المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء

«مســاواة»

العدالة والقانـون

المركز الفلسطيني لاستقلال
المحامـاة والقضـاء
«مســاواة»

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

جمعيــة أهلية غير حكومية مســتقلة، تأسســت بتاريــخ 2002/3/18 بمبادرة من محامين وقضاة ســابقين وشــخصيات اجتماعية، أخذت على عاتقها تكريس جهدها لتعزيز ضمانات استقلال القضاء والمحاماة تشريعاً ومنهجاً وسلوكاً، عن طريق رصد وتوثيق ومراقبة ومعالجة كافة العوائق الاجتماعية والثقافية والسياسية والاقتصادية والتشريعية، التي تحول دون التطبيق السليم لمبدأ سيادة القانون، وتعيق تفعيل عناصر ومقومات ومضامين استقلال القضاء والمحاماة وذلك بالطرق والوسائل القانونية.

مجلس إدارة مساواة

- المحامي ياسر جبر — رئيس مجلس الادارة
- المحامي فهد الشويكي — نائب رئيس مجلس الادارة
- المحامي يوسف بختان — امين السر
- الاستاذ فيصل جاسر — امين الصندوق
- المحامي سمير البرغوثي — عضو
- المحامية فايزة الشاويش — عضو
- المحامية رنا واصف — عضو
- المحامي غسان مساد — عضو
- المحامي نضال أبو فرحة — 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 - شارع الجلاء،
برج الجلاء «الطابق الثالث» – مكتب 305
لفاكس: 00970 8 2864206

حقوق الطبع والنشر محفوظة للمركز

أيلول 2015

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

في هذا العدد

مقدمة العدد

على طريق اثراء النقاش واغناء التجربة 7

(حكم) الهيئة العامة للمحكمة العليا رقم 1 لسنة 2015 9

مـــذكرة «مســـاواة» للسادة رئيس وأعضاء مجلس القضاء الأعلى بشأن (الحكم) المذكور 19

تعليق المستشار الدكتور عبدالعزيز سالمان رئيس هيئة المفوضين في المحكمة الدستورية العليا المصرية 24

تعليق الفقيه الدستوري الاستاذ الدكتور فتحي فكري رئيس قسم القانون العام في جامعة القاهرة 41

الحكم الصادر عن محكمة النقض في النقض المدني رقم 513 لسنة 2013 بتاريخ 2015/7/13 63

العدالة والقانون

مقدمة العدد

على طريق اثراء النقاش واغناء التجربة

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

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

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

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

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

ومن الطبيعي ان هذه التعليقات التي يضعها المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء «مساواة» بين ايدي السادة القضاة والمحامين 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 ورسـالة المحامين الفلسـطينين ونقابتهم في صيانه مبدأ سـيادة القانون وسواده على الكافه كطريق مجرب للنجاح في بناء حكم فلسطيني صالح وحديث.

وهـا نحن في «مسـاواة» نصدر العدد الرابع والعشـرون من مجلـة «العدالة والقانون» كعدد خـاص أوجـب إصداره علـى هذا النحو الحوار القانوني الهام الـذي لا يزال موضع نقاش حتى اللحظة، منذ أن نشأ في أعقاب إصدار الهيئة العامة للمحكمة العليا (حكم) رقم 2015/1 بتاريخ 2015/3/19، والذي جاء في مقدمته: «بدعوى من رئيسها سنداً للمادة 25 من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم 5 لسنة 2001، المعدلة بالمادة رقم 3 من القرار بقانون رقم 15 لسنة 2014، انعقدت الهيئة العامة للمحكمة العليا (11 قاضياً) للتداول بشـأن العدول على المبدأ القانوني الذي سـبق أن قررتـه محكمـة 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.

وبالنظـر لمـا أثاره (الحكم) المذكور من جدل قانوني، فقد ارتأت «مسـاواة» ان تخصص هذا العدد من مجلة «العدالة والقانون»، لنشره بالصيغة التي ورد عليها، ومن ثم نشر المذكرة الخطية التي سـبق لمركز «مسـاواة» ووجهها بتاريخ 2015/4/15 للسـادة رئيس وأعضاء مجلس القضاء الأعلى المحترمين بخصوص (الحكم) المشـار إليه، وتضمنت المطالبة بإسـقاط صفة الحكم عن ما أصدرته الهيئة العامة، واتخاذ المقتضى القانوني بشأن التعامل معه كرأي أو فتوى، على ضوء حقيقته وماهيته من وجهة النظر القانونية.

إلى جانب الرأي الفقهي للفقيهين الدستوريين معالي الأستاذ الدكتور فتحي فكري رئيس قسم القانون العام في جامعة القاهرة، وعضو لجنة اعداد الدسـتور المصري لعام 2014، والمستشـار الدكتور عبدالعزيز سـالمان رئيس هيئة المفوضين في المحكمة الدسـتورية العليا المصرية وعضو لجنة إعداد الدستور المصري لعام 2014، في (الحكم) آنف الذكر.

كما تنشـر «مسـاواة» في هذا العدد الخاص من مجلة «العدالة والقانون» الحكم الصادر عن محكمـة النقض الموقـرة، في النقض المدني رقم 2013/513 الصادر بتاريخ 2015/7/13، والذي تناول فيما تناوله (حكم) الهيئة العامة للمحكمة العليا المذكور، كما صدر حرفياً.

وتأمـل «مسـاواة» ان يحقق العدد الرابع والعشـرون مـن مجلتها «العدالـه والقانون» الغاية المرجوة منه، وهي عاقدة العزم على الاسـتمرار في مواصله اصدارها الى جانب شـقيقتها «عين على العداله» .

(حكم) الهيئة العامة
للمحكمة العليا
رقم 1 لسنة 2015

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

دولـــة فلســـطين
السلطة القضائية
المحكمـــة العليـــا

الحكـــم

الصـــادر عـن الهيئـــة العامـــة للمحكمـــة العليـــا 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 جانب كبير 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.

الكاتب-دقق:
م.ف

الرئيـــس

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

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:

الكاتب-دقق: م.ف

الرئيس

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 أفرج 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.

ولأمام 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.

الكاتب-دقق:
م.ف

الرئيس

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

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.

المحكـــمة

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

الرئيـــس

الكاتب-حقي:
م.ف

حكـــم الهيئة العامـــة
للمحكمـــة العليـــا
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

طعن دستوري
رقم: 1 / 2014

الرأي المخالف 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

القاضـي

القاضـي

مـــذكرة «مســـاواة» للسادة
رئيس وأعضاء مجلس القضاء
الأعلى بشأن (الحكم) المذكور

السادة رئيس وأعضاء مجلس القضاء الأعلى المحترمين ،،

تحية طيبة وبعد ،،،

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

يهديكم المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء «مساواة» أطيب تحياته مبدياً رأيه القانوني المهني الذي يستهدف إثراء الحوار القانوني دون المساس بالسادة القضاة مع حفظ الألقاب والمسميات مجتمعين و/أو منفردين، مهتدياً بأصول وقواعد التعليق على الأحكام القضائية والقرارات الإدارية، بشأن الموضوع التالي:

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

بعد أن وقف المركز على (الحكم) المذكور وقرأه بإمعان شديد رأى أن من واجبه أن يدعم رأيه بشأنه، برأي فقهاء في القانون العام (الدستوري والإداري)، فطلب رأي الفقيه العربي المعروف معالي الدكتور فتحي فكري رئيس قسم القانون في جامعة القاهرة وعضو لجنة إعداد الدستور المصري للعام 2014، ورأي رئيس هيئة المفوضين في المحكمة الدستورية العليا المصرية وعضو لجنة إعداد الدستور المصري للعام 2014 المستشار عبد العزيز سالمان، واللذين أكدا وبتوافق وتطابق في الرأي وبعد أن وقفا على (الحكم) المذكور والقوانين الفلسطينية ذات الصلة، ومنها القانون الأساسي المعدل الساري المفعول، وقانون السلطة القضائية، وقانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، وقانون تشكيل المحاكم النظامية المعدل بالقرار بقانون رقم 15 لسنة 2014، ومجلة الأحكام العدلية، والمعايير الدولية الناظمة للسلطة القضائية، توافقا على أن (الحكم) المذكور لا يعد حكماً قضائياً، إذ لا قضاء بغير طلب أو دعوى، لأن سلطة القضاء وصلاحياته هي الفصل في المنازعات، وإذا لم تكن ثمة منازعة فلا مجال لإصدار قرار أو حكم قضائي، والقاضي أو (المحكمة) لا يقضي من تلقاء نفسه، ولا يقضي بعلمه الشخصي، ولا بد من وجود طلب أو دعوى مقدم من قبل الخصوم أو أطراف المنازعة، وإلا اعتبر حكماً منعدماً لخروجه عن ولاية القضاء، إذ لا ولاية لقضاء بدون نزاع.

إلى جانب أن أفضل ما يمكن أن يسمى به هذا (الحكم) لا يعدو أن يكون رأياً أو فتوى غير ملزمة لأحد، ولا يجب أن يوصف بالحكم القضائي، وهذا ما تجمع عليه كافة الدول والأنظمة القضائية في العالم بأسره، وما اجمع عليه فقهاء القانون في معرض تناولهم للعلاقة بين العمل القضائي والعمل الإداري، بالتالي فإن تسميته بالحكم مخالف للقانون،

ولا تخـرج عـن كونها قضاء بالعلم الشـخصي، فالقاضـي لا يصدر حكمه من تلقاء نفسه، والمحكمة تنعقد لتفصل في دعوى منظورة امامها، وبغير ذلك يكون الحكم مخالفاً لحقيقة الأحكام من تلقاء نفسه، والمحكمة تنعقد لتفصل في دعوى منظوره أمامها، وبغير ذلـك يكـون الحكم مخالفاً لحقيقة الأحكام وتنزع عنه أية حجية أو إلزام، ولا يمكن ولا يجـوز وصفـه بصفة الحكم، إذ أن عمل القاضي قطع المنازعـة وفصله فيها، والقضاء سـاكن لا تحركه إلا الدعوى، وعليه فإن (الحكم) المذكور ليس سـوى رأيا أو فتوى غير ملزمة لأحد يؤخذ بها أو لا يؤخذ، ولا يمكن الإعتداء به، أو إدراجه تحت مظلة الأحكام أو السوابق القضائية.

وأضاف الفقيهان أنه ودون المساس بما سبق بيانه، فإن ما تضمنه الرأي ينطوي على مثالب إضافية منها على سبيل المثال لا الحصر، – ولضيق المجال («مساواة» ستنشر تعليقاً تفصيلياً على (الحكم) المذكور في العدد القادم من مجلة «العدالة والقانون») - ما يلي:–

1. ما يمثله من اغتصاب لصلاحية وسلطات السلطة التشريعية.
2. ما ورد في (الحكم) بشأن قرينة الصحة الملازمة للقرارات الإدارية من القرائن البسـيطة، أي التي يمكن اثبات عدم صحتها من خلال الطعن عليها للأسـباب المحددة قانوناً أو المقررة قضاءً، والشـيء بالشـيء يذكر فالقوانين هي الأخرى تتمتع بقرينة الصحة، ولأنها ايضاً قرينة بسيطة فيمكن اثبات عدم دستوريتها، فهـل يعقـل بعد كل ذلك القول أن قرينة الصحة تحـول دون الطعن في قرارات ندب القضاة؟!
3. إثارة (الحكم) لنظرية الموظف الفعلي بمثابة قياس مع الفارق، لأن تلك النظرية مقـررة في الظـروف العادية لحماية المتعامل مع الإدارة، مما يفضي إلى الإقرار

بســلامة بعض التصرفات الصادرة من غيــر مختص آخذاً بالمظاهر الخارجية الدالــة - علــى خلاف الحقيقة - باختصاصه، أمــا طرح نظرية الموظف الفعلي لتحصين قرارات ندب القضاة فمن شأنه الإضرار بأصحاب الشأن، بما فيهم المتقاضــين، بمنعهــم مــن الطعن على تلك القــرارات مهما علق بهــا من عيوب والمفارقة لا تحتاج مزيد بيان!

وعليــه فإننــا نأمل من مجلســكم الموقر اتخاذ المقتضى القانوني بشــأن التعامل مع هذا الرأي أو الفتوى على ضوء حقيقته وماهيته من وجهة النظر القانونية، وذلك بعدم التقيد بما ورد فيه، مع مراعاة أنه يمتنع على الســادة القضاة المشــاركين في إبداء هذا الرأي النظر في أية دعوى تتضمن الطعن محل الرأي، لأنهم أبدوا رأياً مسبقاً بموضوعه يحول دون مشاركتهم في أية هيئة قضائية تحال إليها دعوى تستند إلى ذات الموضوع.

مع الاحترام

تحريرا في 2015/4/15

رئيس مجلس إدارة «مساواة»

المحامي ياسر جبر

هذه المذكرة جزء من المذكرة التي تسلمها السادة رئيس وأعضاء مجلس القضاء الأعلى بتاريخ 2015/4/15.

تعليق المستشار الدكتور عبدالعزيز سالمان رئيس هيئة المفوضين في المحكمة الدستورية العليا المصرية

بقلم المستشار الدكتور عبد العزيز محمد سالمان

الرئيس بهيئة المفوضين

بالمحكمة الدستورية العليا - القاهرة

لا قضاء بغير طلب

تعليق على حكم الهيئة العامة للمحكمة العليا الفلسطينية رقم 1 لسنة 2015

موجز الوقائع :

أصدرت الهيئة العامة للمحكمة العليا حكمها رقم 1 لسنة 2015 بتاريخ 2015/3/19 انتهت فى منطوقة إلى المبادئ التالية :

1. أن ندب القضاة كقرار يصدر عن مجلس القضاء الأعلى، هو قرار إدارى يتصل بشخص القاضي المنتدب، أو بغيره من القضاة، الذين يمس قرار الندب مراكزهم القانونية، وبذلك يمتنع على الخصوم الطعن بمشروعيته.
2. أن النـدب كإجـراء يباشـره مجلس القضـاء الأعلى باعتباره جهـة الإدارة إنما هو إجراء يتصل بتشـكيل المحكمة، ولا شـأن له بالتنظيم القضائي، الذى أفرد لـه القانون قواعـد آمرة لتعلقها بالنظام العام، كتلـك التى تحدد أنواع المحاكم ودرجات التقاضى.
3. أن مباشـرة القاضي المنتدب لاجراءات التقاضي سنداً لقرار الندب - مشروعاً كان أو مخالفـاً للقانـون أو أصبـح كذلك - (كإنتهاء مدة الندب) لا أثر له على صحـة الاجراءات التى يباشـرها القاضي المنتـدب - بصرف النظر عن صحة النـدب - رغـم ما يتمتع فيه قرار الندب من قرينة الصحة، بوصفه قراراً إدارياً لا يخضع للطعن فيه من قبل الخصوم، باعتبار أن القاضى المنتدب بما يباشره مـن اجراءات التقاضي، وما يصدره من أحكام، هو القاضي الطبيعي بالنسـبة للخصوم، سـنداً لنظرية الموظف الفعلي التي تحول دون طلب الخصوم بتقرير البطلان وبين ما يباشره القاضي المنتدب من اجراءات قضائية.
4. العدول عن أى مبدأ قانوني سبق أن قررته المحكمة وذلك إعمالاً لأحكام المادة

1/25 من قانون تشـكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسـنة 2001 المعدلة بالمادة (3) من القرار بقانون رقم (15) لسنة 2014.

التعليق:

الحكم الصادر عن الهيئة العامة للمحكمة العليا صدر - حسبما أشار فى مدوناته - فى غير خصومة إذ لم تشير الأوراق بوجود خصومة تم استناداً إليها العدول عن مبدأ قانوني، فقد اجتمعت الهيئة بناء على طلب رئيسها.

والحكم الصادر يثير النقاش حول العديد من الأمور القانونية تتمثل في:

- السلطة القضائية - ولايتها وفقاً لمبدأ الفصل بين السلطات.
- ولاية القضاء فى دولة فلسطين، وكيفية توزيعها بين المحاكم المختلفة.
  - اختصاصات المحكمة العليا.
  - اختصاصات محكمة النقض.
  - مجلس القضاء الأعلى تشكيله واختصاصاته.
- كيفيـة إثـارة الاختصـاص بالعـدول عن مبـدأ قانونـي قررته محكمـة النقض أو هيئتهاالعامة.
- قرارات ندب القضاة - كيفية صدورها.
- ندب القضاه شأن من شؤون القضاء - اثر ذلك.
- هـل يجـوز للهيئة العامـة للمحكمة العليا أن تنعقد للعدول عـن مبدأ قررته الهيئة العامة لمحكمة النقض ؟
- ولنناقش كل نقطة بصورة موجزة على النحو الآتي:

مبدأ الفصل بين السلطات ووظيفة السلطة القضائية:

من الأصول الدسـتورية المتفق عليها، الأخذ بمبدأ الفصل بين السـلطات. ومقتضى هذا المبدأ أن تستقل كل سلطة بمباشرة الوظيفة التى أسندها إليها الدستور. وليس لأى سلطة من السلطات الثلاث أن تباشر عملاً يدخل فى وظيفة السلطة الأخرى، مالم يوجد

فى الدستور نص يقضى بغير ذلك. ولا يعنى هذا أن استقلال كل سلطة عن الأخرى استقلالاً تاماً، وإنما هو استقلال مع الرقابة المتبادلة بين السلطات، والتعاون بينهم.[1]

- **فالقضاء يجب أن يكون مستقلاً عن سلطة التشريع**، ذلك أنه ضماناً لقيام السلطة القضائية بوظيفتها فى دائرة الحدود المرسومة لها يتحتم أن يكون القضاء مستقلاً، ويتحقق هذا الاستقلاق من ناحيتين:

- **الأولى :** أن المشرع لايملك النظر فى الخصومات أو توقيع الجزاءات ولا نقض الأحكام، ولا تعديلها، ولا منع تنفيذها ولو كانت مخالفة للقوانين، هذا كأصل عام.
- **الثانية :** أن القضاء لا يملك - عند تفسير القوانين لتطبيقها على الدعاوى المنظورة أمامه ــ أن يصدر قرارات عامة لتطبق فى كل منازعة تعرض عليه، كما لا يملك اصدار لوائح أو قوانين، ولو أريد بها تنظيم أعماله، ما لم يمنحه المشرع هذه السلطة.[2]

- **والقضاء أيضاً يجب أن يكون مستقلاً عن السلطة التنفيذية**، ويتحقق ذلك من وجهين:

الوجه الأول : أن رئيس السلطة التنفيذية ومعاونية لايملكون الفصل فى الخصومات، أو التدخل فيها، أو الحليولة دون تنفيذ الأحكام، والاستعانة بالسلطة التنفيذية فى تنفيذ الأحكام ليس إلا إستعانة بقوتها الجبرية، للوصول إلى الترضية القضائية النهائية. ولايقصد بها التدخل فى سلطة القضاء.

ووزير العدل، ليس له اختصاص قضائي، ولا يملك الفصل فى القضايا ولا الاشتراك فى نظرها، ولا التعرض لأى حكم يصدر، وإشرافه على سير القضاء إن وجد فلا يكون إلا إشرافاً إدارياً على المرافق أو الموظفين.

1 راجع فى مبدأ فصل السلطات مؤلفنا عن رقابة دستورية القوانين 1995 دار الفكر العربى، ومؤلفنا عن ضوابط وقيود الرقابة الدستورية دار النهضة العربية سنة 2011 صـــ 17 وما بعدها .

2 يراجع قواعد المرافعات فى التشريع المصرى والمقارن للأستاذين : محمد العشماوى، ود. عبدالوهاب العشماوى سنة 1957 صـ 79 وما بعدها .

الوجـه الثانـى : القضاة لا يملكون اصدار أوامر مـن ذات جنس الأوامر التى تصدرها السـلطة التنفيذية، وإنما لهم بحث مشروعيتها وعدم تنفيذ القرارات الصادرة متجاوزة للاختصاص.

وظيفة السلطة القضائية «الفصل فى المنازعات»

بوجـه عـام وبصورة مطلقـة لا توجد وظيفة للسـلطة القضائية سـوى الفصل فى المنازعات. فإذا لم تكن ثمة منازعة، فلا محل لوجود قضاء، فلا قضاء بغير طلب، وهذا الطلـب يكون فى الغالب صحيفـة الدعوى أو لائحتها يبين فيها صاحب الصفة طلباته التى يتقيد القاضي بها، لايتعداها أو يتجاوزها أو يقضي بأكثر مما يطلب الخصوم.

فلا تملك السلطة القضائية -على عكس السلطتين التشريعية والتنفيذية - التحرك التلقائـي ومواجهة مشـكلات تراها متواجدة فى المجتمـع، وتحتاج إلى حل، لأن عملها ودورها يرتبط بمنازعة ترفع إليها، فلا يقضي القاضي من تلقاء نفسه، بل لا ولاية له ـ كأصل ـ خارج نطاق فض النزعات.

وهذا مايميز السـلطة القضائية عن غيرها من السـلطات، فالمحاكم تقوم بوظيفتها كحكـم بـين الخصوم، فلا تتدخل إلا فى خصومة تنشـأ وترفع إليها بالطرق القانونية. وعليها إن رفع إليها المنازعة بالطرق القانونية، أن تقضي في حدود ما يطلبه الخصوم، وليـس لهـا ـــ كما ذكرنا ـ أن تقضي بأكثر مما يطلبـه الخصوم حتى ولو بدا للمحكمة أن هذا هو الحق.

- وإذا وضعـت إحـدى المحاكم مبـدأ قانونياً، أو قراراً تفسـيرياً فى غير منازعة مرفوعة إليها كانت فى ذلك متجاوزة حدود وظيفتها ومنتحلة من سلطة التشريع ما ليس لها.
- كما أن المحاكم لا تملك وضع قواعد عامة تطبقه فى كل الخصومات التى ترفع إليهـا. إنمـا تقتصر سـلطتها على وضع المبدأ القانونـي لتطبقه فى الخصومة القائمة أمامها فقط فإذا تكررت الخصومات فى موضوع معين، وثبتت المحاكم علـى مبـدأ قانوني فيصبح هذا المبدأ كأنه قانون متبع دون أن يمنع المحاكم من العدول عنه.

- هذا الكلام يصح بالنسبة لكل ما يقوم به القضاء من أعمال سواء فى مجال الوظيفة القضائية أو الوظيفة الولائية، على التفصيل التالى:

الوظيفة القضائية :

يقوم القضاء بهذه الوظيفة عندما يباشر النظر فى منازعة تنشأ بين الخصوم، وترفع إليه، ليتخذ فيها قرار فى مواجهتهم بعد أن تتاح لهم فرصة الدفاع فيها، ويكون المقصود بهذا القرار وضع حد للنزاع، سواء فى جملته، أو فى إحدى تفاصيله أو فى مسائل أخرى متفرعة عنه.

والوظيفة القضائية تقوم على عدة مبادئ أساسية لعل من أهمها:

1 - **مبدأ الطلب :** فلا يباشر القضاء ـ كما أسلفنا ـ وظيفته إلا بناء على طلب. فلو علم القاضي بوجود نزاع بين شخصين فإنه لا يستطيع نظره دون طلب من أحدهما. فالقاضي لا يعمل من تلقاء نفسه، ويعتبر هذا المبدأ تطبيقاً لمبدأ حياد القاضي، إذ لو بدأ القاضي نظر الخصومة دون طلب لأصبح مدعياً وقاضياً في نفس الوقت. ويبرر ذلك أن الحماية القضائية ـ غير الجنائية ـ تمنح لمن يحتاج إلى هذه الحماية، وليس أقدر من هذا الشخص على تقدير حاجته، وهو ما يفصح عنها لبدء الخصومة أو لبدء مرحلة الطعن، بل أيضاً لاستمرارها. ولهذا فإنه إذ نزل المدعي عن طلبه، امتنع على القاضي نظر القضية، كما يسرى بالنسبة لاصدار الحكم. وتبعاً لذلك ليس للقاضي أن يتجاوز ـ فى حكمه ـ حدود الطلب، أو أن يحكم بغير ما طلبه الخصوم، أو أن يصدر فى حكمه عن سبب غير سبب الطلب إذ يعتبر حكماً بغير طلب. [3]

2- **مبدأ المواجهة:** تقوم الخصومة القضائية ـ أياً كان موضوعها ـ على أساس المواجهة بين الخصوم فتطبيق القاضي للقانون بواسطة الخصومة لا يكون إلا فى مواجهة الطرفين، وبالنظر إلى المركز القانوني لهذين الطرفين ويتفرع على ذلك:

أ ـ ليس للقاضي أن يحكم دون سماع جميع الأطراف، إذ بغير سماعهم لا يمكن معرفة الحقيقة، أو يكفي لتحقيق مبدأ المواجهة بتمكين الخصوم من إبداء دفاعهم.

3 يراجع فى ذلك : الوسيط فى قانون القضاء المدنى للدكتور فتحى والى سنة 1981 دار النهضة العربية صـ 490 .

ب – من حق كل خصم أن يبلغ بالأوراق التى يقدمها الخصم الآخر للمحكمة، فليس للمحكمة أن تستند إلى ما يقدم إليها من خصم دون اطلاع الخصم الآخر وتمكينه من إبداء ملاحظاته بشأنها.

جـ– يعتمد القاضي على الأطراف فى تقديم أدلة الاثبات، فليس للقاضي أن يقضي بعلمه.[4]

3ـ **المصلحة فى الاجراء**: إذا كانت الخصومة أداه لتحقيق الحماية القانوينة بواسطة القضاء، وفيها يخول الطرفان سلطة القيام بنشاط يرقي إلى هذا الهدف، فسلطات المدعي في الخصومة ترمي إلى تحقيق الحماية القانونية لمركزه القانوني بصدور حكم فى الدعوى لصالحه. وعلى العكس يرمي المدعى عليه إلى تحقيق الحماية القانونية لمركز بمنع صدور حكم لصالح المدعي.

وإعمالاً لمبدأ الاقتصاد فى الخصومة فإن أيه رغبة من أحد الطرفين إلى المحكمة لا يجوز قبولها إذا كان من الواضح أن قبولها لا يساهم فى تحقيق الحماية القانونية لمقدمها، إذ أن قبول مثل هذه الدعاوى يعد إضاعة للوقت وإنحرافاً بالخصومة عن هدفها، فلا مصلحة لطرف فى إجراء لا يمكن أن تساهم نتيجته فى حماية حقه أو مركزه القانوني الموضوعي.

– خلاصة الأمر أن الوظيفة القضائية لها سمات محددة أهمها أنها ترتبط بوجود خصومة حقيقية ومنازعة قائمة، فإذا تدخل القاضى فى مسألة لم يقم بشأنها نزاع فلا يعتبر متدخلاً بصفته هذه، ولا يكون للقرار الذى يتخذه طبيعة الحكم ولا قوته.[5]

ثانياً: الوظيفة الولائية :

يوجد للقضاء، بجانب وظيفته القضائية وظيفة أخرى تستلزمها مصلحة الأفراد الذين يلجأون للسلطة القضائية، فهي تعد بمثابة مقدمة للحماية القانونية أو استكمال لبعض جوانبها «وتسمى الوظيفة الولائية أو الادارية». ولا يوجد تعريف محدد لهذه

4 د. فتحى والى : المرجع السابق صـ 491 وما بعدها .

5 يراجع الأستاذين محمد العشماوى . ود. عبدالوهاب العشماوى المرجع السابق صـ 222 .

الوظيفــة، كما ان المشــرع لم يضع نصوصاً وافية تبــين نوع الوظيفة الولائية وما يدخل فيها، بل وضع حالات متفرقة لم ترد على سبيل الحصر.

والعمل الولائي هو عمل يتخذ فى ظاهره شكل الحكم من حيث صدوره من قاض منوط به اصدار الأحكام القضائية، لكنه فى أساســه عمل إداري، يميزه عن العمل القضائي خلوه من كثير من عناصره التى سبق أن ذكرناها. ومثالها إصدار الاعلامات الشرعية، أو عندما يثبت القاضى تصالح طرفى الدعوى، أو عندما يتخذ القاضي اجراء يقصد به صيانة واستثمار أموال القصر أو عديمي الأهلية، أو عندما يتخذ الاجراءات الوقتية أو التحفظية ووضع الأختام واقامة حارس للمحافظة على الحقوق المعرضة للخطر.

والوظيفة الولائية تتطلب وجود طلب وترتبط بمنازعة.[6]

ولاية القضاء الفلسطيني وكيفية توزيعها:

ولاية القضاء فى دولة فلسطين موزعة بين ثلاثة أنواع من المحاكم نص عليها قانون السلطة القضائية رقم 1 لسنة 2002، فقد جرى نص المادة (6) على أن «تتكون المحاكم الفلسطينية من»:

أولاً : المحاكم الشرعية والدينية وينظمها القانون.

ثانياً: المحكمة الدستورية العليا وينظمها القانون.

ثالثاً : المحاكم النظامية وتتكون من:

1. المحكمة العليا وتتكون من:
   أ. محكمة النقض
   ب. محكمة العدل العليا
2. محاكم الاستئناف.
3. محاكم البداية.
4. محاكم الصلح.

6 فى تفصيلات التفرقة بين الوظيفة القضائية والوظيفة الولائية ويراجع قواعد المرافعات المرجع السابق صـ 228 وما بعدها .

وتنظر كل منها فى المسائل التى ترفع إليها طبقاً للقانون.

- وحتــى نظــل داخل نطاق البحث نقصر الــكلام على ولاية المحكمــة العليا ودورها وتكوينها وتشكيله:

- **المحكمة العليا:**

المستفاد من نص المادة «6» سالف البيان أن المحكمة العليا هى قمة النظام فى المحاكم النظامية ويتبعها محكمة النقض ومحكمة العدل العليا التى تعد بمثابة المحكمة الادارية العليا، فالنظام القضائي الفلسطيني لا يعرف القضاء المزدوج، إنما يناط بالمحكمة العليا ما يقوم به القضاء العادي، وما يقوم به القضاء الاداري.

وتؤلف المحكمة العليا من رئيس ونائب أو أكثر وعدد كاف من القضاة (م 1/8) من قانون السلطة القضائية ولها العديد من الاختصاصات لا محل لذكرها هنا.

- **محكمة النقض:**

تنعقد محكمة النقض برئاســة رئيس المحكمة العليا وأربعة قضاة وعند غياب الرئيس يرأسها أقدم نوابه، فالقاضي الأقدم فى الهيئة.

وتختص محكمة النقض بالنظر في:

1. الطعون المرفوعة إليها عن محاكم الاستئناف فى القضايا الجزائية والمدنية ومسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين.
2. الطعون المرفوعة إليها عن محاكم البداية بصفتها الاستئنافية.

وقد نظمت المواد من 225 حتى 242 من قانون أحوال المحاكمات المدنية والتجارية رقــم 2 لســنة 2001 الطعــن بطريق النقض وأســبابه وحجية الحكــم الصادر من هذه المحكمة. وكيف لدائرة من دوائرها أن تخالف مبدأ قانونياً مســتقراً وهو ما ســنعرض له بعد قليل بايجاز.

- **محكمة العدل العليا:**

طبقاً للمادة (32) من قانون تشكيل المحاكم النظامية تنعقد محكمة العدل العليا من رئيس المحكمة العليا وقاضيين على الأقل، وعند غياب الرئيس يرأس المحكمة أقدم نوابه، فالقاضي الأقدم فى هيئة المحكمة.

وتختص محكمة العدل العليا بالنظر فيما يلى:

1. الطعون الخاصة بالانتخابات.
2. الطلبات التى يقدمها ذوى الشأن بإلغاء اللوائح أو الأنظمة أو القرارات الإدارية النهائية الماسة بالأشخاص أو الأموال الصادرة عن أشخاص القانون العام بما فى ذلك النقابات المهنية.
3. الطلبات التى هى من نوع المعارضة فى الحبس التى يطلب فيها إصدار أوامر الإفراج عن الأشخاص الموقوفين بوجه غير مشروع.
4. المنازعات المتعلقة بالوظائف العمومية من حيث التعيين أو الترقية أو العلاوات أو المرتبات أو النقل أو الإحالة إلى المعاش أو التأديب أو الاستيداع أو الفصل، وسائر ما يتعلق بالأعمال الوظيفية.
5. رفض الجهة الادارية أو إمتناعها عن اتخاذ أى قرار كان يجب اتخاذه وفقاً لأحكام القوانين أو الأنظمة المعمولة بها.
6. سائر المنازعات الادارية.
7. المسائل التى ليست قضايا أو محاكمات بل مجرد عرائض أو استدعاءت خارجة عن صلاحية أي محكمة تستوجب الضرورة الفصل فيها تحقيقاً للعدالة.
8. أية أمور أخرى ترفع إليها بموجب أحكام القانون.

- **مجلس القضاء الأعلى:**

يجرى نص المادة (37) من قانون السلطة القضائية رقم 1 لسنة 2002 على أن:

1. ينشأ بمقتضى أحكام هذا القانون مجلس للقضاء يسمى مجلس القضاء الأعلى ويمارس صلاحياته وفقاً للقانون.

2. يشكل مجلس القضاء الأعلى من:

أ. رئيس المحكمة العليا رئيساً.

ب. أقدم نواب رئيس المحكمة العليا نائباً.

ج. اثنين من أقدم قضاة المحكمة العليا تختارهما هيئة المحكمة العليا

د. رؤساء محكمة استئناف القدس وغزة ورام الله.

ه. النائب العام.

و. وكيل وزارة العدل.

ولمجلس القضاء الأعلى العديد من الاختصاصات لا نريد أن نعرض لها وإنما سوف نتعرض لموضوع الندب الذى يتم بعد موافقة مجلس القضاء الأعلى.

- **ندب القضاة:**

سبق أن تناولنا بعض الجوانب القانونية لندب القضاة للأعمال القانونية والقضائية فى بحث نشرناه فى هذه المجلة الغراء «مساواة»[7].

ونستعرض بعض الجوانب الأخرى لندب القضاة وبصفة خاصة الندب للجلوس فى محكمة أخرى غير المحكمة التى يعمل بها القاضي بصفة أساسية.

وقد نظم قانون السلطة القضائية 1 لسنة 2002 ندب القضاة فى الفصل الثاني من الباب الثالث فى المواد من 22 حتى 26 وكذلك المادة 35 من قانون تشكيل المحاكم النظامية، والمادة (6) من القرار بقانون رقم 15 لسنة 2014.

والمستفاد من أحكام هذه المواد جميعها:

أولاً: أن الندب لا يجوز إلا فى الأحوال التى بينها القانون وبالكيفية ذاتها التى يبينها دون خروج على هذه الأحوال أو على الطريقة التى يتم بها ذلك أن الأصل فى القاضي

7 يراجع المستشار الدكتور عبدالعزيز سالمان : تعليق على حكم الهيئة العامة لمحكمة النقض فى الطعن رقم 562 لسنة 2011 «الجوانب القانونية لندب القضاة « مجلة مساواة « العدالة والقانون « التى يصدرها المركز الفلسطينى لاستقلال المحاماة والقضاء .

أن يقتصـر نشـاطه علـى القيام بأعباء وظيفية دون أية أعبـاء أخرى. ومن ثم فإن الندب يأتى على سـبيل الاسـتثناء، ويأخذ حكمه، ويعامل معاملته، بحيث يكون فى أضيق نطاق، وخلال مدة محددة تكون - فى العادة - قصيرة نسبياً.

وإذا تم الندب فى الأحوال، وبالكيفية التى يبنها القانون، فلن يكون له تداعيات أو يكون منطوياً على أيه تعقيدات.

ثانيـاً: والنـدب يتم بقرار من مجلس القضـاء الأعلى ولا يتم إلا بموافـقة القـاضي- كأصل – فهو السلطة المختصة بالندب ولا يجوز اجراؤه إلا بموافقتها.

ثالثاً: ووفقاً لأحكام المادة (24) من قانون السلطة القضائية يجوز لمجلس القضاء الأعلى:

1. أن يندب مؤقتاً للمحكمة العليا أحد قضاة محاكم الاستئناف ممن تتوافر فيهم شروط العمل بالمحكمة العليا لمدة ستة أشهر قابلة للتجديد.
2. أن يندب أحد قضاة محاكم الاسـتئناف أو البداية للعمل فى محكمة أخرى من ذات الدرجة لمدة ستة أشهر قابلة للتجديد.

وفـى جميـع الأحـوال لا يجوز أن تزيد مدة الندب عن ثلاث سـنوات متصلة إلا إذا اقتضت مصلحة وطنية، ولا يجوز ندب القاضي إلا إذا كان قد أمضى السنوات الأربع السابقة فى عمله بدوائر المحاكم، واستوفى تقارير الكفاية.

رابعاً: الندب يكون للصالح العام ويكون من محكمة إلى محكمة من ذات الدرجة أو إلى الدرجة التى تعلوها فطبقاً للمادة (35) من قانون تشكيل المحـاكم النظـامية رقم 5 لسنة 2001 يجوز لمجلس القضاء الأعلى أن ينتدب من حين إلى آخر، ولمدة مؤقته لاتزيد على ستة أشهر أي قاض من قضاة محكمة:

1. الاستئناف ليجلس قاضياً في محكمة النقض أو في محكمة استئناف أخرى.
2. البداية ليجلس قاضياً في محكمة استئناف أو في أي محكمة بداية أخرى.
3. الصلح ليجلس قاضياً في محكمة بداية أو في أي محكمة صلح أخرى.

خامساً : طبيعة القرارات الصادرة بالندب: القرار الصادر بندب القاضي هو قرار إداري فى شأن من شؤون القضاة، ويصدر لمصلحة العمل القضائي ولضمان حسن سيره، واكتمال الدوائر أو سداً لفراغات مؤقتة قد تحدث نتيجة مرض أو أي طارئ آخر يطرأ لأحد قضاة المحاكم، وحتى يكتمل نصاب إصدار الأحكام.

- والندب شأن قضائي، وعلاقة بين القاضي المنتدب وجهته القضائية.

وإذا كان النـدب يتـم عادة وطبقـاً للقانون بموافقة القاضي فـلا محل للطعن على القرار الصادر به، أما إذا صدر القرار بالندب دون موافقة القاضي أو شـابه أى عيب مـن العيـوب التى تجيز الطعـن، فإنه يطعن عليه أمام الدائـرة المختصة بطلبات رجال القضاء، وقد أبانت عن ذلك المادة (46) من قانون السلطة القضائية إذ نصت:

1. تختص المحكمة العليا دون غيرها بالفصل فى طلبات الالغاء والتعويض ووقف التنفيذ التي يرفعها القضاة على القرارات الادارية المتعلقة بأي شأن من شؤونهم وكذلك الفصل فى المنازعات الخاصة بالرواتب والمعاشات والمكافآت المستحقة لهم أو لورثتهم.
2. ترفع الطلبات المشار إليها فى الفقرة أعلاه بعريضة تودع لدى قلم المحكمة العليا بغير رسوم متضمنة أسماء الخصوم وموضوع الطلب وأسانيده.

سادسـاً : علاقة المتقاضين بالندب: إذا كان الندب شـأن قضائي، فهو أمر لا شـأن له بالمتقاضـين، وإنما يجري تنظيماً لسـير العمل في المحاكم، ولا علاقة له باجراءات المحاكمة أو الحق فى الدفاع أو إجراءات التداعي بوجه عام. فهو يماثل توزيع العمل بين الدوائر داخل محكمة، وتشكيل الدوائر فلا شأن للمتقاضين به، وليس لهم الحق فى الطعن على مثل هذه القرارات، حتى ولو ارتأى خصم أن القاضي المنتدب يفتقد إلى الحيدة أو النزاهة ذلك أن القانون إذا كان قد نظم أمر الندب، فقد نظم أيضاً طرق للطعن على افتقاد القاضي للحيدة أو التجرد أو النزاهة. تتحدد فى طريقين:

1 – الرد 2 – المخاصمة

وقد نظم البابا التاسع والعاشر من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة

2001 أحوال عدم صلاحية القضاة، وتنحيهم، وردهم فى المواد من 141 حتى 163 منه، وقد نظمت هذه المواد الحالات التى يجب على القاضي أن يمتنع عن نظر الدعوى من تلقاء نفسه، ودون طلب من جانب أى من الخصوم، وهو ما يسمى « بالتنحي» استشعاراً للحرج. فإذا لم يستشـعر القاضي الحرج، ومضى في نظر دعوى وتوافرت فيه إحدى الحالات التى بينتها المادة 141 من قانون أصول المحاكمات جاز لأي من الخصوم أن يطلب رده عن نظر النزاع.

- فـإذا تجـاوز الأمر نطـاق وجود عـداوة أو محبة أو علاقة ما بـين القاضي وأحد الخصوم، ووصل الأمر إلى وجود غش، أو تدليس، أو خطأ مهنى جسيم من جانب القاضي، يحق للخصوم مخاصمة هذا القاضي، والمخاصمة حق للخصوم فى مواجهة القاضـي يجـوز اللجوء إليها طبقاً للمادة 153 من قانـون أصول المحاكمات المدنية والتجاريـة فقـد نصت على أن «تجوز مخاصمة القضاة وأعضاء النيابة العامة فى الحالتين الآتيتين:

1. إذا وقع من القاضي أو عضو النيابة العامة فى عملهم غش أو تدليس أو خطأ مهني جسيم لا يمكن تداركه.
2. فى الأحوال الأخرى التى يقضي فيها القانون بمسـئولية القاضي والحكم عليه بالتعويضات.

الخلاصة أن القانون أعطى للخصوم حقى الرد والمخاصمة تجاه أي قاض يستشعر الخصـوم عـدم حيدته لا فرق فى ذلك بين قاض وآخـر، ولاخصوصية فى ذلك لقاض منتدب أو غير منتدب، ومن ثم فلا علاقة لهم بكون القاضي الذى ينظر دعواهم منتدب أو غير منتدب.

- **العدول عن مبدأ قانوني قررته الهيئة العامة لمحكمة النقض:**

الحكم محل التعليق هو حكم صادر من الهيئة العامة للمحكمة العليا بشـأن العدول عـن مبـدأ قانوني، قررته الهيئة العامة لمحكمة النقض، فى عدة أحكام لها أشـار إليها هذا الحكم وهو يثير العديد من التساؤلات:

أولاً: هل ثمة طلب قدم إلى الهيئة العامة للمحكمة للعدول عن المبدأ القانوني؟

ثانياً: هل يجوز أن تتولى الهيئة العامة للمحكمة العليا العدول عن مبادئ قررتها محكمة النقض بهيئها العامة؟

ثالثاً: هل من اجراءات للعدول عن المبادئ المستقرة، وهل اتخذت هذه الاجراءات؟

ونحاول أن نجيب على هذه التساؤلات ومن خلال الاجابة يتبين مدى صحة أو خطأ ما قامت به الهيئة العامة للمحكمة العليا فى إصدارها لحكمها رقم 1 لسنة 2015.

- من حيث تقديم طلب إلى الهيئة العامة للمحكمة العليا للعدول عن المبادئ القانونية، فلايوجد بالحكم ما يشير إلى ذلك، إذ أنها أشارت فى صدر حكمها إلى أنها انعقدت بدعوة من رئيسها، دون أن يطلب منها العدول، أو ترسل إليها أية دائرة طلباً بذلك؟

- وتقديم الطلب أمر جوهري وهو يحكم الاجراءات القضائية بوجه عام، بل إن الطلب هو الأساس في استثارة اختصاص السلطة القضائية كلها، فلا قضاء بغير طلب، وإذا انعدم الطلب انعدمت الولاية. فلا تملك أي جهة قضائية مهما علت أن تتعرض -من تلقاء نفسها- لأمر قضائي يتعلق بالأحكام القضائية وهو أمر سبق أن تناولناه من قبل، فلا حاجة لمزيد من التكرار.

- هل يتم العدول عن المبادئ القانونية لمحكمة النقض أو لهيئتها العامة عن طريق المحكمة العليا؟ لا شك ان الإجابة المبدئية ولأول وهلة تكون بالنفي، فالمحكمة العليا تتولى العدول عن سوابق المحكمة العليا. أما أن تتدخل في اختصاصات الهيئة العامة لمحكمة النقض وتسلب اختصاصها فهو أمر يبطل من صدر عنها إذا أن المقرر أن الحكم الصادر من جهة قضاء خارج حدود ولايتها يعد معدوم الحجية أمام الجهة صاحبة الولاية في النزاع.[8]

8 يراجع نقض مدنى جلسه 1966/12/24 لسنة 17 ص 412 مجموعة أحكام المكتب الفنى .

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا المصرية في واحد من أحدث أحكامها على هذا المعنى بقولها: «من المقرر قانوناً أن صدور حكم في مسألة تخرج عن ولاية المحكمة التى أصدرته يحول دون الاعتداد بحجية هذا الحكم، أمام جهة القضاء المختصة ولائياً بنظر تلك المسألة، وهو ما لا تصححه قوة الأمر المقضى».[9]

فصدور هذا الحكم من الهيئة العامة للمحكمة العليا دون مراعاة لقواعد الاختصاص الولائي ومفتئتاً على اختصاص الهيئة لمحكمة النقض إذ أنها صاحبة الاختصاص الولائي، وتستطيع هذه الهيئة ألا تعتد بما صدر ويأتي بمبدأ مغاير.

والتعلل أو الارتكان إلى المادة (25) من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم 5 لسنة 2001 بعد تعديلها بالمادة (3) من القرار بقانون رقم 15 لسنة 2014 أمر لا يقوم على صحيح القانون ذلك أن المادة (3) من القرار بقانون رقم 15 لسنة 2014 يجري على أن: «تعدل المادة (25) من القانون الأصلى لتصبح على النحو الآتى: تنعقد هيئة المحكمة العليا برئاسة رئيسها أو القاضي الأقدم في الهيئة وحضور عشرة من أعضائها بناء على طلب رئيسها أو إحدى دوائرها فى الحالات الآتية:

1. العدول عن مبدأ قانوني سبق أن قررته المحكمة أو لرفع تناقض بين مبادئ سابقة.
2. إذا كانت القضية المعروضة عليها تدور حول نقطة قانونية مستحدثة، أو على جانب من التعقيد، أو تنطوي على أهمية خاصة.

- فالواضح من النص أن ذكر محكمة النقض أو الهيئة العامة لمحكمة النقض لم يرد في النص على الإطلاق وكل ما ذكر مبدأ قانوني قررته المحكمة.
- ولا يقصد من المحكمة هنا سوى المحكمة العليا ولا يمكن أن تكون أية محكمة أخرى سيما وأن العدول عن مبدأ قانوني قررته محكمة النقض أو هيئتها العامة له طريق آخر ومعروف نظمته المادة (239) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية فقد أوردت: «إذا تبين لإحدى دوائر محكمة النقض أنها ستخالف سابقة قضائية مستقرة للنقض تنعقد بكامل هيئتها لاصدار حكمها، ويكون هذا الحكم واجب الاتباع لدى المحاكم الأخرى فى جميع الأحوال».

9 حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 1 لسنة 37 قضائية « طلبات اعضاء جلسة 2015/2/24 .

اجراءات العدول عن سوابق محكمة النقض:

أوردتها المادة (239) من قانون أصول المحاكمات التى ذكرناها آنفاً ومن ثم فلا يكون العدول إلا عن طريق هذا الطريق المرســوم، والعدول بغير اتباع هذا الاجراء القانونى يغدو باطلاً.

والمادة لا تشير إلى ما هو أكثر من ذلك، والمفترض أن يكون لدى محكمة النقض أكثر من دائرة مدينة، وأكثر من دائرة جنائية، ويكون ثمة هيئة عامة للمواد المدنية والتجارية وهيئة عامة أخرى للنقض الجنائي ويكون العدول عن المبادئ القانونية منوط بكل هيئة لكــن كل ذلــك رهناً بعدد الطعون التي تطــرح على المحكمة. أما إذا كانت الطعون قليلة فيكفي دائرة مدنية ودائرة جنائية ويكون العدول من خلال اجتماع الدائرتين معاً.

تعليق الفقيه الدستوري

الاستاذ الدكتور فتحي فكري

رئيس قسم القانون العام في جامعة القاهرة

تعليق على حكم الهيئة العامة للمحكمة العليا
رقم (1) لسنة 2015 دور التطبيق العملي
فى علاج أو تكريس الخلل النصي

بقلم الدكتور فتحي فكري

أستاذ القانون العام - حقوق القاهرة

تعليق الدكتور فتحي فكري

أستاذ القانون العام - حقوق القاهرة

بداية سنسرد ما اسميناه بوقائع الأحداث ، لنعرج فيما بعد على صلب الدراسة عبر المحاور الآتية:

* النص سند اجتماع الهيئة العامة وتقييم تعديله مؤخراً .
* صحة انعقاد الهيئة العامة بدون نزاع مطروح عليها .
* وصف الحكم بين الحقيقة والمجاز.
* اضطراب الحيثيات.
* إطلالة على الرأي المخالف.

وإلى تفاصيل ما سبق:

وقائع الأحداث :

تبدأ التعليقات على الأحكام - عادة - باستعراض لوقائع النزاع، أي الخصومة كما كشفت عنها أوراق الدعوى ومستنداتها، كمدخل لتحليل النتيجة التى خلص الحكم إليها، فى ضوء النصوص والمبادىء القانونية السارية.

ولما كان الموضوع المطروح على الهيئة العامة للمحكمة العليا لم يتولد عن نزاع بين طرفين أو أكثر، فقد كان لزاماً أن نستعين بعبارة تترجم هذا الوضع، من هنا كان اختيارنا لعنوان وقائع الأحداث، لا وقائع النزاع، كما هو معتاد فى نظير تلك الحالات.

ويمكن تحديد تسلسل وقائع الأحداث على النحو التالي:

أ- دعا رئيس المحكمة العليا ورئيس مجلس القضاء الأعلى الهيئة العامة للمحكمة للإنعقاد طبقاً للمادة 25 من قانون المحاكم النظامية رقم 5 لسنة 2001 والمعدلة بالقرار بقانون رقم 15 لسنة 2014.

ب- اجتمعت الهيئة المشار إليها أعلاه بالحد الأدنى من الأعضاء المقرر نصاً.

جـ- ناقشت الهيئة العامة الخلاف بين أحكام محكمة النقض حول جواز طعن المتقاضين على قرارات ندب القضاة. فجانباً من تلك الأحكام أقر بهذا الحق، وجانباً آخر عارضه مستبعداً إياه.

د- آزرت الهيئة العامة بأغلبية الآراء (الرئيس علاوة على تسعة أعضاء) الرأي الأخير المُنادى بعدم جواز نعي المتقاضين على قرارات ندب القضاة.

وتحفظ أحد أعضاء المحكمة على هذا الاتجاه من خلال «رأى مخالف»، مما شرع مجالاً أرحب للجدل وباباً أعرض للنقاش.

النص سند اجتماع الهيئة العامة وتقييم تعديله مؤخراً:

عقدت الهيئة العامة للمحكمة العليا اجتماعها استناداً للمادة (25) من قانون المحاكم النظامية، وفقاً للتعديل الذى أصابها عام 2014.

وأول ما يلوح فى الذهن التعرف على بنيان المادة (25) قبل وبعد تعديل 2014، لسبر أغوار التعديل وحقيقة مراميه.

فقبل تنقيح 2014 كان صدر المادة المذكورة ينص على أن «تنعقد المحكمة العليا بحضور ثلثي أعضائها على الأقل بناء على طلب رئيسها أو إحدى دوائرها ...».

ويبين من النص أن الدعوة لإجتماع الهيئة العامة بالمحكمة العليا يمكن أن تتم عبر أحد سبيلين:

- توجيه الدعوة إلى الإجتماع من قبل رئيس المحكمة.
- طلب إحدى الدوائر بالمحكمة عقد مثل هذا الإجتماع.

وفى الحالتين يتعين لصحة الاجتماع حضور ثلثي الأعضاء على الأقل، وهو نصاب مشدد، بالنظر إلى طبيعة الموضوعات التى تنعقد الهيئة العامة للتداول فيها.

واحتفظ النص بهذه الصيغة حتى عام 2014 حيث عدلت بدايته لتقضي بأن «تنعقد هيئة المحكمة العليا برئاسة رئيسها أو القاضي الأقدم فى الهيئة وحضور عشرة من

أعضائها بناء على طلب رئيسها أو إحدى دوائرها ..».

والاضافـات التـى أدخلت على النص انصبت - إجمالاً - على بديهيات، مع اختلاف الموقف من تلك البديهيات. فأحياناً جرى تقنين تلك البديهيات وتأكيدها، وأحياناً أخرى تُنكر لتلك البديهات وتم الانقلاب عليها[1].

ففـى بـاب تقنين البديهيات، أشـار النص إلـى انعقاد الهيئة العامة برئاسـة رئيس المحكمـة أو القاضـي الأقدم فى الهيئـة. فالمبدأ العام، أنه حال غيـاب الرئيس ينهض بتبعاته أقدم الأعضاء.

على نقيض ذلك، ناهض النص، فى صياغته الأخيرة، البديهيات، بسـماحة بانعقاد الهيئة العامة للمحكمة العليا بعدد من الأعضاء يقل عن نصاب الأغلبية (النصف علاوة على واحد)، كما تقضي القواعد العامة بشأن اجتماعات المجالس.

فقـد أكتفـى النص بحضور عشـرة أعضاء علاوة على الرئيـس، كحد أدنى لصحة اجتمـاع الهيئـة التى يتجاوز تشـكيلها الثلاثين عضواً، بعـد أن كان يتطلب حضور ثلثي الأعضاء على الأقل لصحة الجلسة.

وعلاوة على أن هذا التعديل يصب فى خانة زيادة سـلطات رئيس المحكمة العليا[2]، فإن العديد من الانتقادات تطوله من زوايا أخرى:

* من غير المقبول أن تنعقد المحكمة العليا بأقلية الأعضاء فى موضوعات تقتضى تبادل الرأي بشـأنها على أوسـع نطاق. ففضلاً عن مجافاة ذلك للمنطق، فإن الاجتماع فـى صورتـه تلك يناقض المبادىء الديمقراطية والتى من مسـتلزماتها اتاحة حرية الرأي -لأبعد مدى- على مستوى المجالس والشؤون العامة أو الخاصة.

ولا يزحـزح النقـد السـابق القول بأن الدعوة توجه للجميـع، ولا يجوز -من ثم- أن نُحمل الجهة الداعية للاجتماع وزر من تقاعس عن الحضور.

1 القرار بقانون رقم 15 لسنة 2014 بشأن تعديل تشكيل المحاكم النظامية والصادر فى 19 يونيو 2014 .

2 سيتضح لنا خطورة ذلك لاحقاً حينما نعرض إلى أن رئيس المحكمة العليا هو فى ذات الوقت رئيس مجلس القضاء الأعلى ، وأن الأخير - واقعياً - لا يتمتع بالاستقلال المفروض تجاه السلطة التنفيذية.

فكمـا أسـلفنا الفـرض أن الاجتماع القصد منه البت فى مسـائل تتسـم بالأهمية والخطورة معاً، ومن ثم من الطبيعى تحفيز الأعضاء على الحضور بتحديد نصاب لصحة الاجتماع يناسب الموضوعات المدرجة على جدول الأعمال.

هذا من جانب، ومن جانب آخر، لا يوجد ما يحول دون إعادة توجيه الدعوة للاجتماع حال تخلف النصاب المطلوب. ولا مراء فى أن دواعي الإجتماع تبرر ذلك، إن لم تكن تلح فيه وتحفز عليه.

* مـن الغريـب أن يُثبت النص النصـاب الأدنى للحضور (عشـرة أعضاء علاوة على الرئيـس) مهمـا أرتفع عدد أعضاء المحكمة، لنجد أنفسـنا -أحيانـاً- أمام اجتماع يتـم بنصـاب أقلية الأقلية. ومـن المتعذر تقبل الموقف الذى سيسـفر عنه مثل هذا الاجتماع، حقاً أن الجهات المعنية تملك فرضه بما تقبض عليه من سلطات. إلا أن القانون - كأداة لحكم العلاقات الاجتماعية- ينبغى أن ينبع الامتثال له من الاقتناع به، أكثر من خشية العقاب الذي يوقع على مخالفيه.

* يضـاف إلـى ما تقدم أن رئيس المحكمة العليا الـذي له حق الدعوة للاجتماع بمفرده يشـغل فى ذات الآن منصب رئيس مجلس القضاء الأعلى، وقد تثور هواجس حول استقلاليته عن السلطة التنفيذية.

فرئيس مجلس القضاء الأعلى الحالى عُين بقرار رئيس الدولة رقم 70 لسنة 2014، دون تنسـيب مـن مجلـس القضاء الأعلى[3]. فـى خرق واضح وجلى لمـا يقضى به قانون السلطة القضائية[4].

ولا يصح اسـقاط هذا العامل من الحسـبان، وإمكانية تكراره مستقبلاً، حال تحليل

3 يقضى صدر المادة 18 من قانون السلطة القضائية رقم 1 لسنة 2002 بأن « يكون شغل الوظائف القضائية بقرار من رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية بناء على تنسيب من مجلس القضاء الأعلى ..».
وحرى بالذكر أن دور رئيس الدولة ينحسر فى التصديق أو اعتماد ما انتهى إليه مجلس القضاء الأعلى الحائز فعلاً ناحية الاختصاص بالتعيين .

4 لمزيد من التفاصيل حول هذه الجزئية - راجع بصفة خاصة:
محمد الخضر - التنظيم الدستورى فى فلسطين (النصوص الناظمة للحقوق والحريات والسلطة القضائية - مراجعة وتقييم) 2015 - دراسة معدة لمؤسسة مساواة - ص70 وما بعدها .
وقد أشارت الدراسة إلى أن الوضع الحالى ليس هو السابقة الأولى فى هذا الصدد .

النصوص لاستخلاص دلالاتها وآليات حسن نفاذها.

ويتضاعف ثقل هذا العامل بما نوهنا عنه سلفاً بجواز انعقاد الهيئة العامة بنصاب يقل عن أغلبية الأعضاء.

ومثل هذا الحال يتطلب تدخلاً تشـريعياً عاجلاً، لإعادة الأمور إلى صحيح نصابها باقتضاء حضور أغلبية أعضاء الهيئة العامة -على الأقل- لصحة اجتماعها.

صحة انعقاد الهيئة العامة بدون نزاع مطروح عليها :

تنعقـد الهيئـة العامة للمحكمة العليا، طبقـاً للمادة 25 من قانون المحاكم النظامية، لأحد سببين:

الأول: «العدول عن مبدأ قانوني سـبق أن قررته المحكمة، أو لرفع تناقض بين مبادىء سابقة».

الثاني: «إذا كانت القضية المعروضة عليها تدور حول نقطة قانونية مستحدثة أو على جانب من التعقيد أو تنطوي على أهمية خاصة».

ويجدر التنويه أن هذا الشطر من النص لم يطله التعديل اللاحق بالقانون عام 2014.

ومن المقارنة بين الحالتين المعروضتين آنفاً، يبين أن ثانيتهما لا ثير نقاش يذكر.

فالنـص جلّـي فى أن انعقاد الهيئة العامة يجرى بمناسـبة نزاع مطروح أمام إحدى الدوائر بالمحكمة العليا، ويثير مسـألة لها من الأهمية ما تسـتدعى تبادل الرأي بشأنها أعلى مستويات المحكمة: الهيئة العامة.

علـى خـلاف ذلك وردت صياغة الفقرة الأولى غائمة فيما يخص تطلب وجود نزاع لإنعقاد الهيئة العامة.

فظاهـر النـص يفيد إمكانية اجتماع الهيئة العامة بغير نزاع، بغية العدول عن مبدأ قانوني سبق أن قررته المحكمة العليا، أو لرفع التناقض بين مبادىء سابقة، سواء بالتوفيق بينها، أو باعتماد إحداها وهجر ما عداها.

والفهم السابق -في تصورنا- يتمسك بظاهر عبارات النص، دون أدنى جهد للغوص

فى أعماقه، أو اجتهاد لربطه بغيره، أو استجلاء الغاية من سنه.

وهناك أكثر من اعتبار يميل بنا إلى عدم جواز انعقاد الهيئة العامة للمحكمة العليا دون نزاع.

فمــن ناحيــة أولــى، لا ينتج عن انعقاد المحكمة دون نــزاع إلا مجرد رأي [5] أو فتوى. وبالنظــر إلــى أن وظيفة المحاكم الفصل فى الخصومات، فإن تدخلها بالرأي أو الفتوى لا يفترض، ولابد له من نص صريح يجيزه ويصرح به تحت هذا الوصف.

ومن ناحية ثانية، تصدى الهيئة العامة للعدول عن مبدأ مقرر، أو تغليب أحد المبادئ المعلنة والحاكمة لذات المســألة، إذا جرى في غير خصومة ســيتم فى إطار نظري بحت، وهو ما يواجه غير عقبة وعائق:

- بحث الموضوع من منظور نظري يجعلنا أقرب إلى القضاء بالعلم الشخصى [6]، وهو من المحظورات الواجب على المحاكم كافة تجنبها بالكلية.
- ذا عدلت الهيئة العامة عن مبدأ سبق إقراره، فإنه يثور التساؤل حول انعكاس ذلك على الأحكام التى صدرت وفقاً للمبدأ المتراجع عنه.

ربما تردد أن الأحكام السابق صدورها استناداً لمبدأ عُدل عنه ولدّت حقوقاً مكتسبة، ومن ثم غير قابلة للمساس بها على أي نحو.

وهذا القول –إن أعلن– لا ينفى الأثر السلبي معنوياً على الأحكام المنطوق بها استناداً لمبادىء عدل عنها. ولا محل للتهرب من ذلك بالزعم أن العدول عن مبدأ متصور أن يقع حال وجود نزاع، وبالتالي فإن اقتضاء ضابط النزاع لا ينهي المشكلة.

والحقيقة أن العدول عند وجود نزاع لا يُخلف ذات الأثر الســلبي المشــار إليه، لأن الأمر ارتبط بخصومة، ولكل خصومة ملابساتها الخاصة بها. فالخصومات تتشابه أو تتقارب ولكنها أبداً لا تتطابق.

5 سنعود لذلك لاحقاً .

6 فى عدم جواز القضاء بالعلم الشخصى راجع على سبيل المثال :
– رجب طاحن - مبدأ تجرد القاضى الإدارى - 2010 - ص42 ، 43 ،
– المحكمة الإدارية العليا (مصر) - 1987/6/20 - مجموعة الأحكام - السنة (32) جـ (2) - ص1427 .

والتشــابه لا يفــرض على القاضي تطبيق حلول حكمــت حالات متقاربة ولكنها غير متطابقة.

- الحلول التى ستخلص إليها الهيئة العامة -في غياب الخصومة- لن تراع بصورة كافية المعطيات العملية. ولذا من المحتمل حينما تطرح خصومة واقعية أن تجد الهيئة نفســها فى حاجة إلى مراجعة الحلول المرجحة عند بحث الأمر بصورة مجردة، أي بعيداً عن منازعة واقعية.

ولا غرو في أن هذا التحول -إن حدث- ليس مرغوباً فيه أو مرحباً به، وكنا فى غنى عنه بالانتظار لوجود نزاع قضائي لإطراح المبدأ الذى كشف التطبيق عن قصور بعض جوانبه، أو تغيرت الظروف التى أفضت لاعتماده، مما أفقده صلاحية استمراره.

- عــدول الهيئــة العامة للمحكمة العليا عن مبدأ قضائى في غير خصومة ينتقص بصورة ملموســة من حــق التقاضي، فالمنازعات المعروضــة على المحاكم الدنيا ستكون أسيرة لما قررته المحكمة العليا من خلال هيئتها العامة.

وهكذا تتحول تلك المحاكم إلى مجرد أداة لترديد الرأي الذي رجحته الهيئة العامة، ولا نتيجة لذلك سوى الإلغاء الفعلي لتعدد درجات التقاضي وسحب الاختصاص التقديري من القضاء الأدنى.

ولا يجــدي نفعــاً القول بــأن ذلك قد نقابله حال وجود خصومة أمام المحكمة العليا، فكما سبق البيان، فإن الخصومات تتشابه ولا تتطابق، مما يُمكن المحاكم الدنيا -دوماً- من الاحتفاظ بسلطتها فى تقدير تطبيق القانون على المنازعات المحمولة على ساحتها بغية فضها، وايجاد الحلول العادلة لها.

لــكل ما ســلف نرجح عدم جواز اجتماع الهيئــة العامة بالمحكمة العليا دون خصومة محالة إليها للبت فيها.

ونتوقع أن يحتج على التخريج الآنف من منطلق أنه يعطل نص تشريعي جلّي، وهو ما لا يجوز، والواقع أن تحليلنا لم يكن مقصده -بحال- استبعاد النص من التطبيق، وإنما فقط التأكيد على عدم جواز انعقاد الهيئة العامة بدون نزاع للبت فيه.

ففروض تطبيق النص، بما لا يتعارض مع المبادىء العامة، قائمة ومتصورة، وأبرزها

أن يختلـف أعضـاء احـدى دوائر المحكمة العليا[7] حال نظـر خصومة ما، حول ضرورة اللجوء للهيئة العامة، وبسبب هذا الخلاف يتعذر إحالة الاشكالية المطروحة لتلك الهيئة.

إلا أن رئيس المحكمة العليا قد يقدر أن المشكلة المثارة جديرة بالتداول بشأنها على بسـاط الهيئـة العامة، وهنا يمكنه، تجاوز الخلاف الناشـب بين أعضـاء الدائرة المعنية، باستخدام الرخصة المخولة له نصاً، ودعوة الهيئة العامة للفصل فى الموضوع.

وهذا التصور يساير المبادىء العامة، ويتفادى الإصطدام بها، والأهم أنه ينزع الخلل الظاهري الذي توحي به عبارات النص.

وصف الحكم بين الحقيقة والمجاز:

حينمـا اجتمعـت المحكمـة العليا فى شـكل هيئة عامة، اسـبغت علـى العمل المتوج لمداولاتها وصف الحكم.

وقـد يبـدو منطقياً تمتع أعمال الهيئة العامة، وهى تشـكيل من تشـكيلات المحكمة العليا، بسمة الأحكام.

إلا أنه بقليل من التأمل نسـتبين أن الأحكام الصادرة من تشـكيلات المحكمة العليا، أو المحاكم الأخرى بأنواعها، تقترن بوجود نزاع معروض على ساحة القضاء، فى حين أن الهيئة العامة لم يكن مطروحاً عليها أي إدعاء من شخص أو جهة ضد شخص آخر أو جهة مغايرة.

فهل يمكن، والوضع كذلك، اسباغ وصف الحكم على عمل الهيئة العامة؟

ولا يحجب هذا التساؤل الهام أن المادة 25 من قانون المحكمة العليا، وفقاً لتعديلها مؤخراً، أسندت للهيئة العامة مهمة «رفع التناقض بين مبادىء سابقة».

فالمشرع أناط -حقاً- بالهيئة العامة أداء هذه المهمة، ولكنه فى الوقت ذاته لم يحدد نوع العمل الصادر عنها.

ولا معـدى إزاء ذلـك من التنقيـب فى المبادىء العامة للتوصل إلـى كنه عمل الهيئة العامة فى هذه الحالة.

وبداية من المتفق عليه أن سـمة الأحكام ملازمة للأعمال القضائية. وبالتالي علينا بيان ما إذا كان عمل الهيئة العامة يندرج فى قائمة تلك الأعمال أم يخرج عن إطارها.

7 لنا تفسير موسع لدوائر المحكمة، سنرجىء الحديث عنه إلى لحظة تحليلنا لبعض جوانب الرأى المخالف.

وتحديد معيار للعمل القضائي نقابله بصدد التفرقة بينه وبين العمل الإداري بحكم تشابه الأدوار: أنزال حكم قاعدة عامة على حالة فردية بعينها.

والاتجـاه الغالـب يميل -في هذا الصدد- إلى تبنى معيار مزدوج، للتعرف على العمل القضائي وتمييزه عن العمل الإداري.

الأول عضوي، وجوهره أن تتشكل الجهة مصدرة العمل من قضاة.

الثانى موضوعي، ومفاداة وجود نزاع بين خصمين أو أكثر يحسمه القاضي وفقاً لإجراءات تكفل الضمانات المقررة قانوناً.

ويُعلى بعض الفقه الفرنسى شق النزاع[8] من المعيار المزدوج ويعتبره الدلالة الرئيسية على وجود عمل قضائي. وهو ما عُبر عنه فى لغته الأصلية بالعبارة الآتية:

C'est principalement l'existence d'un litige à trancher qui lui (La jurisprudence) parait l'indice de l'activité juridictionnel.

وفى تحديد العناصر الأساسـية التى يعول عليها القضاء لاكتسـاب العمل الوصف القضائي، أبان العميد فيدل أنها تنقسم إلى ثلاثة مجموعات:

- الإجراءات المتبعة، وكونها تتماشى مع تلك المطبقة أمام المحاكم.
- التشكيل القضائى للجهة.
- أن تكون مهمة الجهة الفصل فى نزاع طبقاً للقانون [9] .

Outre Ces éléments de nature formelle, la jurisprudence retient des éléments de nature materielle, et notamment l'objet de l'activité de l›organisme, C'est – à – dire le point de savoir S'il a Pour mission de trancher un litige selon les régles du droit .

وعلى ذات النهج اتجه Delvolvé فى مؤلفه عن القرار الإداري، فبعد أن انضم لنظرية المعيـار الثنائـى (شـكلي - موضوعي) أوضـح أن المعيار الشـكلي بعناصره المتعددة (اسـتقلال الأعضاء وعددهم الفردي وأداء المهام طبقاً لإجراءات تضمن حق الدفاع والتسبيب) ليس حاسماً، حيث يمكن مصادفة تلك العناصر في أعمال بعض الهيئات

8 A. Laubadère, Traité de droit administratif, T. 1., 1980, No. 396, P. 242 .

9 Vedel , Droit administratif, 1976, P. 442 et s.

الإدارية. فالعامل الحاسم فى التمييز بين العمل الإداريي والقضائي يكمن فى وجود هيئة مهمتها الفصل فى نزاع [10].

Un organisme qui a pour mission de trancher un litige.

وهكذا لا غنى عن الخصومة لإنزال الطابع القضائي واكتساب وصف الحكم لعمل ما.

ولما كان المجلس الدستوري فى فرنسا يباشر اختصاصه فى رقابة الدستورية فى الفترة الفاصلة بين موافقة البرلمان على مشروع القانون ولحظة اصداره من رئيس الجمهورية، أي قبل أن يوضع موضع النفاذ وتنشأ المنازعات حول تطبيقه، فإن أعمال ذلك المجلس توصف بأنها قرارات **décisions** لا أحكام **jugements**، وهو ما نص عليه الدستور الفرنسي صراحة فى عجز المادة 62 [11].

وفى مصر ركز القضاء بداية على المعيار الموضوعي (وجود نزاع) للكشف عن العمل القضائي [12]، إلى أن أضاف إليه المعيار العضوي، لتستقر الأحكام على تبنى المعيار المختلط.

10 P. Delvolvé, L›acte administratif, 1983, No. 139, P. 69 .

11 وفقاً للمادة 62 من الدستور الفرنسى «قرارات المجلس الدستوري غير قابلة للطعن بأى طريق» .

Les décisions du conseil constitutionnel ne sont susceptibles d›aucun recours .

12 من الأحكام المعبرة عن ذلك حكم محكمة القضاء الإدارى الصادر عام 1948 والذى جاء فيه : «يشترط فى القرار القضائى أياً كانت السلطة التى تصدره توافر شروط ثلاثة : الأول : قيام خصومة بين طرفين ، والثانى أن تقوم هذه الخصومة على مسألة قانونية ، والثالث أن يكون للقرار عند الفصل فى الخصومة قوة الشىء المقضى فيه ، أو بمعنى أوضح أن يعتبر عنوان الحقيقة فيما قضى به» .

محكمة القضاء الإدارى - 1948/6/15 - مجموعة الأحكام - السنة (2) - ص541 .

وفى مناسبة تالية أوضحت ذات المحكمة «أن المعيار الذى وضعه شراح القانون الإدارى وفقهاؤه للتمييز بين العمل القضائى والقرار الإدارى أن الأول يصدر بعد إدعاء مخالفة، ويفصل فيه من هيئة ليست طرفاً فى النزاع القائم ويحسم على أساس قاعدة قانونية خصومة قضائية فيما بين طرفين تتعلق بمركز قانونى خاص» .

محكمة القضاء الإدارى - 1953/6/1 - مجموعة الأحكام - السنة السابعة - ص1390 .

وكانت محكمة القضاء الإدارى هى المحكمة الوحيدة فى تشكيل مجلس الدولة ، حتى انشئت لمحكمة الإدارية العليا عام 1955 . وفى مستهل عملها أعتنقت المحكمة الإدارية العليا ذات اتجاه محكمة القضاء الإدارى المتمثل فى الأخذ بالمعيار الموضوعى لتمييز العمل القضائى .

ومن الأحكام المترجمة لذلك الحكم الصادر عام 1960 والوارد فى حيثياته ما يلى :

«إن القرار القضائى هو الذى تصدره المحكمة بمقتضى وظيفتها القضائية ويحسم على أساس قاعدة قانونية خصومة قضائية تقوم بين خصمين تتعلق بمركز قانونى خاص أو عام ، ولا ينشىء القرار القضائى مركزاً قانونياً جديداً ، وإنما يقرر فى قوة الحقيقة القانونية وجود حق أو عدم وجوده ، فيعتبر عنوان الحقيقة فيما قضى به متى حاز قوة الشىء المقضى به ، ويكون القرار قضائياً متى توافرت له هذه الخصائص ، ولو صدر من هيئة لا تتكون من قضاة وإنما أسندت إليها بسلطة قضائية استثنائية للفصل فيما يناط بها من خصومات» .

المحكمة الإدارية العليا - 1960/4/26 - القضيتان رقما 21 ، 23 لسنة 2ق (دمشق) .

ففـى حكـم لها صدر عام 1954 أعلنت محكمة القضاء الإداري أن «شـراح القانون العام قد اختلفوا فى وضع معايير للتفرقة بين القرار القضائي والقرار الإداري ، فمنهم من أخذ بالمعيار الشكلي، ويتضمن أن القرار القضائي هو الذى يصدر من جهة منحها القانـون ولايـة القضاء. ومنهم مـن أخذ بالمعيار الموضوعي، وهـو ينتهي إلى أن القرار القضائـي هـو الذى يصدر فى خصومة لبيان حكم القانون فيها، بينما أن آخرين يرون أن يؤخذ بالمعيارين معاً -الشكلي والموضوعي- وقد اتجه القضاء فى فرنسا ثم فى مصر إلى هذا الرأى الأخير، وأن الراجح هو الأخذ بالمعيارين معاً مع بعض الضوابط، وذلك أن القرار القضائي يختلف عن القرار الإداري فى أن الأول يصدر من هيئة قد استمدت ولاية القضاء من قانون محدد لاختصاصها مبين لإجراءاتها، وما إذا كان ما تصدره من أحكام نهائية أو قابلة للطعن، مع بيان الهيئات التى تفصل فى الطعن فى الحالة الثانية، وأن يكون القرار حاسـماً فى خصومة أي نزاع بين طرفين، مع بيان القواعد القانونية التي تنطبق عليه، ووجه الفصل فيها» [13].

وانحـازت المحكمـة الإدارية العليا لهذا الفهم بقولهـا أن «القرار القضائي هو الذى تصدره المحكمة بمقتضى وظيفتها القضائية ويحسم على أساس قاعدة قانونية خصومة قضائية تقوم بين خصمين تتعلق بمركز قانونى خاص أو عام ...» [14].

وحينما انضمت المحكمة الدستورية العليا للمنظومة القضائية، اتجهت بدورها صوب المعيار المزدوج لتمييز الأعمال القضائية. فإسباغ «الصفة القضائية على أعمال أية جهة عهد إليها المشرع بالفصل فى نزاع معين يفترض أن يكون اختصاص هذه الجهة محدداً بقانـون، وأن يغلـب على تشـكيلها العنصر القضائي الذي يلـزم أن تتوافر فى أعضائه ضمانات الكفاية والحيدة والاستقلال، وأن يثير النزاع المطروح عليها ادعاءً قانونياً يبلور الحق فى الدعوى كرابطة قانونية تنعقد الخصومة القضائية من خلالها، بوصفها الوسيلة التـى عينها المشـرع لاقتضاء الحقوق المدعـى بها، وبمراعاة أن يكون إطار الفصل فيها محـدداً، بمـا لا يخل بالضمانات القضائية الرئيسـية التى لا يجوز النزول عنها، والتى

13 محكمة القضاء الإدارى - 1954/12/13 - مجموعة الأحكام - السنة التاسعة - ص127 وانظر كذلك: محكمة القضاء الإدارى - 1955/1/24 - مجموعة الأحكام - السنة التاسعة - ص256 .

14 المحكمة الإدارية العليا - 1960/4/26 - مجموعة الأحكام - السنة الخامسة - ص814 .

تقوم على إتاحة الفرص المتكافئة لتحقيق دفاع أطرافها وتمحيص إدعاءاتهم، على ضوء قاعدة قانونية نص عليها المشرع سلفاً، محدداً فى ضوئها حقوق كل من المتنازعين فى تجرد كامل، ليكون القرار الصادر فى النزاع مؤكداً للحقيقة القانونية مبلوراً لمضمونها فى مجال الحقوق المدعى بها أو المتنازع عليها» [15].

وثبتت المحكمة على هذا القضاء، وهو ما تبرهن عليه الأحكام العديدة الصادرة لاحقاً [16].

وهكذا تقلب قضاء القانون العام فى مصر بين المعيارين الموضوعي والمختلط، وفى الفرضين كانت الخصومة القضائية محور ارتكاز رئيسي للتعرف على العمل القضائي.

وفى غير مناسبة عبر الشارع المصري عن اتفاقه وموقف القضاء فى تمييز العمل القضائي.

فقد عهد دستور 1971 للقاضي الدستوري بتفسير النصوص التشريعية [17] حينما تتضارب التطبيقات حول معانيها، وتتبدى من ثم ضرورة بيان وجهة إرادة مصدر النص ومقصده[18].

ونظراً لأن التطبيقات المتعارضة تطرح على ساحة القضاء الدستوري دون ارتباط بنزاع أو خصومة قضائية [19]، فقد أبان الدستور أن المحكمة الدستورية العليا تحسم الخلاف بين التطبيقات المتعارضة أو المتصادمة بقرارات لا أحكام، وهو ما سطره صراحة نص المادة 178 من الدستور المنوه عنه أعلاه بنصه على أن «تنشر فى الجريدة الرسمية الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا فى الدعاوى الدستورية، والقرارات الصادرة بتفسير النصوص التشريعية ...».

وتكررت تلك الصياغة فى دستور 2014 [20].

15 المحكمة الدستورية العليا - 1999/4/3 - مجموعة الأحكام - جـ (9) - ص237 ، وذات الحيثيات تكررت بنصها فى حكم تالى:
المحكمة الدستورية العليا - 2004/11/7 - مجموعة الأحكام - جـ11/1 - ص1031 .

16 المحكمة الدستورية العليا - 2012/6/3 - مجموعة الأحكام - جـ13/1 - ص1038 ،
المحكمة الدستورية العليا - 2012/6/14 - مجموعة الأحكام - جـ13/1 - ص1094 ،
المحكمة الدستورية العليا - 2012/6/14 - مجموعة الأحكام - جـ13/1 - ص1135 .

17 المادة 175 من دستور 1971 .

18 لمزيد من التفاصيل راجع مؤلفنا المعنون : اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالطلب الأصلى بالتفسير- 2011.

19 تحال التطبيقات أو بالأحرى الأحكام المتعارضة إلى القاضى الدستورى من خلال وزير العدل بناء على طلب رئيس مجلس الشعب (النواب حالياً) - رئيس مجلس الوزراء - المجلس الأعلى للهيئات القضائية .

20 المادة 195 من دستور 2014 .

وفى الفترات التى تبنى المشرع التأسيسي فيها أسلوب الرقابة السابقة على دستورية القوانين [21]، حيث يطرح مشروع القانون قبل اصداره على القاضي المختص ليعلن اتفاقه أو مخالفته للقانون الأساسي، جرت النصوص على توصيف هذا الإعلان بالقرار[22] لا الحكم، لتخلف الخصومة القضائية.

وصفوة القول أن وصف الحكم، وهو ما شهد به القانون المقارن، يفترض وجود خصومة، ولانتفائها فى الحالة محل التعليق، يتعذر النظر إلى عمل الهيئة العامة للمحكمة العليا على أنه حكم إلا على سبيل المجاز لا الحقيقة.

وعلاوة على ما تقدم، فإن وصف الحكم يفقد مبرره فى الفرض المثار لسبب آخر، فمن سمات الأحكام اكتساب الحجية، بحيث يعد الحكم عنواناً للحقيقة، بما يمنع تجدد النزاع مرة أخرى.

ولما كان تدخل الهيئة العامة للمحكمة العليا قد ورد على غير نزاع، فلا مبرر لاكتسابه الحجية، لتخلف علتها وانتفاء الحكمة منها.

وهنا لنا أن نتساءل ألا يفقد وصف الحكم فائدته بعد سحب الحجية عنه؟

اضطراب الحيثيات :

انحازت الهيئة العامة إلى الاتجاه المساند لعدم جواز طعن المتقاضي على قرارات ندب القضاة.

وقبل أن تعلن الهيئة المعنية انضمامها لهذا الرأي، مهدت له باستعراض سلبيات الحل المقابل والمتمثلة - حسبما سطرت الحيثيات - فى أن «إعادة اجترار بعض الإجراءات القضائية في بعض القضايا بل وإجترارها من نقطة الصفر فى معظم الأحيان، دون أن يكون لإرادة الخصوم دخل في ذلك، وهو ما نتج عنه تداعيات خطيرة على صعيد الدعاوى الجزائية، تمثل فى إطالة أمد استمرار توقيف المتهمين أو باعادتهم للتوقيف بعد أن

21 حري بالإشارة إلى أن الرقابة السابقة على دستورية القانون انحصرت فى بعض التشريعات ، ففى دستور 1971 اقتصر الأمر على مشروع قانون الانتخابات الرئاسية (المادة 76 من دستور 1971).
واتسعت الدائرة فى دستور 2012 لتضم بجانب مشروع قانون الانتخابات الرئاسية، مشروع قانون مباشرة الحقوق السياسية، وكذا مشروع قانون الانتخابات البرلمانية والمحلية (المادة 177 من دستور 2012) .

22 عجز المادة 76 من دستور 1971 ، والمادة 177 من دستور 2012 .

أفـرج عنهم، إلى جانب مسـاهمة تلك التداعيات السـلبية فى إزديـاد تراكم القضايا، فضلاً عن الإزدياد المتطرد لأعداد القضايا الواردة للمحاكم، والتى تعكس ثقة المواطن فى أن ينشد العدالة الناجزة».

وهذا الاسـتهلال يصعب مؤازرته فمجمل ما بسـط ينبع من اعتبارات عملية. وبدا الأمر وكأن تلك الاعتبارات هي الباعث الرئيسى للرأي المُتبنى من قبل المحكمة.

ومع تقديرنا لمثل تلك الاعتبارات، فإننا نتساءل وأين دور المعطيات القانونية؟

والواقع أن نظر الهيئة العامة إلى ندب القضاة على أنه قرار إداري، كان يمكن أن يكون هو المنفذ القانونى لحل الإشـكاليات التى سـجلتها الحيثيات. فمن قواعد القانون العام فى مجال القرارات الإدارية، أن الطعن عليها لا يوقف نفاذها. وإقرار تلك القاعدة ذائعة الصيت فى مجال القرار الإداري كان كفيلاً بتجاوز جل العثرات الواقعية المسطورة آنفاً.

ولا محـل للتحلـل من ذلك بالإشـارة إلى أن الطعون التـى تحرك ضد قرارات ندب القضاة تقدم كعرائض مسـتعجلة، فمثل هذا التحليل يتناسـى أن الاسـتعجال وحده لا يوقف نفاذ القرار الإداري، فمن الضروري أن يقترن بالخطر الداهم استناد الطعن إلى أسباب جدية، أي عوامل ترجح قبوله حالة بحث موضوعه[23].

ومـا سـلف يدعونا إلى مناشـدة المشـرع مرة أخـرى بالتدخل لتنظيـم الطعن على القـرارات الإداريـة بالإلغاء أو وقف تنفيذها[24]، بما يزيح الجوانب الضبابية المحيطة به حالياً، ولتتحدد -بصورة جلية- هوية هذا الطعن، بدلاً من تركه نهباً لاجتهادات متناقضة لاستقائها من أنظمة قانونية متعارضة.

وقصارى القول أن هناك وسائل قانونية للتغلب على تبعات النعي قضائياً على قرارات ندب القضاة من قبل المتقاضين، وكان من الأنسب البحث فى هذه الوسائل، بدلاً من تطويع

23 راجع فى ذلك على وجه الخصوص :
– محمد فؤاد عبد الباسط - وقف تنفيذ القرارات الإدارية - 1997 .
– مؤلفنا المعنون - وجيز دعوى الإلغاء - 2010/2009 - ص367 وما بعدها.

24 سبق لنا توجيه هذا النداء بمناسبة التعليق على حكم محكمة العدل العليا الصادر فى الدعويين 390، 440 لسنة 2010، والمنشور بمجلة العدالة والقانون - العدد (18) ص183 ، وراجع على وجه الخصوص ص191 .

الأنظمة القائمة لاعتبارات عملية متغيرة، وتظهر وتختفي وفقاً لعوامل غير موضوعية.

وغيــاب الإحكام الذي لحق باســتهلال الحيثيــات، يجعلنا نتوقع أن الأســانيد التى ستســاق لاحقــاً لتبرير موقف الهيئة العامة لن ينج مــن الاضطراب، وهو ما يلحظ من اقحام نظريات على هذه الحيثيات بدت وكأنها غرست فى موطن لا يناسبها.

وأول مظاهر ما سبق الاستعانة بنظرية الموظف الفعلى [25] فى الظروف العادية [26].

فتلك الفكرة بزغت فى فرنسا لحماية المتعاملين مع الإدارة، حيث ينظر إلى قرارات الشخص الذي تحيط به مظاهر تفيد اختصاصه بها -على خلاف الحقيقة- على أنها صدرت بالفعل من الموظف المسؤول.

وتطبق تلك النظرية فى فروض منها سماح الإدارة لمرشح لوظيفة بمباشرة مهامها قبل صدور قرار التعيين بها، أو تعيين شخص يبين فيما بعد بطلان قرار اختياره.

والأصل أن الأعمال الصادرة فى الفروض السابقة غير مشروعة، لصدورها من غير مختص، إلا أنه رعاية للغير حســن النية الذى عوّل فى تعامله على المظاهر الخارجية، قضى بصحة هذه التصرفات.

وهكذا يبدو الاستناد لنظرية الموظف الفعلى لتبرير حرمان المتقاضي من الطعن على قرارات ندب القضاة لا يدعمه أدنى منطق، حيث يفضي إلى نتيجة عكسية لما تستهدفه

25 تطبق تلك النظرية أيضاً فى الظروف الاستثنائية ، حيث يتصدى شخص عادى للوظيفة الإدارية عقب غياب المختص بها ، ولأن الضرورات تجيز المحظورات ، وحتى لا يتوقف سير المرفق العام ، تسبغ الشرعية على أعمال ذلك الشخص ، والتى لولا الظروف غير الطبيعية ، لهوت إلى سحيق هوة الإنعدام لا مجرد البطلان .
لمزيد من التفاصيل حول هذه النظرية راجع مؤلفنا المعنون: مبادىء قانون الوظيفة العامة - الجزء الأول - 1987 - ص85 - 95 .

26 حرى بالتنويه أن المحكمة الإدارية العليا فى مصر تقر نظرية الموظف الفعلى فى الظروف الاستثنائية دون الأوضاع العادية .
وتعبيراً عن موقفها أعلنت قمة المحاكم الإدارية أن «نظرية الموظف الفعلى كما جرى قضاء هذه المحكمة لا تقوم إلا فى الأحوال الاستثنائية البحتة تحت إلحاح الحاجة إلى الاستعانة بمن ينهضون بتسيير دولاب العمل فى بعض الوظائف ضماناً لانتظام المرافق العامة وحرصاً على تأدية خدماتها للمنتفعين بها باطراد دون توقف» .
المحكمة الإدارية العليا (مصر) - 1964/11/29 - مجموعة المبادىء فى عشر سنوات (1955 - 1965) - ص1340 .

النظرية، فبدلاً من توفير الحماية للمتعامل مع السلطة العامة، سنجد أنفسنا أمام انتقاص لحقوقه وتقليص للأداة الفاعلة فى الذود عن تلك الحقوق: الدعوى القضائية.

والأدعى للدهشة، رد الحيثيات حالة انتهاء الندب لانقضاء مدته لنظرية الموظف الفعلي، ففي جل التطبيقات تنتفى المظاهر الخارجية الموجبة باختصاص القاضي بالعمل.

فالفرض أن قرار الندب معلوم للمتقاضين، وحينما تنصرم مدته، لا يجوز للقاضي الاستمرار في العمل المنتدب له، وإلا جاز للمتقاضي الطعن على صحة تشكيل المحكمة لوجود عضو انقطعت صلته بها.

والطعن على قرار الندب ينطوى -غالباً- النعي على قواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام، والتي لا يجوز غض الطرف عن تجاوزها. فالفرض الأعم ندب القاضي للعمل بمحكمة أعلى من فئته[27]، وبمجرد انتهاء الندب يزول عن العضو المنتدب اختصاصه بالفصل فى المسائل الداخلة في ولاية المحكمة الأعلى والتي كان ملحقاً بها لبعض الوقت.

ولذا نجد مشقة بالغة في قبول ما سطرته الحيثيات من أن الإجراءات القضائية تظل صحيحة، ولو انقضى زمن الندب، أو تبين عدم مشروعيته!!

فالإجراءات لم يضعها المشرع عبثاً، وإنما كأشكال تحيط بالعمل لضمان سلامية موضوعاً.

وربما شعرت الهيئة العامة، بعدم كفاية نظرية الموظف الفعلي لتبرير موقفها، ولذا وجدناها تدفع، تعزيزاً له، بقرينة صحة القرارات الإدارية.

ومرة أخرى تخفق الحيثيات فى اقتاعنا بمنطقها. فقرينة صحة القرارات الإدارية، لا تعنى أكثر من افتراض مشروعيتها حتى يثبت العكس. واستناداً لتلك القرينة نشأ فى

27 اجازت المادة 35 من القانون رقم 5 لسنة 2001 والمعدلة عام 2005 ندب القاضى فى أربع فروض ، ثلاث منها لمحكمة أعلى والأخير لمحكمة من ذات المستوى .
فوفقاً للمادة سالفة البيان : « لمجلس القضاء الأعلى أن ينتدب من حين إلى آخر ولمدة مؤقتة لا تزيد عن ستة أشهر قابلة للتجديد لمرة واحدة فقط أحد قضاة المحاكم
«أ- الاستئناف ممن تتوافر فيهم شروط العمل فى المحكمة العليا قاضياً فى المحكمة العليا .
«ب- البداية ممن تتوافر فيهم شروط العمل فى محكمة الاستئناف ليجلس قاضياً فى محكمة الاستئناف .
«ت- الصلح ممن تتوافر فيهم شروط العمل فى محكمة البداية ليجلس قاضياً فى محكمة البداية .
«ث- الاستئناف أو البداية أو الصلح ليجلس قاضياً فى محكمة أخرى من ذات الدرجة » .

دول إزدواج القضاء كفرنسا ومصر مبدأ الأثر غير الواقف للطعن على القرارات الإدارية.

وإذا كان الطعـن علـى القـرار الإداري لا يعرقـل نفـاذه وإنتـاج آثـاره ، فـإن ذلـك لا يحول دون القضاء بالغائه حال تيقن المحكمة من انحرافه عن جادة المشروعية.

ومفـاد مـا تقـدم أن قرينة الصحة مجرد قرينة بسـيطة أي قابلـة لإثبات العكس، وليست -كما توحي حيثيات الهيئة العامة- قرينة قاطعة لا يجوز دفعها أو دحضها.

وتعضيـداً لتحليلنا نشـير إلـى أن القوانين، تتمتع هي الأخـرى بقرينة الصحة، أي افتراض المطابقة مع النصوص الدستورية، وهي ما يعني ضرورة احترامها حتى يقضي من قبل الجهة المناط بها رقابة الدستورية بتعديها على حرمات القانون الأساسي.

وهكـذا فـإن التشـريعات الصادرة مـن الهيئة التشـريعية الممثلة للإرادة الشـعبية لا تحظى إلا بقرينة بسـيطة على دسـتوريتها، والتي تنزوي وتنحسـر تماماً حال الحكم بخرقها لقانون البلاد الأعلى.

ومجمـل القـول أنه لا يتصور أن تكون قرينة صحـة القرارات الإدارية أبعد أثراً من تلك المتاحة للتشريعات البرلمانية.

وهكذا تتراجع الأدلة التى حشـدتها الهيئة العامة لرفض الطعن على قرارات ندب القضاة من قبل المتقاضين.

وربما بدا أن ذلك وحده لا يبرر السماح بطعن المتقاضي على قرارات ندب القاضي.

إلا أننا نعتقد أن أي تردد فى هذا الصدد يتبدد بمجرد إعادة التذكرة بعدم استقلال رئيـس الجهـة المنـاط بها إصدار قـرارات الندب (رئيس مجلس القضـاء الأعلى) قبل السلطة التنفيذية.

أليس من المنطقي أن يوازن هذا العامل الأخير باتاحة الطعن على قرارات الندب من المتقاضين؟ وكذلك استبعاد أي حديث عن حلول فى أنظمة أخرى لا تعاني من هذا العوار؟

اطلالة على الرأى المخالف :

أودع عضو وحيد بالهيئة العامة للمحكمة العليا رأياً مخالفاً فى الموضوع.

وبنظرة كلية يمكن رد هذا الرأي إلى ركيزتين:

الأولى: جواز الطعن على قرارات ندب القضاة من المتقاضين، لتوافر المصلحة، فضلاً عن تعلق تشكيل المحكمة بالنظام العام، مما يتطلب إتاحة فرصة الطعن لأصحاب الشأن.

الثاني: تجاهل المحكمة العليا للمادة 239 من قانون أصول المحاكمات المدنية، والمنظمة لكيفية العدول عن مبدأ مستقر فى قضاء النقض من خلال اجتماع تلك المحكمة بكامل هيئتها [28].

وبناء على ما سلف، فإن المادة واجبة الإعمال هي المادة 239 مرافعات، لا المادة 25 من قانون المحاكم النظامية.

والجزئية الأخيرة هي التى تحث على وقفة تأملية، فما ورد فى الركيزة الأولى للرأي المخالف سبق لنا التعرض له فى الصفحات الفائتة، واتفقنا فى النتيجة التى خلص إليها، مع تباين فى بعض معطيات تلك النتيجة.

والحقيقة أن منظومة ترتيب المحاكم فى فلسطين يشوبها قدر غير يسير من التداخل، ومن أبرز مسبباته عدم إكتمال تلك المنظومة، فلا زالت المحكمة الدستورية العليا[29] والمحاكم الإدارية [30] فى طور البحث والدراسة.

ونتج عن ذلك العهود باختصاصات تلك المحاكم لجهات أخرى، دون تحسب لعواقب تلك الخطوة [31].

28 تنص المادة 239 من قانون أصول المحاكمات المدنية على أنه « إذا تبين لإحدى دوائر محكمة النقض أنها ستخالف سابقة قضائية مستقرة للنقض تنعقد بكامل هيئتها لإصدار حكمها ويكون هذا الحكم واجب الاتباع لدى المحاكم الأخرى فى جميع الأحوال » .

29 المادة 103 من القانون الأساسى .

30 المادة 102 من القانون الأساسى .

31 عهد بذلك للمحكمة العليا لحين انشاء القضاء الدستورى والإدارى طبقاً للمادة 104 من القانون الأساسى . وأعاد النص على ذلك قانون المحاكم النظامية رقم 5 لسنة 2001 فى مادته رقم (37) .

فبالاطلاع على قانون السلطة القضائية نجده يقضي بأن المحكمة العليا([32]) تتكون من:

أ- محكمة النقض.

ب- محكمة العدل العليا.

ويعنـى هذا ببسـاطة أن المحكمة العليا، ليسـت محكمة قائمـة بذاتها لنظر دعاوى ومنازعات مناطه بها، وإنما هى كيان ينبثق عنه محكمة النقض ومحكمة العدل العليا.

وعلـى هـذا النحو تبدو محكمة النقض كدائرة فى إطار المحكمة العليا، وذات القول يصدق على محكمة العدل العليا.

مـن هنـا يبدو نص المادة 25 من القانون رقم 5 لسـنة 2001 لا معنى له، فالمحكمة، لانتفاء الخصومات التي يمكن عرضها على سـاحتها، لن تقرر مبادىء يمكن أن تجتمع لتعدل عنها، أو على أقل تقدير، أن هذا النص مجمد لحين تدخل المشرع لاسناد منازعات بعينها للمحكمة العليا، سواء كقاضي أول وآخر درجة، أو جهة للطعن [33].

إلا أن هذا التفسـير ينازعه آخر، نرجح قربه من الصواب، وهو أن محكمة النقض حينمـا تـرى العدول عن مبدأ مسـتقر فى قضائها يمكنها أن تعـرض الأمر على دوائر المحكمة مجتمعة (المادة 239 مرافعات)، أو على المحكمة العليا باعتبارها جزءاً من تلك المحكمة. (المادة 25 من قانون تشكيل المحاكم النظامية).

وهذا التفسـير له إيجابية مزدوجة، فهو يفعل نص المادة 25 من قانون تشـكيل المحاكم النظامية، وفي ذات الوقت يوفر - نظرياً على الأقل - ضمانة أبعد، من خلال مناقشة الموضوع المطروح على مستوى أعلى [34]، بما يعكس خطورة الموضوع ويترجم أهميته.

ولا يحـاج فـى ذلك بأن التأويـل الأخير بحاجة إلى نص يقضي بـه، فأي حل يوفر ضمانة أفضل، يمكن إعماله ولو في غياب نص صريح عليه، طالما ثبت عدم اصطدامه بالمبادىء العامة.

32 المادة 6 (ثالثاً) من قانون السلطة القضائية .

33 قيام المحكمة العليا بدور المحكمة الدستورية العليا والمحاكم الإدارية فهو دور مؤقت ، سينحسر تماماً ونهائياً بمجرد إنشاء تلك المحاكم .

34 لا يتحقق ذلك إلا بإعادة النظر فى النصاب المقرر حاليا ، وقد سبق لنا مناقشة ذلك فى موضعه .

وبالبناء على ما تقدم، فإننا لا نشاطر الرأي المخالف فيما أنتهى إليه من أن العدول عن مبادىء محكمة النقض مناطه فقط بالمحكمة ذاتها من خلال اجتماع يضم سائر دوائرها.

فتلك المحكمة لديها خيار آخر يتمثل فى اللجوء للمادة 25 من قانون تشكيل المحاكم النظامية، وإلا أضحت المادة الأخيرة من قبيل اللغو الذي ينزه عنه الشارع.

كلمة أخيرة :

- يطرح الحكم محل التعليق اشكالية دور التطبيق في تفعيل القانون.
- فالتشريعات مهما بلغت دقة ألفاظها وحسمت صياغة عباراتها وحددت باهتمام مدلولاتها، تخفي بين حناياها ثغرات هنا وقصور هناك.
- ودور التطبيق العملي، وخصوصاً القضائي، أن يجنبنا أضرار تلك النقائص التي لا يخلو منها عمل بشري، بالاستهداء بالأدوات التفسيرية على تنوعها، والمبادىء العامة على غزارتها. وبدون تلك الخطوة سنظل أسرى للخلل النصي الذي سيكرس التطبيق وجوده ويغذى استمراره، وربما استفحال سلبياته.
- ولا نعتقد أن الحكم محل التعليق أوفى بالدور المنوط بالتطبيق على النحو الذي نعتقد صوابه.

الحكم الصادر عن محكمة النقض

في النقض المدني رقم 513 لسنة 2013 بتاريخ 2015/7/13

نـقـض مدنـــي
رقـم: 2013/513

دولـة فـلسـطين
السلطـة القضائيـة
محكمـة النقض

" الحكـــــم "

الصـــادر عـــن محكمـة النقـــض المنعقـــدة فـي رام الله المأذونـــة بإجـــراء المحاكمـــة وإصـــداره بإســـم الشـعب العـــربي الفلســـطيني

الهيئـــة الحاكمـــة برئاســـة القاضـــي الســـيد ســـامي صرصـــور وعضوية القضاة السادة: عبد الله غزلان، إيمان ناصر الدين، عدنان الشعيبي، حلمي الكخن

الطـاعـــــن: موفق عبد الجبار أحمد زيتون/ دير الغصون
وكـلاؤه المحامون محمد شديد محمد عبد الرحمن وهديل عبده وأحمد حسين ومحمود نصر الله/ طولكرم

المطعون ضدها: شركة الأيمن للدواجن والتفريخ ممثلة بمحمد عفيف حمدان طه
وكيلها المحامي جاسر خليل/ طولكرم

الإجـــــراءات

تقدم الطاعن بهذا الطعن بتاريخ 2013/6/4 لنقض الحكم الصادر عن محكمة بداية طولكرم بصفتها الإستئنافية بتاريخ 2013/5/21 القاضي برد الإستئناف موضوعاً وتأييد الحكم المستأنف وإلزام المستأنف بالرسوم والمصاريف ومئة دينار أتعاب المحاماة.

تتلخص أسباب الطعن بالنعي على الحكم الطعين:

1. مخالفته لقانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية لوقوع بطلان في الإجراءات أثرت في الحكم كون الهيئة كانت مشكلة خلافاً للقانون وانتداب كل من القاضي عبد

الكاتـب
ن.ط

الرئيـس

نـقـض مدنـــــي
رقـم: 2013/513

المالك سمودي والقاضي عادل صالح وقع باطلاً إذ كانا أعضاء في الهيئة بكافة إجراءات المحاكمة وبجلسة إصدار القرار، وأن الحكم يكون منعدماً، لكون الهيئة مصدرته لم تشترك بالمداولة ذلك أن القاضي محمد غالي اشترك في المداولة وإصدار القرار دون أن يحضر جلسة المحاكمة.

2. خالفت محكمة البداية بصفتها الإستئنافية القانون حيث لم تعالج أسباب الإستئناف وقد تمسكت المستأنفة بالبند الثالث من لائحتها برغبتها تقديم بينة إضافية الأمر الذي يغدو معه الحكم مخالفاً لأحكام بذلك أحكام المادة (220) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية.
3. الحكم الطعين مخالف لأحكام المادة (21) من قانون البينات والمادة (16) من قانون التجارة إذ أن فاتورة الضريبة لا تدخل في مشتملات دفاتر التجار.
4. أخطأت المحكمة في اعتبار المبرز م ع/2 (فاتورة الضريبة المضافة) حجة وبينة ضد الطاعن الذي لا ينطبق عليه وصف تاجر.

وطلب بالنتيجة قبول الطعن موضوعاً وإلغاء القرار الطعين.

لم تتقدم المطعون ضدها بلائحة جوابية رغم تبلغها لائحة الطعن حسب الأصول.

المحكمـــــة

لورود الطعن بالميعاد ولتوافر شرائطه الشكلية والقانونية نقرر قبوله شكلاً.

وفي الموضوع ولما كانت وقائع الدعوى ومجرياتها وعلى ما أنبأت عنه سائر الأوراق تفيد بأن المطعون ضدها أقامت الدعوى المدنية (2009/727) ضد الطاعن لمطالبته بمبالغ مالية بمقدار (25900) شاقلاً،، وبنتيجة الدعوى أصدرت محكمة صلح طولكرم حكمها القاضي بإلزام الطاعن بدفع المبلغ المطالب به للجهة المدعية (المطعون ضدها)، إلا أن الطاعن (المدعى عليه) لم يرتض بهذا الحكم فطعن فيه استئنافاً لدى محكمة بداية طولكرم بصفتها الإستئنافية التي أصدرت حكمها القاضي برد الإستئناف وتأييد الحكم المستأنف.

الكاتـب **الرئيـس**

ن.ط

نـقـض مدنـــي
رقـم: 2013/513

لم يرتض الطاعن أيضاً بهذا الحكم فبادر للطعن فيه بالنقض للأسباب المشار إليها إستهلالاً.

وعودة إلى أسباب الطعن:

وبالنسبة للسبب الاول منها وما أثير بشأن عدم صحة تشكيل هيئة المحكمة التي شاركت في إجراءات المحاكمة والنعي بعدم قانونية قرار ندب أحد أعضائها.

ولما كان ندب القضاة بقرار يصدر عن مجلس القضاء الأعلى وهو قرار إداري يتصل بشخص القاضي المنتدب أو بغيره من القضاة الذين يمس قرار الندب مراكزهم القانونية، فإن الخصوم لا يملكون الطعن بمشروعيته باعتباره إجراء إداري يباشره مجلس القضاء الأعلى كجهة إدارة وهو إجراء يتصل بتشكيل المحكمة ولا شأن له بالتنظيم القضائي الامر الذي يغدو معه هذا السبب غير وارد ونقرر رده.

أما بخصوص ما أثير بشأن القاضي محمد غالي الذي لم يشترك في جلسات المحاكمة واشترك في المداولة وإصدار الحكم فإننا وبالوقوف على إجراءات المحاكمة نجد بأن القاضي المذكور قد اشترك مع هيئة المحاكمة في تلاوة الإجراءات التي تمت أثناء المحاكمة وسماع المرافعات وإصدار الحكم، الأمر الذي نجد معه بأن الحكم الطعين قد جاء متفقاً وحكم المادة 2/165 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية مما يجعل من هذا السبب مستوجب الرد.

وعن السبب الثاني للطعن وحاصله خطأ المحكمة بعدم السماح للطاعن تقديم بينة إضافية رغب بتقديمها.

ولما كانت لائحة الإستئناف بوصفها الوعاء الذي يحمل أسباب الإستئناف قد تضمنت في البند الثالث منها رغبة الطاعن (المستأنف) بتقديم بيناته الشفوية عملاً بأحكام المادة 1/71 من قانون البينات، ولم تقم محكمة البداية بصفتها الإستئنافية بالتعرض لهذا الذي أثاره المستأنف (الطاعن) في البند المشار إليه.

الكاتـب **الرئيـس**
ن.ط

نـقـض مدنـــــي
رقـم: 2013/513

وحيث أن أمراً كهذا يفيد تخلي محكمة الإستئناف عن نظر الدعوى بما لها من صلاحيات، ذلك أن الإستئناف ينقل الدعوى بحدود ما وقع عليه الإستئناف لتقول المحكمة كلمتها فيه كمحكمة موضوع، وحيث أن مؤدى ذلك ووفقاً لحكم محكمة النقض رقم 2011/114 بهيئتها العامة أن تلتزم محكمة الإستئناف كمحكمة موضوع وهي في سبيل إصدار حكمها بتكليف الطاعن بالإستئناف تقديم بيناته ودفوعه التي يدعيها في لائحة استئنافه وفقاً لأحكام المادتين (219 و 220) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية المعدل ثم تتبري بعد ذلك لمناقشة وبحث وتمحيص ما قدم أمامها من بينات وأوجه دفاع جديدة وإصدار حكم بعد ذلك من لدُنها متفقاً وحكم القانون.

ولما كان ذلك، وحيث أن الحكم المطعون فيه جاء قاصراً في كل ما أشرنا إليه.

لـهذه الأسـباب

ودون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن نقرر قبوله موضوعاً ونقض الحكم وإعادة الاوراق إلى مرجعها لإجراء المقتضى القانوني في ضوء ما تم بيانه.

حكما صدر تدقيقاً بالأغلبية باسم الشعب العربي الفلسطيني بتاريخ 2015/7/13

الكاتـب **الرئيـس**

ب.ط

نـقـض مـدنـــي
رقم:2013/513

الــرأي المخـالـــف المعطى من
القاضيين السيدين عبد الله غزلان وعدنان الشعيبي

نخالف الأغلبية المحترمة فيما قضت به بخصوص السبب الأول من أسباب الطعن وحاصله النعي على الحكم المطعون فيه بالبطلان لانتداب كل من القاضيين السيدين عبد المالك سمودي وعادل أبو صالح، ذلك أن ما خلصت إليه الأغلبية المحترمة جاء على خلاف ما قضت به محكمة النقض بهيئتها العامة في أحكامها 2010/117، 2010/189، 2011/562، كما يخالف صريح نص المادة (239) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية من أنه "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".

ولا يقال هنا أن ما قضت به الأغلبية المحترمة جاء متفقاً وحكم الهيئة العامة للمحكمة العليا رقم 2015/1، إذ أن ما سمي بالحكم الصادر عن الهيئة العامة للمحكمة العليا والذي حمل رقم 2015/1 لا يصح ولا يجوز أن يصح بان يوصف بالحكم أو القرار ذلك أنه.

القاضي

القاضي

نقض مدنـــي
رقم:2013/513

من المتفق عليه فقهاً وقضاءً أن الحكم القضائي ثمرة الدعوى، وعنوان الحقيقة، إلا أن الوصول إلى هذه الثمرة، يتطلب ما يمكن أن يطلق عليه النشاط القضائي، وأن هذا النشاط لا يتحرك عفواً او تلقائياً، فالقاضي لا يستطيع أن يتولى حماية الحقوق من تلقاء نفسه، حتى لو تعلق الأمر بالقيم والمباديء والآداب أو النظام العام، وقد قيل بحق- أن القاضي لو فعل هذا- إنما يصدر حكماً في خصومة يحتل فيها مركز الإدعاء فضلاً عما يقال أنه يحكم بعلمه الشخصي، ومعلوم بالضرورة أن الخصومة والقضاء لا يجتمعان.

ذلك أن الخصومة تبدأ بالمطالبة القضائية، وتنتهي بالحكم، وفي سبيل ذلك رسم المشرع إجراءات تتعلق بهذه المطالبة منها ما يسبق قيد الدعوى لدى المحكمة، ومنها ما يلي قيدها لدى المحكمة قبل عرضها على قاضيها، ومنها ما يلي قيدها بعد عرضها على قاضيها وأن هذا الذي تم بيانه ينطبق على إجراءات الدعوى لدى كافة المحاكم على اختلاف درجاتها واختصاصها كما ينطبق على الإجراءات لدى محكمة النقض، ومحكمة العدل العليا وعلى المحكمة العليا على اختلاف اختصاصات كل منها.

وبعطف النظر على قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001 باعتباره القانون الناظم لأصول التداعي وبمراجعة المواد الواردة في الفصل الأول من الباب الثالث فقد نصت المادة (52) منه **على أن تقام الدعوى بلائحة تودع قلم المحكمة متضمنة إسم المحكمة وإسم المدعي وصفته ومحل عمله وموظفه وإسم الشخص الذي يمثله إن وجد وإسم المدعى عليه وصفته ومحل عمله وموطنه وموضوع الدعوى وقيمتها ووقائع وأسباب الدعوى وتاريخ نشوئها وطلبات المدعي التي تبين أن للمحكمة صلاحية نظر الدعوى وتوقيع المدعي أو وكيله** كما نصت المادة 2/55 على **أن تعتبر الخصومة منعقدة من تاريخ تبليغ لائحة الدعوى للمدعى عليه،** كما ونصت المادة (174) من ذات القانون **"يجب أن يشتمل الحكم على إسم المحكمة التي أصدرته ورقم الدعوى وتاريخ إصدار الحكم وأسماء القضاة الذين اشتركوا في إصداره وحضروا النطق به وأسماء الخصوم بالكامل وحضورهم أو غيابهم وأن يشتمل على عرض مجمل لوقائع الدعوى وخلاصة موجزه لطلبات الخصوم ومستنداتهم ودفوعهم ودفاعهم الجوهري مع بيان أسباب الحكم ومنطوقه".**

القاضـي **القاضـي**

نـقـض مـدنـــي
رقم:2013/513

فيما نصت المواد الواردة في الفصل الثاني من الباب الثاني عشر من القانون المذكور عن الكيفية التي يتم الطعن فيها إستئنافاً وما يجب أن تتضمنه اللائحة الإستئنافية وطريق إتصال المحكمة به وما يتبع ذلك من إجراءات إلى أن يصدر الحكم الإستئنافي، إذ ختمت مواد ذلك الفصل بالمادة (224) حيث نصت "**تسري على الإستئناف القواعد المقررة أمام محاكم الدرجة الأولى سواء فيما يتعلق بحضور الخصوم وغيابهم أو بالإجراءات والأحكام ما لم ينص القانون على خلاف ذلك**".

أما الفصل الثالث من الباب الثاني عشر فقد رسم طريق الطعن بالنقض، مبيناً الأسباب التي تصلح لولوجه مع بيان ما يجب أن تتضمنه لائحة الطعن من بيانات كما وختمت مواد ذلك الفصل بالمادة (243) والتي تنص "**تسري على الطعون أمام محكمة النقض القواعد والإجراءات الخاصة بنظر الدعوى كما تسري عليها القواعد الخاصة بالاحكام فيما لا يتعارض مع نصوص هذا الفصل**".

بذلك يتضح وعلى ما أنبأت عنه أحكام وقواعد إجراءات التقاضي، تلك التي أفصح عنها قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، أن لا حكم إلا بدعوى، وأن لا دعوى إلا بمطالبة قضائية، ولا مطالبة إلا في خصومة حماية لحق أقره القانون، "إذ لا تقبل دعوى أو طلب أو دفع أو طعن لا يكون لصاحبه مصلحة قائمة فيه يقرها القانون" كما أن الخصومة لدى محكمة الإستئناف وكذلك الخصومة لدى محكمة النقض هي إمتداد للخصومة أمام محكمة الدرجة الأولى إذا أن الخصومة بالإستئناف وكذلك الخصومة بالنقض تدور وجوداً وعدماً مع الخصومة التي افتتحت بها المطالبة القضائية لدى المحكمة صاحبة الإختصاص بنظر الدعوى ألا وهي محكمة الدرجة الأولى، كما أن خصومة الطعن تتحدد بالخصوم الذين كانوا مختصمين، وإذا تم اختصام من لم يكن خصماً إبتداءً، فإن ذلك يشكل مخالفة لقواعد الإختصاص وأصول التداعي ومبدأ التقاضي ويعتبر بدءاً بدعوى جديدة.

وبمراجعة هذا الذي سمي "الحكم الصادر عن الهيئة العامة للمحكمة العليا والذي حمل رقم (1) لسنة 2015، أو الذي سماه الرأي المخالف قراراً" فقد جاء على نحو لا

القاضـــي القاضـــي

نـقـض مـدنـــي
رقم:2013/513

ينبيء بما سمي به، بل ليس له من الإسمين نصيب، ويمكن أن يوصف بأوصاف عدة على أن ليس منها حكماً أو قراراً، وقد جاء منعدماً لا تقوم له قائمة، كما أنه يخرج عن اختصاص المحكمة العليا، فضلاً عن أن ما خلص إليه فيه تفريط بقواعد آمرة تتعلق بالنظام العام، لما لها من ارتباط بالتنظيم القضائي وبقواعد دستورية، كما لا يستقيم ومنهج استنباط الأحكام من النصوص، ولا يتفق وضوابط الإجتهاد القضائي.

وإننا إذ نرى ذلك ونتبناه نورد فيما يلي مجموعة نقاط تقوى على حمل هذا الذي نراه ونتبناه

1. لقد عرف الحكم القضائي فقهاً بأكثر من تعريف منها **(قرار يصدر عن محكمة (قاضي أو أكثر) في خصومة قضائية بهدف الفصل فيها بالشكل المقرر قانوناً).**

ومنها **(فصل في نزاع قضائي بين طرفين أو أكثر يصدر عن محكمة أياً كان تشكيلها أو درجتها بالشكل المقرر قانوناً).**

ومنها أيضا **(التعبير المكتوب عن الحل الذي أعطاه القاضي للنزاع الذي طرح عليه، وهو مخطوطة يصوغها القاضي عن النزاع كما عرضه عليه الخصوم والحل الذي أعطاه بهذاه النزاع).**

كما عرف بأنه **(كل قرار تصدره المحكمة متعلقاً بخصومة قائمة أمامها)**

وعرف أيضاً **(بأنه القرار الصادر عن محكمة مشكلة تشكيلاً صحيحاً في خصومة رفعت إليها وفق قواعد المرافعات سواء أكان صادراً في موضوع الخصومة أو في شق منه أو في مسألة متفرعة عنه).**

ويعطف النظر على هذا الذي صدر عن المحكمة العليا لا نجد أن أحداً من هذه التعريفات تنطبق عليه بما ينفي أن يكون حكماً او قراراً، طالما لا دعوى ولا نزاع ولا خصومة مطروحة أمامها.

القاضـــي **القاضـــي**

نـقـض مـدنـــي
رقم:2013/513

ذلك أن التعريفات آنفة الذكر تنسحب على جميع الأحكام الصادرة عن المحاكم بأنواعها ودرجاتها.

2. من المعلوم بالضرورة أن الحكم القضائي يتكون من:

1. **ديباجة:** وهي فاتحة الحكم بما تتضمنه من اسم المحكمة مصدرة الحكم وأسماء القضاة وأسماء الخصوم وصفاتهم.
2. **الوقائع:** ويلخص فيها القاضي أسباب النزاع بين الخصوم ثم يثبت دفاع كل خصم وأدلته ومطالبه.
3. **الأسباب:** ويستعرض فيها القاضي مواد القانون التي تنطبق على الوقائع محل النزاع ثم يتناول في ضوئها أدلة كل خصم ويزنها.
4. **المنطوق:** وفيه تفصح المحكمة عن حكمها النهائي الذي تقضي به في النزاع.

ولعل مجرد النظر إلى ما خلصت إليه المحكمة سواء بما سمي حكماً أو قراراً لا ينبيء بتوفر عناصر وأركان الحكم القضائي بما ينفي عنه ما وصف به.

3. أن هذا الذي صدر عن الهيئة العامة للمحكمة العليا سواء ما سمي حكماً أو ما سماه الرأي المخالف قراراً، لم تتصل به المحكمة على نحو يتفق والأصول القانونية واجبة الإتباع، ذلك أن من المتفق عليه فقهاً وقضاءً أن الخصومة تفتتح باللائحة، فتفتتح الخصومة لدى محكمة الدرجة الأولى بلائحة الدعوى، كما تفتتح لدى محكمة الإستئناف بلائحة الإستئناف، فيما تفتتح لدى محكمة النقض بلائحة النقض، وبعطف النظر على هذا الذي صدر عن الهيئة العامة للمحكمة العليا، فقد جاء على نحو لا يستقيم وضوابط إتصال المحكمة بما خلصت إليه لعدم تقديم لائحة الطعن.

4. عطفاً على البند الثالث أعلاه ولما كانت الهيئة العامة للمحكمة العليا قد أصدرت ما أطلقت عليه حكماً أو ما أطلق عليه الرأي المخالف قراراً دون أن تفتتح الخصومة أمامها بما يعرف قانوناً باللائحة فإنه وبحكم اللزوم أن لا خصومة أمامها تمكنها من

القاضـي القاضـي

أن تقول كلمتها بحكم، أو أن يوصف هذا الذي سطرته بالحكم أو القرار ذلك أن الخصومة تعني وجود خصمين أو أكثر يبدأها المدعي أو الطاعن ويكملها المدعى عليه أو المطعون ضده- حسب مقتضى الحال- تنهيها المحكمة بالكلمة الاخيرة ألا وهي الحكم، ذلك أن إجراءات ترتيب الخصومة وتسلسلها تهدف إلى تحقيق الغاية بصدور الحكم الذي يحسم النزاع ويؤدي إلى تطبيق القانون بمنح الحماية القضائية لمن يستحقها من الخصوم، وعلى ذلك فلا حكم إلا بوجود خصوم إذ أن المحكمة لا تستطيع أن تقرر في أمر الخصومة من حيث المعنى القانوني الصرف دون وجود خصوم يتنازعون الحق المدعى به، ولما كان ما سمي حكماً أو قراراً قد صدر دون أن يكون هناك خصوم فإنه يمتنع أن يسمى حكماً أو قراراً ولا يمكن أن يوصف كذلك.

5. لما كانت الخصومة الإستئنافية هي امتداد للخصومة لدى محكمة الدرجة الأولى، ولما كانت الخصومة بالنقض هي امتداد للخصومة التي سبقتها فإنه يحظر على محكمة الطعن أن تصدر حكماً فيما لم يكن محلاً لخصومة تدرجت إلى أن وصلتها، وبالرجوع إلى هذا الذي سطرته الهيئة العامة للمحكمة العليا، لم يكن محلاً لخصومة سابقة تدرجت أو امتدت لتصل إليها وفق ما رسمه القانون، والمقصود بالخصومة هنا الخصومة بمعناها الواسع والتي تبدأ بالخصوم أي أطراف النزاع وكذلك قيام نزاع على الحق موضوع التقاضي بين الخصوم أنفسهم.

6. بمراجعة الفقرة الأولى من هذا الذي سطرته الهيئة العامة للمحكمة العليا- وعلى النحو الذي صيغت به- فقد تضمن ما يلي "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 انعقدت الهيئة العامة للمحكمة العليا للتداول بشأن العدول عن المبدأ القانوني الذي سبق أن قررته محكمة النقض بهيئتها العامة بحكمها 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".

القاضـــي

القاضـــي

نـقـض مـدنـــي
رقم:2013/513

وبعطف النظر على المادة (25) سالفة الإشارة فقد نصت "تنعقد المحكمة العليا برئاسة رئيسها أو القاضي الأقدم في الهيئة وحضور عشرة من أعضائها بناءً على طلب رئيسها أو إحدى دوائرها في الحالات الآتية:

1. **العدول عن مبدأ قانوني سبق أن قررته المحكمة، أو لرفع تناقض بين مباديء سابقة.**
2. **إذا كانت القضية المعروضة عليها تدور حول نقطة قانونية مستحدثة أو على جانب من التعقيد، أو تنطوي على أهمية خاصة".**

وعلى ما أفصحت عنه الفقرة الأولى التي سطرتها المحكمة والتي تم اقتباسها مما أطلقت عليه الهيئة العامة حكماً، وأطلق عليه الرأي المخالف قراراً يتضح أن رئيس المحكمة العليا طلب انعقاد الهيئة العامة التي قام بتشكيلها بموجب قراره رقم ..٢٠١٤/٣٢٢.. تاريخ ٢٠١٤/١٢/٢١. وذلك بغية العدول عن المبدأ القانوني الذي سبق أن قررته محكمة النقض بهيئتها العامة في أحكامها المشار إليها، ظناً منه ان ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (25) من قانون تشكيل المحاكم النظامية آنفة الذكر، تمكنه من ذلك، وكأن ممارسة النشاط القضائي يتم عفواً أو تلقائياً بمعزلٍ عن الخصومة المتمثلة بمجموعة الإجراءات القضائية المتتابعة التي يقوم بها الخصوم أو من يمثلهم والمحكمة، وفقاً لنظام معين رسمه قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية يبدأ بالمطالبة القضائية وينتهي بالحكم إلا أن الظن لا يغني من الحق شيئاً، إذ لا تملك أية محكمة، كما لا يملك أي قاضٍ مهما كان منصبه، أن يتجاوز أو يغفل أو ينحني جانباً قواعد مُحْكمة دقيقة تتعلق بطريق إتصال المحكمة فيما يعرض عليها، آخذين بعين الإعتبار أن الخصومة ظاهرة مربكة من حيث أشخاصها، فلا ينفرد شخص واحد بها من مجموعة أشخاصها وهم أطراف الدعوى وأعوان القضاة والقضاة، طالما أن هذه الظاهرة تتمثل بمجموعة الإجراءات المتتابعة والتي كما سبق أن ذكرنا تبدأ بالمطالبة القضائية وتنتهي بالحكم، ولكل من أشخاص الخصومة دور فيها حدده

القاضـــي القاضـــي

نقـض مـدنـــي
رقم:2013/513

القانون، كما أن إجراءاتها تتتابع وفق ترتيب معين يوالي بعضها بعضاً فلا يسبق ثانيها أولها وهكذا بالنسبة لثالثها ورابعها إلى آخر تلك الإجراءات المتمثلة بالحكم، كما أن لا وجود لآخرها ألا وهو الحكم الذي يصدره القاضي دون وجود أولها ألا وهو المطالبة القضائية التي يقدمها المدعي أو الطاعن.

7. إن الفقرة الأولى من المادة (25) من قانون تشكيل المحاكم النظامية لا تنفصل عن الفقرة الثانية، بل إن الفقرة الأولى لا تقرأ بمعزل عن الثانية، ذلك أن تتابع الفقرتين تعني وبحكم اللزوم الإرتباط، إذ أن وجود خصومة قائمة أمر لا مناص منه سواء كان الأمر متعلقاً بالعدول عن مبدأ قانوني أو لرفع تناقض بين مبادئ سابقة، حاله حال كون القضية المعروضة عليها تدور حول نقطة قانونية مستحدثة، أو على جانب من التعقيد أو تنطوي على أهمية خاصة.

ولا يقال أن إتصال المحكمة بما نصت عليه الفقرة الأولى لا يحتاج إلى خصومة قائمة في حين أن ما نصت عليه الفقرة الثانية هو الذي يحتاج لخصومة قائمة ذلك إن هذا القول لا يتفق مع ما تم بيانه استهلالاً كما لا يستقيم مع السياق المنطقي التي تعاقبت فيه هاتين الفقرتين، بل أن ما نصت عليه المادة (25) بفقرتيها يدور وجوداً وعدماً مع مطالبة قضائية من خلال دعوى والقول بعكس ذلك يجعل من المحكمة دار إفتاء قد تقول كلمتها عفواً أو تلقائياً ولو لم يطلب منها سائل أو يستفتيها مستفتٍ لأن مهمة دار الإفتاء تتعلق ببيان حكم الدين، ويكون ذلك على إحدى صورتين إما مسبوقاً بالسؤال أو عفواً غير مسبوق بسؤال.

والمحكمة، أية محكمة لا تقول كلمتها بغير سؤال وهو ما عبر عنه بالمطالبة القضائية باعتبارها الخطوة الأولى للخصومة بمعناها الفني الواسع.

8. بعطف النظر على هذا الذي سطرته الهيئة العامة للمحكمة بمسمى حكم فقد تم الإستعاضة عن المصلحة بمعناها القانوني- إذ لا تقبل دعوى أو طلب أو دفع أو طعن لا يكون لصاحبة مصلحة قائمة يقرها القانون- بأمور أخرى منها وعلى حد

القاضـي القاضـي

نـقـض مـدنـــي
رقم:2013/513

تعبير الهيئة التي سطرته (التداعيات السلبية على جوهر العملية القضائية)، (ما ألقي على كاهل المصلحة العامة للمؤسسة القضائية)، (اجترار بعض الإجراءات القضائية في بعض القضايا)، (العواقب الوخيمة التي ترتبت ولا زالت على الطعون المتعلقة بموضوع ندب القضاة) وفي هذا الذي تم الإستعاضة به عن المصلحة بمعناها القانوني، ما يؤكد الجنوح عن ضوابط القبول والتي من شروطه المصلحة القانونية لصاحبها أي لشخص من أقام الدعوى أو قدم الطلب او الطعن أو أثار الدفع، إذ لم ولن تكن المصلحة العامة للمؤسسة القضائية أو ما أطلق عليه اجترار الإجراءات القضائية أو العواقب الوخيمة مناطاً للدعوى أو الطلب أو الدفع أو الطعن أو مبعثاً لقبولها.

9. أن ما حمل عليه ما سمي حكماً، لا يتفق ومنهج بناءَ الأحكام وضوابط تسبيبها، وفيما نرى أنه وعلى النحو الذي صيغ به يصلح أن يسمى بياناً لا حكماً، إذ لم نعهد فيما علمنا وفيما عملنا، أن الأحكام القضائية تبنى على (المصلحة العامة للمؤسسة القضائية، والتداعيات والعواقب الوخيمة والإزدياد المضطرد لأعداد القضايا الواردة للمحاكم) ذلك أن أسباباً كهذه هي التي من شانها أن تؤدي لعواقب وتداعيات وخيمة على العمل القضائي، وعلى منهج بناء الأحكام وضوابط تسبيبها.

10. أن اجتماع المحكمة العليا بهيئتها العامة ولا نقول انعقادها وعلى النحو الذي تم به وبدعوة من رئيسها دون وجود خصومة قائمة معروضة عليها- حولت الهيئة العامة للمحكمة العليا إلى جهة تملك مجموعة سلطات، على أن ليس منها السلطة القضائية، بما لها من سلطة الحكم، بل تحولت إلى سلطة تشريعية توازي المجلس التشريعي كما حولتها إلى سلطة إدارية توازي بل تفوق الإطار المؤسسي الرسمي للسلطة القضائية ألا وهو مجلس القضاء الأعلى، وقد كشف عن ذلك طريقة إجتماعها... وما رافقه من إعلان عن ذلك تناقله القضاة على مستوى الوطن، وما خلصت إليه، وما حمل عليه هذا الذي خلصت إليه.

القاضـــي

القاضـــي

نـقـض مـدنـــي
رقم:2013/513

11.بتدقيق ما حمل عليه هذا الذي خلصت إليه الهيئة العامة نقتبس منه قولها (إنطلاق من الأهمية الخاصة لموضوع ندب القضاة، وما نتج عنه من تداعيات ولكونه ينطوي على جانب كبير من التعقيد تفاوتت بشأنه المباديء والأحكام القضائية المتصلة به وتداعياتها السلبية على جوهر العملية القضائية...

ولما كان من أبرز النتائج السلبية لهذه التداعيات هو إعادة اجترار بعض الإجراءات القضائية في بعض القضايا بل واجترارها من نقطة الصفر في معظم الأحيان... وهو ما نتج عنه من تداعيات خطيرة على صعيد الدعاوى الجزائية تمثلت في إطالة أمد إستمرار توقيف المتهمين أو إعادتهم للتوقيف بعد أن أفرج عنهم إلى جانب مساهمة تلك التداعيات السلبية في ازدياد تراكم القضايا، فضلاً عن الإزدياد المضطرد لإعداد القضايا الواردة للمحاكم... وأمام هذه العواقب الوخيمة التي ترتبت- ولا زالت-...).

فإن هذا الذي تم اقتباسه على النحو الذي صيغ به يقطع بأن الهيئة العامة أصدرت ما سمي حكماً، في خصومة احتلت فيها وبجدارة مركز الإدعاء كما أنها حكمت بعلمها الشخصي ناهيك على أنها بذلك تكون قد تولت الخصومة والقضاء في ذات الوقت.

12.كما أنه وبالعودة أيضاً إلى ما تضمنه الحكم (باعتبار ما سمي به) فقد تضمن فيما تضمنه (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 2011/512 الصادر بالاغلبية بتاريخ 2013/6/13 والذي خلص إلى: أن ما نص عليه 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).

وفي هذا الذي تم تسطيره ما يفيد بأن محكمة النقض بهيئتها العامة أرست مبدأ على جميع المحاكم اتباعه وقالت كلمتها بأحكامها الثلاث الصادرة عن الهيئة العامة وأن

القاضـي القاضـي

نـقـض مـدنـــي
رقم:2013/513

الباب موصد بين المحكمة العليا وبين تناول موضوع الندب ذلك أن المشرع أفرد نصاً في قانون خاص ألا وهو قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001 المادة (239) جاء فيها (**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**)، وفي ضوء ذلك فإن يد الهيئة العامة للمحكمة العليا والتي تنعقد وفق أحكام المادة (25) من قانون تشكيل المحاكم لا تمتد ولا يجوز أن تمتد لتلامس أي شأن من اختصاص محكمة النقض.

13. بمراجعة أحكام قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2001
فقد نصت المادة (23) منه

تتكون المحكمة العليا:

1. محكمة النقض.

2. محكمة العدل العليا.

فيما نصت الفقرة الأولى من المادة (24) من ذات القانون تشكل المحكمة العليا من رئيس ونائب رئيس أو أكثر وعدد كاف من القضاة.

كما نصت المادة (25) من القانون المذكور كما عدلت بالقرار بقانون رقم (15) لسنة 2014 "**تنعقد هيئة المحكمة العليا برئاسة رئيسها أو القاضي الأقدم في الهيئة وحضور عشرة من أعضائها بناءً على طلب رئيسها أو إحدى دوائرها في الحالات الآتية:**

1. العدول عن مبدأ قانوني سبق أن قررته المحكمة أو لرفع تناقض بين مبادىء سابقة.

2. إذا كانت القضية المعروضة عليها تدور حول نقطة قانونية مستحدثة أو على جانب من التعقيد أو تنطوي على أهمية خاصة".

القاضـي

القاضـي

أما المادة (29) من ذات القانون فقد نصت "**تنعقد محكمة النقض برئاسة رئيس المحكمة العليا وأربعة قضاة، وعند غياب الرئيس يرأسها أقدم نوابه فالقاضي الأقدم في الهيئة**".

فيما نصت المادة (29) "**تنعقد محكمة العدل العليا من رئيس المحكمة العليا وقاضيين على الأقل، وعند غياب الرئيس يرأس المحكمة أقدم نوابه فالقاضي الأقدم في الهيئة**".

وعن اختصاص كل من المحاكم الثلاثة العليا، النقض، العدل العليا فقد حدد القانون اختصاص كل منها على النحو التالي:

المادة (30) من ذات القانون حددت اختصاص محكمة النقض بأن نصت تختص محكمة النقض بالنظر في:

1. **الطعون المرفوعة إليها عن محاكم الإستئناف في القضايا الجزائية والمدنية ومسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين.**
2. **الطعون المرفوعة إليها عن محاكم البداية بصفتها الإستئنافية.**
3. **المسائل المتعلقة بتغيير المرجع.**
4. **أية طلبات ترفع إليها بموجب أي قانون آخر.**

أما المادة (33) من القانون سالف الإشارة فقد نصت تختص محكمة العدل العليا بما يلي:

1. **الطعون الخاصة بالإنتخابات.**
2. **الطلبات التي يقدمها ذوو الشأن بإلغاء اللوائح أو الأنظمة أو القرارات الإدارية النهائية الماسة بالأشخاص أو الأموال الصادرة عن أشخاص القانون**

القاضـــي القاضـــي

نقـض مـدنـــي
رقم:2013/513

العام بما في ذلك النقابات المهنية، مؤسسات التعليم العالي، الإتحادات المسجلة حسب الأصول والجمعيات ذات النفع العام.

3. الطلبات التي هي من نوع المعارضة في الحبس التي يطلب فيها إصدار أوامر الإفراج عن الأشخاص الموقوفين بوجه غير مشروع.

4. المنازعات المتعلقة بالوظائف العمومية من حيث التعيين أو الترقية أو العلاوات أو المرتبات أو النقل أو الإحالة إلى المعاش أو التأديب أو الإستيداع أو الفصل وسائر ما يتعلق بالأعمال الوظيفية.

5. رفض الجهة الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ أي قرار كان يجب إتخاذه وفقاً لأحكام القوانين أو الأنظمة المعمول بها.

6. سائر المنازعات الإدارية.

7. المسائل التي ليست قضايا أو محاكمات بل مجرد عرائض أو استدعاءات خارجة عن صلاحية أي محكمة تستوجب الضرورة الفصل فيها تحقيقاً للعدالة.

8. أية أمور أخرى ترفع إليها بموجب أحكام القانون.

وعن اختصاص المحكمة العليا بهيئة عادية فإن اختصاصها لا يتعدى أحد أمرين الأول يتعلق بكل المهام المسندة للمحكمة الدستورية العليا لحين تشكيلها، والثاني الفصل في طلبات الإلغاء والتعويض ووقف التنفيذ التي يرفعها القضاة على القرارات الإدارية المتعلقة بأي شأن من شؤونهم وكذلك الفصل في المنازعات الخاصة بالرواتب والمعاشات والمكافآت المستحقة لهم أو لورثتهم.

أما عن اختصاص الهيئة العامة للمحكمة العليا والذي نصت عليه المادة (25) من قانون تشكيل المحاكم النظامية سالفة الإشارة فهو أيضاً لا يتعدى (العدول عن مبدأ قانوني سبق أن قررته هي كمحكمة عليا أو محكمة العدل العليا أو لرفع تناقض بين مبادئ سابقة، أو إذا كانت القضية المعروضة عليها تدور حول نقطة قانونية

القاضـي **القاضـي**

نقض مدني
رقم:2013/513

مستحدثة أو على جانب من التعقيد أو تنطوي على أهمية خاصة) على أن هذا الإختصاص لا ينفك عن وجود خصومة وفق ما تم الإشارة إليه آنفاً على نحو مفصل.

وفي ذلك نشير إلى أحكام المادة (46) من قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002 وكذلك المادة (83) من ذات القانون والمادة (104) من القانون الأساسي والمادة (37) من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2001 والذي سبق القوانين الأخرى سالفة الإشارة من حيث سريانه.

وفي هذا الذي حدده القانون ببيان اختصاص كل من المحاكم، العليا، العدل العليا، النقض، لا نرى بالمطلق أن يد المحكمة العليا سواء بهيئة عادية- رغم أن القانون لم يحدد النصاب العددي لانعقادها بهيئة عادية- أو بهيئة عامة وفق النصاب المحدد بالمادة (25) من قانون تشكيل المحاكم تمتد لتلامس اختصاص محكمة النقض، هذا فضلاً عن أن المشرع وعند تحديد أسماء المحاكم واختصاص كلٍ منها لم ينص على أن المحكمة العليا تنعقد بإحدى الصفات الثلاث محكمة عليا ومحكمة نقض ومحكمة عدل عليا بل نص صراحة على أن المحكمة العليا تتكون من (محكمة النقض) و (محكمة العدل العليا) كما جاء محدداً اختصاص كل من المحاكم الثلاث، مفرداً نصاً خاصاً يتعلق بمحكمة النقض ألا وهو نص المادة (239) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية والذي سبق لمحكمة النقض أن انعقدت بهيئتها العامة بالإستناد إليه باعتبار أن القانون المذكور هو قانون القاضي وهو قانون خاص لتقرر بشأن مبادئ قانونية صدرت عنها في الدعاوى المدنية والجزائية على حد سواء.

14. لقد خلصت الهيئة العامة للمحكمة العليا فيما سمته حكماً بمجموعة مبادئ إلا أن أياً من هذه المبادئ التي خلصت إليها افتقرت إلى التسبيب والتعليل الذي يستند إلى نص قانوني، إذ أنها وهي في سبيل تقرير المبادئ التي خلصت إليها نحت منحاً غير قضائي لم نعهده من قبل بأن حلت إرادتها محل إرادة الشارع بعيداً عن أي نص

القاضي القاضي

نـقـض مـدنـــي
رقم:2013/513

قانوني أفصحت عنه إرادة الشارع، ذلك أن المحكمة وهي في سبيل تفسير النصوص القانونية لغايات تطبيقها على ما يعرض عليها من وقائع تتلمس ما تغياه المشرع كاشفة عن إرادته ملتزمة حقيقة أبعادها ومقاصدها التي أنبأت عنها النصوص القانونية ذات الصلة خاصة وأن الأمر يتعلق بمجموعة نصوص منها ما ورد بالقانون الأساسي ومنها ما ورد بقانون السلطة القضائية وغيره من القوانين المتعلقة بالشأن القضائي.

كما أن ما حملت عليه تلك المبادئ جاء بعبارات عامة فضفاضة يعوزها السند القانوني والتأصيل، يدرك من يطلع عليها بسهولة ويسر أنها هدفت إلى محاولة رأب الصدع الناتج عن مخالفة المؤسسة القضائية ممثلة بمجلس القضاء الأعلى لأحكام ندب القضاة.

15.بمراجعة المبادئ التي خلصت إليها الهيئة العامة للمحكمة العليا فقد جاءت متضمنة ما يلي:

أ. "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".

ب. 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 كذلك التي تحدد أنواع المحاكم ودرجات التقاضي.

ج. أن مباشرة القاضي المنتدب لإجراءات التقاضي سنداً لقرار الندب- مشروعاً كان أو مخالفاً- للقانون أو أصبح كذلك (كانتهاء مدة الندب) لا أثر له على صحة الإجراءات التي يباشرها القاضي المنتدب- بصرف النظر عن صحة الندب- رغم ما يتمتع فيه قرار الندب في قرينة الصحة بوصفه قراراً إدارياً لا يخضع للطعن فيه من قبل الخصوم باعتبار أن القاضي المنتدب بما يباشره من إجراءات التقاضي

القاضي القاضي

نـقـض مـدنـــي
رقم:2013/513

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.

وفي ذلك نرى وإن كنا نتفق على أن قرار مجلس القضاء الأعلى بندب القاضي قراراً إدارياً، إلا أن ذلك يتعدى مصلحة القاضي المنتدب أو غيره من القضاة الذين يمس قرار الندب مراكزهم القانونية، ذلك أن من حق الخصوم أن يطعنوا بأن القاضي الذي تم انتدابه قد جاء انتدابه على خلاف حكم القانون وأن مخالفة ذلك تتمثل بصور مختلفة.

والندب فيما نرى هو عكس الأصل إذ أن الأصل أن يُكلف القاضي بعمله الذي كلف به وفق قرار تعيينه، بما يعني أن الندب استثناءً يتسم بالتأقيت وبمراجعة النصوص المتعلقة بهذا الشأن فقد نصت المادة 1/99 من القانون الأساسي **"تعيين القضاة ونقلهم وانتدابهم وترقيتهم ومساءلتهم يكون بالكيفية التي يقرها قانون السلطة القضائية".**

فيما نصت المادة (22) من قانون السلطة القضائية **"لا يجوز نقل القضاة أو ندبهم أو إعارتهم إلا في الأحوال والكيفية المبينة في القانون".**

كما نصت المادة (23) من ذات القانون:

1. **لا يجوز نقل القضاة أو ندبهم لغير الجلوس للقضاء إلا برضائهم.**
2. **يكون نقل القضاة أو ندبهم بقرار من مجلس القضاء الأعلى ويعتبر تاريخ النقل أو الندب من تاريخ التبليغ بالقرار.**
3. **إستثناءً مما ورد في الفقرتين أعلاه يجوز ندب القاضي مؤقتاً للقيام بأعمال قضائية غير عمله أو بالإضافة إليه أو للقيام بأعمال قانونية متى اقتضت ذلك مصلحة وطنية بقرار من وزير العدل بعد موافقة مجلس القضاء الأعلى.**

القاضـــي القاضـــي

نـقـض مـدنـــي
رقم:2013/513

فيما نصت المادة (24) من القانون المذكور "**وفقاً لأحكام هذا القانون يجوز لمجلس القضاء الأعلى:**

1. **أن يندب مؤقتاً للعمل بالمحكمة العليا أحد قضاة محاكم الإستئناف ممن تتوافر فيهم شروط العمل بالمحكمة العليا لمدة ستة أشهر قابلة للتجديد.**
2. **أن يندب أحد قضاة محاكم الإستئناف أو البداية للعمل في محكمة أخرى من ذات الدرجة لمدة ستة أشهر قابلة للتجديد".**

كما ونصت المادة (26) من ذات القانون:

1. **تجوز إعارة القاضي إلى الحكومات الأجنبية أو الهيئات الدولية بقرار من رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية بتنسيب من مجلس القضاء الأعلى.**
2. **لا يجوز أن تزيد مدة الندب أو الإعارة عن ثلاث سنوات متصلة إلا إذا اقتضت ذلك مصلحة وطنية، ولا يجوز ندب أو إعارة القاضي إلا إذا كان قد أمضى السنوات الأربعة السابقة في عمله بدوائر المحاكم واستوفى تقارير الكفاية.**

وعلى ما أنبأت عنه أحكام المواد سالفة الإشارة يتضح دون عناء أن الندب يتصل إتصالاً لا ينفصل بالتنظيم القضائي ومن حق الخصوم إثارته، كما أن على المحكمة أن تثيره من تلقاء ذاتها، بل أن على القاضي قبل أن يقرر في أي أمر عرض عليه أن يتنبه فيما إذا كان صالحاً ليقول كلمته فيما يعرض عليه، وأنه قد تبوأ مقعده على نحو يتفق وحكم القانون بحيث يكون إتصاله بما ندب له لا يقع تحت مخالفة ما نص عليه المشرع، ذلك أن مخالفة أحكام الندب ترتب البطلان بل قد تتحدر إلى درجة الإنعدام ومثال ذلك عدم توفر الشروط التي نص عليها القانون في شخص من تم انتدابه.

ولعل ما قررته الهيئة العامة لمحكمة النقض بقولها أن كلمة إلا الواردة بنص المادة (22) من قانون السلطة القضائية وهي أداة حصر واستثناء واستدراك يؤكد أن الندب

القاضـي القاضـي

نـقـض مـدنـــي
رقم:2013/513

لا يكون إلا في الأحوال والكيفية المقررة قانوناً ومؤدى ذلك أن الأمر يتعلق بالتنظيم القضائي، وأننا بهذا الخصوص نشير إلى قولنا لا إله إلا الله كما نرى جازمين أن ما نص عليه المشرع من أن الندب لا يكون إلا بالأحوال والكيفية التي حددها القانون تاكيداً لقيمة عليا تفوق كل القيم وتتقدم عليها، لما لها من مساس باستقلال القضاء، وحماية للقاضي والخصوم من عسف المؤسسة الرسمية صاحبة حق الندب باستعمال الندب كوسيلة ترغيب أو ترهيب، وعلى ذلك فإن من حق الخصوم إذا ما تم مخالفة ضوابط الندب الطعن في الحكم وأن الطعن بعدم صحة الندب يصلح أن يكون سبباً للطعن إستئنافاً ونقضاً ناهيك عن إثارته أمام نفس القاضي المنتدب.

كما أننا وبمراجعة المبادئ التي خلصت إليها الهيئة العامة للمحكمة العليا فقد جاءت متناقضة تناقضاً فاضحاً إذ بالوقت الذي خلصت فيه إلى أن الندب كإجراء يباشره مجلس القضاء الاعلى باعتباره جهة الإدارة، إنما هو إجراء يتصل بتشكيل المحكمة، رأت أنه يمتنع على الخصوم الطعن بمشروعية الندب وأن مباشرة القاضي المنتدب لإجراءات التقاضي سنداً لقرار الندب- مشروعاً كان أو مخالفاً- للقانون أو أصبح كذلك لا أثر له على صحة الإجراءات التي يباشرها القاضي المنتدب.

مغفلة أن تشكيل المحكمة من الأمور التي يتم الطعن فيها من الخصوم وإذا ما تبين عدم صحة التشكيل يترتب على ذلك البطلان المتعلق بالنظام العام، كما تملك المحكمة أن تقضي به من تلقاء ذاتها وبذلك نصت المادة (474) من قانون الإجراءات الجزائية رقم (3) لسنة 2001

"يترتب البطلان على عدم مراعاة أحكام القانون المتعلقة بتشكيل المحاكم أو بولايتها أو باختصاصها أو بغير ذلك مما هو متعلق بالنظام العام وجازت إثارته في أية مرحلة من مراحل الدعوى، كما تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها".

16. لا صحة بالمطلق لما خلصت إليه الهيئة العامة فيما سمته حكماً من أن القاضي المنتدب بما يباشره من إجراءات التقاضي وما يصدره من أحكام هو بالنسبة للخصوم

القاضـي القاضـي

نقـض مـدنـــي
رقم:2013/513

القاضي الطبيعي سنداً لنظرية الموظف الفعلي التي تحول دون طلب الخصوم بتقرير البطلان وبين ما يباشره القاضي المنتدب من إجراءات قضائية.

ذلك أن من حق الخصم، أن يدفع أمام ذات القاضي ببطلان انتدابه، كما من حقه أن يطعن بالبطلان لعدم صحة الإنتداب، بل من حقه إذا انحدر البطلان إلى درجة الإنعدام أن يطلب تقرير ذلك.

القاضـي **القاضـي**

تحريراً في 2015/7/13