حالة الضرورة والاستعجال, وهل رفع الحصانة من أعمال الرقابة أم من أعمال التشريع.
5. لم يتبين من حيثيات الحكم طبيعة عمل رئيس الدولة هل ما صدر عنه من قرار يعد قرارا إداريا أم قرار بقانون، لأن اختلاف الطبيعة يؤدي إلى اختلاف نطاق الصلاحية والجهة القضائية المختصة، وبالتالي لم تتوصل المحكمة في حكمها إلى التكييف القانوني الصحيح للقرار محل الطعن.
6. لم توضح المحكمة وتشرح وتناقش وتوازن البينات التي تقدم بها طرفي الخصومة، إذا ما علمنا أن أسباب الطعن على قرار رفع الحصانة انصب على عيب الاختصاص، وعيب مخالفة القانون.
7. أخطأت المحكمة في تطبيق أحكام المادة (43) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2005، والتي تنص على اختصاص رئيس الدولة في حالة الضرورة والتي لا تحتمل التأخير وفي غير ادوار انعقاد المجلس التشريعي إصدار قرارات لها قوة القانون, وبمفهوم المخالفة لا يختص رئيس الدولة بإصدار قرارات إدارية عادية، وعليه يصبح القرار معيب بعيب الاختصاص الجسيم.

8. لـم تقـم المحكمة بتسـبيب حكمها والنتيجة التي توصلت إليها تسـبيبا وافيا إذ يشـترط القانون تسـبيب الأحكام القضائية، وحينئذ يصبح هذا الإجراء شكلا أساسـيا في الحكـم يترتب على إهماله بطلانـه، فإن المفروض في هذه الأحكام أنهـا تهـدف إلى المصلحة العامة، وأنها قائمة على سـببها المبرر، وإن تسـبيب الأحكام في غاية الأهمية، ومن أنجع الضمانات، لأنه يسمح لأصحاب المصلحة، وللقضاء ألاسـتئنافي - إن وجد - على السـواء بمراقبة مشروعية تلك الأحكام، من هنا يتوجب أن يكون الحكم كافيا ومنتجا في فهم الواقع، حتى يسـتطيع كل طـرف التعرف على مركـزه القانوني مع التزام المحكمة أثناء التسـبيب بالقدر الذي تحتمله طبيعة الحكم أو تتسـع له، وهذا ما لم تفعله أو تتقيد به محكمة العدل العليا في منطوق الحكم وأسبابه.

9. لـم تلتفـت المحكمة إلـى حيثيات الحكم الـوارد في نص المـادة (26) من قانون حقوق وواجبات أعضاء المجلس التشريعي لسنة 2004، والمتضمن ارتكاب عضو المجلس جناية في حالة التلبس، حيث يتقدم النائب العام بطلب لرئيس المجلس التشريعي لرفع الحصانة مرفقا مع الطلب نوع الجرم، ومكانه، وزمانه، والأدلة التي تستلزم اتخاذ الإجراءات القانونية بحقه، ويعمل الرئيس على إحالة الطلب إلـى اللجنـة القانونية ويعلم المجلس بذلك، بحيث تبحـث اللجنة الطلب وتقدم تقريرها إلى المجلس، ويأخذ المجلس قراره برفع الحصانة بأغلبية الثلثين، بعد الاسـتماع إلـى رأي عضوين مع عضوين آخرين ضـد موضوع الطلب، وهذا ما لم يتم، إذ تعتبر الإجراءات من قبل رئيس السـلطة الفلسـطينية برفع الحصانة تعديا على أعمال المجلس التشـريعي، وبالتالي يعد من القرارات المنعدمة التي لا يتقيد الطعن عليها بمهلة الستين يوما.

تأسيسا على ما تقدم, فإن قرار المحكمة قد جانب الصواب حيث أخطأت المحكمة في النتيجـة التـي توصلت إليها في حكمها عندما قررت (رد الدعوى شـكلا) لتقديم الطعن بعد انقضاء المدة القانونية المحددة لإقامة الدعوى أمام محكمة العدل العليا وهـي سـتون يوما المنصوص عليهـا في المادة (1/284) من قانـون أصول المحاكمات المدنيـة والتجاريـة رقم (2) لسـنة 2001، ـــــ وكان عليهـا أن تقبل الطعن المقدم

والسير في إجراءات الدعوى حسب الأصول للوصول إلى النتيجة المبتغاة من الدعوى ـــــ وذلك للأسباب الآتية:

1. إن تقديم الطعن ابتداء لدى محكمة العدل العليا بصفتها الدستورية حيث قررت عدم اختصاصها بنظر الطعن استنادا إلى الدفع الذي أثارته النيابة العامة باعتبار أن القانون الطعين قرارا إداريا عاديا، وليس قرارا بقانون، مما أدى إلى قطع سريان مهلة الطعن وبدء ميعاد جديد لمدة ستين يوما من تاريخ علم رافع الدعوى بهذا الحكم النهائي.
2. القرار الإداري الصادر برفع الحصانة عن المستدعي ذو طبيعة إدارية وكما جاء بقرار المحكمة الدستورية، بحيث يخضع الطعن عليه لدى المحكمة خلال مهلة الطعن بالإلغاء المقررة بالقانون وهي ستون يوما.
3. القرار الطعين مشوب بعيب مخالفة قواعد الاختصاص الجسيم وبالتالي فهو قرار منعدم لا يرتب أي أثر قانوني، وبالنتيجة لا يحصن بمضي مدة الطعن القضائية. حيث أن القرارات المنعدمة لا تتقيد بمهلة الطعن وهي ستون يوما[11]، وعليه فقد جعل باب الطعن في أي وقت دون التقيد بشرط الميعاد. وحيث أن القرار المنعدم (عدم الاختصاص الجسيم) يتمثل بعدم القدرة على مباشرة عمل قانوني معين لأن المشرع جعله من اختصاص سلطة أخرى، طبقا للقواعد المنظمة للاختصاص، وأبرز صور هذا العيب هو قيام السلطة التنفيذية بالاعتداء على أعمال السلطتين التشريعية والقضائية. وبالتالي فإن مثل هذه القرارات تصبح معدومة ولا تلحقها أية حصانة، وفي حالتنا التي نحن بصدد التعرض إليها بالتعليق فإننا وجدنا أن المستدعى ضده بالصفات المذكورة في قرار الحكم عندما قرر رفع الحصانة البرلمانية عن المستدعي قد تجاوز بذلك حدود القانون الذي نظم وحدد جهة الاختصاص وكيفية إجراءات رفع الحصانة عن النائب في المجلس التشريعي التي نص عليها القانون الأساسي، والنظام الداخلي للمجلس

11 قرار عدل عليا رقم 107/ 1979، منشورات مركز عدالة.
قرار عدل عليا رقم 68/ 1983، منشورات مركز عدالة.
قرار عدل عليا رقم 41/ 2006، منشورات مركز عدالة.

التشريعي لسنة (2000)، وقانون حقوق وواجبات المجلس التشريعي لسنة 2004، وذلك على البيان الآتي:

فقد نصت المادة (43) من القانون الأساسي الفلسطيني لسنة 2005 على أنه: «لرئيس السلطة الوطنية في حالات الضرورة التي لا تحتمل التأخير في غير أدوار انعقاد المجلس التشريعي إصدار قرارات لها قوة القانون، ويجب عرضها على المجلس التشريعي في أول جلسة يعقدها بعد صدور هذه القرارات».

ووفقا لنصوص القانون الأساسي الفلسطيني, فإن المجلس التشريعي، هو صاحب الولاية العامة في التشريع، ولكن لضرورات العمل الإداري الذي يحتاج تجاوزه إلى إجراءات سريعة، أعطى القانون الأساسي لرئيس السلطة الوطنية صلاحية محددة ومقيدة وعلى سبيل الاستثناء، في إصدار قرارات لها قوة القانون دون تحديد لموضوعات تلك القرارات وإنما جاء النص عاما. وبالنظر إلى الطبيعة الاستثنائية للسلطة المعطاة لرئيس السلطة الوطنية في إصدار قرارات لها قوة القانون، وخطورة هذه السلطة الاستثنائية على الحقوق والحريات، لذا جاء النص ليقيم التوازن بين حاجة السلطة إلى مواجهة ظروف استثنائية من المتعذر علاجها بغير قرارات لها قوة القانون، ومجلس تشريعي له الولاية العامة في إصدار التشريعات, ولكنه في فترة غياب طبيعي عن ممارسة التشريع، وقد تمثل هذا التوازن في صورة شروط وقيود قوية, فرض على الرئيس الالتزام بها عند إصدار القرارات المشار إليها.

ونلاحظ على ذلك، أن القانون الأساسي الفلسطيني لا يعطي للرئيس صلاحية إصدار قرارات بقوة القانون إلا في حالة عدم انعقاد البرلمان، أي في الفترات الفاصلة بين دورات اجتماعاته، أما الفترات الفاصلة بين الدورات المخصصة لسن التشريعات (أي الفترة الزمنية بين حل المجلس وانتخاب مجلس جديد)، ففي هذه الحالة لا يجوز للرئيس أن يصدر قرارات لها قوة القانون، حتى لا تستثمر فترة الحل وتتوسع الحكومة في إصدار تشريعات ذات طابع استثنائي.

كما اشترط القانون الأساسي أن تكون تلك القرارات بمواجهة حالات ضرورية استثنائية طرأت على الدولة وتقتضي مواجهتها اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير, وأخيرا

يستوجب أن تعرض كافة تلك القرارات على المجلس في أول جلسة يعقدها، لغرض تقرير مصير هذه القرارات، التي لم تصدر أساسا عن أعضاء المجلس التشريعي بصفتهم ممثلين عن الشعب الفلسطيني. إذن نستخلص أن النظام الأساسي فرض توافر عدة شروط لإصدار رئيس السلطة الوطنية لقرارات لها قوة القانون وهي:

- **الشرط الأول:** شرط زمني، يتعلق بعدم انعقاد المجلس التشريعي، بحيث تنصرف عبارة في غير ادوار الانعقاد إلى الفترات التي تفصل بين دورات الانعقاد.
- **الشرط الثاني:** توافر حالة الضرورة التي تستوجب المواجهة، ويعني ذلك، مواجهة حالات الضرورة التي تستجد خلال فترات عدم الانعقاد, تتطلب اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير، بمعنى أنها ليست أمورا عادية بل استثنائية.
- **الشرط الثالث:** عرض القرارات بقوة القانون الصادرة عن رئيس السلطة الوطنية على المجلس التشريعي في أول جلسة يعقدها، وذلك لإتاحة الفرصة أمام المجلس التشريعي لبسط رقابته على مشروعية تلك القرارات واتخاذ الموقف القانوني المناسب منها وتقرير مصيرها باعتبارها قرارات استثنائية من غير المقبول أن تستمر و ترتب آثار قانونية بمعزل عن إرادة صاحب الولاية العامة في التشريع وهو المجلس التشريعي.

وعند تطبيق تلك الشروط على قرار رئيس السلطة الوطنية القاضي بإصدار قرار له قوة القانون موضوعه رفع الحصانة البرلمانية عن المستدعي وعلى فرض أنه يملك حق إصداره فهل توافرت الشروط الموضوعية الداعية لاتخاذ مثل هذا القرار بحق النائب المستدعي من حيث توافر حالة الضرورة والاستعجال؟ وهل إرجاء اتخاذ هذا القرار لفترة زمنية لاحقة يخل باتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير؟ برأينا إن اتخاذ مثل هذا القرار المتمثل برفع الحصانة البرلمانية لهو أمر عادي وليس استثنائيا وبالتالي لا ينطبق عليه وصف حالة الضرورة.

ومن ناحية أخرى، ومن حيث الاختصاص الموضوعي تعد قرارات رفع الحصانة البرلمانية من الأعمال ذات الطبيعة الرقابية وليست عملا تشريعيا يختص به رئيس السلطة الوطنية، وإعمالا لنص المادة (43) فإن إرادة رئيس السلطة الوطنية تحل محل

إرادة المجلس التشـريعي إذا توافرت شـروط إصدار القرار بقوة القانون المتمثلة بتوافر شرط الضرورة والاستعجال وعدم انعقاد المجلس، فيما يتعلق بإصدار التشريعات فقط دون الأعمال الرقابية (تراجع المادة 47 من القانون الأساسي) والتي من ضمنها إصدار قرار رفع الحصانة البرلمانية، وهذا ما يؤكده النظام الداخلي للمجلس التشريعي للعام 2000، في مـواده (95، 96)، الـذي قرر أن الحصانة البرلمانية وآليات رفعها باعتبارها من المهام الرقابية التي يمارسها المجلس التشريعي على سلوك أعضائه المخالف للقانون، ونؤيـد ذلـك أيضا بما جـاءت به المواد (24 - 28)، من قانـون حقوق وواجبات أعضاء المجلس التشريعي رقم (10) لسنة 2004.

وإعمالا لنص المادة (53) من القانون الأساسـي أيضا, نجدها قد قررت عدم جواز اتخـاذ أيـة إجراءات جنائية في غير حالات التلبس بحـق أي عضو من أعضاء المجلس التشريعي على أن يبلغ المجلس بتلك الإجراءات فورا، ليصار إلى تحديد موقفه واتخاذ الإجـراء المناسـب، وإذا لـم يكن المجلس منعقدا فإن (هيئـة المكتب) هي من تتولى هذه المهمة، وذلك عملا بنص المادة (24) من قانون حقوق وواجبات أعضاء المجلس التشريعي لسنة 2004.

نستخلص مما تقدم أن قرار رئيس السلطة الوطنية قد شابه عيب في الاختصاص الجسـيم تمثـل في اعتدائه على صلاحيـات المجلس الرقابية من جهة، ومن جهة أخرى اعتداء على صلاحيات هيئة مكتب المجلس، مما يشكل اغتصاب للسلطة وانحراف بها عن جادة المشـروعية، مما أصاب قراره بعيب عدم الاختصاص الجسـيم، بحيث يجعل قراره منعدما ولا يرتب أية آثار قانونية.

وعودة على قرار المحكمة العليا الموقرة والقاضي برد الدعوى شـكلا لتقديم الطعن بالإلغـاء على قرار رفـع الحصانة خارج مهلة الطعن لهو قرار خاطئ باعتبار أن القرار منعدمـا ولا يتقيـد بمهلة الطعن وهي سـتون يوما. وكون عيـب الاختصاص من النظام العـام، فإن رقابة المحكمة العليا رقابة شـاملة تمتد علـى جميع عناصر القرارات بقوة القانون الموضوعية منها والشكلية، بحيث تبحث مدى انسجام تلك القرارات مع أحكام القانون الأساسي، وتوافر شرط الزمن، وعدم انعقاد المجلس التشريعي، وحالة الضرورة

والاستعجال، التي تتمثل في نشوء خطر جسيم يتعذر مواجهته بالطرق القانونية العادية، كالحرب والكوارث والاعتداء، وطبيعة هذا الخطر أنه داهم وذو صفة استثنائية، تقرر بناء عليه دستورية القرارات بقوة القانون أو عدم دستوريتها، وبالتالي لا يجوز لرئيس السلطة الوطنية أن تمتد سلطاته لغير حالات الضرورة، فما يمكن معالجته بقانون عادي لا يصح معالجته بقرار له قوة القانون.

ونضيف أن حالة الضرورة والاستعجال تقاسان بوجود أحداث مفاجئة، بل يجب أن تكون المفاجأة مقترنة بخطر جسيم.

وأخيرا نقول بأنه يعاب على المحكمة العليا هذا التصنيف من حيث بسط رقابتها على دستورية القرارات بقوة القانون، مما يعطل استجلاء الحقيقة القانونية، وإعلائها للاعتبارات السياسية، مما يؤدي إلى إضعاف الحماية المقررة لمبدأ المشروعية وسيادة القانون.

2014/230

تعليق الاستاذ الدكتور فتحي فكري

أستاذ القانون العام في كلية الحقوق

جامعة القاهرة / مصر

فى اعتقادنا أن المشــرع التأسيســى حينما صاغ نموذج نظام الحكم الفلسطيني، لم يدر بخلده وقوع الشرخ الذى أصاب وحدة الشعب، ونجم عنه الإنقسام بين شطرى الوطن (الضفة الغربية وقطاع غزة)، هذا الانقسام الذى أدى إلى أن تتحول جلّ الجهود من مواجهة المحتل إلى البحث عن علاج لتداعيات الانفصال ، والتى تترى متفاقمة يوماً بعد آخر.

وفي هذا الوضع نحن نقســو على النصوص حينما نركن إليها وحدها للظفر بحلول حاسمة للمشكلات الطارئة، فتلك النصوص في حاجة إلى دعم معزز ومؤازرة ملموسة من المبادىء العامة، والمنطق القانوني، والعلة من التشريع وغاياته، ويغلف كل ذلك حكمه سياسية، لنصل في النهاية إلى حلول مقبولة، ولا نقول قاطعة.

من المنطلق الســابق نبدى تعليقنا على حكم محكمة العدل العليا المطروح، ونســتهله بعرض لتسلسل أحداث الأزمة، لا وقائع النزاع كما هو المعتاد، لأن الأمر في حقيقة مكنونه وجوهر مضمونه عرض لأزمة سياسية أكثر منه خلاف حول كنه نصوص قانونية.

تسلسل أحداث الأزمة:

يمكن تتبع تسلسل أحداث الأزمة كالتالي:

- نسب إلى أحد أعضاء المجلس التشريعي عن دائرة خان يونس بقطاع غزة بعض المخالفات الجنائية.
- بتاريــخ 3 ينايــر 2012 تقدم النائب العام بطلب لرئيــس الدولة لرفع الحصانة عن صاحب الشأن، بحكم عدم إمكانية اجتماع المجلس النيابى للبت في الطلب، جراء حالة الانقسام بين الضفة الغربية وقطاع غزة.

- وافق رئيس الدولة على طلب رفع الحصانة بالقرار بقانون رقم 4 لسنة 2012 في ذات يوم تقديمه، إلا أن نشر القرار تراخى إلى 25 يناير 2012، مما أثار التساؤل حول سبب هذا الفاصل الزمنى غير القصير.
- إحتمى العضو المرفوع عنه الحصانة بالمحكمة العليا كقاضي دستوري ناعياً على القرار بقانون المشار إليه مخالفته للقانون الأساسي، لإبتنائه على المادة 43 منه، والمنبتة الصلة بشئون أعضاء المجلس التشريعي بصفة عامة، والحصانة البرلمانية بصفة خاصة.
- فى 28 مارس 2013 قضت المحكمة العليا بعدم اختصاصها لتخلف مناطه والمتمثل في وجود قاعدة عامة مجردة، وهو ما لا ينطبق على قرار رفع الحصانة عن عضو بعينه.
- عقب سبعة عشر شهراً من حكم المحكمة العليا، وتحديداً في 26 أغسطس 2013، تقدم صاحب الشأن بدعوى ضد قرار رفع الحصانة لمحكمة العدل العليا، مبرراً طول فترة الانتظار بتوجه الطعن لقرار منعدم، لا يتقيد، من ثم، النعي القضائى عليه بميعاد.
- لم تُشاطر محكمة العدل العليا المدعى في وصف القرار الطعين بالإنعدام، وهو ما يستفاد من ردها الدعوى لرفعها بعد فوات المدة المحددة لطعون إلغاء القرارات غير المشروعة، والمقدرة بستين يوماً.

ويثير هذا الحكم جملة إشكاليات، إلا أن تناوله بالتحليل لا يتصور أن يجرى بمعزل عما قضت به المحكمة العليا في 28 مارس 2013 . فالارتباط بينهما يكاد، بل هو بالفعل، لا يقبل التفرقة. فالحصانة البرلمانية من موضوعات القانون الدستورى بإمتياز، خالطها في غمار الصراع القضائى حولها أكثر من نظرية أو فكرة تنتمي إلى القانون الإداري.

بوضع ما سبق في الحسبان ننطلق إلى التعليق وفقاً للخطة التالية:

- الجهة المعنية بتلقي طلب رفع الحصانة في ظل الأوضاع الحالية.
- السبب الكامن وراء تراخى نشر قرار رفع الحصانة.
- تحديد طبيعة قرار رفع الحصانة.
- على هامش التعليق.

وسوف نتقصي أبعاد كل من النقاط سالفة البيان طبقاً للترتيب الوارد أعلاه.

أولاً - الجهة المعنية بتلقي طلب رفع الحصانة في ظل الأوضاع الحالية:

تقدم النائب العام بطلب لرفع الحصانة عن عضو بالمجلس التشـريعي نسـبت إليه مخالفات جزائية.

وأشار الطلب إلى المادة 96 من النظام الداخلى للمجلس التشريعى[12].

ووفقـاً لتلـك المادة «1- يقدم طلب رفـع الحصانة خطياً من قبل النائب العام إلى الرئيس (رئيس المجلس التشريعى) مرفقاً بمذكرة تشتمل على نوع الجرم ومكانه وزمانه والأدلة التى تستلزم اتخاذ إجراءات قانونية».

وطبقاً للنص الفائت لا يثير تحريك طلب رفع الحصانة من النائب العام أدنى مشكلة، بوصفه الجهة المخولة قانوناً باتخاذ هذا المسعى.

ولكن الوضع يتبدل فيما يتعلق بالجهة المقدم لها طلب رفع الحصانة: رئاسة الدولة.

فالنظـام الداخلـى للمجلس التشـريعى جلىّ في أن يطرح طلـب رفع الحصانة على البرلمان ذاته، تأكيداً لاستقلاله، ومنعاً من عرقلة نشاطه عبر إجراءات تعسفية أو كيدية لأعضائه، تحت غطاء إتهامهم بارتكاب جرائم جنائية. إلا أن المجلس التشـريعى - كما هو معروف - ليس بوسعه الانعقاد، لينظر الطلب.

وهنا ربما يجول بالخاطر أن المادة 4/53 من القانون الأساسـى[13] تنبهت لمثل هذا الاحتمـال، وأعـدت العـدة له بتكليف هيئة المكتب[14] - حـال غياب المجلس - بالبت في طلب رفع الحصانة.

---

12 تضمنت المذكرة أيضاً ذكراً للمادتين 43، 53 من القانون الأساس، وسنناقش مضمونهما في موضعه المناسب.

13 طبقاً للمادة 4/53 من القانون الأساسى » لا يجوز في غير حالة التلبس بجناية اتخاذ أية إجراءات جزائية ضد أى عضو من أعضاء المجلس التشريعي الفلسطيني على أن يبلغ المجلس التشريعي فوراً بالإجراءات المتخذة ضد العضو ليتخذ المجلس ما يراه مناسباً، وتتولى هيئة المكتب هذه المهمة إذا لم يكن المجلس منعقداً».

14 طبقاً للمادة (4) من النظام الداخلي للمجلس التشريعي » تتألف هيئة المكتب من رئيس ونائبين للرئيس وأمين سر، ينتخبهم المجلس بالإقتراع السري في بدء انعقاده، وتمتد مهمته إلى يوم افتتاح الدورة العادية التالية ..".

وبالفعل خاطب النائب العام في 18 فبراير 2014 أمانة المجلس التشريعي للاستفسار عن وجود هيئة مكتب المجلس . وجاء الرد في اليوم التالى مباشرة مقرراً أنه » ومنذ انتهاء الدورة الأولى له (المجلس التشريعى) وحتى تاريخه (19 فبراير 2014) لا وجود فعلى أو قانونى لهيئة مكتب مجلسنا « .

وسنداً لهذا الاستخلاص أوضح كتاب الأمين العام أن مفاد المادة 4 من النظام الداخلى للمجلس التشريعى أن «يكون لكل دورة عادية هيئة مكتب منتخبة للمجلس تمتد صفتها ومهامها من بداية الدورة العادية وحتى انتهائها».

واستطرد الكتاب مبيناً أن الدورة العادية الأولى للمجلس التشريعى الثانى بدأت «بموجب المرسوم الرئاسى رقم (5) لسنة 2006 بتاريخ 2006/2/18، وانتهت بتاريخ 2003/3/5، إلا أنه قد جرى تمديدها بموجب المرسوم الرئاسى رقم (2) لسنة 2006 وذلك لمدة أقصاها أربعة أشهر.

«لاحقاً لذلك، فقد صدر المرسوم الرئاسى رقم (27) لسنة 2007 ، وقد نص هذا المرسوم الرئاسى في المادة (2) منه على إجراء انتخاب هيئة المكتب بالاقتراع السرى قبل إجراء أى مناقشة لأى موضوع على جدول الأعمال.

«وعلى ذلك وبصدور هذا المرسوم الرئاسى وبانتهاء الدورة العادية الأولى تكون صفة ومهمة هيئة المكتب التشريعي قد انتهت بموجب المادة (4) من النظام الداخلى للمجلس التشريعى المذكورة أعلاه، ويبقى أعضائها متمتعين بصفة العضوية في المجلس التشريعى فقط».

وأُختتم كتاب الأمين العام بالقول: «وبما أن الدورة العادية الثانية للمجلس التشريعي لم تُعقد فعلياً على أرض الواقع بتاريخ 2007/7/11، ولم يسر تبعاً لذلك انتخاب هيئة مكتب المجلس، فلم يعد هناك حتى تاريخه هيئة مكتب للمجلس التشريعى تتمتع بهذه الصفة».

وتأمل الكتاب السابق، يدعوا إلى الاتفاق في النتيجة دون الأسباب التى قامت عليها .

فمحور كتاب الأمين العام أن انقضاء الدورة الأولى للمجلس، وتوجيه الدعوة بالفعل للدورة الثانية، يعني أن هيئة المكتب لم تعد قائمة قانوناً أو فعلاً.

والحقيقة أن القراءة الفاحصة للمادة الرابعة من النظام الداخلي للمجلس التشريعي ترجح فهماً آخر. فتلك المادة صريحة في ربط وجود هيئة المكتب لدورة ما بإفتتاح الدورة التالية لها، أي بانعقادها فعلاً. فبهذا الانعقاد سيتم -بضرورة النص - انتخاب هيئة جديدة تحل محل هيئة المكتب السابقة. وهكذا نتفادى مثالب حدوث فراغ في أهم تشكيل من تشكيلات المجلس النيابي.

وبما أن الدعوة الأخيرة لانعقاد المجلس التشريعي، لم تُسفر عن اجتماع فعلي، فلا زالت هيئة مكتب الدورة السابقة - قانوناً - قائمة.

إلا أن وجود هيئة المكتب - في الحالة الراهنة - مسألة نظرية محضة، كوجود المجلس سواء بسواء، لانتفاء إمكانية الانعقاد مكتملاً النصاب.

وإزاء ما سبق من غياب واقعي للمجلس وهيئة مكتبه، لا مفر من البحث عن جهة أخرى للبت في طلب رفع الحصانة.

وقدر النائب العام أن المخرج من هذا المأزق يتمثل في اللجوء لرئيس الدولة.

ويصعب القول بأن التفكير في هذه الخطوة أجدب من المنطق، فالبرلمان غير موجود واقعاً، ومبدأ الفصل بين السلطات يحول دون أن يتصدى القضاء لأمر يمس أحد أعضاء السلطة التشريعية، لا سيما وأن طلب رفع الحصانة وإبداء الرأي فيه تخالطهما أبعاد سياسية، لا ينبغي أن نقحم القضاء في ولوج معتركه.

لم يتبق أمامنا - هكذا - إلا رئاسة الدولة.

إلا أن إشكالية ليست هينة سرعان ما تقفز أمامنا، فالرئيس يجمع بين رئاسة الدولة ورئاسة السلطة التنفيذية، أي الجهة التى صيغت الحصانة البرلمانية - بصفة أساسية - لحماية أعضاء البرلمان من تعسفها، لبواعث ومناورات سياسية.

وبناء على ما سلف، فإن لجوء النائب العام لرئاسة الدولة لرفع الحصانة البرلمانية يدعوا للتحفظ.

إلا أن المسألة تتعدى نطاق التحفظ وتتجاوزه إلى مجال الاعتراض فيما ورد من استدعاء المادة 43 من القانون الأساسي لتبرير الطلب المشار إليه.

فتلـك المادة تتعلـق باختصاص رئيس الدولة بإصدار ما يعـرف بلوائح الضرورة في الظروف الاستثنائية، وعند غياب السلطة التشريعية.

وتتمتـع تلـك اللوائح بقوة القانون، بما يتيح لها تعديل التشـريعات السـارية، ولهذا توصف بأنها قرارات بقوانين.

ولهذه التسمية دلالتها، فهي تنبىء أن الاختصاص المنعقد لرئيس الدولة يتعلق بسن قواعد عامة مجردة، يتوجه فيها الخطاب إلى الفئة المعنية بصفاتها لا بذواتها.

ولما كان رفع الحصانة عن عضو بعينة من أعضاء السلطة التشريعية يفتقد للعمومية المتطلبة في النصوص التشريعية، فلا يتصور أن يتدخل رئيس الدولة في ذلك النطاق في حمى من المادة 43 من القانون الأساسي.

ولـذا كان متوقعـاً أن تنتهي المحكمة العليا كقاضي دسـتوري برفض الطعن على ما أطلق عليه القرار بقانون رقم 4 لسـنة 2012 بشـأن رفع الحصانة عن نائب في المجلس التشريعي، وذلك احتكاماً لأمرين أساسيين:

- **الأول:** «تضمن القرار محل الطعن أربع مواد .. تشـكل المادة الأولى منه اتخاذ إجراء تجاه المستدعى مؤداه (رفع الحصانة البرلمانية عنه)، وهي المادة الوحيدة التى تجسد ماهيـة هـذا القرار، فيما وردت المـواد الثلاث التالية لنص المادة الأولى خالية من أي سمة من شأنها أن تجعل منها مواداً وقواعد لقانون أو نظام بالمفهوم القانوني والفقهي والموضوعي لما يجب توفره في كل منهما، الأمر الذى نرى معه أن ما هو مطعون عليه فيه ليس «قراراً بقانون» يأخذ حكم القانون، وليس نظاماً أيضاً حتى يصار إلى اعتباره ضمن منظومة الأمور التى تختص بنظرها المحكمة الدستورية وتفرض رقابتها عليها وفـق مـا جـاء في الفقرة الأولى للمادة 24 من قانون المحكمة الدسـتورية التى جعلت لهذه المحكمة اختصاص الرقابة على القوانين والأنظمة فقط دون سواها «[15].

وحرى بالإشارة أن اتحاد العلة (انغلاق دائرة رقابة الدستورية على النصوص ذات الطبيعة العامة دون القرارات الفردية) حدا بالقاضي الدسـتوري في مصر بالسـير في

15 المحكمة العليا - 28/3/2013 - طعن دستوري رقم 6 لسنة 2012.

هذا الاتجاه[16].

16 تعبيراً عن هذا المنحى أعلنت المحكمة الدستورية العليا المصرية أن «المدعين أقاموا ادعاءهم مخالفة قرار تعيين أحد السادة المستشارين للدستور، على قالة أن قراراته ارتجالية، وكذلك حيثيات أحكامه مما أخل بالمساواة في الضمانات القضائية بينهم وبين غيرهم ممن يقدمون إلى المحاكمة الجنائية. ومرد ذلك إلى قصور ثقافته القانونية وقدراته الذهنية، قصوراً دائما لا عرضيا، ثابتاً وليس طارئاً، وآية ذلك تصديه بغرور إلى قضية لا يدخل الفصل فيها في مجال تخصصه، وإهداره قوة الأمر المقضى لإغفاله قضاء ضمنياً بعدم الاختصاص الدولي سبق أن صدر في هذه القضية ذاتها، إذ كانت الباخرة التي تم ضبط المواد المخدرة فيها وراء الحدود الخارجية للبحر الاقليمي للدولة حين جرى ضبطها. هذا بالإضافة إلى قضائه بأن كل من كان في هذه الباخرة يعتبر مسئولاً عن المواد المخدرة المضبوطة فيها، ولو لم تكن في حيازته، وتطبيقه أحكام قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم 182 لسنة 1960 في شأن مكافحة المخدرات وتنظيم استعمالها والاتجار فيها على واقعة الدعوى المعروضة عليه، رغم ثبوت مخالفتها للدستور، وانصياعه كذلك لكل أمر يصدر إليه، بما يؤثر في سير العدالة، وما يجب أن يتحلى به القضاة في أدائهم لواجباتهم.

«وحيث إن هذا النعي مردود بأن الدستور عقد الفصل الخامس من بابه الرابع للمحكمة الدستورية العليا، وعهد اليها في المادة 175 منه - دون غيرها - بتولي الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح على الوجه المبين في القانون، ثم صدر قانون هذه المحكمة مبيناً اختصاصاتها محدداً ما يدخل في ولايتها حصراً، مستبعداً من مهامها ما لا يندرج تحتها، فخولها اختصاصاً منفرداً بالرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح مانعاً أية جهة من مزاحمتها، مفصلاً طرائق الرقابة وكيفية إعمالها، وذلك كله على النحو المنصوص عليه في المواد 25 ، 27 ، 29 منه، وهي قاطعة في دلالتها على أن اختصاص المحكمة في مجال الرقابة على الدستورية، منحصر في النصوص التشريعية أياً كان موضوعها، أو نطاق تطبيقها، أو الجهة التى أقرتها أو أصدرتها، ذلك أن هذه النصوص هي التى تتولد عنها مراكز قانونية عامة مجردة ، وما يميزها كقواعد قانونية ، هو أن تطبيقاتها مترامیه ، ودائرة المخاطبين بها غير متناهية، والآثار المترتبة على إبطالها - إذا أهدرتها هذه المحكمة لمخالفتها الدستور - بعيدة في مداها، وتدق دائما ضوابط الرقابة على مشروعيتها الدستورية وتقارنها محاذير واضحة. وكان لزاما بالتالي أن يؤول أمر هذه الرقابة إلى محكمة واحدة بيدها وحدها زمام إعمالها كي تصوغ بنفسها معاييرها ومناهجها، وتوازن من خلالها بين المصالح المثارة على اختلافها، وتتولى دون غيرها بناء على الوحدة العضوية لأحكام الدستور، بما يكفل تجانسها ويحول دون تفريق وجهات النظر من حولها، وتباين مناحى الاجتهاد فيها. إذ كان ذلك، وكان الدستور هو القانون الأعلى الذي يرسى الأصول والقواعد التى يقوم عليها نظام الحكم، ويحدد السلطات العامة ويرسم لها وظائفها، ويضع الحدود والقيود الضابطة لحركتها، ويقرر الحريات العامة، ويرتب ضماناتها الأساسية، وكانت مظنة الخروج على أحكامه لا تنحصر في النصوص القانونية التى تقرها السلطة التشريعية، بل تتعداها إلى كل قاعدة عامة مجردة أصدرتها السلطة التنفيذية في حدود صلاحياتها التى ناط الدستور بها، فإن محل الرقابة القضائية على الدستورية إنما يتمثل في القانون بمعناه الموضوعي الأعم، محدداً على ضوء النصوص التشريعية التي تتولد عنها مراكز قانونية عامه مجردة، سواء وردت هذه النصوص في التشريعات الأصلية أو الفرعية. ولا كذلك القرارات الإدارية الفردية إذ لا تمتد إليها هذه الرقابة مهما بلغ خطرها أو درجة انحرافها عن أحكام الدستور، أو وجه خروجها عليه، ذلك أن تلك القرارات لا تتولد عنها إلا مراكز قانونية من طبيعتها، إذ لا تعدو المراكز التي تنشئها أو تعدلها أن تكون مراكز فردية أو خاصة تقتصر آثارها على أشخاص معينين بذواتهم، وأنه وإن صح القول بأن القرارات الإدارية الفردية هي تطبيق لقاعدة قانونية أعلى، إلا أن صدورها إعمالا لها لا يغير من خصائصها بل تظل في محتواها منشئه لمراكز فردية أو ذاتية أو معدله لها، وهي مراكز تختلف بالضرورة عن ذلك المركز القانوني العام المجرد المتولد عن القانون. متى كان ذلك تعين القول بأن الفصل في المخالفة الدستورية المدعى بها في هذه الوجه من النعي، مما لا يدخل في اختصاص هذه المحكمة ...».

المحكمة الدستورية العليا (مصر) - 1992/11/7 - مجموعة الأحكام ج(5) المجلد (2) ص50 ، وانظر تطبيق آخر: المحكمة الدستورية العليا (مصر) - 1994/12/3 - مجموعة الأحكام - جـ (6) - ص380.

- **الثانـي**: أن العبرة ليسـت بالأوصاف الواردة في النـص الخاضع للرقابة وإنما بحقيقة اتفاقها مع مضمونه، فالقرار بقانون المطعون عليه لا ينظر إليه على أنه كذلك لمجرد عنونته بعبارة (قرار بقانون)، «والإشارة إلى أنن صدر بعد الاطلاع على القانون الأساسـي المعدل وتعديلاته ولا سـيما أحكام المادة (43) منه ، وما تبع ذلك من عبارات جاءت بمثابة ديباجة ترد في مستهل أي عمل قانوني سواء كان ذلك بإصدار قانون أو نظام أو قرار، إذ العبرة بما يجسـده هذا العمل من واقـع يعكـس بالفعل الصفة القانونية الصحيحة لهذا العمل وفق ما تضمنه من مقاصـد ورمـى إليه من أهداف وغايات عملاً بمـا هو متفق عليه فقهاً وقضاءً بأن الأمور بمقاصدها».

والحقيقة أن تحديد طبيعة الأعمال القانونية ليس من مهام الشـارع، فذلك مسـعى أساسى للفقه والقضاء، وبناء عليه فإن إضفاء المشرع وصف على عمل ما، لا يمنع من معاودة سبر مضمونه واختبار جوانبه للتحقق من استكماله لضوابط هذا الوصف، وإلا أُدرج في فئة الأعمال التى توافق حقيقته[17].

وربمـا حاول البعض تجاوز ما سـبق بالقول أن العهـود لرئيس الدولة بالاختصاص التشريعي، حال غياب البرلمان، وهو الاختصاص الأبرز للمجلس النيابي، يبرر أن نلجأ إليه - عند الضرورة - في الاختصاصات الأخرى.

وهذا التخريج - كما نرى - مزعزع البنيان ، ومتهاوى الأركان.

فمن ناحية أولى، لا غرو في أن المادة 43 اسـتثناء، والقاعدة أن الاسـتثناء لا يقاس

17 أعمل القاضي الدستوري فـي مصر هذا الفهم منذ أمد طويل، ومن أبرز نماذجه القانون رقم 31 لسنة 1963 والذى أعتبر أن قرارات رئيس الجمهورية الصادرة بإحالة الموظفين العموميين إلى المعاش أو إلى الإستيداع أو بفصلهم من غير الطريق التأديبي من قبيل أعمال السيادة. إلا أن المحكمة العليا (المحكمة الدستورية العليا الآن) نحت هذا الوصف عن القرارات آنفة الذكر لكون «العبرة في تحديد التكييف القانوني لأي عمل تجريه السلطة التنفيذية لمعرفة إن كان من أعمال السيادة أو عملاً إدارياً هي بطبيعة العمل ذاته فلا تتقيد المحكمة وهي بصدد إعمال رقابتها على دستورية التشريعات بالوصف الذي خلعه الشارع على تصرفات الحكومة وأعمالها متى كانت بطبيعتها تتنافى مع هذا الوصف».
المحكمة العليا (مصر) - 6/11/1971 - مجموعة الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية - الجزء الأول - من إنشاء المحكمة - نوفمبر 1976 - ص30.

عليه ولا يتوسع فيه. ومن ناحية ثانية، فإن التصدى للاختصاص التشريعي في أوقات الأزمات مقبول، حيث يساهم رئيس الدولة في هذه المهمة في الظروف العادية من خلال إصدار القوانين والاعتراض عليها[18]. أما الأمور المتصلة بأعضاء السلطة التشريعية فهى أحد أهم مظاهر استقلال تلك السلطة، مما لا يتصور معه تدخل السلطة التنفيذية لحسم أى جانب من جوانبها.

ومن ناحية ثالثة، فإن الرئيس يباشر سلطة إصدار لوائح الضرورة تحت رقابة البرلمان[19] صاحب الاختصاص الأصيل بالتشريع، وبطبيعة الحال يجب أن يتاح للبرلمان مباشرة هذا الدور بشكل عملى لا نظري. ولا نعتقد إمكانية تحقق ذلك بالنسبة للإجراءات الفردية، في الأغلب الأعم من الفروض. فتلك الإجراءات تستنفد آثارها - عادة - بمجرد صدورها أو بعد ذلك ببرهه يسيرة، مما يفقد الرقابة عليها غالب جدواها، وجل قيمتها.

وإذا كان الطريق إلى البرلمان مغلقاً، والسبيل لرئاسة الدولة موصداً، فما هو الحل؟

في تقديرنا أن السبيل الأسلم والأنسب كان في اللجوء إلى القاضي الدستوري ليباشر أحد أهم اختصاصاته المقررة دستورياً، ألا وهو تفسير نصوص القانون الأساسى[20].

وقد نظم قانون المحكمة الدستورية رقم 3 لسنة 2006 تلقى طلبات التفسير من

18 تنص المادة 41 من الدستور »1- يصدر رئيس السلطة الوطنية القوانين بعد إقرارها من المجلس التشريعي الفلسطيني خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إحالتها إليه، وله أن يعيدها إلى المجلس (المجلس التشريعي) خلال ذات الأجل مشفوعة بملاحظات وأسباب إعتراضه وإلا اعتبرت مصدرة وتنشر فوراً في الجريدة الرسمية. »
2- إذا رد رئيس السلطة الوطنية مشروع القانون إلى المجلس التشريعى وفقاً للأجل والشروط الواردة في الفقرة السابقة تعاد مناقشته ثانية في المجلس التشريعى ، فإذا أقره ثانية بأغلبية ثلثى أعضائه أعتبر قانوناً وينشر فوراً في الجريدة الرسمية «.

19 لا يفوتنا أن نزوه أن الرقابة البرلمانية ليست هي الرقابة الوحيدة على لوائح الضرورة، فالطبيعة السياسية لتلك الرقابة تتطلب دعمها برقابة أخرى محايدة تتولاها المحاكم الدستورية.
فى تفاصيل ذلك راجع مؤلفنا:
القانون البرلمانى - 2006 - ص441 وما بعدها.

20 المادة 103 من القانون الأساسي.

خلال وزير العدل، بناء على طلب جهات عدة منها رئيس السلطة الوطنية[21].

ومن ثم كان الأقرب للصواب أنه حينما قدم طلب رفع الحصانة من النائب العام للرئاسة، أن يولى رئيس الدولة وجهه شطر القاضى الدستوري، ليكشف عن مدى التقيد بالمادة 4/53 من الدستور الخاصة بالحصانة الإجرائية، حال عدم إمكانية انعقاد المجلس النيابي.

وفي هذا الفرض كانت المشكلة ستحسم بقرار يلزم الكافة كما السلطات العامة (المادة 1/41 من قانون المحكمة الدستورية).

وغير مقنع الاعتراض على التحليل السابق بأن المادة 30 البند (2) قصرت طلبات التفسير على النصوص التشريعية دون الدستورية.

فمن زاوية، فإن اصطلاح النصوص التشريعية من الشمول بحيث يستغرق كافة القواعد العامة المجردة بما فيها النصوص الدستورية.

علماً بأنه لا يجوز لقانون المحكمة الدستورية، وهو أدنى منزلة وأقل مرتبة من الدستور، أن يقيد أو يحجم من نطاق مواد القانون الأساسي.

ومن زاوية ثانية، فإن البند (2) من المادة 30 من قانون المحكمة الدستورية يمكن حمله على طلبات تفسير التشريعات بالمعنى الضيق (القوانين البرلمانية)، أما طلبات تفسير النصوص الدستورية، فلا تتقيد به أو بالضوابط الواردة فيه (بيان الخلاف في التطبيق - مدى أهمية النص التى تستدعى تفسيره). فعمومية الصياغة الدستورية تجعل الاختلاف حول مراميها مسألة مألوفة، بل من الممكن القول بأنها مفترضة، كما أن النصوص الدستورية بحكم طبيعتها، وتناولها لنظام الحكم والحقوق والحريات العامة، من العبث الدخول في جدال حول أهميتها.

أي أن احالة النص الدستورى من الجهات المحددة، بغرض تفسيره، يكفى لقبول الطلب.

21 طبقاً للبند الأول من المادة (30) من قانون المحكمة الدستورية » يقدم طلب التفسير من وزير العدل بناء على طلب رئيس السلطة الوطنية أو رئيس مجلس الوزراء أو رئيس المجلس التشريعي أو رئيس مجلس القضاء الأعلى أو من انتهكت حقوقه الدستورية».

وصفوة القول، أن من مميزات القانون الأساسي الفلسطيني منح المحكمة الدستورية الاختصاص بتفسير نصوصه بطلبات أصلية، وكانت الفرصة سانحة لتفعيل هذا الاختصاص، والخروج من الأزمة القانونية والسياسية المُعاني منها بطريقة آمنة.

فالإشكالية المثارة بمثابة نموذج لفروض الإحتكام للقاضي الدستوري لاستكناة مفاهيم النصوص المصاغة من السلطة التأسيسية.

السبب الكامن وراء تراخى نشر قرار رفع الحصانة:

صــدر القــرار بقانون لرفع الحصانة في 3 يناير 2012، إلا أنه ظل حبيس الأضابير حتى 25 يناير 2012 تاريخ نشره. والفترة المنصرمة من صدور القرار والإعلان الرسمي عنه تجاوزت الثلاثة أسابيع، مما يبيح التساؤل حول بواعث هذا التباطؤ.

تفصح أوراق الدعوى أن أهم عوامل تأخير النشــر هو المذكرة المقدمة من رئيس كتلة فتح البرلمانية بالاعتراض على رفع الحصانة، والتي ألمح مقدمها أنه تحدث بمضمونها مع مؤسسة الرئاســة، وإنها أبدت - في حينه - تفهماً لأســانيدها، مع إيعاز بإتجاه لعدم نشر القرار. إلا أن القرار نشر في النهاية ، وهو ما رجح معه رئيس الكتلة البرلمانية لفتح بوجود خطأ إداري.

وعولت المذكرة المنوه عنها على حجتين رئيسيتين[22]، نوافقها على أولاهما، ونتحفظ بشدة على الاستخلاص المستفاد من آخراهما.

22 طرحت المذكرة حجة ثالثة تتعلق بالاحتجاج على اعتبار عضو البرلمان موظفاً أو أن يعامل على هذا الوصف، وأن بعض جوانب الحصانة لا يزول أبداً (الحصانة الموضوعية)، وقد رأينا مناقشة هذا السند بعيداً عن المتن لأسباب منهجية.
ومع التسليم بأن عضو البرلمان ليس موظفاً، فذلك لا ينسينا أن بعض المعطيات تجعلنا نعامله بهذا الوصف، وحسبنا التذكرة بمعاملة المشرع الجنائي للنائب البرلماني كموظف في تطبيق العديد من نصوص قانون العقوبات.
أما الحديث عن حصانة إبداء الرأي (الحصانة الموضوعية) وديمومتها، فذلك نوع آخر من الحصانة، لها عللها اللصيقة بها والمتمثلة في إبعاد شبح المسئولية عن النائب أثناء المناقشات البرلمانية، ليتمكن من إبداء الرأي، داخل اجتماعات المجلس ولجانه، بحرية تامة. كما أن تلك الحصانة قاصرة على الآراء فقط، ولا تتجاوزها إلى الأفعال. ولذا فإثارة الحديث عن الحصانة الموضوعية بمناسبة تناول بعض جوانب الحصانة الإجرائية يبدو أقرب إلى القياس مع الفارق.
لمزيد من التفاصيل حول تاريخ الحصانة الموضوعية وأبعادها - راجع مؤلفنا: القانون البرلمان - 2006 - ص275 وما بعدها.

فنحــن نشــاطر المذكرة في عــدم جواز التعويل على المادة 43 من القانون الأساســي لإصدار قرار بقانون لرفع الحصانة البرلمانية، وقد سبق بسط البراهين الداعمة لذلك.

وقصارى القول أن الاعتماد على المادة المنوه عنها لرفع الحصانة الإجرائية عن عضو نيابي يُحمل النص بما لا يطبق أو يحتمل، ولم نسمع به في دساتير العالم شرقه أو غربه.

أما ما سطر في المذكرة اعتراضاً على ما جاء بمرافعة النائب العام المساعد، من انتهاء ولاية المجلس التشريعي، لانقضاء مدته (2006-2010) فيتعذر التسليم به على علاته.

فاعتبــار المجلس قائماً الهدف منه التوصل إلى الاعتراف بوجود حصانة لأعضائه، وهــو مــا لا يمكن قبوله في الفرض الماثــل. فالحصانة الإجرائية تحديداً مكفولة ليُمكن العضو من الاضطلاع بواجباته النيابية (تشريع ورقابة) دون عائق. فإذا كانت تلك التبعات مصابة بالشلل التام والجمود المطلق، فلا موضع لإثارة الحصانة الإجرائية، وإلا تحولت العضوية البرلمانية إلى غنم بلا عزم، مع أنها في الأصل خدمة عامة.

وتعزيــزاً للتحليل الفائت نشــير إلى أن بعض الدول تقــر بالحصانة الإجرائية أثناء دورات الانعقــاد، وتحجبهــا في فتــرات العطلات[23]، رغم أن نشــاط اللجان النوعية لا يتوقف في هذه الأوقات.

فنشاط اللجان البرلمانية، وإن مثل إجراءات تحضيرية ضرورية ولا غنى عنها لأعمال رقابيــة أو تشــريعية، لــن يكتمل وينتج آثاره القانونية، إلا بعــد إقراره من البرلمان عقب عودته من عطلته.

وبعبارة أخرى، فإن نشاط اللجان على أهميته، لا يستأهل، في تقدير تلك الدساتير،

23 مثال ذلك المادة 110 من دستور 1923 في مصر والتي كانت تقضى بأنه «لا يجوز أثناء دور الانعقاد اتخاذ إجراءات جنائية نحو أي عضو من أعضاء البرلمان ولا القبض عليه إلا بإذن المجلس التابع هو له، وذلك فيما عدا حالة التلبس بالجناية».
وتكرر ذات النص حرفياً في المادة 100 من دستور 1930.
وتبنى أول دستور صدر في العهد الجمهوري عام 1956 ذات الرؤية في مادته رقم 107.
وسار على ذات الدرب الدستور الكويتي لعام 1962 حيث تنص مقدمة المادة 111 منه على أنه » لا يجوز أثناء دور الإنعقاد، في غير حالة الجرم المشهود، أن تتخذ ضد العضو إجراءات التحقيق أو التفتيش أو القبض أو الحبس أو أي إجراء جزائى آخر إلا بإذن المجلس... «.

الاســتظلال بالحصانة الإجرائية. وهذا المنحى يتفق والفهم الصحيح للحصانة ، وهى أنها ضمانه لا إمتياز مكتسب للعضوية البرلمانية.

والخلاصــة أن القــول بانتهاء ولاية المجلس، أو الإقرار بوجوده لحين اختيار المجلس القادم، لا أثر له على انتفاء الحصانة الإجرائية، في ظل فرض عدم وجود أدنى فرصة لمباشرة مهام العضوية.

وعلى ما يبدو أن تأمل مؤسسة الرئاسة لحجج المذكرة سالفة الذكر، والتمعن في سبر أغوارها، جعلها تكمل طريقها، وتنشر قرارها، مرجحة صحة موقفها، وبغض النظر عن تحفظنا على القالب الذى أفرغ فيه قرار مؤسسة الرئاسة، فنحن نقرها على مضمونه: عدم وجود حصانة إجرائية لأعضاء المجلس التشريعي القائم.

وســوف نبــين في الجزئية التالية وجهــة نظرنا في طبيعة العمــل الصادر من رئيس الدولة في هذا الصدد.

تحديد طبيعة قرار رفع الحصانة:

قضت المحكمة العليا - كقاضي دســتوري - بعدم اختصاصها بنظر الخصومة ضد القرار بقانون رقم 4 لســنة 2012، بحســبان أن اختصاصها يتقيد بوجود قواعد عامة ومجردة (قانون أو نظام)، وهو ما تخلف تحققه في العمل الطعين.

وبهذا القضاء استنفدت المحكمة سلطتها، ولم يعد بمقدورها أن تحدد طبيعة العمل موضوع الدعوى، والجهة المختصة بنظر النزاع حوله.

وقد وقع في ظن الطاعن أن رفض اعتبار العمل الطعين من قبيل القرارات بقوانين، لغياب العمومية، يعنى أننا بصدد قرار إداري فردى يجوز المطالبة بإلغائه.

وبناء على هذا الفهم توجه صاحب الشــأن لمحكمة العدل العليا ملتمســاً إلغاء قرار رفع الحصانة عنه. وســايرت محكمة العدل العليا الطاعن في تفســيره، وهو ما يستفاد من بحثها توافر شرط الميعاد في دعوى الإلغاء، وهو ميعاد يتسم بالقصر مقارنة بغيره.

وأوقع هذا التصور المحكمة في مأزق، فالقرارات الإدارية من زاوية عدم المشروعية

تتفرع إلى طائفتين: باطلة ومنعدمة. والأولى فقط هي التى تخضع لميعاد الطعن القصير. أمــا القــرارات المنعدمة فتتحرر من هذا القيد، لكــون تلك القرارات مجرد عقبه مادية تعوق صاحب الشأن من مباشرة حقوقه، وبهذا الوصف يجب أن يتاح له فرصة إزاحتها في أي وقت شاء[24].

وقد تمسك الطاعن بانعدام قرار رفع الحصانة ليبرر قبول طعنه المقدم بعد تجاوز ميعاد الســتين يوماً بوقت طويل، والمحكمة حينما رفضت الطعن لفوات الميعاد، قضت بصورة ضمنية بأن القرار ليس منعدماً.

وبدايــة نتحفظ بشــدة على وجود قرار إداري كما ســنبين لاحقــاً. ولكن على فرض مســايرة المحكمة بشــأن تعلق النزاع بقرار إداري، فإن انعدامه لا مجال لمناقشــته، فمن أبرز تطبيقات القرار المنعدم تدخل سلطة في اختصاص أخرى[25]. وقرار رفع الحصانة إذ صدر من الســلطة التنفيذية جار بعنف على اختصاص الســلطة التشــريعية. فكيف يقال والحال كذلك يُتقبل أن عدم مشــروعية القرار لم تبلغ حد الجســامة الذى يورده موارد الانعدام؟

وكانــت المحكمــة في غنى عن هذا النقد لو أنهــا كيفت العمل الطعين التكييف الذى إنحزنــا إليــه. فالقــرار الإداري هو الذي يعبر عن إرادة الإدارة بغرض إنشــاء أو تعديل

24 ترجمة لهذا الفهم أعلنت المحكمة الإدارية العليا في حكم حديث لها » ومن حيث إن قضاء هذه المحكمة جرى على أنه يتعين لإعمال الشروط التى انطوت عليها المادتان 10 ، 12 من قانون مجلس الدولة في شأن طلب الإلغاء أن يكون هناك ثمة قرار توافرت له صفة هذه القرار لحقه عيب من العيوب المنصوص عليها في المادة (10) والتي تتحصن بفوات المواعيد . أما إذا كان المطروح أمام المحكمة هو قرار منعدم إنحدر إلى مجرد الفعل المادى المعدوم الأثر قانوناً ، فإنه لا تلحقه أى حصانة . ولا تنغلق أمامه طرق الطعن عليه ، إذ لا يعدو أن يكون مجرد عقبة مادية في سبيل استعمال ذوى الشأن لمراكزهم القانونية المشروعة مما يبرر بذاته مطالبتهم قضائياً إزالة تلك العقبة ..« .

المحكمة الإدارية العليا (مصر) - 17/3/2012 - الطعن رقم 33982 لسنة 56ق. عليا - منشور بمجلة قضايا الدولة - السنة 56 - العدد (2) ص219.

25 راجع على وجه الخصوص:

سليمان الطماوى - النظرية العامة للقرارات الإدارية - 1976 - ص331 .

مراكز قانونية.

ووفقـاً لرؤيتنـا فإن قـرار رئيس الدولة لـم يدخل أدنى تأثير علـى المركز القانوني لصاحـب الشـأن. فكما ذكرنـا لا محل للحصانة الإجرائية حال عدم إمكانية مباشـرة المجلس النيابى لمهامه الرقابية والتشـريعية. وبالتالى فإن قرار رئيس الدولة أقرب إلى الأعمال المادية، التى لا تنتج أي أثر في المراكز القانونية القائمة. وتلك الأعمال، كما هو معروف، لا تقبل الطعن بالإلغاء.

فلا يكفى لإضفاء الطابع الإداري على عمل ما صدوره من جهة الإدارة . فمجرد » صدور القرار عن جهة إدارية لا يخلع عليه في كل الأحوال وبحكم اللزوم وصف القرار الإداري، وإنمـا يلـزم حتـى يتحقق له هذا الوصـف أن يكون كذلك بحسـب موضوعه وفحواه «[26].

وعلى ذلك كان الحل الصائب للنزاع - في تقديرنا - هو الحكم بعدم القبول لانتفاء القرار الإداري.

ولعلـه مـن الأهمية بمكان أن نلمح إلى أن رفع الحصانـة حال صدوره من البرلمان، لا يعد قراراً إدارياً، وإنما عملاً برلمانياً، وتلك الأعمال القاعدة فيها عدم قبول الطعن القضائى عليها[27]، ليس فقط صوناً لاسـتقلال السـلطة التشريعية، ولا سيما ما يتعلق بشئون أعضائها، وإنما أيضاً لأنها لا تعد قرارات إدارية وفقاً للمعيار العضوي (الجهة الصادر عنها العمل وهي البرلمان) أو الموضوعي (عدم انصبابها على إجراء ضبطي أو عمل مرفقي).

على هامش التعليق:

في غمار تناولنا للتعليق جذب انتباهنا أن القانون الأساسـي عالج حصانات أعضاء البرلمان بصورة مجملة في مادة وحيدة هي المادة 53 والمشتملة على خمس فقرات.

26 المحكمة الإدارية العليا (مصر) - 19/6/2010 - مجموعة السنتين 55، 56 ص564.

27 لمزيد من التفاصيل راجع مؤلفنا:

قضاء الإلغاء - 2008/2009 - ص40 وما بعدها.

وقصد بذلك، على الأرجح، أن ترد التفاصيل في القانون أو النظام الداخلي للمجلس النيابي. وهذا المسلك معيب، إذ أنه ترك للبرلمان، وهو الذي يصدر القانون ويقر نظامه الداخلي، التحكم في جوانب جوهرية للحصانة، من المفترض تصدى الشارع التاسيسي دون غيره لها. ومن تلك الجوانب نصاب القرار الصادر برفع الحصانة.

فإزاء تخلى الدستور عن تحديد هذا النصاب، لم يكتف الشارع العادي في القانون رقم 10 لسنة 2004 بالأغلبية الخاصة (أغلبية الأعضاء لا الحاضرين)، وإنما اقتضى أعلى درجات تلك الأغلبية (موافقة $^2/_3$ الأعضاء)[28].

فهل من المنطقي أن يقر المجلس النيابي رفع الحصانة بذات الأغلبية اللازمة لتعديل الدستور[29] أو تمديد حالة الطوارىء[30] أو التغلب على اعتراض رئيس الدولة على قانون اعتمده البرلمان[31]؟

وهل من المقبول أن يجري رفع الحصانة بأغلبية تفوق تلك التى تسحب بها الثقة من الحكومة بكامل تشكيلها، والذي قنع فيه الشارع التأسيسى بأغلبية الأعضاء[32]؟

ونصاب رفع الحصانة المنظم بالقانون رقم 10 لسنة 2004 يفرز ملاحظة ثانية. فالأصل أن الحصانة ليست حقاً للنائب، وإنما ضمانة للنهوض بأعبائه، وبالتالي لا فرق بين نصاب رفع الحصانة المقدم من النائب العام أو العضو ذاته.

إلا أن قانون حقوق وواجبات أعضاء المجلس التشريعي بعد أن نص على عدم جواز التنازل عن الحصانة بغير إذن من المجلس[33] تأكيداً لما سبق، عاد وقرر كفاية موافقة

28 المادة 26 البند (3) من القانون رقم 10 لسنة 2004 .

29 المادة 120 من القانون الأساسي.

30 المادة 110 من القانون الأساسي .

31 المادة 41 من القانون الأساسي.

32 المادة 57 من القانون الأساسي.
وذات النصاب قررته المادة 3/66 من القانون الأساسي للتصويت على الثقة بالحكومة.

33 المادة 25 البند (1) من القانون رقم 10 لسنة 2004.

أغلبية أعضاء المجلس لرفع الحصانة بناء على الطلب المقدم من صاحب الشأن[34].

أننا نوجه الدعوة للشارع التأسيسي لانتهاز أول فرصة لتناول الحصانة الإجرائية بشكل أكثر تفصيلاً، ولا سيما نصاب رفع الحصانة، ليزيل عن البرلمان شبهة التحكم، ويرفع ما هو قائم من تناقض غير مبرر، بسبب عدم الالتزام بفلسفة متجانسة فيما يتعلق بالأغلبية المتطلبة لرفع الحصانة الإجرائية كضمانة للعضوية، لا امتياز لمن حملته الإرادة الشعبية بمهامها.

كلمة تأملية:

من المحتمل أن يعاني المجتمع في لحظة ما من صراع قوي، يتجاوز المألوف، وفي المجتمعات الديمقراطية يُحتكم للقانون بالمعنى الشامل، لوأد هذا الصراع، وينصاع الجميع لكلمته، مهما بدت ضد أو مع أحد الأطراف دون الآخر، فالمهم هو محاصرة جذوة الصراع، وتكاتف الجهود لإخماد الشرارات المنطلقة منها.

أما في غير ذلك من المجتمعات، فيسعى الأقوى لفرض رؤيته، مهما جاوزت الصالح العام وجارت عليه، ولكنه - وهو الأخطر - لا يغفل تطّويع القانون لها.

في هذا الإطار تبدو النصوص في مواجهة غير متكافئة مع الواقع الذي سيسود حتى يستعيد القانون عافيته، وكلنا رجاء أن نرى - في أقرب وقت - الانتقال من زمن سيادة الواقع إلى مرحلة سيادة القانون.

34 المادة 25 البند (4) من القانون رقم 10 لسنة 2004.

أحكام صادرة عن المحكمة العليا المناط بها القيام بمهام المحكمة الدستورية إلى حين تشكيلها والتعليق عليها

طعن دستوري رقم 2014/1 «البحث في دستورية القوانين الأردنية»

طعـن دسـتوري
رقـم: 1 / 2014

دولـة فلسـطين
السـلطة القضـائية
المحكمـة العليا بصفتها الدستورية

الحكـم

الصادر عن المحكمة العليا صاحبة الولاية المؤقتة في النظر في الطعون الدستورية والمأذونة بإجراء المحاكمة وإصدار الحكم باسم الشعب العربي الفلسطيني

الهيئة الحاكمة : برئاسة السيد القاضي علي مهنا
وعضوية السادة القضاة: سامي صرصور، إيمان ناصر الدين، فتحي أبو سرور، محمد سامح الدويك، عدنان الشعيبي، حلمي الكخن

الطاعن: نضال محمد علي أبو رعد/ نابلس
وكيلاه المحاميان شكري العابودي و/ أو رشاد فشافشة/ رام الله

المطعون ضدهم: 1. رئيس دولة فلسطين بالإضافة لوظيفته/ رام الله
2. مجلس الوزراء/ الحكومة الفلسطينية بالإضافة لوظيفته
3. رئيس مجلس الوزراء بالإضافة لوظيفته
4. المجلس التشريعي بالإضافة لوظيفته
5. دائرة الجمارك والمكوس- ممثلة بمدير دائرة الجمارك والمكوس بالإضافة لوظيفته
6. وزارة المالية ممثلة بوزير المالية بالإضافة لوظيفته
7. النائب العام بالإضافة لوظيفته

الرئيس

الكاتب-دقق:
م.ف

طعـن دسـتوري
رقـم: 1 / 2014

الإجـراءات

بتاريخ 2014/1/23 تقدم الطاعن بهذا الطعن الدستوري للطعن بدستورية المادتين (168،3/167) من قانون الجمارك والمكوس رقم (1) لسنة 1962، والقانون المعدل له رقم (10) لسنة 1964، وذلك بعد أن رفضت محكمة الجمارك البدائية الدفع المقدم من وكيله بعدم دستورية المواد المذكورة، وذلك في الدعوى الجمركية المسجلة لدى المحكمة ضد الطاعن تحت رقم 2012/29 **والتي موضوعها: تغيير مستندات مكلف بتقديمها، تنظيم وتقديم مستندات مزورة بقصد الحصول على رسوم أدنى، التهرب من إجراء المعاملات الجمركية.**

تتلخص أسباب الطعن بما يلي:

أولاً: حيث تم تشكيل المحكمة بموجب القرار الرئاسي الصادر عن الرئيس الفلسطيني، وتم بموجبه إلغاء الأمر العسكري، وتفعيل العمل في محكمة الجمارك، وقد تم تشكيل المحكمة وفقاً لنص المادة (167) من قانون الجمارك والمكوس رقم (1) لسنة 1962، والقانون المعدل له رقم (10) لسنة 1964، بأن تتشكل المحكمة من:

1. قاضي يُعين من قبل مجلس القضاء الأعلى بالطريقة التي يعين فيها القضاة النظاميين يكون رئيساً.
2. عضوين يعينهما مجلس الوزراء بتنسيب من وزير المالية، من كبار موظفي الجمارك الذين يحملون شهادة الحقوق (إذا أمكن) لا تقل درجة أي منهما عن السادسة، ولمجلس الوزراء حق تبديلهما إذا رأى أن الضرورة تقتضي ذلك.
3. عضو بديل يعينه مجلس الوزراء بتنسيب من وزير المالية من موظفي الجمارك لا تقل درجته عن السادسة، لإكمال نصاب المحكمة في حال غياب أحد العضوين المذكورين في الفقرة السابقة.

الرئيس

الكاتب-دقق:
م.ف

طعـن دسـتوري
رقـم: 1 / 2014

وبالتالي فإن تشكيل المحكمة بهذه الطريقة هي مخالفة صارخة للقانون الأساسي الفلسطيني الذي نص في المادة (97) منه على (أن السلطة القضائية مستقلة وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، ويحدد القانون طريقة تشكيلها واختصاصها، وتصدر الأحكام وفقاً للقانون، وتعلن وتنفذ باسم الشعب العربي الفلسطيني، وأيضاً المادة (98) التي نصت (القضاة مستقلون ولا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون، ولا يجوز لأي سلطة التدخل في القضاء أو في شؤون العدالة.

ثانياً: أن تشكيل المحكمة على النحو سالف البيان مخالف لنص المادة (2) من القانون الأساسي التي نصت "الشعب مصدر السلطات ويمارسها عن طريق السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية على أساس مبدأ الفصل بين السلطات" وإن إشراك موظفين أعضاء في المحكمة يشكل مساساً بهذا المبدأ.

ثالثاً: أن تشكيل المحكمة وفقاً لذلك يتعارض مع قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002 وفقاً لنص المادة (16) التي نصت "يشترط فيمن يولى القضاء: 1. أن يكون متمتعاً بالجنسية الفلسطينية وكامل الأهلية 2. أن يكون حاصلاً على إجازة الحقوق أو إجازة الشريعة والقانون من إحدى الجامعات المعترف بها... إلخ" فالعضوين في هذه المحكمة غير حاصلين على إجازة الحقوق، وكذلك يتعارض مع نص المادة (18) من ذات القانون التي حددت كيفية تعيين وترقية القضاة.

رابعاً: أما بخوص المادة (3/168) من قانون الجمارك والمكوس رقم (1) لسنة 1962 التي تبين صلاحيات المحكمة في إصدار الأحكام (تصدر المحكمة أحكامها بالإجماع أو بالأكثرية) فيها مخالفة صارخة للقانون الأساسي الفلسطيني في تطبيق مبدأ الفصل بين السلطات، إذ بموجب هذه المادة تُعطى الصلاحية للعضوين المنتدبين من قبل وزارة

الرئيس

الكاتب-دقق:
م.ف

طعـن دسـتوري
رقـم: 1 / 2014

المالية بإمكانية إصدار الحكم دون الأخذ بعين الإعتبار الحكم الذي قد يصدر عن القاضي الذي برأس الهيئة، وفي ذلك مغالاة ومخالفة للقانون، حيث تصبح وزارة المالية هي الخصم والحكم.

وحيث للطاعن مصلحة في هذا الطعن فإنه يلتمس بالنتيجة قبول الطعن والحكم بعدم دستورية المادتين (167) و (3/168) محل الطعن وإلغائهما.

من جهتها تقدمت النيابة العامة بصفتها ممثلاً للجهة المطعون ضدها بلائحة جوابية التمست بنتيجتها رد دعوى الطاعن شكلاً و/ أو موضوعاً وتضمينه الرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة لصالح الخزينة.

المحكمـــة

وقبل معالجتنا للطعن الماثل لا بد من التقرير بأهمية موضوعه، سواء ما اتصل منه بالمادة (167) الباحثة في تشكيل محكمة الجمارك البدائية، أو ما اتصل بالمادة (3/168) الباحثة في شكل الحكم الذي يصدر عنها.

إننا وإن كنا نتفهم الحكمة التشريعية من إشراك موظفين من كبار موظفي الجمارك في هيئة المحكمة التي تنظر الدعاوى الجمركية باعتبارها دعاوى خاصة يتطلب الفصل فيها إلى إلمام عملي وفني بالقواعد والإجراءات الجمركية التي يمتهرها موظفوها إلى جانب ما يمتهره القاضي من دراية ومعرفة بأحكام القانون.

كما أننا وإن كنا نتطلع أن يكون رأي القاضي حيث يكون حكم الأغلبية.

إلا أننا نجد أن مجال البحث في دستورية القوانين الأردنية أو في بعض أحكامها التي لا تزال سارية في الضفة الغربية بالنظر إلى القوانين الوطنية الصادرة عن السلطة الوطنية

الرئيس

الكاتب-دقق:
و.ف

طعن دستوري
رقم: 1 / 2014

الفلسطينية- القانون الأساسي وغيره- أمراً غير وارد، ذلك أن النظر بدستورية القوانين ينبغي أن يكون بين قوانين وطنية وفق المفهوم الضمني للمادة (24) من قانون المحكمة الدستورية.

ويترتب على خصوصية إستمرار تطبيق القوانين الأردنية في الأراضي الفلسطينية أنها تأبى البحث في دستوريتها متى تعارضت أحكامها مع القانون الأساسي الفلسطيني، باعتبار أن القوانين الأردنية يجب أن ينظر لصحة دستوريتها بالنظر لا إلى القانون الأساسي الفلسطيني، وإنما بالنظر إلى القانون الدستوري الأردني الذي صدرت في ظله، وهذه الصلاحية لا تملكها المحاكم الوطنية الفلسطينية وفي هذا السياق فإن ما تملكه المحاكم الوطنية الفلسطينية من صلاحية في النظر بدستورية القوانين الأردنية النافذة في الأراضي الفلسطينية لا يتأتى إلا من خلال الطعن بقرار إنفاذها الصادر عن رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية بموجب المرسوم الرئاسي رقم (1) لسنة 1994 الذي صدر أبان تولي السلطة الوطنية الفلسطينية زمام كافة الأمور، بما في ذلك الشؤون المتعلقة بالقضاء وتطبيق القوانين الأردنية التي كانت مطبقة أمام محاكم الضفة الغربية عشية (4) حزيران 1967، أو بقرار إنفاذ القوانين الأردنية التي تم تعطيل إنفاذها بالأوامر العسكرية التي صدرت عن سلطة الإحتلال الإسرائيلية.

ولما كان الثابت من أوراق الطعن الدستوري الماثل أن الطعن ينصب على عدم دستورية المادتين (167، 3/168) اللتين تضمنهما قانون الجمارك والمكوس الأردني رقم (1) لسنة 1962 والقانون المعدل له رقم (10) لسنة 1964 ولم ينصب على قرار السلطة الوطنية الفلسطينية بإنفاذ هذا القانون فإن الطعن يغدو مستوجباً عدم القبول.

<u>لهذه الأسباب</u>

تقرر المحكمة بالأغلبية عدم قبول الطعن ومصادرة مبلغ الكفالة لصالح الخزينة عملاً بأحكام المادة (45) من قانون المحكمة الدستورية، وتضمين الطاعن الرسوم والمصاريف.

حكماً بالأغلبية صدر تدقيقاً باسم الشعب العربي الفلسطيني في 2015/5/26

الرئيس

الكاتب-حق:
م.ف

طعـن دسـتوري
رقم: 1 / 2014

الـرأي المخـالـــف المعطى من
القاضيين السيدين محمد سامح الدويك وعدنان الشعيبي

بالتدقيق نجد أن الطعن الدستوري الماثل قد انصب على نص المادتين (167 و 3/168) من قانون الجمارك والمكوس لسنة 1962 والقانون المعدل له رقم (10) لسنة 1967، وبأن هذا القانون كان سارياً في فلسطين في ظل أن كانت البلاد والضفة الشرقية خاضعة للدولة الأردنية، وبأن السلطة الفلسطينية كرست سريان هذا القانون طبقاً للمرسوم الرئاسي رقم (1) لسنة 1994.

ولطالما أن القانون المذكور يطبق في البلاد شأنه شأن القوانين الفلسطينية الصادرة عن المجلس التشريعي الفلسطيني فإنها (أي القوانين الأردنية والقوانين الفلسطينية) تتساوى من حيث المركز القانوني، وبالتالي يتوجب على أحكام كل منهم أن تتفق ولا تتعارض مع أحكام القانون الأساسي المعدل (الدستور) وفي حال الطعن بعدم الدستورية للقوانين وخاصة القوانين ذات المنشأ الأردني يتعين معالجتها وصولاً فيما إذا كانت تتفق مع أحكام القانون الأساسي أم لا، وبالتالي ترتيب الأثر القانوني اللازم عليها صحةً أو امتناعاً عن التطبيق طبقاً لأحكام المادة (1/24) من قانون المحكمة الدستورية رقم (2006/3) التي أعطت للمحكمة حق الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة بصورة مطلقة، فالمطلق يجري على إطلاقه ما لم يرد ما يقيده فالنص المذكور جاء لاحقاً للمرسوم الرئاسي، وليس سابقاً عليه وبأن القول بخلاف ذلك فيه تحميل للنصوص القانونية بأكثر مما لا تحتمل وهذا غير جائز قانوناً.

ويضاف إلى ذلك أنه إذا كان للمحكمة حق معالجة عدم دستورية النصوص القانونية الصادرة عن المجلس التشريعي الفلسطيني، فإنه من باب أولى معالجة القوانين ذات المنشأ

القاضي

القاضي

طعـن دسـتوري
رقم: 1 / 2014

الأردني، بل والتصدي لها للحيلولة دون تعارضها مع أحكام القانون الأساسي الفلسطيني وبأنه لا يحول عن مراقبتها دستورياً المرسوم الرئاسي سالف الإشارة.

لذا وخلافاً لما ذهبت إليه الأكثرية المحترمة، نرى وجوب معالجة الطعن الدستوري الماثل موضوعاً، وبالتالي التحقق من مدى توافقه مع القانون الأساسي الفلسطيني وبالتالي إصدار القرار المناسب حوله.

بتاريخ 2015/5/26

القاضي

القاضي

2014/1

تعليق الاستاذ الدكتور محمد سليم محمد غزوي

عضو المحكمة الدستورية الأردنية/ الأردن

اما وقد ذهبت الاغلبية المحترمة من اعضاء المحكمة العليا بصفتها محكمة دستورية في الحكم الصادر عنها بتاريخ 2015/5/26، حول الطعن برفض الدفع بعدم دستورية المواد 167 و 3/168 من قانون الجمارك والمكوس رقم 1 لسنة 1962 والقانون المعدل له رقم 10 لسنة 1964 والتي تتعلق بتشكيل محكمة الجمارك والمكوس، وتبين صلاحياتها في اصدار احكامها «الدعوى الجمركيه المسجلة لدى محكمة الجمارك البدائيه تحت رقم 29/ 2012» الذي تقدم به نضال ابو رعد وبواسطة وكيليه المحاميين.

الى عدم قبول الطعن بحجة ان الطعن ينصب على عدم دستورية المادتين 167 و 3/168 اللتين تضمنهما قانون الجمارك والمكوس الاردني رقم 1 لسنة 1962 والقانون المعدل له رقم 10 لسنة 1964، ولم ينصب على قرار السلطة الوطنية الفلسطينية بانفاذ هذا القانون «المرسوم رقم 1 لسنة 1994».

فإن التعليق على الحكم سالف الذكر هام ومهم هاما لما يمثله من بين الدراسات في القانون ومهما لانه مناسبة لمعرفة الاتجاه الذي ذهب اليه القضاء الدستوري الفلسطيني وما تناوله الحكم من مسأله / مسائل قانونية، وذلك في ضوء النص / النصوص وما ذهب اليه الفقه وكذلك الاجتهاد.

وعليه لنبدأ كما يقولون من البداية:

نقطة البدء ان خصومة الدستوريه تنعقد برفع دعواها الى محكمتها وتمضي في مسارها بدءا من قيدها بقلم كتاب المحكمه حتى الفصل فيها من هيئتها «يراجع الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط - ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستوريه - ص 413 وما بعدها، الدكتور محمد الغزوي والمراجع المشار اليها - الرقابه على دستورية

القوانين - دراسه في كل من التشريع الاردني والمقارن - ص 121 وما بعدها، الدكتور محمود احمد زكي - الحكم الصادر في الدعوى الدستورية - اثاره وحجيته وتنفيذه - ص 343 وما بعدها».

وحيث ان الدعوى الدستوريه تتميز بخاصيتين، الاولى: انها دعوى عينيه توجه الخصومه فيها الى النصوص التشريعيه المطعون عليها بعيب دستوري وتكون اثارها ذات حجيه مطلقه على الكافه » يراجع على سبيل المثال احكام المحكمه الدستوريه العليا المصريه في الدعوى رقم 15 لسنة 14ق 1993/5/15، وفي الدعوى رقم 19 لسنة 15ق 1995/4/8»، أما الخاصيه الثانيه: فهي دعوى مستقلة عن الدعوى الموضوعية تقول المحكمه الدستورية العليا المصرية «لكل من الدعويين الوضوعية والدستورية ذاتيتها ومقوماتها ذلك انهما لا تختلطان ببعضهما ولا تتحدان في شرائط قبولهما بل تستقل كل منهما عن الاخرى في موضوعها وكذلك في مضمون الشروط التي يتطلبها القانون لجواز رفعها. ««الدعوى رقم 10 لسنة 3ق جلسة 1994/5/7»» المستشار عزالدين الدناصوري والدكتور عبدالحميد الشواربي - الدعوى الدستوريه - ص 39 وما بعدها»».

وحيث ان قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينيه رقم 3 لسنة 2006 ينص في الماده 24 منه على أن تختص المحكمه دون غيرها بما يلي: الرقابة على دستورية القوانين والانظمة، تفسير نصوص القانون الاساسي والقوانين في حال التنازع حول حقوق السلطات الثلاث وواجباتها واختصاصاتها، الفصل في تنازع الاختصاص بين الجهات القضائيه وبين الجهات الاداريه ذات الاختصاص القضائي، الفصل في النزاع الذي يقوم بشان تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر احدهما من جهة قضائية او جهة ذات اختصاص قضائي والاخر من جهة اخرى منها، البت في الطعن بفقدان رئيس السلطه الوطنية الاهلية القانونية وفقا لاحكام البند أ/ج من المادة 37 من القانون الاساسي المعدل لسنة 2003 ويعتبر قرارها نافذا من تاريخ مصادقة المجلس التشريعي عليه بأغلبية ثلثي عدد اعضائه.

وحيث ان القانون سالف الذكر حدد القواعد الموضوعيه والاجرائية التي تباشر هذه المحكمه من خلالها الرقابة «جاء في الماده 27 منه»: تتولى المحكمه الرقابه القضائيه على

الدستوريه على الوجه التالي: بطريق الدعوى الاصلية المباشره التي يقيمها الشخص المتضرر امام المحكمة استنادا الى احكام الماده 24 من هذا القانون، اذا ترائى لاحدى المحاكم او الهيئات ذات الاختصاص القضائي اثناء نظر احدى الدعاوى عدم دستورية نص في قانون او مرسوم او لائحة او نظام او قرار لازم للفصل في النزاع اوقفت الدعوى واحالت الاوراق بغير رسوم الى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسالة الدستورية، اذا دفع الخصوم اثناء نظر دعوى امام احدى المحاكم او الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون او مرسوم او لائحة او نظام او قرار ورات المحكمة او الهيئة ان الدفع جدي اجلت نظر الدعوى وحددت لمن اثار الدفع ميعادا لا يجاوز تسعين يوما لرفع دعوى بذلك امام المحكمه الدستوريه العليا فاذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن، اذا كانت المحكمة تناقش نزاعا معروضا عليها واثناء السير في النزاع تبين للمحكمة ان هناك نص غير دستوري متصل بالنزاع فلها من تلقاء نفسها ان تتصدى بأن تفصل في عدم دستوريته بشرط ان يكون ذلك النص متصلا فعلا بالمنازعه المطروحة امامها حسب الاصول.

فان ولاية المحكمه الدستورية العليا في الفصل في الدعوى الدستورية بموجب قانون المحكمه الدستورية ذاته لا تقوم الا باتصالها بها اتصالا مطابقا للاوضاع المقرره في القانون بالاضافة الى ان قانون المحكمة قد نظم الطرائق التي لا تقبل الدعوى الدستورية الا بسلوكها.

وحيث ان الماده 28 من القانون سالف الذكر قد اوضحت ما يتعلق ببيانات قرار الاحالة او لائحة الدعوى كأحد اساليب اتصال المحكمة الدستورية العليا بالدعوى الدستورية، أنه يجب ان يتضمن القرار الصادر بالاحاله الى المحكمه او لائحة الدعوى المرفوعه اليها وفقا لحكم الماده السابقه بيان «النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته والنص الدستوري المدعى بمخالفته واوجه المخالفه» الدكتور محمد صلاح عبدالبديع - قضاء الدستوريه في مصر في ضوء قانون واحكام المحكمه الدستوريه العليا - ص 220 وما بعدا».

وحيث ان الغايه من الاجراء سالف الذكر كما تقول المحكمه الدستوريه العليا المصرية لا تعدو ان تكون ضمان اشتمال «قرار الاحاله او لائحة الدعوى» على سبب

الدعوى الدستورية بحسبانه احد البيانات الجوهرية اللازم توافرها فيهما، وباعتبار ان هذه البيانات هي التي تنبيء عن جدية هذه الدعاوى ويتحدد بها موضوعها، وعليه فان ما تغياه القانون بنص المادة 28 هو الا يكون قرار الاحاله او لائحة الدعوى مجهلا بالمسائل الدستورية التي تعرض على المحكمه للفصل فيها، ضمانا لتحديدها تحديدا كافيا فلا تثير خفاء في شان مضمونها او اضطرابا حول نطاقها وذلك لمقتضى: «» تمتع النصوص التشريعية بقرينة الدستورية فيلزم ان تكون المطاعن الموجهة الى هذه النصوص جليه في معناها واضحه في الدلاله على المقصود منها لا يحيطها التجهيل او يكتنفها الغموض والا كان الطعن غير مقبول»»، ««واستظهار شرط المصلحة في الدعوى الدستورية حيث يجب ان يحدد المدعي في دعواه الدستورية وبما لا تجهيل فيه للنصوص التي يدعى اخلالها باحكام الدستور»».

««وتمكين أصحاب الشأن في الدعوى الدستورية من تبين كافة جوانبها ليتسنى لهم في ضوء ذلك تحديد ملاحظاتهم وردودهم وتعقيبهم عليها في المواعيد المقرره لذلك في المواد 32 وما بعدها من قانون المحكمة الدستورية السالف الذكر»». «» واخيرا تمكين المحكمه الدستوريه نفسها من مباشرة رقابتها الدستوريه»».

وهنا لا بد من وقفه لنسارع الى التذكير بنطاق الرقابه على القوانين والانظمه كما تبلور في التنظيم المقارن للرقابة، نقطة البدء:

ان هذا التنظيم لا يجيز للمحكمة الدستورية الا ان ترد نصوص القوانين والانظمة المطعون عليها الى احكام الدستور، ولا يجوز ان تخوض في بواعثها او تناقش دوافعها ولا شأن لها بكيفية تطبيقها، فقط تقرر اما صحتها او بطلانها، ويضيف ««بأنه لا شأن للرقابة على الدستورية التي عهد بها الدستور الى هذه المحكمة بالسياسة التشريعية دون ان ننسى بان اقرار ما يستنبطه المشرع من النصوص لا يعصمها من الخضوع للرقابه التي تباشرها المحكمه الدستورية في شأن دستوريتها » واما الدستور الذي يتعين الاحتكام اليه فهو الدستور الذي صدر القانون المطعون فيه » في ظله».

وهنا لابد من وقفه لنتساءل ماذا عن الدستور الذي يجب الاحتكام اليه عندما يعتبر القانون المطعون فيه من قوانين الدوله او من مكونات النظام القانوني

للدولة وفقا للمصدر التاريخي او قوانين البلاد الاخرى؟ ويؤمر بتنفيذه؟ سنسارع إلى القول بأن المصدر التاريخي كبقية مصادر القاعدة القانونية يخلق القاعدة القانونية وينشئها، وبالتالي فان الدستور الذي يحتكم اليه هو نفسه الذي انشا النظام القانوني وتخضع له قواعده ولا ادل على ذلك من قانون الجمارك والمكوس السالف الذكر، الذي امر المرسوم الرئاسي الفلسطيني رقم 1 لسنة 1994 بسريانه فهو قانون فلسطيني استمد جميع احكامه من القانون الاردني وترد نصوصه المطعون عليها الى الدستور الفلسطيني.

موقف المحكمه العليا بصفتها محكمة دستورية

ذهبت المحكمه العليا بصفتها محكمة دستورية في تفسير نطاق الرقابة على القوانين والانظمة مذهبا مخالفا لما نراه، وهو ما ذهب اليه كل من الفقه الدستوري والقضاء الدستوري وتبلور بشكل واضح في الفقه المقارن وتنظيمه للرقابة على الشرعيه الدستوريه، فقالت «« ..... نجد ان مجال البحث في دستورية القوانين الاردنية أو في بعض احكامها التي لا تزال سارية في الضفة الغربية بالنظر الى القوانين الوطنية الصادرة عن السلطة الوطنية الفلسطينية - القانون الاساسي وغيره - امرا غير وارد ذلك ان النظر بدستورية القوانين ينبغي ان يكون بين قوانين وطنيه وفق المفهوم الضمني للماده 24 من قانون المحكمة الدستورية. ويترتب على خصوصية استمرار تطبيق القوانين الاردنية في الاراضي الفلسطينية انها تأبى البحث في دستوريتها متى تعارضت احكامها مع القانون الاساسي الفلسطيني باعتبار ان القوانين الاردنية يجب ان ينظر لصحة دستوريتها بالنظر لا الى القانون الاساسي الفلسطيني وانما بالنظر الى القانون الدستوري الاردني الذي صدرت في ظله وهذه الصلاحيه لا تملكها المحاكم الوطنية الفلسطينية وفي هذا السياق فان ما تملكه المحاكم الوطنية الفلسطينية من صلاحيه في النظر بدستورية القوانين الاردنية النافذة في الاراضي الفلسطينية لا يتأتى الا من خلال الطعن بقرار انفاذها الصادر عن رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 1 لسنة 1994، الذي صدر ابان تولي السلطه الوطنية الفلسطينية زمام كافة الامور بما في ذلك الشؤون المتعلقة بالقضاء وتطبيق القوانين الاردنية التي كانت

مطبقــة امــام محاكم الضفة الغربية عشــية 4 حزيران 1967، أو بقــرار انفاذ القوانين الاردنية التي تم تعطيل انفاذها بالاوامر العســكريه التي صدرت عن ســلطة الاحتلال الاسرائيليه. .....».

وقضت بعدم قبول الطعن الدستوري.

قــرار المخالــفة:

وقد كان رأي الاقلية من اعضاء المحكمة متفقا مع رأينا وهذا ما عبرت عنه الاقليه بقولها «« .... أن القانون المذكور يطبق في البلاد شانه شان القوانين الفلسطينية الصادرة عن المجلس التشــريعي الفلســطيني، فإنها اي القوانين الاردنية والقوانين الفلســطينية تتســاوى مــن حيث المركــز القانوني، وبالتالي يتوجب على احــكام كل منهم ان تتفق ولا تتعارض مع أحكام القانون الاساسي المعدل وفي حال الطعن بعدم الدستورية للقوانين وخاصــة القوانــين ذات المنشــأ الاردني يتعين معالجتها وصولا فيمــا اذا كانت تتفق مع احــكام القانون الاساســي أم لا، وبالتالي ترتيب الاثــر القانوني اللازم عليها صحة او امتناعــا عــن التطبيــق طبقا لأحكام الماده 1/24 من قانون المحكمة الدســتورية رقم 3 لسنة 2006 التي اعطت للمحكمة حق الرقابة على دستورية القوانين والانظمة بصوره مطلقه .....»».

تعلــيق

والواقع ان ما ذهبت اليه المحكمة العليا بصفتها محكمة دســتورية في هذه القضية والحكم الصادر فيها من اســتبدال القانون بقرار انفاذه رقم 1 لســنة 1994 بحجة انه تشريع غير وطني وفقا للمفهوم الضمني للماده 24 من القانون هو وضع للقضية في وضعها غير الصحيح ويتعارض مع الدســتور والقانون. والوضع الصحيح الذي ينسجم ولا يتعارض مع ما امرت به الماده 103 من الدســتور » تتولى المحكمة الدســتورية العليا النظر في أ) دستورية القوانين واللوائح او النظم وغيرها «والماده 24 من قانون المحكمه الدستورية العليا الفلسطينيه رقم 3 لسنة 2006 «تختص المحكمه دون غيرها بما يلي: الرقابه على دستورية القوانين والانظمة.

هو: هل قانون الجمارك والمكوس رقم 1 لسنة 1962 والقانون المعدل له رقم 10 لسنة 1964 يشكل جزءا لا يتجزأ من النظام القانوني الفلسطيني؟ فهذا سؤال في القانون لايحتمل اية اجابه فلسفية او سياسية وانما يجب ان تكون قانونية.

وعليه فان نقطة البدء ان النظام القانوني يعني كما يقول الفقهاء «مجموعة القواعد القانوني التي تلزم جميع سلطات الدولة والشعب على تطبيقها ويحتم النظام القانوني وجود سلطة قضائية للنظر في جميع الخصومات حول أحكامه وتكون قراراتها ملزمة للجميع. وحيث أن مصادر النظام القانوني كما يذهب الى ذلك الفقه والقضاء منها ما هو قواعد دوليه «كالمعاهدات والاتفاقات الدولية» ومنها ما هو قواعد داخليه «دستورية / دستور، وتشريعية/قوانين وتنظيمية/ أنظمة.

وحيث ان مجموع القواعد القانونية التي يتكون منها النظام القانوني تتدرج حسب مكانة الجهه التي اصدرتها وحسب طبيعة الاجراءات والاشكال التي صدرت بها، وحيث ان الدستور هو الذي ينشىء النظام القانوني فان قواعده تحتل المكانه الاعلى والاسمى في هذا النظام وتخضع له قواعد النظام القانوني بحكم وحدته الذي يعلوه الدستور.

وحيث ان النظام القانوني يعتبر اهم وابرز سمات الدولة وبخاصة في مجال تطورها وتقدمها وحماية حقوق الانسان فيها، فإن التاريخ الفلسطيني انتج تنوعاً للانظمة القانونية التي سادت فيها ««الحكم العثماني حتى عام 1917»»، «الانتداب البريطاني حتى عام 948»» الحكم الاردني حتى عام 1967، زائدا الادارة المصرية في قطاع غزه حتى عام 1967 ««الاحتلال الاسرائيلي حتى الان»».

هذا ولا ننسى امرا هاماً في مجال النظام القانوني الفلسطيني ألا وهو ان رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية اصدر قرارا بتاريخ 1994/5/20 يقضي باستمرار سريان التشريعات والقوانين التي كانت سارية المفعول قبل 1967/6/5 في الضفه الغربيه وقطاع غزه ليتولى بعد ذلك أي في 1996/3/7 المجلس التشريعي اصدار التشريعات اللازمة ونشرها في الوقائع الفلسطينية ««يراجع «نحو قانون فلسطيني موحد» ورشة عمل بتاريخ 2004/1/15 - مركز المعلومات الوطني الفلسطيني»».

وحيث ان المجلس التشـريعي قد قام بسـن العديد من التشـريعات الجديدة واعاد النظر بالعديد من التشـريعات السـارية فقد ترجم وحدة القانون وبلور بحق «النظام القانوني الفلسطيني للسلطة الوطنية الفلسطينية».

وحيث ان المجلس التشريعي لم يتعرض بالتعديل او بالالغاء لقانون الجمارك والمكوس رقم 1 لسـنة 1962 والقانون المعدل له رقم 10 لسـنة 1964 الذي امتد سـريانه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 1 لسنة 1994، فإن هذا القانون يعتبر جزءا لا يتجزأ من النظام القانونـي الفلسـطيني ولا يجوز ان يسـتثنى مما تتضمنه المـاده 24 من قانون المحكمه الدستورية والخضوع لرقابة الدستورية اي ان ترد نصوصه المطعون عليها الى الدستور الفلسطيني. **ولهذا يكون قرار المخالفه هو الصحيح.**

ولعل من المفيد ان نذكر بفائدة مصادر القانون، وبخاصه المصدر او الاصل التاريخي الـذي يسـتوحيه القانون ويسـتمد منـه احكامه، فالدولة عندما تاخـذ عن دوله اخرى تشريعها ينشأ عن ذلك – كما يقول كبار اساتذة الفقه المقارن «أستاذنا الكبير الدكتور صلاح الدين الناهي والفقيه الكبير الدكتور «عبدالسلام الترمانيني»، – دراسه مقارنه بين تطبيقات التشـريع تسـهم اي الدراسـة المقارنة حتما في تحسـين القانون الوطني واصلاحه وتفيد في مجال التشريع وفي مجال الفقه والقضاء، فهي من ناحيه تضع امام المشرع شرائع الامم الاخرى لياخذ منها ما يتفق مع حاجاته، فعلى سبيل المثال القانون المدنـي الفرنسـي لعام 1804 اضحى بعد صدوره مثلا يحتـذى به، اخذته بعض الدول الاوروبية بكامله فحوى ونصاً، وبعضها تاثر به وامتد تاثيره الى امريكا واسيا وافريقيا وتاثرت به مصر، وعن مصر اخذته كما هو سوريا واقتبسه العراق لتتسع بعد ذلك هذه الدائره وتشمل الاردن عام 1976 وعن القانون الالماني والانجليزي والامريكي اقتبست فرنسا القانون التجاري بشكل كامل .... الخ، وعن طريق الدراسه المقارنة يشكل الفقه الرائد للمشـرع يمهد له الطريق ويؤازره وتحت سـتار التفسـير يقوم القضاء باصلاح عيوب التشريع واكمال نقصه.

ونختـم بالابلـغ من القـول في الفقه المقارن ان القانون الاجنبـي حين ينتقل الى بلد اخر لا يحتفظ بصفته الوطنيه / القوميه، وانما يصبح قانونا بين الاممtransnation .

2014/1

تعليق المستشار الدكتور محمد عماد النجار

نائب رئيس المحكمة الدستورية العليا المصرية / مصر

أقيم الطعن الدستوري أمام المحكمة بطريق الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة من المدعي طعنًا على نص الفقرة الثالثة من المادة (167)، المادة (168) من قانون الجمارك والمكوس رقم (1) لسنة 1962 المعدل بالقانون رقم 10 لسنة 1964، استنادًا إلى نص الفقرة (1) من المادة (27) من قانون المحكمة الدستورية الصادر بالقانون رقم 3 لسنة 2006، وذلك بصفته المتضرر من تطبيق أحكام هذين النصين عليه.

وقد جرى نص المادة (167) من قانون الجمارك والمكوس الأردني رقم (1) لسنة 1962، المعدل بالقانون رقم (10) لسنة 1964 على الآتي: -

«**تشكل المحكمة (محكمة الجمارك والمكوس) من:-**

1. قاضي يعين من قبل مجلس القضاء الأعلى بالطريقة التى يعين بها القضاة النظاميين ويكون رئيسًا.
2. عضوين يعينهما مجلس الوزراء ينتسب من وزير المالية، من كبار موظفي الجمارك الذين يحملون شهادة الحقوق (إذا أمكن) لا تقل درجة أي منهما عن السادسة، ولمجلس الوزراء حق تبديلهما إذا رأى أن الضرورة تقتضي ذلك.
3. عضو بديل يعينه مجلس الوزراء ينتسب من وزير المالية من موظفي الجمارك لا تقل درجته عن السادسة لإكمال نصاب المحكمة في حال غياب أحد العضوين المذكورين في الفقرة السابقة.

والمادة (68) **والتى يجرى نصها على أن:** » تصدر المحكمة أحكامها بالإجماع أو بالأكثرية».

وكان القانون المذكور قد سرى في مناطق السلطة الفلسطينية بموجب المرسوم الرئاسى رقم (1) لسنة 1994 الذي صدر إبان تولى السلطة الفلسطينية زمام الأمور في المناطق التي تخضع لحكمها.

وقـد نعـى المدعي على هذين النصين مخالفتهما لنصوص القانون الأساسـي أرقام (2، 97، 98) الناصين على استقلال السلطة القضائية والقضاة وافتئاتهما على مبدأ الفصل بين السلطات، وذلك لإسناده ولاية القضاء إلى دائرة يعين أغلب أعضائها من الموظفين وليس إلى القضاة، وإقراره صدور الأحكام فيها بأغلبية أعضاء الدائرة التى تتولى الحكم.

وقـد قضت المحكمـة بأغلبية أعضائها بعـدم قبول الطعن ومصـادرة مبلغ الكفالة وتضمين الطاعن الرسوم والمصاريف، مستندة في ذلك إلى أن صلاحية المحاكم الوطنية الفلسطينية في إعمال رقابتها على دستورية القوانين الأردنية النافذة في أقاليم السلطة، لا يتأتى إلا بالطعن على قرار إنفاذها الصادر من رئيس السـلطة الوطنية الفلسـطينية بموجب المرسوم الرئاسي رقم (1) لسنة 1994 دون نصوص هذه القوانين ذاتها.

بيدأن رأياً مخالفاً لأغلبية أعضاء المحكمة، ذهب إلى حق المحكمة في معالجة دستورية النصوص القانونية ذات المنشأ الأردني والتصدي لها للحيلولة دون تعارضها مع القانون الأساسي الفلسطيني ومراقبة دستوريتها، طالما أنه يطبق في البلاد شأنه شأن القوانين الفلسطينية الصادرة عن المجلس التشريعي.

وحيث إن رأى الأغلبية قد جانب الصواب من أوجه عدة نجملها فيما يلي:

أولا: الخلط بين قبول الدعوى والاختصاص بنظرها:

قضى الحكم بعدم قبول الدعوى، واستند في أسبابه إلى أن القوانين الأردنية التى اسـتمر تطبيقها في الأراضي الفلسـطينية تأبى البحث في دسـتوريتها متى تعارضت مع القانون الأساسي الفلسطيني تأسيساً على أن مناط بحث دستوريتها يكون بمقارنتها بأحكام الدستور الأردني، – وبغض النظر عن صحة هذا التقرير القانونـي مـن عدمه –، فإن مؤدى مـا خلص إليه الحكم هو انتفاء ولاية المحكمة الدستورية الفلسطينية بمراقبة دستورية القوانين النافذة في مناطق الحكم الذاتي الفلسطيني متى كانت صادرة من المشرع الأردني، وهو منطق يؤدى للقضاء بعدم الاختصاص أو عدم الولاية وليس بعدم القبول. ذلك أن مسـألة الاختصاص أو الولاية هى مسـألة سـابقة بالضرورة على النظر في قبول الدعوى الدسـتورية،

فبحث أمر الولاية أو الاختصاص يكون بمثابة مسألة أولية تحسمها المحكمة قبل الولوج إلى موضوع الدعوى والنظر في أمر قبولها ([1])، ومناطها إسناد المشرع إلى المحكمة الاختصاص بنظر مسألة بعينها، فإذا كانت المسألة المطروحة عليها لا تدخل في اختصاصها فإن لازم ذلك وجوب قضاء المحكمة بعدم اختصاصها أو عدم ولايتها. ولا كذلك الحكم بعدم القبول، الذي يركن إلى عدم استيفاء الدعوى كوسيلة إجرائية لشرائط قبولها أمام المحكمة.

وإذا كانت النظم القضائية العربية تستخدم للدلالة على هذا المعنى إما اصطلاح الولاية، أو إصطلاح الاختصاص، أو المزج بينهما على نحو ما استقر في عرف القضاء المصري الذى عبر عن حالة عدم اختصاص كافة محاكم الجهة القضائية التي قدمت إليها الدعوى بمصطلح عدم الولاية، وقصر مصطلح عدم الاختصاص على أحوال اختصاص محكمة أخرى غير التي رفعت إليها الدعوى داخل الجهة القضائية الواحدة، بينما اصطلحت نظم أخرى على «عدم الولاية» للدلالة على كافة أحوال عدم الاختصاص، فإن مسألة الاختصاص بجميع أحوالها تظل مسألة أولية مطروحة على المحكمة للفصل فيها قبل النظر في قبول الدعوى.

لما كان ذلك، وكان مؤدى حكم المحكمة انتفاء ولاية القضاء الدستوري الفلسطيني في مراقبة دستورية القوانين الأردنية السارية في فلسطين، فقد كان المصطلح الأصح عندنا - جرياً على منطق الحكم- هو عدم الاختصاص أو عدم الولاية.

ثانيا:عدم التمييز بين قانون الإصدار والقانون الموضوعي:

أعلنت الوحدة الأردنية الفلسطينية في 12 حزيران (يونيو) سنة 1950 عقب إقامة دولة إسرائيل سنة 1948، عندما أعلنت المملكة الأردنية الهاشمية ضم الضفة الغربية استجابة للضرورات العملية وظلت الضفة الغربية تحت إدارة الأردن يسري عليها ما

1 وتطبيقا لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا بأن » وحيث إن البت في اختصاص المحكمة الدستورية العليا ولائياً بنظر دعوى بذاتها سابق بالضرورة على الخوض في شرائط قبولها أو الفصل في موضوعها، إذ لا يتصور أن تفصل هذه المحكمة في توافر شروط اتصال الخصومة القضائية بها وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانونها قبل أن تتحقق من أن النزاع موضوعها، يدخل ابتداءً في ولايتها».
قضاء مستقر للمحكمة الدستورية العليا، يراجع على سبيل المثال حكمها الصادر في القضية رقم 86 لسنة 24 ق دستورية بجلسة 11 يناير 2004. الجزء الحادي عشر المجلد الأول ص 184.

يسري في إقليم المملكة من تشريعات، بيد أنه بعد حرب الخامس من حزيران (يونيو) سنة 1967، وعقب استيلاء إسرائيل على أراضي الضفة الغربية أوقف العمل بالقوانين الأردنية، وسرت علي الضفة الغربية قوانين إسرائيل التي ظلت سارية لحين إبرام السلطة الفلسطينية اتفاق أوسلو بتاريخ 13 سبتمبر سنة 1993 الموقع بمدينة واشنطن، والذي نص على الاعتراف بالسلطة الوطنية الفلسطينية في الضفة الغربية وغزة.

هذا ومن الجدير بالذكر، أن المملكة الأردنية الهاشمية أعلنت من طرف واحد بتاريخ 7/31/ 1988، فك الارتباط مع الضفة الغربية، الأمر الذي ترتب عليه صدور إعلان الجزائر في 1988/11/15 ناصاً على استقلال دولة فلسطين، وهو الإعلان الذى اعترفت به (108) دولة.

وإذن فقد باشرت السلطة الوطنية الفلسطينية اختصاصها التشريعي في نطاقها الاقليمي المستقل عن المملكة الأردنية، بعد استقلالا عنها، وفى ضوء ذلك شرعت السلطة في تنظيم البنية التشريعية لها، فصدر المرسوم الرئاسي رقم (1) لسنة 1994 بإنفاذ القوانين الأردنية التى كانت مطبقة أمام محاكم الضفة الغربية عشية 4 حزيران (يونيو) سنة 1967، الذى جرى تعطيل العمل بها بموجب الأوامر العسكرية التى صدرت من الاحتلال الإسرائيلي.

والخلاصة، فقد صدر المرسوم الرئاسي بعد إعلان الأردن فك الارتباط، وإعلان السلطة الفلسطينية الاستقلال، وإبرامها معاهدة أوسلو، وشروعها في بناء حكم فلسطينى مستقل عن الأردن، الأمر الذى يقتضى استقلال السيادة التشريعية لكل دولة منهما . وبطبيعة الحال لم يكن الوقت ملائمًا لصياغة تشريعات متكاملة في شتى المناحي، لذلك كان منطقياً إنفاذ القوانين التى كانت سارية قبل الاحتلال في إقليم دولة فلسطين دون الإقليم الأردني. ولا يعد هذا الإنفاذ بحال عود إلى الحكم الأردنى باتفاق، حتى يقال بامتناع رقابة المحكمة الدستورية الفلسطينية على دستورية هذا التشريع، وإنما الأمر في حقيقته ينحل إلى مجرد إصدار لقانون فلسطيني استمد نصوصه من القانون الأردني الذي جرى إنفاذه، ولا تعدو أن تكون هذه النصوص – وإن كانت ذات أصل أردني – قانونا فلسطينياً يخضع للسيادة التشريعية الفلسطينية جملة وتفصيلًا بما يترتب عليه خضوع نصوصه إلى الرقابة الدستورية الفلسطينية. وليس في إعمال هذه

الرقابة الدستورية أي افتئات على السيادة الأردنية إذ أن مجال إعمال هذه النصوص بموجب المرسوم الرئاسي رقم 1 لسنة 1994 يقتصر على إقليم دولة فلسطين وحده دون غيره، ولذلك لا يترتب على الحكم بعدم دستورية أي نص فيه مساس بالسيادة التشريعية الأردنية، ولا بمجال إعمال نصوصها على إقليمها، ولا أدل على ذلك من أن افتراض قيام المشرع الأردني بتعديل نصوص هذا القانون لا ينفذ في أقاليم السلطة الفلسطينية ما لم يصدر تشريع فلسطيني آخر بإنفاذ ما استجد من أحكام بالإلغاء أو الإضافة أو التعديل في إقليم الدولة الفلسطينية.

وقريب من هذا المعنى، ما قضت به المحكمة الدستورية العليا المصرية في دعوى تتحصل وقائعها في الطعن بعدم دستورية ما تضمنته المادة الخامسة من القانون رقم 652 لسنة 1955 بشأن التأمين الإجبارى من المسئولية المدنية الناشئة من حوادث السيارات من قصر التأمين في السيارة الخاصة على الغير دون الركاب، وكان القانون رقم 652 لسنة 1955، قد أحال بيان الحالات التى يلتزم فيها المؤمن بتغطية المسئولية المدنية الناشئة عن الوفاة أو عن أية إصابة بدنية تنتج عن حوادث السيارات، إلى المادة السادسة من القانون رقم 449 لسنة 1955 بشأن السيارات وقواعد المرور، وإذ أُلغى القانون الأخير برمته اعتباراً من تاريخ العمل بأحكام القانون رقم 66 لسنة 1973 بإصدار قانون المرور، فقد دفعت هيئة قضايا الدولة بعدم قبول الدعوى لانتفاء المصلحة في إبطال النص المطعون عليه مستندة في ذلك إلى أن المادة الخامسة من القانون رقم 652 لسنة 1955 قد خلت من بيان الحالات التى يلتزم فيها المؤمن بتغطية المسئولية المدنية الناشئة عن الوفاة أو عن أية إصابة بدنية تنتج عن حوادث السيارات، فأجابتها المحكمة بالآتي:

إن «قانون التأمين الإجباري على السيارات رقم 652 لسنة 1955 حينما أحال إلى البيان الوارد بنص المادة (6) من القانون رقم 449 لسنة 1955 بشأن السيارات وقواعد المرور، فإنه قصد إلى إلحاق هذا البيان بأحكامه، منتزعاً إياه من إطاره التشريعي الخاص بالقانون المذكور، جاعلاً منه لبنة من بنيانه، مندمجاً فيه خاضعاً لما تخضع له باقى أحكام القانون رقم 652 لسنة 1955، إذ كان ذلك وكان القانون رقم 66 لسنة 1973 لم يتعرض بالإلغاء أو التعديل لنص المادة (5) من القانون رقم 652 لسنة 1955، فإن هذا النص بكامل أجزائه

بما في ذلك البيان الذي أُلحق به من نص المادة (6) من القانون رقم 449 لسنة 1955 يكون قائماً وسارياً ويقبل أن يَرد على حكمه الطعن بعدم الدستورية»[2].

ومؤدى ذلك، أن الإحالة إلى نص تجعل النص المحال إليه مندمجا في النص المحيل، ومستقلاً عن الأول، الأمر الذي يكون معه أمره رهن بنص الإحالة ولو تغير حال النص المحال إليه أو ألغي، ومن ثم يجوز للمشرع المحيل أن يتصرف في هذه الإحالة إلغاء وتعديلا وإضافة سواء أبقي النص المحال إليه أم ألغي، ودون أن ترتد آثار هذا الإلغاء أو التعديل أو الإضافة إلى النص المحال إليه، الأمر الذي يفتح الباب أمام القضاء الدستوري الفلسطيني في مراقبة دستورية هذا النص دون المساس بالسيادة التشريعية الاردنية، بحسبان أن المرسوم الرئاسي رقم (1) لسنة 1994، هو قانون إصدار لتشريعات فلسطينية، وأن النصوص المأخوذة من التشريعات الأردنية قد اندمجت في صلب التشريع الفلسطيني وأصبحت لبنة من لبناته.

متى كان ذلك، وكان رأى أغلبية أعضاء المحكمة قد خلص إلى امتناع رقابة المحكمة الدستورية الفلسطينية على القوانين الأردنية المحال إليها لامتناع رقابتها استنادا إلى القانون الأساسي الفلسطيني، وأن صلاحية المحاكم الوطنية الفلسطينية بنظر دستورية القوانين الأردنية النافذة في الأراضى الفلسطينية لا يتأتى إلا بالطعن على قرار إنفاذها الصادر من رئيس السلطة الفلسطينية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 1 لسنة 1994 حال أن هذا المرسوم لا يعدو أن يكون قانون إصدار لقانون محلى فلسطينى بمقتضاه أصبحت النصوص ذات الأصل الأردنى جزءًا من البناء التشريعي الفلسطيني الوطني فإنه يكون قد جانبه الصواب من وجوه عدة:

- **أولها:** أنه غلّ سلطة المحاكم الفلسطينية عن رقابة دستورية نصوص قانون مطبق في إقليم الدولة الفلسطينية ويتحدد مجال سريانه بمجال سريان تشريعات السلطة الوطنية الفلسطينية من غير سند قانوني، وبالمخالفة لصريح نص الفقرة الأولى من المادة (24) من قانون المحكمة الدستورية الصادر بالقانون رقم 3 لسنة 2006.
- **ثانيها:** أنه خالف حقيقة بديهية، وهي أنه طالما أن هذه القوانين سرت بفعل

2 حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بجلسة 9 يونيو سنة 2002، في القضية رقم 56 لسنة22 قضائية » دستورية "، الجزء العاشر، ص 457.

مرسوم رئاسي صدر عن السلطة الفلسطينية، محددا مجال سريانها بمناطق نفوذ السلطة الوطنية الفلسطينية، فإن صلاحية تعديلها وإلغائها تكون لهذه السلطة أو للعضو الذي يباشر الوظيفة التشريعية في الدولة، ومن ثم فإن هذه الأعمال جميعًا تخضع لرقابة المحكمة الدستورية الفلسطينية.

ومن جهة ثالثة: فإن القول بأن الطعن على المرسوم الرئاسي -وهو قانون الإصدار- يغني عن الطعن على نصوص القانون المدعى مخالفتها أحكام الدستور هو قول لا سند له، ويصادر على المطلوب، إذ يبقى موضع العوار الدستوري بحسب رافع الدعوى هو النصوص المُصدرة التى رأى مخالفتها لأحكام القانون الأساسي لأسباب عينها في دعواه، وليس قانون الإصدار الذي لا غبار عليه، ولا مطعن عليه في ذاته، وإذن فالطعن على قانون الإصدار - بحسب رأي أغلبية أعضاء المحكمة - لم يكن لينتج في تبيان المخالفة الدستورية التي يدعيها رافع الدعوى، ولا في بلوغ غرضه من إقامة الدعوى الدستورية.

ومن جهة رابعة: فإن انعقاد الاختصاص بنظر دستورية هذه القوانين للقضاء الفلسطيني، ليس من شأنه المساس بالسيادة التشريعية للمملكة الأردنية في إقليمها، طالما أن مجال تطبيقها يتحدد بمناطق السيادة الخاضعة للسلطة الفلسطينية، الأمر الذي لا يمثل أي مساس بسيادتها، إذ سيبقى أثر الحكم قاصرًا على التشريعات الوطنية المطبقة في دولة فلسطين دون دولة الأردن. الأمر الذى من جماعه التحفظ على رأي الأغلبية، والانحياز لرأى الأقلية المخالف.

ثالثًا: في حقيقة المخالفة الدستورية محل الدعوى:

نعى المدعي على النصين سالفى البيان مخالفتهما المواد (2، 97، 98) من القانون الأساسي للسلطة الفلسطينية فيما نصت عليه من استقلال السلطة القضائية واستقلال القضاة وعدم جواز تدخل أي سلطة في شئون العدالة والإخلال بمبدأ الفصل بين السلطات، إذ أن استئثار السلطة التنفيذية ممثلة في مجلس الوزراء بتعيين اثنين من موظفي مصلحة الجمارك التابعين لوزارة المالية في تشكيل المحكمة المؤلف من ثلاثة، وهم يخضعون لسطوة رؤسائهم واستبقاء سلطة استبدالهم لمجلس الوزراء، وصدور

الأحكام بأغلبية الأعضاء رغم أن الأغلبية لموظفى الجمارك المذكورين من شأنه المساس باستقلال السلطة القضائية وخضوع أعضائها إلى سيطرة موظفى وزارة المالية رغم عدم توفر الاستقلال والحيدة من جهة والكفاءة والمهنية من جهة أخرى [3].

وحيث إن هذا النعى - في تقديرنا - سديد، ذلك أن جوهر العمل القضائي يقوم على دعامتين؛ الحيدة، والتأهل العلمي والفني، ولا تتحقق الحيدة إلا بالاستقلال، وعدم خضوع القاضي للسلطة التنفيذية، وانتفاء تهديده بالعزل، ولا شك أن امتلاك السلطة التي عينت القاضي الحق في عزله أو استبداله أمر يخل بالحيدة، فضلا عن أن انتماء القاضي إلى الجهة التي يحكم لمصلحتها وهي مصلحة الجمارك من شأنه أن يطعن في حيدته، أو بالأقل يشكك فيها، إذ الغالب أن يكون بحسب توجهه الوظيفي خصما للمدعي، ومن ثم نعتقد أن موظفي الجمارك وهم من أوقعوا الضريبة الجمركية أولاً غير مؤهلين للقضاء على مرتكب جريمة التهرب الجمركي ولا المنازع في مقدارها، وإن كانوا مؤهلين لإبداء الرأي الفني في استحقاق هذه الضريبة وبيان الأسس الفنية التي فرضت على أساسها، والمحكمة من خلال سماع هذا الرأي الفني، ودفاع المتهم أو المكلف، تحدد حقيقة هذا الالتزام وطبيعة مسئوليته عنه.

وعندنا أن الأصل هو عدم جواز اشتراك الخبراء الفنيين في عضوية الدائرة التي تتولى الفصل في الدعوى، وإن جاز النص على تواجدهم ضمن تشكيل المحكمة دون أن يكون لهم حق الاشتراك في التصويت على الحكم، بيد أن القضاء الدستوري يجنح للتخفيف من إطلاق هذا الشرط استجابة لضرورات عملية، بشرط أن يظل للعنصر القضائي الغلبة العددية والرئاسية في هيئة المحكمة، بما يحول دون السيطرة على القرار القضائي، وتوجيهه لصالح أحد أطراف الخصومة، أو خضوعه للتأثير السلبي

3 الجدير بالذكر أن المحكمة أوردت في أسباب حكمها أنها تتفهم الحكمة التشريعية من إشراك موظفين من كبار موظفى الجمارك في هيئة المحكمة التى تنظر الدعاوى الجمركية، ونعتقد أن هذا التقرير القانوني محل نظر من وجهين: أولهما: فإن المحكمة وقد خلصت إلى عدم قبول الدعوى، فقد كان الواجب يملي عليها ألا تتطرق إلى إقرار مذهب تشريعى هو بذاته محل الطعن الموضوعي، وقد يعرض على المحكمة في دعوى مستقبلية تكون موضع قبولها، على نحو يشف عن توجه مبدئي لها، الأمر الذي يكون معه هذا التقرير القانوني خارجا عن «مبدأ اللزوم» إذ الأصل ألا يكتب في الحكم إلا الأسباب التي تلزم لحمل منطوقه. وثانيهما : فإن هذا السبب يتضمن مزجًا بين دور الخبير الذي يقدم للمحكمة خبراته التخصصية ، وبين دور القاضى الذي يتولى وزن كافة أدلة الدعوى ومستنداتها بحسبانه الخبير الأعلى.

من الغير. ويعد قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر نموذجا لمحاولة ضبط هذا التوجه، وهو في تقديرنا قد بلغ الحد الأقصى للتبسيط بما لا يسوغ معه تجاوزه، ويمكننا أن نستشهد هنا بما نصت عليه المادة (70) من قانون العمل الصادر بالقانون رقم 12 لسنة 2003 معدلة بالقانون رقم 90 لسنة 2005 على أن:

» تشكل بقرار من وزير العدل بالاتفاق مع الجهات المعنية لجان ذات اختصاص قضائي من:

- اثنين من القضاة تكون الرئاسة لأقدمهما وفقاً للقواعد المقررة بقانون السلطة القضائية.
- مدير مديرية القوى العاملة والهجرة المختص أو من ينيبه.
- ممثل عن الاتحاد العام لنقابات عمال مصر.
- ممثل عن منظمة أصحاب الأعمال المعنية.

ويكون انعقاد اللجنة صحيحاً بحضور أغلبية الأعضاء على أن يكون من بينهم القاضيان الممثلان فيها، وتختص اللجنة دون غيرها بالفصل في المنازعات الفردية الناشئة عن تطبيق أحكام هذا القانون .... .

وقد طعن على هذا النص بعدم الدستورية [4] لأسباب حاصلها أن الشركة المدعية تنعي بأن المشرع استحدث لجنة ذات تشكيل مزدوج قضائي وغير قضائي وجعل للعنصر الأخير الغلبة في التشكيل ومنحها دون غيرها الاختصاص بالفصل في المنازعات الفردية الناشئة عن قانون العمل، وأسبغ على قراراتها وصف الأحكام بالرغم من أن ثلاثة من أعضائها لا تتوافر فيهم الحيدة والاستقلال الواجب توافرهما في القضاة باعتبارهما ضمانتين لازمتين للفصل في المنازعات، فضلاً عن أنه لا يجوز التذرع بطبيعة المنازعة العمالية وما تتطلبه من سرعة الفصل فيها لمخالفة أحكام الدستور التى جعلت ولاية القضاء للمحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها باعتبار أن القضاة - على ما نص عليه الدستور - مستقلون ولا سلطان عليهم لغير القانون كما لا يجوز لأية سلطة التدخل في شئون العدالة.

4 يراجع حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بجلسة الثالث عشر من يناير سنة 2008م في القضية رقم 26 لسنة 27 ق «دستورية»، ومنشور في مجموعة الأحكام - الجزء 1/12 ص809.

وقد أجابت المحكمة على هذا المنعى بقولها:

«وحيث إن هذا النعى سديد في جوهره ، ذلك أن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن إسباغ الصفة القضائية على أعمال أية جهة عهد إليها المشرع بالفصل في نزاع معين يفترض أن يكون اختصاص هذه الجهة محدداً بقانون، وأن يغلب على تشكيلها العنصر القضائي الذى يلزم أن تتوافر في أعضائه ضمانات الكفاءة والحيدة والاستقلال، وأن يعهد إليها المشرع بسلطة الفصل في خصومة بقرارات حاسمة، دون إخلال بالضمانات القضائية الرئيسية التي لا يجوز النزول عنها والتي تقوم في جوهرها على إتاحة الفرص المتكافئة لتحقيق دفاع أطرافها وتمحيص ادعاءاتهم على ضوء قاعدة قانونية نص عليها المشرع سلفاً ليكون القرار الصادر في النزاع مؤكداً للحقيقة القانونية مبلوراً لمضمونها في مجال الحقوق المدعى بها أو المتنازع عليها».

«وحيث إن من المقرر أن استقلال السلطة القضائية مؤداه أن يكون تقدير كل قاضٍ لوقائع النزاع، وفهمه لحكم لقانون بشأنها، متحرراً من كل قيد، أو تأثير، أو إغواء، أو وعيد، أو تدخل، أو ضغوط أياً كان نوعها أو مداها أو مصدرها، وكان مما يعزز هذه الضمانة ويؤكدها استقلال السلطة القضائية عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، وأن تنبسط لايتها على كل مسألة من طبيعة قضائية».

«وحيث إن استقلال السلطة القضائية واستقلال القضاة وإن كفلتهما المادتان 165 و 168 من الدستور (دستور 1971)، توقياً لأي تأثير محتمل قد يميل بالقاضي انحرافاً عن ميزان الحق، إلا أن الدستور نص كذلك على أنه لا سلطان على القضاة في قضائهم لغير القانون. وهذا المبدأ الأخير لا يحمي فقط استقلال القاضي، بل يحول كذلك دون أن يكون العمل القضائي وليد نزعة شخصية غير متجردة، وهو أمر يقع غالباً إذا فصل القاضي في نزاع سبق أن أبدى فيه رأياً، ومن ثم تكون حيدة القاضي شرطاً لازماً دستورياً لضمان ألا يخضع في عمله لغير سلطان القانون».

«وحيث إن ضمانة المحاكمة المنصفة التى كفلها الدستور بنص المادة (76) منه تعنى أن يكون لكل خصومة قضائية قاضيها - ولو كانت الحقوق المثارة فيها من طبيعة مدنية - وأن تقوم على الفصل فيها محكمة مستقلة ومحايدة ينشئها القانون، يتمكن الخصم

في إطارها من إيضاح دعواه ، وعرض آرائها والرد على ما يعارضها من أقوال غرمائه أو حُججهم على ضوء فرص يتكافئون فيها جميعاً، ليكون تشكيلها وقواعد تنظيمها، وطبيعة النظم المعمول بها أمامها وكيفية تطبيقها عملاً محدِّداً للعدالة مفهوماً تقدمياً يلتئم مع المقاييس المعاصرة للدول المتحضرة».

«وحيث إن الدستور بما نص عليه في المادة (68) من ان لكل مواطن حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي قد دل على أن هذا الحق في أصل شرعته هو حق للناس كافة تتكافأ فيه مراكزهم القانونية في سعيهم لرد العدوان على حقوقهم دفاعاً عن مصالحهم الذاتية، وقد حرص الدستور على ضمان إعمال هذا الحق في محتواه المقرر دستورياً بما لا يجوز معه مباشرته على فئة دون أخرى، أو إجازته في حالة بذاتها دون سواها، كما أن هذا الحق باعتباره من الحقوق العامة التى كفل الدستور بنص المادة (40) المساواة بين المواطنين فيها، لا يجوز حرمان طائفة منهم من هذا الحق مع تحقق مناطه - وهو قيام منازعة في حق من الحقوق - وإلا كان ذلك إهداراً لمبدأ المساواة بينهم وبين غيرهم من المواطنين الذين لم يحرموا من الحق ذاته».

«وحيث إن النصين المطعون عليهما يخالفان أحكام الدستور من أوجه عدة:-

- **أولها:** أن اللجنة التى أنشأها المشرع وعهد إليها ولاية الفصل في المنازعات الفردية التى قد تنشأ بين العامل ورب العمل هي لجنة يغلب على تشكيلها العنصر الإداري فهي تتكون من قاضيين وثلاثة أعضاء أحدهما مدير مديرية القوى العاملة المختص أو من ينيبه، والثاني ممثل عن الاتحاد العام لنقابات عمال مصر، والثالث ممثل عن منظمة أصحاب الأعمال المعنية، وأعضاء اللجنة من غير القضاة لا يتوافر في شأنهم - في الأغلب الأعم - شرط التأهيل القانوني الذى يمكنهم من تحقيق دفاع الخصوم وتقدير أدلتهم، وبفرض توافر هذا الشرط في أحدهم أو فيهم جميعاً، فإنهم يفتقدون لضمانتي الحيدة والاستقلال اللازم توافرهما في القاضي، فضلاً عن أن مدير مديرية القوى العاملة المختص بحسبانه رئيس الجهة الإدارية التى تتولى تسوية النزاع ودياً قبل عرضه على تلك اللجنة، يكون قد اتصل بالنزاع وأبدى فيه رأياً ومن ثم فلا يجوز له أن يجلس في مجلس القضاء بعد ذلك للفصل في النزاع ذاته.

- **وثانيها:** أن القرارات التى تصدر من هذه اللجان لا يمكن وصفها بالأحكام القضائية - حتى وإن أسبغ عليها المشرع هذا الوصف - ذلك أن الأحكام القضائية لا تصدر إلا من المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي، وهذه اللجنة - وكما سبق القول - هي لجنة إدارية، ومن ثم فإن ما يصدر عنها لا يعدو أن يكون قراراً إدارياً، وليست له من صفة الأحكام القضائية شيء، ولا ينال من ذلك ما نصت عليه المادة (71) المطعون عليها من اشتراط وجود قاضيين كي يكون انعقاد اللجنة صحيحاً، ذلك أنه بافتراض وجود هذين القاضيين وحضور الأعضاء الثلاثة الباقيين يمكن أن يصدر القرار بالأغلبية، والأغلبية، في هذه الحالة للعنصر الإداري، ومن ثم فلا يمكن أن يوصف القرار الصادر منها بأنه حكم أو قرار قضائي.
- **وثالثها:** أن نص المادة (72) المطعون فيه وإن اعتبر القرار الصادر من هذه اللجنة بمثابة حكم صادر من المحكمة الابتدائية يُطعن عليه أمام محكمة الاستئناف وهو وصف جاوز به المشرع الحقيقة لأن ما يصدر عن هذه اللجنة بحسبانها لجنة إدارية لا يعدو أن يكون قراراً إداريا، إلا أن الطعن على هذه القرارات أمام محكمة الاستئناف وعلى ما يقضي به النص ذاته يتم وفقاً لأحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية الذي لا يجيز الطعن في الأحكام الصادرة في حدود النصاب الانتهائي من محاكم الدرجة الأولى في بعض الحالات مما يجعل هذه القرارات عندئذ غير قابلة للطعن عليها قضائياً الأمر الذى يخالف المادة (68) من الدستور التى تحظر النص على تحصين أي قرار إداري من رقابة القضاء».

ومن جانبنا فإننا نعتقد أن ما ذهبت إليه المحكمة من قبول إشراك عناصر غير قضائية في هيئة المحكمة التي لها صوت معدود في الحكم، أمر غير مرغوب فيه، إلا أن القيد الذي وضعته المحكمة من ضرورة ألا يكون لهم الغلبة العددية هو الحد الأدنى الذي لا يتصور النزول عنه، الأمر الذي يجعل النصين المطعون عليهما بالاعتبار بالأغلبية العددية لموظفي الجمارك واشراكهم في التصويت علي الحكم، وإقراره صدور الأحكام بالأغلبية، يكون قد خالف أحكام القانون الأساسي الفلسطيني المتعلقة باستقلال القضاة، وحيدة القضاء، ومبدأ الفصل بين السلطات.

2014/1

تعليق المحامي وائل فتحي فتح الله

المحامي أمام المحكمة الدستورية العليا / مصر

الموضوع والرأي القانوني:

1. في 2014/1/23 تقدم الطاعن بطعنه في دستورية مادتين من مواد أحد القوانين (167؛ 3/168) من قانون الجمارك والمكوس رقم 1لسنة 1962 والمعدل بالقانون رقم 10 لسنة 1964) وفقا لنص المادة 1/27 من قانون المحكمة الدستورية الفلسطينية رقم 3 لسنة 2006، وذلك بعد أن رفضت محكمة الجمارك البدائية دفعه بهذا الشأن، وذلك في الدعوى الجمركية المسجلة لديها ضده تحت رقم 2012/29 بشأن بعض المخالفات المنسوبة اليه اقترافها.
2. انتهت عدالة المحكمة الى حكمها بعدم قبول الطعن لعدم امتلاكها صلاحية النظر بدستورية القوانين الأردنية النافذة في الاراضي الفلسطينية وبمراعاة أن قانون الجمارك والمكوس لهو من قبيل القوانين الأردنية التي صدر قرار إنفاذها عن رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية بموجب المرسوم رقم 1 لسنة 1994، والذي صدر إبان تولي السلطة الوطنية الفلسطينية زمام كافة الامور؛ بما في ذلك الشئون المتعلقة بالقضاء وتطبيق القوانين الاردنية وانفاذها من جديد بعد ان كان قد تم تعطيلها بالاوامر العسكرية الصادرة عن سلطة الاحتلال الاسرائيلى ما بعد 4 يونيو 1967.

هذا وقد رتبت عدالة المحكمة على هذا الامر؛ القول بأن خصوصية استمرار تطبيق القوانين الاردنية في الاراضى الفلسطينية، **تأبي** البحث في دستوريتها متى تعارضت مع احكام القانون الاساسي الفلسطيني؛ باعتبار ان القوانين الاردنية يجب ان ينظر بصحة دستوريتها بالنظر الى القانون الدستوري الأردني لا القانون الأساسي الفلسطيني، عدا أن اختصاصها ينبغي أن يكون بين قوانين فلسطينية وطنية وفقا للمفهوم الضمني للمادة 24 من قانون المحكمة الدستورية، وذلك قبل ان تشير الى

أن ما تملكه من صلاحية بهذا الشــأن لا يتأتى الا من خلال الطعن بقرار انفاذها الصادر عن رئيس السلطة الفلسطينية، والمشار اليه بعاليه.

الرأي القانوني:

اولاً: في اختصاص المحكمة الدستورية الفلسطينية:

- بمراجعة القانون الحاكم للمنازعة؛ قانون المحكمة الدســتورية رقم 3 لسنة 2006، والصادر في 2006/2/17 تتضح لنا الأمور التالية:

أ) نص المادة رقم 24، والعانية بتحديد إختصاص المحكمة المذكورة:

- **تختص المحكمة دون غيرها بما يلي:**

1. الرقابة على دستورية القوانين والانظمة.
2. تفسير نصوص القانون الأساسي والقوانين في حال التنازع حول حقوق السلطات الثلاث وواجباتها واختصاصتها.
3. الفصل في تنازع الاختصاص بين الجهات القضائية وبين الجهات الادارية ذات الاختصاص القضائي.
4. .....

وتشير المادة السابقة الى انعقاد الاختصاص للمحكمة الدستورية - ودون غيرها - بالرقابة على دستورية القوانين والأنظمة؛ ودون تمييز ما بين ما هو وطني او فلسطيني وعداه، لعمومية النص وإطلاقه.

كما ينعقد الاختصاص لهذه المحكمة - ودون غيرها - بمهمة تفسير كافة القوانين المطبقــة في الدولــة الفلســطينية، وبالذات فيمــا يتعلق باختصاصات ســلطات الدولة الثلاث (وفيما يتصل بنزاعنا الجاري من تعيين لحدود اختصاص المحكمة الدســتورية الفلسطينية بمراقبة دستورية القوانين الغير وطنية الساري تطبيقها في دولة فلسطين، او مــدى موائمتهــا للقانون الاساســي الجارى بهــا)، وفض التنازع بــين الاختصاصات المتعارضة في هذا الشأن.

ب) هذا وتنص المادة 25 من ذات القانون:

1. يكون للمحكمة في سبيل القيام بالاختصاصات المنصوص عليها في المادة (24) ممارسة كل الصلاحيات في النظر، والحكم بعدم دستورية أي تشريع أو عمل مخالف للدستور(كليا أو جزئيا).
2. عند الحكم بعدم دستورية أى قانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام أو قرار جزئيا أو كليا؛ على السلطة التشريعية أو الجهة ذات الاختصاص تعديل ذلك القانون أو المرسوم أو اللائحة أو النظام أو القرار بما يتفق وأحكام القانون الأساسي والقانون.

ج) وأخيرا تنص المادة 41 من قانون المحكمة الدستورية الفلسطينية على:

1. أحكام المحكمة الدستورية في الدعاوى الدستورية وقرارتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة للكافة.
2. .....

- والنصوص السابقة قاطعة الدلالة في إنعقاد ولاية الاختصاص للمحكمة الدستورية الفلسطينية دون غيرها، بما ورد من صلاحيات واختصاصات مختلفة في الفصل في الخصومة القائمة، وهي من الوضوح وقطعية الدلالة بما لا يترك لنا مجالا لتفسير ما أو بيان.

ثانيا - حول المرسوم الرئاسي رقم 1 لسنة 1994 , والصادر عن رئيس السلطة الفلسطينية، بإنفاذ أو تطبيق القوانين الاردنية التي كانت سارية عشية 4 حزيران 1967 والتي تم تعطيل انفاذها بالأوامر العسكرية الاسرائيلية بعد احتلال الضفة في اليوم التالي:

حيث أن المرسوم المذكور عندما صدر في أعقاب تمتع قطاعي الضفة الغربية وغزة بالحكم الذاتي في وقت قريب وسابق من تاريخه، لم يكن يستهدف - بالطبع - الى استبدال ولاية بولاية أو سلطة بأخرى (ولو كانت عربية) وانما كان يرمي المسارعة بتحقيق الاستقلال الذاتي للشعب الفلسطيني واستقلالية أجهزته وسلطاته المختلفة من تشريعية وقضائية وتنفيذية عن أي سلطة أو سلطان آخر عدا سلطة الشعب الفلسطيني، تحقيقاً للسيادة الفلسطينية على أراضيها وأمل في تحقيق الاستقلال الكامل عن الدولة العبرية.

وبذلك فإن القرار بإنفاذ تطبيق بعض القواعد القانونية الأردنية (والتى كانت سارية من قبل)، لا يعد الا على سبيل التقليد أو النقل والاقتباس أو الاستحسان أو القبول بالتطبيق أو الاستعارة، ولا يعد إطلاقا إنفاذاً لولاية الدولة الأردنية الشقيقة أو سلطانها على الضفة أو على الاراضي الفلسطينية المتمتعة مؤخرا بالحكم الذاتي، فليس الغرض - وكما سلف لنا الذكر - استبدال سلطة بأخرى أو ولاية بعداها، فالباعث والهدف والغرض من هذا القرار لهو تحقيق السيادة الفلسطينية على أراضيها وشعبها، إبتغاء تحقيق إستقلال الدولة الفلسطينية (أو السبيل إلى ذلك).

ولتأكيد هذا المعنى أو التخريج الصحيح للمرسوم الرئاسي رقم 1994/1، نشير الى إنتفاء ولاية القضاء الأردني نهائياً أو سلطة التشريع الاردنية، فيما يجري على الاراضي الفلسطينية من مجريات الأمور المختلفة أو المرتبطة بشأن انفاذ القوانين الأردنية ذاتها والمشار إليها في المرسوم الرئاسي الفلسطيني رقم 1994/1 أو كيفية تطبيقها أو تفسيرها حيث تخلو السوابق القضائية الفلسطينية كافة، ومنذ تاريخ إصدار المرسوم الأخير، ما يشير الى قيام إرتباط ما أو علاقة ما بين السلطة الأردنية والفلسطينية في المجالين القضائي أو التشريعي، تملك بمقتضاها (أو مقتضاه) أو ملكت في وقت ما - السلطة الأولى حق التعليق أو الرقابة او إبداء الرأي بشأن تطبيق أو سريان قواعد قانونها الوطني الأردني على الأراضي الفلسطينية المجاورة، وذلك إحتراماً لسيادة وسلطان السلطة الفلسطينية وسيادتها على أراضيها وإنفاذها عن طريق سلطاتها الوطنية الفلسطينية وحدها، و التي مارست - دون تدخل - حقوقها الدستورية والسياسية والقانونية الكاملة في تطبيق قوانينها الداخلية - ولو كانت اجنبية المصدر - على مواطنيها من الفلسطينين.

وهذه الظاهرة القانونية في الاقتباس والاستعارة والأخذ بما انتهى اليه الغير في مجال سن التشريعات، قديمة قدم الوجود الإنساني والأنظمة القانونية ذاتها، عرفت على نطاق واسع في عهد قيام الامبراطورية الرومانية، وامتد خلال قيام الدولة أو الخلافة الإسلامية، والتي أخذ فقهاؤها الوضعيون وبشأن تنظيم قواعد المعاملات بين الأفراد، بما كان ساريا أو نافذا من قبل في الولايات أو البلدان

المفتوحـة، وصـولاً إلى العصـر الحديث، عندما أخذت مصـر في عصر الخديوي إسـماعيل في النصف الثاني من القرن التاسـع عشر بالتقنينات الفرنسية في كافة المجالات عدا الأحوال الشخصية للمسلمين لتعلقها بأحكام الدين، وتم إنفاذ تطبيق نصوصها بعد ترجمتها الحرفية الى العربية (وعلى يد «مونرو» الفرنسـي)، والتي خضعت إبان إعمالها لرقابة القضاء المصري وحده، والذي كان قد عدل مباشـرة لعدد من نصوص هذه التقنينات، وعدل عنها إلى قوانين أخرى (منها العدول عن أحكام معاقبة الشروع في جريمة القتل بالسم والمعاقب عليه بالاعدام؛ الى قواعد ونصـوص القانـون البلجيكي في ذات الشـأن ذات الأحكام الأخ) دون صعوبة ما أو استلزام تعديل النص الفرنسي ذاته.

ثالثـا - في انعقاد الاختصاص للمحاكم الفلسـطينية بنظر كافة المنازعات التى تقام ضد الفلسطينين أو الأجانب المقيمين بفلسطين، ودون غيرها، ودون توقف على اجراء او اثر اخر:

حيث أن قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001، كان قد احال الى المحاكم الفلسـطينية دون غيرها بنظر كافة الأنزعة المدنية والتجارية المقامة على الفلسـطينين ولـو لم يكن لـه موطن أو محل إقامة بفلسـطين، وكذلك الدعاوى المقامة ضـد الأجانـب الذين لهم موطن أو محال إقامة بفلسـطين (المواد 27, 28 , 29), وهي المـواد المقابلـة لذات الاختصاص في قانون المرافعات المدنيـة والتجارية المصري، حيث تباشـر المحاكم ولايتها في نظر كافة المنازعات دون توقف على شـأن آخر، وبمراعاة أن القوانين المصرية بدورها تشتمل على عدد كبير من قواعد غير وطنية مقتبسة او منقولة عن أنظمة قانونية اجنبية (فرنسـية بالذات)، وهو ما يجب أن يسـرى بدوره بالنسـبة لاختصـاص المحاكم الفلسـطينية التي تملك حق التصدي لكافـة المنازعات أو الانزعة دون توقـف على شـرط ما أو عند حد معين، فالاختصـاص كامل منعقد بنص القانون للمحاكم الفلسـطينية بالتصدى لكافة القضايا دون قيد أو توقف على أثر ما، وبشـكل مطلق لكافة الأنزعة المثارة ضد الفلسـطينين أو الأجانب المقيمين على أرض فلسطين، ودون نظر الى مصدر القانون ذاته،

رابعا - حول العلاقة بين القوانين الوطنية أو التشريعات الداخلية بغيرها من القوانين عداها:

قد تلتزم الدول بتنفيذ الالتزامات ذات الطبيعة الدولية التى تترتب على إنضمامها الى معاهدة أو منظمة عالمية ما (مثل منظمة التجارة الدولية التي عقدت اتفاقية الجات في العام 1994 وانضمت اليها معظم دول العالم) فتلتزم باتخاذ جميع الاجراءات الفورية والضرورية لتنفيذ هذه الاتفاقيات أو نصوص المعاهدات أو الإعلانات في اطار نظامها القانوني الداخلي، وطبقا لهذا المبدأ لا يجوز ان تسري تشريعات داخلية تخالفها أو تعارضها أو تتعارض وتتضاد معها.

إلا أنه ورغما من ذلك، فان الدول متباينة حول هذا الأمر الغير ملزم، ففي فرنسا مثلا - تمنح الدولة تلك المعاهدات أو الاتفاقيات مرتبة أعلى من مرتبة القانون الداخل، فلا تملك سلطاتها المختصة هناك إصدار تشريعات تخالفها أو تناقضها بعد أن كانت قد أزالت أو عدلت ما كان سارياً من قبل من تشريعات تعارض سريان هذه الاتفاقيات أو المعاهدات الجديدة، بخلاف الأمر في دولة أخرى كمصر - مثلاً ثانياً - التي تمنح فيها المعاهدات الدولية - عدا الأمنية أو العسكرية - ذات قوة وقيمة القوانين الداخلية، فيجوز مخالفتها وتأجيلها من حيث السريان، بل واصدار قواعد وقوانين تناقضها، وهو الجاري فعلا.

وهو الأمر الذي يمكن لمسه أو ملاحظته من تباين أخذ دول العالم بقواعد وثيقة الاعلان العالمي لحقوق الانسان الصادر في 10 ديسمبر 1948، ووقعت عليه كافة دول العالم (تقريباً)، والذي تخالف الدول الإسلامية أو تمتنع عن تطبيق كثير من نصوصه؛ وبخاصة تلك التي تخالف قواعد وأحكام الشريعة الإسلامية (مثل حرية العلاقة بين الجنسين خارج أطر الزواج الشرعي، وغيرها) وحيث يمتنع تطبيقها، ويجري الأخذ بما يخالفها من قواعد قانونية داخلية.

وعلى ضوء ما سبق، فان البحث عن **طبيعة المرسوم الرئاسي الفلسطيني رقم 1994/1**، بإنفاذ تطبيق بعض القوانين الأردنية (التي كانت سارية من قبل) فان طبيعة التعاهد أو الاتفاق الدولى او الانضمام الى اتفاقية دولية منتفي تماماً، بصدوره من

جانب واحد وارادة منفردة هي إرادة الجانب الفلسطينى وحده ودون تدخل ما أو حتى إستشارة الجانب الأردني (بشكل رسمي)، لذا يجوز ويسوغ للسلطة الفلسطينية تعديل تلـك القوانـين الأردنية ومراجعة ومراقبة دسـتوريتها، لانها لو كانت ذات طبيعة تعاهد دولي لجاز معها أيضا ما ذكر، فما بال والمرسوم لا يرمي إلا الى مجرد اقتباس قواعد أو نقلهـا إستحسـانا أو اسـتعارة تطبيقها وكما سـلف الذكر، وقـد إصطبغت بالصفة الفلسطينية الوطنية بمجرد تطبيقها على الاراضى الفلسطينية.

الـــرأي: مخالفـة الحكم الصادر في الطعن الدسـتوري رقـم 2014/1 الصادر عن المحكمة العليا بصفتها الدستورية والقاضي بعدم قبول الطعن لتخلف اختصاصها بنظره، حيـث نـرى ان اختصاص المحكمة منعقد وولايتها صحيحة، وكان من اللازم الفصل في الطعن بالقبول شكلا، ومتابعة نظر المنازعة والفصل بعدم دستورية المواد محل الدعوى لوجاهة الأسانيد القانونية التي سيقت في سبيله وموضوعيتها.