المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء

"مســـاواة"

العدالة و القانون

المركز الفلسطيني لاستقلال
المحامـــــاة و القضـــاء
«مســـــــاواة»

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

جمعية أهلية غير حكومية مستقلة، تأسست بتاريخ ٢٠٠٢/٣/١٨ بمبادرة من محامين و قضاة سابقين و شخصيات اجتماعية، أخذت على عاتقها تكريس جهدها لتعزيز ضمانات استقلال القضاء والمحاماة تشريعاً و منهجاً و سلوكاً، عن طريق رصد و توثيق و مراقبة و معالجة كافة العوائق الاجتماعية و الثقافية و السياسية و الاقتصادية و التشريعية، التي تحول دون التطبيق السليم لمبدأ سيادة القانون، وتعيق تفعيل عناصر و مقومات و مضامين استقلال القضاء و المحاماة و ذلك بالطرق و الوسائل القانونية.

مجلس إدارة مساواة

- المحـــامي ياســـــر جبـــر — رئيس مجلس الإدارة
- الدكتـــور علي الجربـــاوي — نائب رئيس مجلس الإدارة
- الأستـاذ سمير البرغـــوثي — أمين الصـــندوق
- المحامي يوسف بختان — أمين السر
- المحامي فهد الشويكي — عضـو
- المحـــامية فايزة الشـاويش — عضـو
- الدكتور محمد خالد السيفي — عضـو

الرئيس التنفيذي المحامي إبراهيم البرغوثي

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

حقوق الطبع و النشر محفوظة للمركز
تشرين أول / اكتوبر ٢٠٠٨

الآراء الواردة في هذه المجلة لا تعبر بالضرورة عن رأي المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة و القضاء «مساواة»

في هذا العدد

مقدمة العدد

على طريق إثراء النقاش واغناء التجربة

دراسات وأبحاث قانونية

فن المرافعة في الدعوى الجزائية/ الاستاذ أحمد براك- رئيس نيابة رام الله ١١

ضمانات المتهم خلال مرحلة التحقيق الإبتدائي/ المحامي أشرف الدمنهوري- نابلس ٣٣

نظرة عملية على التأمين في ظل قانون التأمين رقم (٢٠) لسنة ٢٠٠٥/
المحامي موسى الصياد- القدس ٥٣

الوعـد بالـبيــع/ المحامي حسن الخطيب- القدس ٦٥

سلطة القاضي المدني في تقدير شهادة الشهود/ المحامي معاذ الطزيز- القدس ٧٩

أحكام صادرة عن محكمة العدل العليا والتعليق عليها

الحكم رقم ٢٠٠٨/٢٦ - براءة الذمة- ٩١

تعليق المحامي فريد الجلاد- نابلس ٩٦

تعليق المحامي محمود عبد الفتاح عمرو- الأردن ٩٩

تعليق الأستاذ الدكتور فتحي فكري- مصر ١٠٣

تعليق المستشار الدكتور حسني عبد الحميد- مصر ١١٣

الحكم رقم ٢٠٠٨/٦٨ – اضراب الموظفين– ١٢١

تعليق المحامي محمد هاشم أبو غزالة– الأردن ١٢٥

تعليق المحامي الدكتور خالد محمد حسن– مصر ١٢٩

الحكم رقم ٢٠٠٨/١٥٦ – توقيف مخالف للقانون ١٣٩

تعليق المحامي محمد عثمان– الأردن ١٤٢

تعليق المحامي الدكتور حمدي أبو النور السيد– مصر ١٤٤

أحكام صادرة عن محكمة النقض في القضايا الجزائية والتعليق عليها

الحكم رقم ٢٠٠٧/١٨ – قابلية الحكم للنقض بعد اكتسابه للدرجة القطعية– ١٥٣

تعليق المحامي علي السيد أبو وردة– غزة ١٥٧

تعليق المحامي الدكتور يونس عرب– الأردن ١٦٠

تعليق الاستاذ الدكتور مصطفى فهمي الجوهري– مصر ١٦٤

أحكام صادرة عن محكمة النقض في القضايا المدنية والتعليق عليها

الحكم رقم ٢٠٠٤/١٨٢ – نزاع عمالي– فصل تعسفي– ١٦٧

تعليق المحامي احمد نصرة– رام الله ١٧٥

تعليق المحامي عصام لطفي الشريف– الأردن ١٨٣

تعليق المحامي الدكتور صلاح علي حسن– مصر ١٩٥

مبادئ قضائية وحوارات قانونية

- مبادئ قضائية ٢٠١

- مبادئ القضاء الدستوري المصري ٢٠١
  - الأندية الرياضية ٢٠١
  - الجمعيات الخيرية ٢٠٥
  - حق الملكية الخاصة/ د. يحيى الجمل- مصر ٢١٣
  - رقابة المحكمة الدستورية العليا ٢١٧
- مبادئ القضاء الإداري المصري ٢٢٩
- حـوارات قـانـونيـة ٢٣٣
- رؤى حول مشروع قانون الأحكام العسكرية المقترح من قبل «مساواة» ٢٣٥
  - رؤية وملاحظات أ.د/ مأمون سلامة- مصر ٢٣٧
  - رؤية وملاحظات أ.د/ محمود أحمد طه- مصر ٢٤١
- نظرة في القانون الأساسي الفلسطيني المعدل - د. أنيس القاسم- بريطانيا ٢٤٥

العدالة و القـــانون

مقدمة العدد

على طريق إثراء النقاش واغناء التجربة

تؤكد «مساواة» على أن غايتها من إصدار مجلة «العدالة والقانون»، تكمن في تشجيع فكرة التعليق على الأحكام والقرارات القضائية وفقا للضوابط والمعايير القانونية ذات الصلة، عملا بالقاعدة الفقهية التي تعتبر القرارات والأحكام القضائية عنوانا للحقيقة، وإن لم تكن بالضرورة عينها.

وهدف «مساواة» تفعيل مبدأ علنية القضاء، والوقوف على الوجه الأمثل لإعمال قاعدة تسبيب الأحكام و القرارات القضائية، بوصفهما العمود الفقري للرقابة الشعبية والوطنية على حسن أداء الوظيفة القضائية.

وتسعى «مساواة» إلى إثراء الحوار القانوني و إغنائه، بغية تحقيق العدالة و اغناء التجربة القضائية في تفسير أحكام القانون، و إعطاء الوصف الأدق لمقاصد و معاني النصوص و القواعد القانونية و التشريعات، و انزال القاعدة القانونية الملائمة على وقائع النزاع المرفوع الى القضاء.

وتعتقد «مساواة» أن عملية التعليق على الأحكام القضائية تلعب دوراً هاماً في لفت انتباه المشرع إلى مواطن الخلل والضعف والتناقض في القوانين والأنظمة السارية، ليقوم بدوره بإجراء التعديلات اللازمة و الضرورية لتوحيد رزمة القوانين والأنظمة، بما يضمن دستوريتها وتطابقها وانسجامها كمدخل أساس لتجسيد مبدأ سيادة القانون وحفظ الأمن المجتمعي وتعزيز هيبة القضاء وتوطين مبدأ استقلال القاضي، و بناء دولة المؤسسات والقانون.

و»مساواة» لا تستهدف بأي حال التجريح الشخصي أو النقد السلبي، بقدر ما تنطلق في مسعاها هذا من كافة الاعتبارات التي أجمع عليها فقهاء القانون والقضاء والكامنة وراء التعليق على الاحكام والقرارات القضائية.

ومن الطبيعي أن هذه التعليقات التي يضعها المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء «مساواة» بين أيدي السادة القضاة والمحامين و المشتغلين بالقانون تعبر عن اجتهادات وأفكار و رؤى أصحابها ومقدميها و في ذات الوقت تشكل تعميقاً وتطويراً للحوار القانوني والفكري الهام والضروري

لتوحيد المفاهيم القانونية و إثراء التجربة العملية للقضاة و المحامين الفلسطينيين وكافة المشتغلين بالقانون من رؤساء و وكلاء نيابة وأساتذة قانون وطلبة كليات الحقوق وغيرهم.

وهذا ما يصبو إليه المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة و القضاء «مساواة» في إطار سعيه الحثيث في العمل على بناء قضاء فلسطيني مشروع، نزيه، كفؤ، قادر وفاعل، وتعميق وتطوير دور ورسالة المحامين الفلسطينيين ونقابتهم في صيانة مبدأ سيادة القانون وسواده على الكافة كطريق مجرب للنجاح في بناء حكم فلسطيني صالح وحديث.

وها نحن في «مساواة» نصدر العدد التاسع من مجلة « العدالة والقانون»، والذي يتضمن خمس دراسات وابحاث قانونية تتناول بالدراسة والبحث فن المرافعة في الدعوى الجزائية، ضمانات المتهم خلال مرحلة التحقيق الإبتدائي، نظرة عملية على التأمين في ظل قانون التأمين رقم (٢٠) لسنة ٢٠٠٥، الوعد بالبيع، سلطة القاضي المدني في تقدير شهادة الشهود. مقدمة من محامين ورئيس نيابة. كما يتناول هذا العدد بالتعليق ثلاثة أحكام صادرة عن محكمة العدل العليا؛ الأول يتعلق ببراءة الذمة ، والثاني باضراب الموظفين، والثالث بتوقيف مخالف للقانون. كما تناول هذا العدد بالتعليق حكمين صادرين عن محكمة النقض أحدهما في القضايا الجزائية حول قابلية الحكم للنقض بعد اكتسابه للدرجة القطعية، والآخر في القضايا المدنية حول نزاع عمالي- فصل تعسفي.

وارتأت «مساواة» أن تختم إصدارها التاسع بباب خاص بعنوان «مبادئ قضائية وحوارات قانونية» تضمن أربعة مبادئ قضائية صادرة عن المحكمة الدستورية العليا في مصر، ومبدأ قضائي صادر عن المحكمة الإدارية العليا -مجلس الدولة- في مصر. وتضمنت الحوارات القانونية رؤية قانونية للفقيه المصري الاستاذ الدكتور مأمون سلامة استاذ القانون الجنائي والاستاذ الدكتور محمود طه أستاذ القانون الجنائي ووكيل كلية الحقوق في جامعة طنطا بشأن مشروع قانون الأحكام العسكرية المقترح من «مساواة»، الى جانب نظرة في القانون الأساسي الفلسطيني المعدل- الحاجة للتعديل- بقلم الدكتور أنيس القاسم عضو لجنة اعداد مشروع القانون الأساسي- بريطانيا.

وتأمل «مساواة» أن يحقق العدد التاسع من مجلتها « العدالة والقانون» الغاية المرجوة منه، وهي عاقدة العزم على الاستمرار في مواصلة إصدارها إلى جانب شقيقتها نشرة «عين على العدالة» والمأمول إصدار عددها الثامن بالتزامن مع هذا العدد.

«مســـــــــــاواة»

دراسات وأبحاث قانونية

فن المرافعة في الدعوى الجزائية

الأستاذ أحمد براك
رئيس النيابة العامة

مدخل
المتهمه وروب المحاماه

قال المحامي للمتهمه: قبل ان تحضري الى الجلسه في الاستئناف... البسي روب محاماه... وغطي راسك بايشارب يخفي ملامحك.
نظرت اليه المتهمه في دهشه وقبل أن تسأله قال لها "حتى لا يعرفك الشهود".
وبدأ نظر الاستئناف.. وكانت محكمة أول درجه قد قضت بسجنها لمدة عام بتهمة تقاض "خلو رجل" من السكان.. وناقش المحامي شاهد الاثبات الاول.. ثم اخرج من جيبه ثلاثة صور فوتوغرافيه.. وطلب من شاهد الاثبات ان يتعرف على صورة المتهمة. وامسك الشاهد بالصور.. ثم حدد صوره منها قائلاً: هذه هي المتهمه.
وضحك المحامي ثم قال بصوت عال: هذه الصور الثلاثه ليست بينها صورة المتهمة.
وابتسم القاضي وهو يحكم ببراءة المتهمه.. التي كانت تقف على مقربه من الشاهد.. مرتدية روب المحاماه و الايشارب.

تمهيد وتقسيم:

إن فن المرافعة أمام المحاكم الجزائية هو أسلوب وموهبة وخبرة يمتاز به عضو النيابة والمحامين ذو الخبرة والحنكة وبه يلعب أطراف الدعوى الجزائية أدوارهم لغاية إيصال طلباتهم أو الرد على الدفوع المثارة من قبل الأطراف الأخرى المتنازعة ولذلك فإن الأمر يحتاج في البداية إلى الدراسة وتعلم ومن ثم كسب تلك الخبرة أمام المحاكم ولأهمية الموضوع من الناحية العملية والنظرية على حد سواء سوف نتناوله بالبحث هذا الموضوع على النحو التالي:

المبحث الأول: المباديء القانونية المتعارف عليها في المحاكمات الجزائيه.
المبحث الثاني: القواعد الاساسيه لعضو النيابة العامة في عملية الترافع أمام المحاكم.
المبحث الثالث: القواعد الاساسيه لوكلاء الدفاع في عملية الترافع أمام المحاكم.
المبحث الرابع: انواع الطلبات والدفوع في المواد الجزائية.
المبحث الخامس: التوجيهات الاساسيه في كتابة المرافعات الجزائية.

المبحث الاول
المباديْ القانونيه المتعارف عليها في المحاكمات الجزائيه

تمهيد وتقسيم:
هناك العديد من المباديء القانونية التي سمت الى مستوى الدستورية بالنص عليها في الدستور تحكم عملية المحاكمات الجزائية، ومنها علانية المحاكمه، وشفويه المحاكمة، ومبدأ المواجهه الجزائية ومبدأ الاصل في المتهم البراءة ومبدأ الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي وصيانة حق الدفاع وتدوين اجراءات المحاكمة، واخيراً ان الاصل مبدأ الاجراءات قد روعيت، وهو ما سنتناوله بايجاز في البنود التالية:

اولاً: مبدأ علانية المحاكمة:
يتميز التحقيق النهائي الذي تجريه المحكمة عن التحقيق الابتدائي الذي تجريه النيابة العامة بالعلانية كأصل من أصول المحاكمات الجزائية وعلى ذلك نصت المادة ٢٣٧ إجراءات جزائية بأنه تجري المحاكمة بصورة علنية ما لم تقرر المحكمة إجراءها سرية لاعتبارات المحافظة على النظام العام أو الأخلاق، ويجوز في جميع الأحوال منع الأحداث أو فئة معينه من الأشخاص من حضور المحاكمة ويقصد بالعلانية تمكين الجمهور بغير تمييز من الدخول إلى القاعة التي تجري فيها المحاكمة والاستماع إلى ما يدور فيها من إجراءات المحاكمة، والغاية التي يتغياها هذا الأصل الهام من أصول المحاكمات الجزائية هي تمكين الرأي العام من مراقبة إجراءات المحاكمة بنفسه فيبعث هذا على الثقة في المحاكمة وفي عدالتها وجديتها ومن باب أولى تمكين الخصوم بأنفسهم من ذلك. فالعلانية ضمانه من ضمانات حقوق الانسان واحد المبادئ العامة للقانون وهي ما نصت عليه الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان المادة ١/٦، وكذلك المادة (١٠) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

ثانياً: شفوية المحاكمه:
يقصد بشفوية المرافعة أو المحاكمة ان يجرى شفوياً وبصوت مسموع للكافة كل ما يتم من اجراءات في الجلسة، فيجب ان تتلى في الجلسه وبصوت مسموع الاتهامات التي يحاكم المتهم من اجلها، ورده عليها، ومرافعة النيابه العامة، والمدعي المدني والدفاع واسئلة واجابات الشهود عليها وبذلك يستهدف مبدأ الشفوية بسط رقابة محكمة الموضوع على ما تم من إجراءات جزائية أمام سلطة جمع الاستدلالات وسلطة التحقيق الابتدائي وبذلك تستطيع المحكمة تقييم هذه الإجراءات والفصل فيما يوجه إليها من ملاحظات، انظر المادة (٢٠٧) إجراءات فلسطيني .

ثالثاً: مبدأ المواجهه في المحاكمة.
والواقع أن التزام المحكمة بمبدأ شفوية المحاكمة أو المرافعة إنما يرجع إلى تحقيق اصل آخر من أصول المحاكمات الجزائية هو مبدأ المواجهة بين أطراف الدعوى وهذا يعني انه لابد أن يواجه كل طرف من أطراف الدعوى بالادلة الموجهة ضد طلباته حتى يتمكن من تنفيدها، وهو ما نصت عليه

المادة ٢٧٣ إجراءات فقره (١) حيث ذكرت في عجزها (انه لا يجوز لها "المحكمة" أن تبني حكمها على أي دليل لم يطرح أمامها في الجلسة ....).

رابعاً: مبدأ الأصل في المتهم البراءة.

هو حق دستوري، ويعتبر هذا الأصل مبدأ أساسي في النظم الديمقراطية، ومفترض من مفترضات المحاكمة المنصفة، وقد وصفه مجلس اللوردات البريطاني بأنه خيط ذهبي في نسيج ثوب القانون الجزائي، ويعتبر من حقوق الإنسان، فقد نص عليه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة ١٩٤٨ في المادة ١/١١، كما أكد هذا المبدأ العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسه الذي وافقت عليه الجمعية العامة للأمم المتحدة عام ١٩٦٦ (المادة ١٤)، ونصت عليه الاتفاقية الاوروبية لحماية حقوق الإنسان والمواطن لسنة ١٩٨٩ المادة (٩٩)، ويعد هذا الأصل مبدأ أساسيا لضمان الحرية الشخصية للمتهم ومقتضاه أن كل متهم بجريمة مهما بلغت جسامتها يجب معاملته بوصفه شخصاً بريئاً حتى تثبت إدانته بحكم قضائي بات، وهو ما أكد عليه القانون الأساسي الفلسطيني في المادة (١٤) وبعض الدساتير العربية مثل: التونسي الفصل رقم ١٢ والسوري المادة (١/١٠) والليبي (المادة ١٥). ولكن هذا الأصل قابل لإثبات العكس بطبيعة الحال، وبذلك يعد قرينه بسيطة وفقا لقواعد الخصومة الجزائية وقواعد الإثبات الجزائية ويترتب على هذا المبدأ عدة نتائج هامه:

أولا: عدم التزام المتهم بإثبات براءته.

ثانياً: الشك يفسر لمصلحة المتهم.

خامساً: صيانة حق الدفاع باعتباره حقاً مقدساً:

ويعني هذا المبدأ انه يجب مراعاة حقوق المتهم والدفاع في كافة مراحل المحاكمة على أساس التساوي والتوازن بين الادعاء العام والدفاع، ولذلك تم النص على ان المتهم هو آخر من يتكلم وضرورة توكيل محام له في الجنايات "المادة ٢٤٤ إجراءات"، ويجب صيانة حق الدفاع وإلا ترتب على ذلك البطلان.

سادساً: الاقتناع الذاتي للقاضي:

هذا المبدأ يترك للقاضي الحرية في ان يقدر قيمة القضية، لا يملي عليه المشرع أي حجة معينة لاعمالها وعلى القاضي ان يبحث عن الادلة اللازمة ثم يقدرها في حرية تامة، الا انه مع ذلك يجب ان يخضع اقتناع القاضي دائما للمنطق والعقل، فلا يجوز ان يعني مبدا الاقتناع الذاتي للقاضي اطلاق حرية القاضي في ان يحل محل ادلة الاثبات تصوراته الشخصية وتخميناته مهما كانت وجهاتها .

هذا مع العلم ان الاثبات يعني ان القاضي حر في تقييم ادلة الاثبات دون قيد غير مراعاة واجبه القضائي، وهذا لا يعني انه يقضي بما يشاء، لان ذلك سيكون تحكما منه، ومن جهة اخرى فإن القاضي لتتكون القناعة لديه عملاً بنظام الاقتناع الذاتي عليه مراعاة ضوابط معينه اهمها ما يلي:

١- طرح الأدلة في الجلسه:
وهذا يعني ان القاضي ملزم بطرح الدليل، ومناقشته في الجلسة شفاهة وبحضور الاطراف، حتى يدلي كل واحد برأيه فيه، ومن ثم لا يجوز للقاضي الفصل في الدعوى اعتمادا على دليل وصل الى علمه الشخصي من غير ان يطرح للمناقشه في جلسة المحاكمة.
٢- بناء الحكم على اليقين والجزم:
في حالة الادانة لا بد من بناء الحكم القضائي على الجزم واليقين لا على مجرد الترجيح والتخمين والا وقع نقض الحكم المشوب بهذا العيب.
٣- ان تكون الادلة صحيحة ومشروعة
يشترط في الوسيلة التي اقتنع بها القاضي ان تكون صحيحة مشروعة من ثم فالوسيلة المحصل عليها بطريق غير مباشر كالنصب أو السرقه لا يمكن ان تعتبر وسيلة مشروعة للاثبات ما عدا أدلة البراءة.
٤- ان تكون الادلة مؤدية الى النتيجة التي وصل اليها الحكم:
بمعنى ان الادله المعتمد عليها في تاسيس الحكم قانونا وفقها مؤيدة النتيجة التي اعلنها الحكم والا تعرض هذا الاخير للنقض اما لانعدام التعليل او لعدم كفايته .
٥- تعزيز الادلة لبعضها (تساند الادلة):
ان القاضي وهو بصدد اقامة اقتناعة الذاتي عليه الا ينسى بان الادلة تعزز بعضها بعضاً بمعنى ان الادله الجزائية تستند بعضها الى بعض خصوصا في حالة الادانة.

سابعا: تدوين اجراءات المحاكمة:

يشترك التحقيق النهائي مع التحقيق الابتدائي في ضرورة تدوين اجراءاته فكل اجراء شفوي يتم امام المحكمة في الجلسه يجب ان يدون كتابته في محضر خاص يسمى محضر الجلسه يثبت فيه جميع ما ذكر في الجلسة من مرافعات ومناقشات وطلبات ودفوع .... الخ الماده ٢٥٣ اجراءات «يدون كاتب المحكمة جميع وقائع المحاكمه في محضر الجلسه ويوقع عليه مع هيئة المحكمة»، وبذلك فان حصلت منازعة فيها كان محضر الجلسه هو الحجة في ذلك.

المبحث الثاني
القواعد الاساسيه لعضو النيابة العامة

في عملية الترافع أمام المحاكم
(مرافعة النيابة)

أولا: مدلوله: الخطاب الذي يلقيه طالب الحق أمام القاضي ليقضى له به.

تعتبر المرافعة من أهم الوظائف التي يؤديها عضو النيابة العامة. فمن خلالها تقوم النيابة بشرح أدلة الاتهام وسرد ظروف الدعوى وتنبيه المحكمة الى مواطن الشدة أو الرافه التي تكون في القضية.

ثانياً: القواعد الاساسيه التي يجب على أعضاء النيابة العامة مراعاتها:

١- الإطلاع على الدعوى بعناية

لكي تكون مرافعة عضو النيابة على الوجه الأكمل يجب أن يقرأ قضيته من أولها لآخرها حتى يكون ملماً بقضيته محيطاً بتفاصيلها مستعداً للمفاجآت التي قد تثار بالجلسة ومطمئناً إلى انه سيجد لكل سؤال جواب ولكل إحراج رد.

٢- استقلال النيابة العامة عن القضاء .

اعضاء النيابه مستقلون عن المحكمه التي يزاولون اعمالهم لديها وليس للمحكمة ان تنتقدهم كما انه ليس من حقها ان توجه للنيابة أي توبيخ او نقد او لوم عند مرافعتها فأذا وقع منها شيء من هذا القبيل كان حكمها قابل للنقض وحق الرئاسة غير قائم .

لذلك فلو سمح للمحاكم بحق الرئاسة على اعضاء النيابة لكان في ذلك ضرر كبير على العداله نفسها لان النيابة عندئذ تخشى ان تغضب القضاء وتسعى الى استرضائه فتوافقه على آرائه ولو خالفت القانون ويترتب على استقلال النيابه العامه عن القضاء ما يلي:

١- ليس للمحاكم من حق في الحد من حرية النيابة في بسط آرائها في الدعوى العمومية إلا في حدود ما يقضي به النظام وحقوق الدفاع.

٢- ليس للقضاء الحق في توجيه اللوم و/أو التوبيخ لعضو النيابة مباشرة رعاية للحرمة الواجبة للنيابة العامة حتى لا ينقص من كرامتها امام الجمهور .

ولكن اذا ترائى للقضاء ان هناك شبهة في طريقة سير النيابة العامة في أداء وظيفتها فعلى القضاء ان يرفع الامر – بصفه سرية – الى النائب العام.

٣- حرية النيابه في ابداء اقوالها.

بناءً على ما تقدم فأن النتيجة الطبيعية لمبدأ استقلال النيابة عن المحكمة هي حرية النيابة في ابداء اقوالها بدون مقاطعة من المحكمة لأن في مقاطعتها ضرب من ضروب الرقابة عليها، الامر الذي

لايليق وعليه لا يجوز مقاطعة النيابة ولهذا فأن ممثل النيابة المترافع من حقه أن يقول كل ما يعتقد انه في مصلحة العدالة وتقديم كافة المستندات المؤيدة لدعواها دون مقاطعة من المحكمة ولو كان ذلك بحجة انتهاء الوقت المحدد للجلسة.

٤- توضيح فكرة غامضه في مرافعة النيابة .

ومع ذلك فمن حق القاضي ان يقاطع النيابة والدفاع لتوضيح فكرة غامضة او لاستبيان حجة قيلت باختصار لتفهم مغزاها على ان يكون ذلك بطريقة توقر دور النيابة في عملها.

٥- اختيار الفاظ تليق بمكانة النيابة.

ممثل النيابه المترافع – ان طعن على المتهم او شهود النفي – بما هو ثابت في الاوراق – فعليه ان ينتقي لذلك أخف الالفاظ وقعاً وأقلها إيلاما وان يلقي مرافعته في كثير من الحيطة والاتزان وان يصون أقواله من العبث حتى لا يترك للدفاع او غيره فرصة للطعن فيها.

٦- الترافع للمحكمة لا لجمهور الحاضرين بالجلسة.

كما يجب الا يغيب عن ذهن ممثل النيابه المترافع – انه يترافع للقاضي لا لجمهور فوظيفته محدده باقناع القاضي بما يراه حقاً لا باقناع الجمهور ولذلك فالمرافعه للقاضي يجب ان تقتصر على ما قد يكون محل شك او غموض او ما قد يكون محل ضعف من ادله الاثبات لتقويته او محل قوة في مركز الدفاع لهدمه كل ذلك بما يتفق مع الحق والضمير.

٧- عدم تجريح المدافعين.

يجب على عضو النيابة المترافع ألا يتعرض لما يجرح دفاع المتهم. حتى ولو أخطأ الدفاع وهاجم النيابة فعضو النيابه عليه ضبط نفسه وعدم الخروج عن طوره والدخول معه في معركة كلاميه وشقشقه لسانية عقيمة فالسكوت في اغلب الاحيان اقوى الردود على الكلام.

٨- مرافعة النيابة يجب ان تكون عالية الاسلوب بينة الحجج وافية بالمطلوب من غير اطالة فيما لا يفيد الاتهام لا سيما اذا وجد عضو النيابة المترافع نفسه امام هيئة من الدفاع عرفت ببلاغة التعبير وقوة الحجة فما اشق على سمعه العدالة من ان يقف ممثل الاتهام متلعثماً في دفاعه متعثراً في اقواله بينما القضية غنيه بالادلة والبراهين وممثل الاتهام لا يعرف كيف يبديها.

٩- عدم هيبة النيابة عند طلب توقيع اقصى العقوبة.

بعض رجال النيابة اثناء مرافعتهم يتهيبون طلب توقيع عقوبة الإعدام والتدليل على تناسبها مع الجريمة التي ارتكبها المتهم (كأن تكون الجريمه قصداً او تكون قتل مصحوب بعدة جنايات اخرى متوافرة فيه الظروف المشددة) وذلك خطأ من رجال النيابة وضعف؛ خطأ لان القانون نص عليها وضعف لأن عقوبة الإعدام متناسبة مع الجرم وما على ممثل الاتهام إلا ان يطلبها من القاضي ويلح في طلبها متى توافرت شروطها. وسنضرب مثالاً توضيحي لمرافعة من عضو النيابه في جناية قتل أعقبها جناية قتل اخرى وسرقة. فبعد ان استهل ممثل النيابة المترافع الظروف المشددة وشرح الادلة القائمة على المتهم ختم مرافعته متحدثاً عن الظروف المخففة متسائلاً، فأين اذن هذه الظروف المخففه؟ واين مكانها؟ أيجوز البحث عنها في سوابق المتهم؟ فما اسوأها من سوابق؟ أم يبحث عنها في الباعث له على ارتكاب الجريمه؟ لقد قتل ليسرق ولقد اسال هذا الدم الغالي البريء – الذي لاترده أموال الدنيا جميعها – ليكسب مبلغاً تافهاً. أم تبحثون عنها في وقفته امام القضاء؟ وها هو يقف لا موضع للندم في قلبه ولا أثر للأسف في نفسه يقذف في وجه القضاء

بالاكذوبه تلو الاكذوبه غير هياب ولا وجل ..
ان القتل افظع جريمة يرتكبها الانسان ضد اخيه الانسان، وقد ارتكب المتهم جريمتي قتل لا واحدة ويزيد جرم المتهم ان القتيلين لم يكونا غريبين عنه، فقد كانا يستقبلانه في دارهما كصديق يحيطانه بعطفهما ويمدانه بنصائحمها، فكان للاعتراف لهما بالجميل ان قتلهما وسرقهما في النهاية.
نطقت المحكمة بالعقوبة المطلوبة وهي عقوبة الاعدام وبذلك قضت محكمة النقض المصرية:
يكفي لتغليظ عملاً بالفقرة الثانية من الماده ٢٣٤ ع أن يثبت الحكم استقلال الجريمة المقترنة عن جناية القتل وتميزها عنها وقيام المصاحبة الزمنيه بينهما بان تكون الجنايتين قد ارتكبتا في وقت واحد او في فترة قصيرة من الزمن وتقدير ذلك مما يستقل به قاضي الموضوع فمتى قدر الحكم قيام رابطة الزمنية هذه فلا يجوزاثارة الجدل في ذلك امام محكمة النقض (١٩٦٢/١/٢٦ ص ٧٥).
١٠- النيابه خصم شريف في الدعوى قد تطلب البراءة او التخفيف او السقوط.
فكما ان لممثل النيابة ان يتشدد في الواجب وفي طلب توقيع اقصى العقوبه فليس هناك ما يمنعه من ان يكون رحيماً يطلب تخفيف العقوبه او الحكم بايقاف التنفيذ ... او الاكتفاء بالغرامه.. .بل ان من حقه ان يطلب البراءة اذا وضحت له وضوحاً لا محل للتردد فيه.
خلاصة القول، ممثل النيابة له قبل الجلسه ان يقرأ القضيه ويخرج منها بالراي الذي يرتئيه – ادانة او براءة – ولا يملك انسان في الوجود ان يجبره على ان يترافع بغير ما يمليه عليه ضميره وذلك لان الحق احق ان يتبع.
١١ – الخروج عن حدود الدعوى.
يضاف لما سبق ذكره ان وكيل النيابة ليس ملزماً اثناء مرافعته امام القاضي ان يقصر مرافعته في حدود الدعوى الماثلة امامه، وانما له ان يخرج عنها اذا كانت الدعوى تتطلب درساً اخلاقياً جديراً ان يقال.
١٢- عدم الخوض في المسائل السياسيه.
اخيراً: يجب على ممثل النيابة ان يبتعد عن الخوض في المسائل السياسية والمنازعات الحزبية، وان ينزه النيابة عن الخوض فيها احتفاظاً للنيابه بكامل استقلالها.
١٣- الاستعانة بالوصف والخيال.
كما لايعب على ممثل النيابة المترافع ان يستعين بخياله احياناً، فيصف الجريمة كما وقعت، وكما رأها في اوراق التحقيق، فأن اسعفه خياله واستطاع ان يصور للمحكمة تصويراً صادقاً، كيف ارتكبت الجريمة، كان ذلك افضل لاثبات التهمة من اطاله الشرح والوصف...

وصفوة القول:
١- مرافعة عضو النيابة امام المحكمة، الغرض منها تنبيه المحكمة لمواطن الشدة او الرافة التي تكون في القضية.
٢- استقلال اعضاء النيابة عن المحكمة عند اجراء مرافعتهم لديها.
٣- ليس للمحكمه توجيه اللوم والتوبيخ لعضو النيابة مباشرة وانما عليها ان ترفع الامر _ بصفة سرية الى النائب العام عند حدوث تقصير من عضو النيابة.
٤- لا يجوز مقاطعة النيابة اثناء ابداء اقوالها او عرض مستنداتها إلا لتوضيح فكرة غامضة او

حجة قيلت.
٥- الترافع يوجه للمحكمة لا للجمهور الحاضر الجلسة.
٦- عدم تجريح المدافع عن المتهم والارتفاع بمستوى الاسلوب، واختيار الالفاظ التي تليق بمكانة النيابة.
٧- عدم تهيب النيابة عند طلب توقيع اقصى العقوبة.
٨- النيابة خصم شريف في الدعوى وقد تطلب البراءة او التخفيف.
٩- يجب على عضو النيابة ان يختار اخف الالفاظ واكثرها لباقة في مواجهة الدفاع الحاضر في الدعوى.

المبحث الثالث
مبادئ الدفاع أمام الجنايات

أولاً: المقصود بحق الدفاع

حق الدفاع ضرورة لازمة لكل نظام يحاكم الجاني عن جريمته، فهو حق وجد عند وجود القضاء، ولا يتصور وجود قضاء بغيره.

ولذلك وجود مدافع عن المتهم في الجنايات أمر واجب والإخلال به يستوجب بطلان إجراءات المحاكمة ولذلك يجب ندب محامي للدفاع عن المتهم ولمحكمة البداية ندب محامي يتولى الدفاع عن المتهم إذا تغيب المحامي المعين من المتهم يوم الجلسة، ولا يعد ذلك إخلالاً بحق الدفاع،حيث أن هذا الأجراء يعد ضرورياً ووجوبياً على المحكمة في حال عدم توكيل محامياً للدفاع عنه (م٢٤٤ إجراءات).

وإذا صدر حكم على المتهم في غيبته من غير سماع دفاعه ثم حضر أو قبض عليه يعاد نظر الدعوى أمام المحكمة ليدلي بدفاعه في التهمة أو التهم المنسوبة إليه. (م٣٩٥ إجراءات) ويجب عدم مقاطعة الدفاع أثناء مرافعته والقانون أوجب في سبيل حماية المتهم أن يعاونه محاميه أمام المحكمة، فبدون هذه المعاونة قد يذهب المتهم ضحية جهله وعدم اقتداره على النضال مع ذلك الخصم القدير وهو النيابة. وخلاصة القول أنه يجب أن يكون للمتهم في الجنايات محامي يدافع عنه ويجب على المحكمة ألا تقاطعه أثناء المرافعة وإبداء دفاعه إلا إذا خرج المحامي على غير ما هو مألوف ولائق بالمحاكم، كما أنه من حق المحكمة منع المتهم أو محاميه من ذكر أشياء لا دخل لها في موضوع التهمة ولذلك يجب عدم إطالة المرافعة دون مبرر وإذا تبين للمحكمة أن الغرض من إطالة المرافعة من قبل المحامي إنما هو تعطيل سير العدالة تحت ستار حرية الدفاع- جاز لها أن تحثه على التركيز في حديثه على الحقائق الغامضة، والمقصود بالإطالة هنا... هو تلك الإطالة التي تخرج عن المألوف.

ثانياً: المقصود بالمرافعة أمام المحاكم:

هي احتكار مسلم به لأعضاء النيابة العامة والمحامين وتعتبر المرافعة من أهم مظاهر عمل المحامي، فهي من أنجح الوسائل التي يتبعها المحامي لدفع الأذى عن موكله، أضف إلى ذلك أن المرافعة العلنية – هي بلا مراء- عمل يساعد في توزيع العدالة بين الناس بالقسط، كما أن مرافعته هي السبيل الوحيد ليظهر الدفاع للملأ تفوقه... والمنهاج الذي يسير عليه... والدروب التي يقوم بالتركيز عليها ومدى لباقته في الحوار.

ثالثاً: واجبات المحامي

١- واجبات المحامي المترافع نحو المحكمة

واجب المحامي المترافع نحو المحكمة هو أن لا يدخل قاعة الجلسة إلا مرتد ثوب المحاماة (روب)، لآن إرتداء هذا الثوب فيه إظهار لشخصه أمام زملائه والجمهور والحراس والذين قد لا يعرفون شخصه وأرى أنه يجب أن يلتزم أيضاً القاضي بهذا المبدأ وتكون المعاملة بالمثل وكذلك لا تجوز الأهانة التي

تقع من الدفاع على المحكمة ولا أبالغ إن قلت أن هناك إعتداءات جمة قد تقع من المحامين أثناء إنعقاد الجلسة، وهي تعرض المحامي لأن تحكم عليه المحكمة بالعقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات، كذلك فأن إهانة المحكمة والنيابة للدفاع أمر مرفوض ويجب الرد عليه بطريقة قانونية.

٢- واجبات المحامي المترافع تجاه عضو النيابة

المحامي المترافع من حقه أن يهاجم أدلة النيابة وإستنتاجاتها ولكن ليس له أن يهاجم شخص ممثلها أثناء المرافعة، فإن فعل ذلك كان معتدياً على المحكمة أثناء إنعقادها، ولو كان ذلك بقصد الاحتجاج على الأهانة التي وقعت عليه... والحكمة من ذلك هي حفظ النظام بالجلسات القضائية، حيث أنه ليس من النظام في شيء تبادل الأهانة أو الأسترسال فيها مع عضو النيابة، فإن كان هناك إحتجاج من المحامي المترافع على إهانة فيجب أن يكون هذا الإحتجاج صادر بطريقة موزونة لا مهينة ولا خارجة على حدود اللياقة الأديبة ويحق للدفاع اللجوء إلى التفتيش القضائي للنيابة العامة ضد عضو النيابة الخاطىء.

٣- واجب المحامي المترافع نحو زملائه في الجلسة

على المحامي المترافع أن يلاحظ أن محامي خصمه، إنما هو زميل له، فليس من حقه أن يقاطعه أثناء المرافعة، ولا يستفزه بقول جارح أو كلمة قاسية، فاللغة العربية غنية بالأساليب ومليئة بالعبارات التي تمكن المحامي من أن يقول كل ما يريد أن يقوله من غير أن يجرح محامي خصمه أو يعتدي على كرامته.

٤- واجب المحامي المترافع نحو خصمه

لا يقل واجب المحامي المترافع نحو خصمه أهمية عن واجبه نحو زملائه ونحو بقية الناس، فعلى المحامي المترافع أن يتحلى بصفات الدفاع حتى يكسب إحترام الموكلين والخصوم وتقدير الزملاء والقضاء، ومن هذه الصفات أن يكون متوازن، لا يسب ولا يكذب ولا يفتري، وأن يعرف لنفسه كرامتها وأن يكون مسلكه مهذباً.

وما أجمل أن نكتب حكمة قالها الفقية « مونتسيكو» مخاطباً بها جموع المحامين (أيها المحامون – إن فيكم غيرة على حقوق موكليكم ... ولكن غيرتكم يجب ألا تنهيكم ما يجب عليكم نحو خصومكم ... فلا شيء يؤلمنا أو يكدر صفونا أكثر من تجاوز بعض ألسنة المحامين حد الكمال في المقال ... فالذي يحزننا ويبكينا... أن خصم يتأذى شرفه وتهان كرامته، وتنتهك حرمته، بقوارض المطاعن والكلام.

وهناك مثال أخر لأحد الموكلين يدافع عن نفسه بسبب تجريح محامي الخصم له حيث وقف أحد الخصوم أمام المحكمة موجها كلامه للقضاء على تجريح المحامي الخصم له فماذا قال (أيها القضاة إننا أتينا للمثول بين أيديكم، فكان خظنا أن رمينا بالنقائص وألبسنا جلابيب المخازي، ولقد أنكشفت لكم جراحنا فلم تضمدوها وجلستم لتنصفونا من إساءات أصابتنا بعيداً عنكم، فسمعنا من الأساءات أمامكم ما هو أعظم وأشد وقعاً ... تقولون أنكم وليتم القضاء لتحفظوا أرواحنا وأموالنا.... نعم .... إن شرفنا أعز عندنا من كل شرف ومن كل مال..... فإن لم تستطيعوا أن تردوا عنا جماح خطيب أخذته حدته فدلونا على مجلس قضاء أعدل منكم ..... ثم أستطرد الموكل موجهاً خطابه للمحامين.. أيها المحامون، ليس لنا طاقة على إحتمال مثل هذا العتب والتعنيف ولا نريد أن يقال إنكم كنتم في ترك الواجب عليكم أسرع منا في إستنهاضكم إلى أدائه.

٥- واجب المحامي المترافع نحو الشهود
وإذا كان لا يليق بالمحامي أن يجرح خصم موكله، فأنه من باب اولى يجب عليه أن لا يتعرض للشهود إلا بالحيطة والحذر.
فمن المسلم به، أن المحامي المترافع قد يتجاوز الحد أحياناً عند أدائه لواجبه فمثلاً عندما يقوم المحامي بتفنيد الشهادة وبيان سقوطها، فإنه قد يرجع على الشاهد بما يحط من قدره ويسقط إعتباره، وبذلك ينسى المحامي المترافع أو يتناسى أنه قد يلحق ضرر برجل من الأخيار جاء لأداء شهادته.
وبناء على ما تقدم يجب على المحامي المترافع الحاضر عن الخصم، أن يمتنع عن سب الخصوم أو الشهود/ وذكر الأمور الشخصية التي تسيئهم، وإتهامهم بما يخدش شرفهم أو سمعتهم .... ما لم تستلزم حالة الدعوى هذا الإتهام وبشرط أن يكون المحامي المترافع وحده مسئول عن هذا التجريح.

رابعاً: طريقة إعداد المرافعة

المحامي مطالب بأن يعد مرافعته ويستعد لها، ويلم بأطراف قضيته وعليه أن يعرف مواطن القوة في قضيته وكيف يظهر على أتم صورة، ويلتمس نقاط الضعف في قضية خصمه فيعد هجومه عليه منها ويسد منافذ القول.
أما المحامي الذي يتقدم للمرافعة من غير سابق إستعداد، إرتكانا على ما يظنه في نفسه من قدرة على الخطابة وعلم بأساليب الكلام.... مثل هذا المحامي إن كان يستطيع أن يقول كلماً مرتباً يسر الجمهور ويسر موكله المسكين لجهله، فأنه لن يستطيع أن يغش خصمه (نيابة أو دفاعاً) ولن ينجح في زحزحة رأي القاضي قيد أنملة لناحيته.
ولذلك وجب المحامي المترافع في القضية أن يلم بموضوع الدعوة تمام الإلمام ويكون ذلك بقراءة القضية والألمام بكل دقائقها وإستكمال دوسية القضية بالمستندات والبينات التي يرى المحامي ضرورة ضمها للقضية، وبعد ذلك يبدأ المحامي بإعداد خطة دفاعه.

طريقة الأدلاء بالمرافعة والتعبير عنها

الغرض من المرافعة هو إقناع القاضي بمواطن الحق حتى يقضي بها القاضي وإهدار موطن الباطل فيما يدعيه الخصم.
١- البلاغة المعتدلة: المرافعة تتطلب بلاغة معتدلة لا تكليف فيها وتتطلب أيضاً إعتدال في الألفاظ وتقليل في الأشارات .... والإبتعاد عن كل ما هو تمثيل فكلما إستخدم المحامي الألفاظ السهلة والبسيطة، كلما كان لذلك تأثير في إقناع المحكمة وإكتساب وجهة نظرها.
٢-إيجاز المرافعة: يجب على المحامي المترافع أن يوجز في مرافعته بحيث تكون جامعة مانعة وفي ذلك الخير الكثير لقضيته، لأن إيجاز المرافعة فيها إقناع للقاضي بما ورد من حجة قوية. أما المحامي الذي يطيل مرافعته، فأن الأطالة في ذاتها مضرة بالمرافعة حيث وهو في سبيل الأطالة يكدس الحجج الواحدة تلو الأخرى (القيمة وغير القيمة، القوية والضعيفة) ويتقدم بسرد هذه الحجج للقاضي إحداها قوية والباقية ضعيفة فتمر الحجة القوية على ذهن القاضي من غير أن تعلق به وتسقط في فيض الحجج التافهة.
٣- بساطة التعبير: يجب على المحامي المترافع أن يترافع ببساطة مدهشة، وبلغه تكاد لا تفترق عن

لغة التخاطب العادية، واضحة جلية مرتبة، ويستطيع بنبرات صوته، وجمال معانيها وبلاغة تعبيره، وقوة حججه أن يسيطر على مسامعه بالجلسة من جمهور وزملاء وقضاة.

خامساً: شروط المرافعة

١- وحدة الموضوع.
٢- ترتيب الكلام وترتيب الأفكار بحيث يبدأ أولاً بالفكرة البسيطة ثم يتدرج حتى يصل إلى قمة ما يريده، وفي القمة يبدأ إنفعاله ويظهر صوته وتقوى عبارته.
٣- المحامي المترافع عليه عند عرض الموضوع أن يستند على أدلة تؤيده أو ادلة تدفع ما يعارضه كما يجوز له أن يرد على تلك الدفوع التي يمكن أن تعارضه وأن يكون في ذلك فاحصاً ومتبسطاً في إستخدام العبارات.

سادساً: واجبات المحامي المترافع:

١- على المحامي المترافع أن يبحث أولاً وقبل كل شيء عن الحقيقة والفكرة الأساسية التي تستند عليها مرافعته، وأن يبتعد بقدر الإمكان عن الكلمات الطنانة والرنانة التي تمل منها المحكمة.
٢- أن يقوم المحامي بإعداد مرافعته، فيبدأ بدراسة أوراق الدعوى وتحضيرها بمراجعة ما يلزم من النصوص القانونية، ويكون كل ذلك قبل يوم المرافعة حتى إذا حان وقت المرافعة عرض الجوانب القانونية بكل سهولة ويسر.
٣- يجب على المحامي المترافع أن يحترم هيبة القضاء فلا يطرق على المنصة بيده، وذلك لأن هيبة إجلال المنصة من هيبة وإجلال المحاماة.
٤- على المحامي المترافع أن لايقدم على المرافعة إلا إذا كان مستعد بالحجة الدامغة.. مستعد بالأسانيد اللازمة للموضوع الذي ينوي المرافعة فيه.
٥- لو خرج المحامي المترافع عن طور الوقار الذي يتحلى به كل محامي لأدى ذلك إلى أن يفقد موكله وقضيته ونفسه.

سابعاً: القواعد الأساسية التي يجب على وكلاء الدفاع مراعاتها

١- **الاعتدال في المرافعة:** يجب أن يكون المحامي المترافع معتدلاً في مرافعته بحيث لا يرمي زميله بشيء يجرحه، صحيح أن المرافعة جذب ودفع ولكن ذلك لا يجعل المحامي المترافع يفلت زمام أعصابه ... فالالتزام بحدود الاعتدال أثناء المرافعة يجعل مطلع مرافعته يمتاز بعنصر الجذب ولفت الأنتباه ... وخاتمة مرافعته شيقة حسنة.
٢- **حيوية المرافعة:** من الغريب أن يعتقد البعض أن المقصود بحيوية المرافعة هو رفع الصوت والأكثار من حركات الجسم واليدين... والضرب على منصة القضاء ... أو بالبكاء المفتعل .... فكل ذلك يعتبر عيوباً وخطأ ويجب على الدفاع المترافع أن يتحاشاها فحيوية المرافعة .... إنما تكون في الصوت الذي يرتفع عند الأقتضاء فيجلجل قاعة الجلسة... وينخفض عند الحاجة فينقلب همساً بين المحامي والقاضي لا يكاد يسمعها غيرهما فالارتفاع بالصوت ثم الهمس هي من الوسائل الحيوية للمرافعة يدخل فيها عنصر التشويق، وحيوية المرافعة أيضاً تكون بطريقة

سرد الوقائع وشرح التدليل عليها، وفي ترتيب الأدلة وتنسيقها، وفي قول ما يجب أن يقال، وفي إغفال ما لا فائدة من ذكره، فالحشو الزائد في المرافعة غير مطلوب.

٣- قوة التدليل: تعد قوة التدليل الوظيفة الأولى للمحامي، إن لم تكن الوحيدة، لذلك يجب على المحامي المترافع الإبتعاد عن كل ما لا علاقة له بموضوع القضية والإقتصار على ذكر الأدلة التي تؤيد وجهة النظر التي يدافع عنها المحامي، وسردها بطريقة تظهر قوتها.

أسلوب المرافعة

١- طريقة الإرتجال: الارتجال الذي نقصده هو ارتجال اللغة والصيغة والألفاظ التي يعبر بها المترافع من الحجج والأفكار التي أعدها ورتبها وتذوقها في سكون مكتبه وهدوئه ويمكن أن يعود نفسه على مثل هذا الإرتجال ويروض لسانه على إتباعه، ويجب على المحامي المترافع أن لا يمسك بورقة بين أصابعه، ولا ينظر بعينيه إلى سطور مخطوطه، ولا يقيد تفكيره بالذاكرة التي قد تخونه، بل عليه أن يكون حراً طليقاً ويكون كمن يصارع الأمواج في حلقة السباق للوصول بالموكل إلى بر الأمان.

٢- سعة الإطلاع: على المحامي المترافع (إتهاماً ودفاعاً) أن يكون ملم بشتى العلوم المختلفة، لأن بضاعته لن تكون غنية إلا بكثرة القراءات وسعة الأطلاع، ولا يكفي في المحامي المترافع أن يكون ملماً بلغته متقناً لاسالبيها وتعابيرها، بل هو في حاجة لمعرفة لغة أو لغتين من اللغات الأجنبية الأخرى لأن تلك اللغات في وقتنا الحاضرهي الوسيلة الوحيدة لتوسيع محيط إطلاعه، كما أنه يقتبس منها ويدخل إلى لغته تعابيراً جديده تدخل على أسلوبه رونقاً وقوة. ولا يكفي من المحامي المترافع أن تقتصر معرفته على نصوص القوانين وقضاء المحاكم وأقوال الشراح، وإلا كانت مرافعته جامدة ومملة لما إستطاع أن يحسن الدفاع في مختلف الوسائل التي تعرض على المحاكم فالمحاكم اليوم تعرض عليها خلافات تتصل بالمال والصناعة والتجارة والطب والهندسة والعمارة والموسيقى....ألخ، فلكي يقول المترافع كلمته في شأن كل هذه الشئون عليه أن يكون ملماً بها، مطلعاً على الأقل على أساسياتها.

٣- الفراسة واللباقة: هو الذي يعرف متى يتقدم بطلبه للقاضي، وفي أية صيغة يضعه حتى لا يقابل طلبه بالرفض، وأمر كل ذلك موكول لفراسة المحامي، والفراسة ملكة لا تدرس في الكتب ولا في المدارس وإنما الفراسة هي مجموعة من الأستعداد الفطري والتجارب والمقدرة على اللعب بالألفاظ والصوت والأشارات ومتى صدقت فراسة المحامي المترافع فإنه يستطيع أن يرغم المستمع إليه أن ينطق بالحق ولو كان متحيزاً بالباطل، أما إذا أخطأت فراسة المترافع فأن محاولاته كلها تذهب سدى.

٤-فن الإلقاء: هو ملكه - بل إن شئت قلت هي صناعة تكتسب بالدرس والمران وأفضل طريقة للإلقاء التأني في النطق والتلفظ بكل الكلمات وبجميع الحروف، ولهذا التأني الفائدة الكبيرة، فهو يعصم المترافع من أن يضع لفظاً بدل لفظ .... أو أن يسبق عبارته بلفظ لم يكن يريدأن يقوله.. كما أن التأني في الألقاء يسهل على السامعين تتبع أفكاره والاقتناع بحججه.

وأخيراً هناك بعض العيوب يقع فيها المترافعين عند إلقائهم للمرافعة وهم لا يشعرون ومن أهمها: من المترافعين من يدغم الحروف ببعضها البعض، ومنهم من يسرع في النطق حتى يصعب

على المستمع أن يتبع ألفاظه أو يتفهم ما يقوله. وتلك هي عيوب فن الإلقاء لا بد الحرص لعدم الوقوع في براثنها، ويرى /المستشار حامد الشريف أنه لا يشترط أن تكون المرافعة كلها باللغة العربية الفصحى،بل يجوز الجمع بين تلك واللغة العامية بل العبرة بالألقاء الجيد.... من جهارة الصوت وحسن مخارج الحروف، كما يرى ضرورة الإشارة باليد.

ونرى بعكس هذا الاتجاه إنه لا بد من الأقلال من إشارة اليد والاعتماد على قوة المرافعة وحجتها ... وعدم إرهاق المحكمة والإطالة بحشو وتزيد لا طائل منه.

إلا أن المستشار /حامد الشريف يرى: أنه يجب التشديد على الكلمات المهمة وتغيير طبقات الصوت... ثم التوقف قبل وبعد الأفكار المهمة .... وتغيير سرعة الصوت.

ومع ذلك إذ أمكن للمحامي أن يقوم بهذا الدور فهو بلا شك سيكون متميزاً عن الأخرين ما دام قد أبدى دفاعه في عبارات واضحة وكان معاني تلك العبارات واضحة وكانت معاني تلك العبارات ظاهرة جلية وكان ذا إطلاع واسع وثقة بالنفس بما ألم به من أصول اللغة العربية ويضرب الأمثلة ويسوق الأدلة فهو في الطريق الصحيح.

ومن مبادىء شيوخ المحامين ما يلي:

١- لا تغضب قاضيك ولا تتملقه.

٢- عليك أن تثير إنتباه قاضيك من العبارة الأولى.

٣- ركز إنتباهك على أن تكون مرافعتك لقاضيك وليس للجمهور.

٤- عليك أن تكون بسيطاً فعلاً لا مقلاً ولا متملقاً.

٥- ركز على الجانب السيء من القضية وفنده.

٦- تمسك بالحجة القوية وليكن دفاعك كاملا.

٧- يجب عليك الاحاطة بالقضية وأشخاصها احاطة تامة.

٨- كن ثابتا وواثقا من نفسك عند المفاجأت.

المبحث الرابع
أنواع الطلبات والدفوع

الدفوع التي يتقدم بها الدفاع عن أحد الخصوم قد تكون موضوعية، وهذه من الأصوب أن نطلق عليها أوجه الدفاع وقد تكون قانونية وهذه هي التي يصح أن تحمل وصف دفع.
وأوجه الدفاع الموضوعية لا حصر لها وتختلف من دعوى أخرى، وتدور كلها إما حول عدم ثبوت الواقعة، وإما عدم صحتها أو عدم صحة إسنادها إلى المتهم وقد تدور حول عدم أهميتها- أذا أريد بها التأثير في تقدير العقوبة فحسب، أما الدفوع القانونية فهي تلك التي تستند إلى نصوص خاصة في قانون العقوبات أو في قانون الإجراءات، وهذه يمكن حصرها، ولكنها مع ذلك في حكم أوجه الدفاع الموضوعية، وتلحق بها- ما دامت تقتضي تحقيقاً في موضوع الدعوى، فلا يجوز إثارتها لأول مرة أمام محكمة النقض.
من الدفوع الموضوعية الجوهرية – أو أوجه الدفاع الموضوعية الدفع بعدم توافر ركن من أركان الجريمة أياً كان نوعه: مثل الدفع المادي، أو المعنوي، أو القصد الخاص أو السببية بين الفعل والنتيجة المعاقب عليها....
والدفع كذلك بعدم ثبوت أي ركن من اركان الجريمة في حق المتهم أو بعدم إسناده إليه أو بالأقل قيام شك في هذا الإسناد بما يستوجب الحكم ببراءة المتهم، ومثله الدفع بعدم ثبوت ظرف مشدد قانوني من الظروف التي طلبت النيابة العامة تطبيقهاعلى الواقعة أو بعدم تحققه بحسب وقائع الدعوى.
وينبغي التمييز بين نوعين مختلفين من الدفوع القانونية:
أولهما: يمثل تلك التي تستند إلى نصوص القانون الموضوعي أي قانون العقوبات.
ثانيهما: يمثل تلك التي تستند إلى نصوص قانون الإجراءات الجزائية.

١) التعرف بالدفوع وأنواعها:
يطلق إصطلاح الدفع بمعناه العام على جميع وسائل الدفاع التي يجوز للخصم أن يستعين بها ليجيب على دعوى خصمه، بقصد تفادى الحكم لخصمه بما يدعيه.
والوسائل التي يستعين بها الخصم ويطعن بمقتضاها في صحة إجراءات الخصومة دون أن يتعرض لأصل الحق الذي يزعمه خصمه فيتفادى بها مؤقتاً الحكم عليه بمطلوب خصمه كأن يجيب بأن الدعوى قد رفعت إلى محكمة غير مختصة أو رفعت بإجراء باطل، ووسائل الدفاع هذه تعرف بالدفوع الشكلية وأشار إليها قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية بعبارة (الدفوع الجائز إبدائها قبل التعرض لموضوع الدعوى).
أما وسائل الدفاع المتعلقة بأصل الحق، أي توجه إلى ذات الحق المدعى به، كان ينكر وجوده أو يزعم إنقضاءه، فهي تعرف بالدفوع الموضوعية.
وأما الوسائل التي ينكر بها الخصم سلطة خصمه في إستعمال الدعوى كأن يزعم مثلاً إنقضاء صفة الخصم في إستعمال الدعوى أو سبق صدور حكم في موضوعها فهي تعرف بالدفوع بعدم قبول.

فلمدعى عليه اذا اجاب على ما يدعيه خصمه بدفع وجه للخصومة فيكون دفعه شكلياً، واذا وجه الدفع لأصل الحق الذي يديعه خصمه فيكون دفعاً موضوعياً، واذا وجه للدعوى فيكون دفعاً بعدم القبول.

٢) أهمية التفرقة بين الدفوع الشكلية والموضوعية:

تشترك الدفوع الشكلية في صفات خاصة تتميز بها عن الدفوع الموضوعية وهي:

أولاً: أنها تبدى قبل التكلم في موضوع الدعوى: أي في بدء النزاع وإلا سقط الحق في الأدلاء بها على اعتبار أن صاحب الحق فيها قد تنازل عنها وهذه القاعدة تتماشى مع المنطق السليم إذ أنه من الطبيعي ألا يسمح للمدعى عليه بالتراخي في إبداء هذه الدفوع التي لا تمس اصل الحق بعد التكلم في الموضوع، وذلك منعاً من تأخير الفصل في الدعوى هذا بالنسبة للدفوع التي لا تتعلق بالنظام العام، أما الدفوع المتعلقة بالنظام العام فيجوز إبداؤها في أية حالة تكون عليها الدعوى، كالدفع بعدم الاختصاص المتعلق بالوظيفة أو بنوع القضية.

ثانياً: يجب إبداء جميع الدفوع الشكلية معاً وبشكل متسلسل وبأسبابها قبل التكلم في الموضوع، وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها، ما لم يتصل بالنظام العام، وعلى ذللك يعتبر تنازلاً عن الدفع الشكلي مجرد تقديم دفع أخر عليه، أما الدفوع الموضوعية فلا يعتبر تنازلاً عن الدفع الموضوعي مجرد تقديم دفع أخر عليه.

ثالثاً: إن المحكمة كقاعدة عامة تفصل في الدفع الشكلي قبل البحث في الموضوع لأن الفصل في الدفع الشكلي قد يغنيها عن التعرض للموضوع، إذ يترتب على قبوله إنقضاء الخصومة أمامها، ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تضم الدفع إلى الموضوع إذا رأت أن الفصل في الدفع يستلزم ببحث الموضوع وفي هذه الحالة تصدر فيها حكماً واحداً بشرط أن تبين في حكمها ما قضت به في كل منهما وللمحكمة على الرغم من قرار الضم، أن تحكم بعدئذ في الدفع الشكلي وحده بقبوله، وعندئذ قد يغنيها هذا الحكم عن نظر الموضوع وعند تعدد الدفوع الشكلية، يجب على المحكمة أن تقضي أولاً في الدفع بعدم الاختصاص – أيا كان نوعه – ثم تتدرج بعدئذ لباقي الدفوع والدفع بعدم القبول إذا كانت قد قضت باختصاصها بنظر الدعوى، لأن المحكمة لا ولاية لها في القضاء بباقي الدفوع الشكلية ما لم تكن مختصة بنظر النزاع.

رابعاً: أن الحكم الصادر بقبول الدفع الشكلي لا يمس أصل الحق، وبالتالي لا يترتب عليه إنهاء النزاع وإنما يترتب عليه إنقضاء الخصومة أمام المحكمة، كما هو الحال بالنسبة للحكم الصادر بقبول الدفع بعدم الاختصاص أو ببطلان ورقة تكليف الحضور، ويجوز تجديد الخصومة بمراعاة الأجراءات الصحيحة إذا لم يكن الحق قد سقط لسبب من الأسباب.

أما الحكم الصادر بقبول الدفع الموضوعي فيترتب علية إنهاء النزاع على أصل الحق المدعى به، وهذا الحكم يحوز حجية الشيء المحكوم به فلا يجوز تجديد النزاع أمام المحكمة التي أصدرت الحكم او أية محكمة أخرى.

٣) الدفوع الموضوعية:

الدفع الموضوعي يوجه لذات الحق المدعى به كأن ينكر وجوده أو يزعم سقوطه أو إنقضائه كالدفع ببطلان سند الدين أو بتزويره والدفع بانقضاء الدين بالوفاء.

والدفوع الموضوعية تشمل كل دفع يترتب على قبوله رفض طلب المدعي ولهذا لا يتصور حصرها، فالدفوع الموضوعية يجوز إبدائها في أية حالة تكون عليها الدعوى وليس هناك ترتيب خاص فيما بينها ولا يعتبر تنازل عن الدفع الموضوعي تقديم دفع أخر عليه وبهذا تختلف عن الدفوع الشكلية.

٤) الدفع بعدم القبول:

الدفع بعدم القبول لا يوجه لإجراءات الخصومة ولا يوجه لذات الحق المدعى به بل يرمي إلى إنكار سلطة المدعي في إستعمال الدعوى فهو يوجه إلى الوسيلة التي يحمى بها صاحب الحق حقه، وما إذا كان من الجائز إستعمالها أما أن شرط الاستعمال غير جائز لعدم توافر شرط من الشروط العامة التي يتعين أن تتوافر لقبول الدعوى أو لعدم توافر شرط خاص من الشروط المتعلقة بذات الدعوى.

المبحث الخامس
التوصيات الاساسيه في كتابة المرافعات الختامية

على عضو النيابة العامة أو الدفاع على حد السواء حين الاستعداد للمرافعة الخطيه الختاميه القيام بالخطوات الاساسيه التاليه:

١- قراءة ملف القضيه قراءة جيده:

ويقصد بقراءة ملف الجنايه ... القراءة المتأنيه ... القراءة الدقيقة ... وبعناية وتركيز ... وذلك لعدة مرات لاستخراج المتناقضات والسقطات والمخالفات القانونيه التي وقعت فيها الاجراءات التي اتخذت في القضيه حتى تقديمها الى المحاكمه.

مثل التناقض بين الدليلين القولي والفني وكذا عدم جدية التحريات، وانتقاء حالة التلبس وبطلان التفتيش.

فالدفع ببطلان التفتيش مثلاً أنما شرع للمحافظة على حرمة المكان، ومن ثم فأن التمسك ببطلان تفتيشه لا يقبل من غير حائزه فأن لم يثره فليس لغيره ان يبديه ولو كان يستفيد منه، لان هذه الفائده لا تلحق الا عن طريق التبعيه وحدها .

قراءة ملف الجناية... يجب ان يبدأ بحسب الترتيب التاريخي والزمني للأحداث ... حيث ان محضر التحريات هو أول ورقه تحرر في أوراق القضية... وبعد ذلك تتلاحق الأحداث من استصدار أذن النيابة بالضبط و التفتيش، وتنفيذ اذن النيابة بالقبض على المتحرى عنهم وتفتيشهم وتفتيش مساكنهم وسؤالهم عن التهمه وأحالتهم للنيابة للتحقيق معهم وهكذا فإذا أردت ان تبدأ في قراءة ملف الجنايه او القضية فاقرأ بداية محضر التحريات ... حتى ولو سبق هذا المحضر أوراق أخرى ... مثل محضر الضبط او غيره.

٢- الإطلاع على المراجع الخاصة بموضوع القضية المعروضة:

من الخطأ الكبير الاكتفاء بقراءة ملف القضية او الجناية فقط ... ولكن لا بد ان يتم الإطلاع على المراجع الخاصة بموضوع القضية المعروضة عليك .....

فإذا كانت القضيةٍ المعروضة هي جناية حيازة أوإحراز مواد مخدره بقصد الاتجار في غير الأحوال المصرح بها قانوناً.... مثلاً.... فعليك القراءة في الموضوعات التي شملها قرار الاتهام المشار اليه وهي:

القراءه عن الحيازة والإحراز: ما هي الحيازة وهل هناك فرق بينهما وبين الإحراز..؟

القراءة عن المواد ألمخدره: التعرف على ألماده ألمخدره موضوع القضيه ....فاذا كانت مثلاً مادة الحشيش المخدره ... علينا ان تقف على تعريف هذه الماده وخصائصها وعما إذا كانت مادة مخلقة (مصنعة) ام نبات ام مادة طبيعية وكذا شكلها ولونها... الخ .

القراءة عن قصد الاتجار: معرفة قصد الاتجار ... وشروطه ومظاهره وهل هناك قصود أخرى بخلاف قصد الاتجار؟

والقراءه اخيراً عن الاحوال التي يجوز فيها للشخص ان يكون حائزاً حيازة مشروعة للمواد المخدره ... او بمعنى اكثر تحديداً معرفة الأحوال التي يصرح فيها للشخص بحيازة مواد مخدره إن وجدت.

وبعد قراءة ملف القضيه او الجنايه قراءة جيدة متأنية وكذا قراءة المراجع القانونيه الخاصة بالقضية المعروضة أصبح وكيل النيابة والأستاذ المحامي مستعداً استعداد ا جيداً لخوض معركة المرافعه والدفاع عن المتهم او المتهمين وهذا الاستعداد الجيد يزيد ثقته في نفسه أمام المحكمة... ويصبح واقفاً على ارض صلبه لأنه أصبح قارئاً وفاهماً وواعياً ومثقفاً ... وبالتالي فلن يأتيه الاهتزاز من أمامه او من خلفه، وهكذا يجب ان يكون دائماً عضو النيابة ومحامي الدفاع امام محكمة الجنايات ... او محكمة البداية.

أما ما نراه اليوم من قلة لا تراعي الله في اعمالها نجدهم حينما تسلم اليهم امانة المرافعه والدفاع في قضيه امام محكمة البداية... لا يسلكوا الطريق الصحيح للا ستعداد الجيد للمرافعة الدفاع ... وانما نجد البعض من هذه القله يتفحص ملف الجناية لأول مره في قاعة المحكمه قبل انعقاد المحاكمه بدقائق معدوده... نراه يلهث متسرعاً... يقلب في صفحات الجناية لعله يخرج منها بشيء في هذه الدقائق القليله ... تساعده في الوقوف أمام أمحكمه لعدة دقائق... حتى يرضى مسئوله او المتهم القابع وراء القفص الذي ينظر اليه في قلق ورجاء... وأهل المتهم الذين جاءوا وشاهدوا الأستاذ المحامي الذي اودعوه أمانه ابنهم لدفع التهمه عنه، ولكن للاسف تظل هيئة المحكمه على يقين ان مثل هذا الدفاع الواهن ... الضعيف لا يفيد المتهم ويظل على هيئة أمحكمه ان تبحث بنفسها عن أسباب البراءة للمتهم في الأوراق ...

واخيراً لا أجدني قد خرجت عن الأمر الطبيعي المألوف اذا قلت انه يجب على عضو النيابة والأستاذ المحامي الذي يجد في نفسه القدرة والرغبة للعمل في مجال العلوم الجنائيه او التعامل أمام محاكم الجنايات يجب عليه ان يقرا كثيراً في الكتب الادبيه والفنية والسياسية والعلمية والدينية ... وغيرها لان هذه الكتب تصقل ثقافة عضو النيابة والأستاذ المحامي وتعطيه القدرة على التصور والتخيل ما يجعله يكتسب أمكانية تصوير كيفية حدوث الواقعة أمام المحكمة أمنظوره أمامها القضيه .

وهنا سنجد أنفسنا أمام عضو نيابة ومحامي أديب ومثقف... ويؤكد هذا القول أننا نجد أن بعض كبار أعضاء النيابة العامة والأساتذة المحامين المشهود لهم بالكفأه والشهرة أمام محاكم الجنايات أدباء.. بل نجد البعض منهم يكتب للسينما وللاذاعه والتلفزيون، فالقراءة كما هي للروح هي أيضا غذاء للعقل للأستاذ العامل أمام محاكم الجنايات.

عضو النيابة والمحامي المثقف سواء الثقافة القانونيه او الثقافة العامة لديه القدرة على التصوير والتحليل للأحداث والوقائع أمام أمحكمه وكل ذلك سيكون له مردود حسن على المؤسسة القضائية والمحامين ومهنة المحاماة.

٣- كتابة مرافعة النيابة متضمنة العناصر التالية:

١- سرد الوقائع مدعومة بالادله الثبوتيه التي عرضت على المحكمة وتناقش بها الخصوم.

٢- من ثم تطبيق أو تكييف الوقائع المثبتة بالادله على العناصر القانونية للتهم المنسوبة للمتهم

من حيث الواقع المادي والمعنوي وعلاقة السببية مع الظروف المشددة إن وجدت.
٣- التركيز على بواطن الشدة في القضية وتوضيح النقاط الغامضة .
٤- تستطير المرافعة الختامية بلغه سليمة وببلاغه في وضع الوقائع كأن الجميع على مسرح الجريمة مما يقنع القاضي بصدق نسبة الاتهام الى المتهم الماثل أمام المحكمة.
٥- واخيراً طلب تجريم المتهم وتوقيع العقوبة المناسبة مع جُرمه.

ضمانات المتهم خلال مرحلة التحقيق الإبتدائي

المحامي
أشرف الدمنهوري– نابلس

المقدمة

إن موضوع «ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية خلال مرحله التحقيق الابتدائي»هو واحد من الموضوعات الإجرائية المهمة والحيوية التي تستحق الدراسة والبحث، بسبب كونه ينصب على التعرف على الضمانات القانونية التي يتمتع بها أفضل وأكرم مخلوقات الله وهو الإنسان،سيما عند التحقيق معه عن جريمة اتهم بارتكابها، ومن المعلوم أن هذه المرحلة من الدعوى الجزائية هي أكثر تعقيدا من مرحله المحاكمة، نظرا لتنوع إجراءاتها وتعدد الهيئات التي تقوم بها، فضلا عن كونها المرحلة التي تتعرض فيها حريات وحقوق الأفراد للمساس، فقد تقيد حرية الفرد ويوقف وتعطل طاقاته التي يكون أحوج ما يكون إليها مجتمعه، كما قد تكشف أسراره ويتعرض شخصه أو مسكنه للتفتيش، ورغم ذلك كله فقد يفضي التحقيق في نهاية المطاف إلى تبرئه المتهم. فمثل هذه الإجراءات وغيرها هي بلا شك ستمس حرية الفرد المتهم وتشكل تعديا على حرمه مسكنه وحقوقه الأخرى، لذا يجب أن تحاط بسياج من الضمانات لكي تمارس بشكل يضمن الموازنة بين حق المجتمع في الوصول إلى الحقيقة وعقاب المذنب عن طريق استخدام الأساليب العلمية الحديثة في الكشف عن الجريمة وعن شخصيه المذنب، وبين حق الفرد في عدم المساس بحريته وحقوقه، وهذا ما تهدف إليه السياسة الجزائية الحديثة ويقره المنطق الذي يقضي بأن ألمصلحه والعدالة إذا ما كانت تقتضي معاقبه مرتكب الجريمة، فإنها تقتضي كذلك الحفاظ على حريات الناس وحقوقهم وتمكين المتهم من الدفاع عن نفسه.

إن الذي دفعني لاختيار هذا الموضوع، هو كونه من الموضوعات ذات الصلة الوثيقة بحقوق الإنسان، تلك الحقوق التي حرصت البشرية جمعاء على صيانتها وأولتها المزيد من الاهتمام، فقد قننت التشريعات وعقدت الاتفاقيات التي جاءت مؤكده على احترامها. ومن المؤكد أن توفير الضمانات للفرد المتهم بجريمة معينه سيسهم وبشكل فعال في صيانة تلك الحقوق من الهدر والتجاوز، إلا بالقدر الذي يظهر وجه الحق سيما وأن مثل هذا الموقف الذي فيه المتهم قد يشجع على مثل هذه التجاوزات.

إن الحديث عن ضمانات المشتكى عليه (المتهم) في التحقيق الابتدائي يقتضي تحديد المقصود بالمشتكى عليه ثم بيان خطه دراسة هذه الضمانات.

أولا: تحديد المقصود بالمشتكى عليه (المتهم):

هو كل شخص تقام عليه دعوى الحق العام، فإذا كان الاتهام الموجه إليه هو ارتكاب جنحه سمي

(ظنينا) أما إذا كان الاتهام يتعلق بجناية سمي (متهما).

ثانيا: خطة البحث:

يمكن تقسيم ضمانات التحقيق الابتدائي إلى ضمانات عامة وضمانات خاصة، والضمانات العامة هي التي تتعلق بالتحقيق الابتدائي بصفه عامه، أما الضمانات الخاصة فهي التي تتعلق بإجراءات التحقيق.وإجراءات التحقيق بعضها خاص بجمع الأدله والبعض الآخر خاص بالإجراءات الاحتياطية ضد المشتكى عليه، وعلى ذلك نقسم هذا البحث إلى بابين كما يلي:

الباب الأول: الضمانات العامة للتحقيق الابتدائي.

الفصل الأول: حياد المحقق.

الفصل الثاني: حضور المتهم للتحقيق.

الفصل الثالث: سريه التحقيق.

الفصل الرابع: تدوين التحقيق.

الباب الثاني: الضمانات الخاصة بإجراءات التحقيق الابتدائي .

الفصل الأول: أعمال التحقيق الخاصة بجمع الأدله.

الفصل الثاني: ضمانات المشتكى عليه عند اتخاذ الإجراءات الاحتياطية ضده.

الباب الأول
الضمانات العامة للتحقيق الابتدائي

التحقيق الابتدائي هو الإجراء الذي تقوم به سلطة التحقيق بشأن جمع الأدلة والتصرف فيها. والسلطة المختصة بالتحقيق الابتدائي هي النيابة العامة ويجوز للنائب العام أو وكيل النيابة العامة المختص تفويض احد أعضاء الضبط القضائي المختص بالقيام بأي من أعمال التحقيق في دعوى محدده,وذلك عدا استجواب المتهم في مواد الجنايات على أن لا يكون هذا التفويض عاما. وهذا من نصت عليه المادة(٥٥) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني.
والغاية من التحقيق الابتدائي هي المحافظة على الأدلة التي جمعت في مرحله جمع الاستدلالات وتعزيزها بادله أخرى يكشف عنها التحقيق، وتمحيص جميع هذه الأدلة وتقديرها بغيه الوصول إلى اتخاذ القرار المناسب بصدد التهمه. وقد تتخذ في مرحله التحقيق الابتدائي إجراءات احتياطيه ضد المتهم بقصد منع هروبه أو منع تأثيره على التحقيق.

الفصل الأول
حياد المحقق

إن الهدف من التحقيق الابتدائي هو التحقق والتثبت من الأدلة وتقرير قيمتها من الناحية القانونية لإظهار الحقيقة، سواء كان ذلك في صالح المتهم أم في غير صالحه.لذا نرى أن من بين ما يضمن تحقيق العدالة الجزائية هو الفصل بين السلطة التي تتولى وظيفة الاتهام وتلك التي تتولى وظيفة التحقيق,بحيث تقوم بالأولى هيئه تتولى مراقبه تطبيق قانون العقوبات وتوجيه الاتهام ضد من يخرج عن أحكام هذا القانون لحماية النظام القانوني للدولة,ويقوم بالثانية جهة غير متحيزة مستقلة تتمتع بكافه الضمانات الأساسية من اجل المحافظة على استقلالها وحيدتها. ويمكن الوقوف على اتجاهين في هذا الصدد على النحو التالي:-
الاتجاه الأول: يرى ضرورة الفصل بين وظيفتي الاتهام والتحقيق الابتدائي بحيث يعهد إلى النيابة العامة بالاتهام والى قاض بالتحقيق الابتدائي.
ذلك أن النيابة العامة لو جمعت في يدها الوظيفتين فانه يكون لها مصلحه في إثبات الاتهام،الأمر الذي قد يدفعها إلى عدم تحقيق دفاع المشتكى عليه وإضاعة معالم الجريمة، يضاف إلى ذلك أن النيابة العامة تخضع لرئاسة السلطة التنفيذية وبالتالي فهي تنفذ أوامرها. هذا علاوة على أن الجمع بين الوظيفتين يترتب عليه اعتبار عضو النيابة خصما ومحققا في آن واحد، والخصم لا يمكن أن يوصف بالعدالة.
الاتجاه الثاني: يرى أن تجمع النيابة العامة بين وظيفتي الاتهام والتحقيق، ذلك أن وجهه النظر التي يعتنقها هذا الاتجاه تنظر إلى النيابة العامة باعتبارها خصم عادل مهمته الوصول إلى الحقيقة، فهي لا تحيل الجاني إلى المحكمة إلا بعد التثبت من اقترافه للجريمة وتمحيص الأدلة وتفنيدها، كما أن

هذا من شانه أن يفيد في سرعه انجاز القضايا الجزائية كما انه يقي الأدلة من الضياع.

رأينا في الموضوع:

إن كان لابد من إعطاء رأي بشأن مسألة الجمع أو الفصل بين وظيفتي الاتهام والتحقيق، فنرى أن العقل والمنطق يقضي بضرورة الفصل بين هاتين الوظيفتين المتعارضتين واناطة كل منهما بجهة مستقلة للأسباب التالية:-

١.إن هناك مبررات عمليه وفنيه تدعو إلى الفصل بين الوظيفتين لأن من شأن الفصل أن يؤدي إلى توزيع الاختصاص وتثبيته، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى إيجاد خبره فنيه عاليه وعطاء كامل للعمل وسرعه انجازه ورعاية أفضل لصالح الدفاع الذي طالما يخشى من انتقاص لضماناته فيما لو أنيطت الوظيفتان إلى جهة واحده.

٢. قلنا أن مسألة الحياد وعدم التحيز الذي يستلزم خلو الذهن عن كل فكره مسبقة والتجرد عن كل رأي سابق ,أمر أساسي في سلامه التحقيق. وبالتالي ضمانه أساسيه من ضمانات تحقيق العدالة. فكيف نكفل هذا الأمر لدى من يتولى التحقيق إن كان هو ذاته الذي يوجه الاتهام؟ هل نضمن عدم تأثر تقييم الأدله وفحصها بالانطباع الذهني الذي سبق تكوينه ضد المتهم ودفعه إلى توجيه الاتهام؟

٣. إن بعض التشريعات قد ذكرت أن من بين أسباب عدم صلاحية القاضي للنظر في الدعوى الجزائية إذا ما قام بعمل من أعمال الادعاء العام بسبب كونه سلطه الاتهام، ولا يجوز الجمع بين سلطه الاتهام والحكم. وذلك لان هذا الأمر من شأنه أن يسهم في تحقيق العدالة.ومن بين هذه التشريعات التشريع الفلسطيني,حيث نصت المادة (١٥٩) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني على ذلك تحت عنوان «تنحي القضاة وردهم عن الحكم».

٤. على الرغم من أننا نسلم مع القائلين بأن الادعاء العام ليس خصما في الدعوى الجزائية فضلا عن كونه الهيئة المكلفة بمراقبه تطبيق وتنفيذ القوانين بشكل سليم.وانطلاقا من هذا يعتقدون بأنه ليست هناك مشكله في اناطة الاتهام والتحقيق به.

فخلاصه القول أننا نرى ضرورة الفصل بين وظيفتي الاتهام والتحقيق واناطة كل منهما بجهة معينة لأن ذلك يسهم في تحقيق العدالة وبالتالي يشكل ضمانه للمتهم.

الصفات التي يتعين توافرها في المحقق:

لم تبين القوانين الجزائية المواهب والصفات الشخصية التي يجب توافرها لدى المحقق الجنائي، بل اكتفت بتحديد صلاحياته وسلطاته القانونية"[١]،ونظرا للدور الذي تلعبه هذه الصفات في اعانة المحقق على اداء مهمته فقد اجمع غالبيه"[٢] المعنيين بأمور التحقيق الجنائي على العديد من الصفات التي يجب أن يتحلى بها المحقق نجمل منها أهمها بما يلي:-

أولا: قوه الملاحظة: وهذا الأمر يستلزم من المحقق أن يكون يقظا لكل ما يراه ويدور حوله، ولا يدع أمرا يمر به دون أن يقف عنده بالتأمل والتفكير والتحليل، وذلك في كل خطوه من خطوات التحقيق، فكثيرا ما تكون الأشياء والظواهر مهما بدت تافهة مفتاحا للجريمة وعاملا مساعدا في الكشف عن شخصيه الجاني.

ثانيا: قوة الذاكرة: وهي القدرة على حفظ المعلومات والاختبارات والمشاهدات التي تم انطباعها

في الذهن عبر نقلها بإحدى الحواس، واستدعائها وقت الحاجة.
ولا تقل أهميه هذه الصفة للمحقق عن قوة الملاحظة، لأنها تسهل له عمله وتنير له الطريق في تحقيقه، كما انه بفضلها يستطيع ربط الحوادث بعضها ببعض. يضاف إلى ذلك أن هذه الصفة تعين المحقق على معرفه التباين بين أقوال الشهود أو المتهم، وتساعده على تذكر أوصاف المتهمين الهاربين من قبضه العدالة.
ثالثا: استقامة المحقق ونزاهة حياده: ما دامت مهمة المحقق الوصول إلى الحقيقة في القضية التي يبحث فيها، لذا فان هذا الأمر يستلزم منه أن يكون محايدا وألا يميل عند تحقيقه في تلك القضية إلى جانب الاتهام أو جانب الدفاع. كما يتوجب عليه إتباع القواعد والسبل المشروعة قانونا في التحقيق. ويضاف إلى ذلك أن على المحقق أن يتذكر دوما القواعد التي تقضي بان «الأصل في الإنسان البراءة» وان «الشك يفسر لمصلحه المتهم» وعلى هدى هاتين القاعدتين يجب على المحقق ألا يتجه في تحقيقاته إلى الإدانة وحدها، وإنما يتوجب عليه موازنة ما للمتهم وما عليه بعين العدالة والإنصاف كي يأمن وقوع أي شخص ضحية للأكاذيب والأباطيل.
رابعا: نشاط وجديه المحقق في العمل مع مراعاة الدقة والإتقان فيه: النشاط والجد صفتان لازمتان للمحقق في عمله وهما يتطلبان الإسراع في التحقيق وعدم التراخي والتأجيل فيه[٣٣] فإذا ما تماهل المحقق في اتخاذ الإجراءات في وقتها المناسب،فانه يكون قد أعطى فرصه كافيه لإضاعة الأدلة التي تظهر الحقيقة.
خامسا: الهدوء والصبر: إن مهمة المحقق صعبه شاقه محفوفة بالمتاعب، حيث أن كثيرا من الإجراءات يتطلب انجازها وقتا كبيرا، لذلك وجب على المحقق أن يكون صبورا في جمع الأدلة ألموصلة لاكتشاف الجريمة، وألا يجعل للملل والضجر عليه سلطانا أو يقطع الأمل في الوصول إلى الحقيقة بمجرد عدم توصله إلى نتائج مثمره في المراحل الأولى من التحقيق[٣٤].

الفصل الثاني
حضور المتهم التحقيق الابتدائي

يتفق الفقه العربي على ضرورة حضور المتهم إجراءات التحقيق الابتدائي، ذلك أن هذا الحضور يتيح له الوقوف على سير التحقيق في كل أوقاته,فلا يفاجأ بالأدلة القائمة ضده في وقت يتعذر عليه دفعها، كما أن حضوره يمكنه من مراقبه المحقق أثناء اتخاذ الأخير إجراءات التحقيق فلا يحدث إخلال بحقوق الدفاع.
وقد منحت التشريعات العربية المشتكى عليه حق حضور إجراءات التحقيق الابتدائي، فالمادة (٧٧)من قانون الإجراءات الجزائية المصري تنص على أن»للنيابة العامة وللمتهم وللمجني عليه وللمدعي بالحقوق المدنية والمسؤول عنها ولوكلائهم أن يحضروا جميع إجراءات التحقيق ولقاضي التحقيق أن يجري التحقيق في غيبتهم متى رأى ضرورة لذلك لإظهار الحقيقة، وبمجرد انتهاء تلك الضرورة يبيح لهم الاطلاع على التحقيق ومع ذلك فلقاضي التحقيق أن يباشر في حاله الاستعجال بعض إجراءات التحقيق في غيبة الخصوم ولهؤلاء حق الاطلاع على الأوراق

المثبتة لهذه الإجراءات,وللخصوم الحق دائما في اصطحاب وكلائهم في التحقيق.وتنص المادة (٦٤)من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني رقم(٩)لسنة ١٩٦١على أن «للمشتكى عليه والمسؤول بالمال والمدعي الشخصي ووكلائهم الحق في حضور جميع إجراءات التحقيق ما عدا سماع الشهود. ويحق للأشخاص المذكورين في الفقرة الأولى أن يطلعوا على التحقيقات التي جرت في غيابهم. ويحق للمدعي العام أن يقرر إجراء التحقيق بمعزل عن الأشخاص المذكورين في حالة الاستعجال أو متى رأى ضرورة ذلك لإظهار الحقيقة، وقراره بهذا الشأن لا يقبل المراجعة، إنما كما نص قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني في المادة (٩٨) على ذلك حيث جاء نص المادة «لوكيل النيابة استجواب المتهم قبل دعوة محامية للحضور في حالات التلبس والضرورة والاستعجال والخوف من ضياع الأدلة على أن تدون موجبات التعجيل في المحضر، وللمحامي الحق في الاطلاع على أقوال المتهم عند انتهاء الاستجواب «وإذا كان الأصل هو حضور المشتكى عليه أو وكيله إجراءات التحقيق الابتدائي إلا أن التشريعات العربية قد أجازت للمحقق إجراء التحقيق في غيبة الخصوم في حالتين هما:-

الحالة الأولى: (حاله الاستعجال) والمقصود بحاله الاستعجال تلك الحالة التي يخشى فيها من ضياع الأدلة بسبب الوقت الذي يستغرقه إعلان المشتكى علية بالحضور إذا كان طليقا أو احضارة من السجن إن كان موقوفا أو محبوسا احتياطيا. ومن أمثله حاله الاستعجال,سماع أقوال شاهد مشرف على الموت أو على وشك مغادرة البلاد أو إجراء معاينة مكان الحادث قبل أن يتمكن المشتكى علية من إزالة آثار الجريمة إلا أن هذا لا يحول دون حضور المشتكى علية هذه الإجراءات إذا تصادف وجوده وقت اتخاذها.

والقول بتوافر حاله الاستعجال من عدمه أمر يترك لتقدير سلطة التحقيق تحت رقابة محكمه الموضوع، وأيا كان الأمر فللمشتكى علية الحق في الاطلاع على الأوراق المثبتة للإجراءات التي تم اتخاذها في غيبته بسبب الاستعجال.

الحالة الثانية: (حاله الضرورة) وهي تتمثل في أن حضور المشتكى علية بعض إجراءات التحقيق يترتب علية الإضرار بسيره أو تعطيل مجراه. وقد ورد النص على ذلك في المادة(٦٤/أ)من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني والمادة(٧٧)من قانون الإجراءات الجزائية المصري والمادة(٩٨)من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني.

وعدم حضور المتهم إجراءات التحقيق يتعين أن ينتهي بانتهاء حالة الضرورة ,ذلك أن استمرار المنع من الحضور بعد زوال حاله الضرورة يجعل الإجراءات التالية لذلك باطله بطلانا متعلق بالنظام العام,إلا أن جانبا من الفقه يرى أن البطلان في هذه الحالة يكون متعلقا بمصلحه الخصوم ,ويجوز لمن تقرر لمصلحته أن يتنازل عنه.

الفصل الثالث
سرية التحقيق الابتدائي

نشأت مرحله التحقيق الابتدائي في ظل نظام التنقيب والتحري,الأمر الذي اقتضى جمع الأدلة بعيدا عن الجمهور وفي غيبة الخصوم، غير أن التشريعات الحديثة حاولت التوفيق بين مصلحة المتهم في حضور التحقيق ومصلحة الدولة في جمع الأدلة وصولا إلى الحقيقة.

وقد ثار الخلاف في العصر الحديث حول إمكانية إتاحة الفرصة للجمهور في حضور التحقيق الابتدائي، فانقسم الفقه بين مؤيد ومعارض، فذهب البعض إلى أنة يتعين أن يجري التحقيق في علانية مثل إجراءات المحاكمة,وذلك استنادا إلى أن الإعلام بالحقائق حق لجميع المواطنين وأن العلانية يترتب عليها معرفة الحقيقة دون تشويه، وأنة لا يوجد ما يسمى بالسرية لان كثيرا من أسرار التحقيق يتسرب من خلال المتصلين به. أما الرأي الثاني – والذي نؤيده – فيرى أن الهدف من إجراء التحقيق بعيدا عن الجمهور هو الحفاظ على سمعة المشتكى علية، لان علم الناس بالتهمة الموجهة إلية لن يمحوها أي قرار صادر من سلطة التحقيق ولو كان بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى، كما أن العلانية قد تعيق إظهار الحقيقة، فضلا عن أن السرية تحول دون تأثر المحقق بالرأي العام.

ولقد اخذ المشرع المصري بالاتجاه الثاني واعتبر إجراءات التحقيق والنتائج التي تسفر عنها بالنسبة إلى سلطه التحقيق والكتاب والخبراء وكل ما يتصل بالتحقيق بسبب وظيفة أو مهنه كالمحامي، من الأسرار التي يجب عدم إفشائها وقرر العقاب لمن يخالف ذلك. وقد سلك المشرع الفلسطيني نفس المسلك وذلك بنصه في المادة (٥٩) من قانون الإجراءات الجزائية على «تكون إجراءات التحقيق أو النتائج التي تسفر عنها من الأسرار التي لا يجوز إفشاؤها,ويعتبر إفشاؤها جريمة يعاقب عليها القانون». وبذلك تكون السرية هي التي تحكم التحقيق الابتدائي بالنسبة للغير حتى يتم التصرف فيه.

الفصل الرابع
تدوين التحقيق الابتدائي

من اجل أن يكون التحقيق الابتدائي حجه على الكافة فيما أثبته، ولكي تكون إجراءاته أساسا صالحا لما قد يبنى عليه من نتائج، فقد أوجبت اغلب التشريعات أن يكون التحقيق الابتدائي مدونا[٥٥]. وتحقيق هذا الأمر يتطلب من القائم بالتحقيق أن يحرص على تدوين كل ما يتخذه من قرارات بشأن التحقيق، وكل ما يقوم به من إجراءات وما يسمعه من أقوال سواء أكانت أقوال المجني علية أو المتهم أو الشهود[٥٦]. وتتجلى أهميه تدوين التحقيق الابتدائي في كونه يسهم في الحفاظ على إجراءاته من التشويه والتحريف، خصوصا وان إجراءات التحقيق متعددة وأساليب مباشرتها مختلفة، فضلا عن أن انجاز بعضها يستلزم وقتا طويلا لا يمكن معه الاعتماد على ذاكرة

المحقق التي لا بد أن تخونه بمرور الزمن.علاوة على ذلك أن الآثار المتخلفة عن الجريمة سواء أكانت آثار نفسيه أم آثار مادية قابله للمحو بفعل الزمن، الأمر الذي يوجب القول بان المبادرة بتسجيل تلك الإجراءات والآثار من شأنه أن يبقي عليها ويحفظها من التأثير العاصف لعامل الوقت. يضاف إلى ما تقدم أن اشتراط كتابه إجراءات التحقيق يمكن أن تكون سندا يدل على حصولها، فعدم تدوين الإجراءات يؤدي إلى افتراض عدم مباشرته، وهذا بالنتيجة يمكن المتهم وبقية أطراف الدعوى من الدفع بعدم الاستناد إلى التحقيق غير المكتوب وعدم اعتماد نتائجه.
إن تدوين التحقيق الابتدائي يمكن أن يشكل ضمانه مهمة لحق المتهم في الدفاع، وبذات الوقت يكون ضمانه للسلطة القائمة بالتحقيق. فبالنسبة إلى المتهم فمن خلال التدوين يستطيع الرجوع إلى محاضر الإجراءات والاطلاع على الشهادات المقدمة ضده خصوصا عند غيابه، وبعد ذلك يتمكن هو ومحاميه من إعداد دفاعه بشكل يمكنه من إثبات برائته مما نسب إليه. أما بالنسبة للسلطة القائمة بالتحقيق فيمكن القول بان من شأن التدوين أن يبعد الشبهة عنها فيما لو أراد المتهم أو احد الشهود أن يتراجع عن أقوال قالها، بزعم انه تعرض للضغط أو الإغراء، أو انه لم يقل ما ينقله المحقق على لسانه، فتدوين الأقوال في الحال وتلاوتها على صاحبها وإقرارها من قبله يجعل الادعاء بعدم شرعيتها أمر ليس سهل المنال.
وأخيرا يمكن القول، إذا كان تدوين التحقيق على هذا القدر الكبير من الأهمية، فهو بحق ضمانه مهمة ليس للمتهم فقط وإنما للعدالة بوجه عام.

موقف التشريع:
تتطلب التشريعات ضرورة تدوين إجراءات التحقيق، فالمادة (٧٣) من قانون الإجراءات الجزائية المصري تنص على أن «يستصحب قاضي التحقيق في جميع إجراءاته كاتبا من كتاب المحكمة يوقع معه المحاضر.....» كما تحدثت المادة (١٩٩) من ذات القانون عن تدوين إجراءات التحقيق التي تجري بمعرفه النيابة العامة. وأورد قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني عدة نصوص يستفاد منها ضرورة تدوين التحقيق، والمادة (٨٧)تقرر انه «يصطحب المدعي العام كاتبة ويضبط جميع الأشياء التي يراها ضرورية لإظهار الحقيقة وينظم بها محضرا....».
كما تنص المادة (٥٨) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني على أن « يصطحب وكيل النيابة في جميع إجراءات التحقيق كاتبا لتدوين المحاضر ويوقعها معه»
ويرى بعض الفقه أن التحقيق الذي يدونه المحقق بنفسه يعد باطلا، بينما ذهب البعض الآخر إلى عدم البطلان، وقررت محكمه النقض المصرية أن محضر التحقيق في هذه الحالة يتحول إلى محضر استدلال,هذا في حين أن المشرع اليمني نص صراحة على جواز قيام المحقق بتحرير محضر التحقيق بنفسه إن لم يجد كاتبا.

الأمور التي يجب مراعاتها في عمليه التدوين:
قلنا أن تدوين محضر التحقيق يجب أن يجري من قبل الكاتب المختص ولكن تحت إشراف المحقق أو قاضي التحقيق، والأصل أن يكون هذا المحضر صوره صادقه لما يتم من إجراءات. بمعنى أن عمل كاتب التحقيق يعتبر بمثابة المسجل لكل ما يدور في مكان التحقيق[٧٧]. وهذا يتطلب منه تدوين الأقوال كما تسمع من فم الشاهد أو المتهم أو المشتكي بغير إضافة ولا زيادة ولا نقصان،

كما أن الكتابة يجب أن تكون بخط واضح وبغير تحشير بين السطور وخاليه من الشطب[٨٨]. ومن ابرز الأمور التي يجب مراعاتها في عمليه التدوين هي اللغة التي يجري بها إثبات التحقيق، وهذا يستلزم التعرف على لغة الشخص الذي يسأله المحقق,فان كان الشخص الماثل أمام المحقق لا يعرف اللغة العربية، في هذه الحالة يستعين المحقق بمترجم شريطه أن يحلف هذا الأخير اليمين على اداء عمله وبالصدق والأمانة. وهذا ما نصت عليه المادة (٦٠) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني حيث جاء نص المادة « يجري التحقيق باللغة العربية، ويسمع وكيل النيابة أقوال الخصوم أو الشهود الذين يجهلونها بواسطة مترجم يحلف يمينا بأن يؤدي مهمته بالصدق والأمانة». وهنا يتم تثبيت الأسئلة والإجابة عليها باللغة العربية[٩٩] أما إذا كان الشخص الماثل أمام المحقق يتكلم اللغة العربية فهنا يتوجب على المحقق أن يراعي قدر الإمكان اللهجة التي يتحدث بها، وعليه أن يحرص مع كاتبه على تدوين بعض الألفاظ كما تقال، لأنها لو صيغت إلى العربية الفصحى لاختلف مدلولها. فضلا عن أن هناك من الألفاظ الواحدة ذات مدلولات متعددة وفقا لاختلاف اللهجات والتقاليد من مكان إلى آخر، مما دفع البعض إلى القول بوجوب إثبات كل قول على الصورة التي قيل بها "[١٠٠].

الكشط والتحشير في محضر التحقيق:

يقرر قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني عدم جواز أن يحصل حك أو شطب أو إضافة في محضر التحقيق,وإذا اقتضى الأمر شطب كلمة أو زيادتها وجب على وكيل النيابة وكاتب التحقيق والشاهد (الشخص المستجوب) أن يوقعوا ويصادقوا على الشطب والإضافة على هامش المحضر، كما اعتبر كل شطب أو إضافة لم يصادق عليها – كما قلنا سابقا – كأن لم تكن.

وقرر المشرع السوري نفس الأمر في المادة (٨٠) من قانون أصول المحاكمات الجزائية وأضاف إلى ذلك جزاء يتمثل في تغريم الكاتب وخضوع المحقق للمسائلة التأديبية.

الباب الثاني
الضمانات الخاصة بإجراءات التحقيق الابتدائي

ينقسم هذا الباب إلى فصلين:
الفصل الأول: إجراءات التحقيق الخاصة بجمع الأدلة
الفصل الثاني: الإجراءات الاحتياطية ضد المشتكى عليه

الفصل الأول
ضمانات المتهم في إجراءات التحقيق الخاصة بجمع الأدلة

وينقسم هذا الفصل إلى مبحثين:
المبحث الأول: ضمانات المتهم في إجراءات جمع الأدلة القولية
المبحث الثاني: ضمانات المتهم في إجراءات جمع الأدلة المادية والفنية

المبحث الأول
ضمانات المتهم في إجراءات جمع الأدلة القولية

ويشتمل هذا المبحث ثلاثة مطالب:
المطلب الأول: ضمانات المتهم في الشهادة
المطلب الثاني: ضمانات المتهم في الاستجواب
المطلب الثالث: ضمانات المتهم في الاعتراف

المطلب الأول
ضمانات المتهم في الشهادة

إن التعريف بالشهادة كإجراء من إجراءات التحقيق,هي البيانات أو المعلومات التي يقدمها غير الخصوم في التحقيق "[1]" وهي وسيله إثبات يقرر فيها الشاهد ما وقع تحت بصره أو وصل إلى سمعه أو أدركه بحواسه عن الواقعة محل الإثبات.
والشهادة التي يعتد بها كدليل إثبات هي الشهادة المباشرة التي تنجم عن الاتصال المباشر بين حواس الإنسان والواقعة محل الشهادة.
وللشهادة أهميه خاصة في المسائل الجزائية، بسبب كونها إحدى الأدلة التي يعتمد عليها في تقرير مصير المتهم. فكثيرا ما يكون للشهادة أثناء التحقيق الابتدائي اكبر الأثر في القضاء بالإدانة أو البراءة بسبب أن الأقوال التي تتضمنها تلك الشهادة غالبا ما تكون قد أدلي بها فور وقوع الحادث

وقبل أن يطول عليها الوقت فتضعف معالم الوقائع التي تنصب عليها. لذلك فقد درج القضاء في العديد من أحكامه على بناء تلك الأحكام على الشهادة التي سمعت أثناء التحقيق الابتدائي.
وإذا كانت الشهادة على هذا القدر الكبير من الأهمية، فمن غير المستغرب أن تقرر العديد من التشريعات بعض الضمانات التي من شأنها أن تكفل سلامه الشهادة وبذات الوقت تحمي المتهم تجاه هذا الإجراء. ولعل أهم ضمانات المتهم في الشهادة هي:

١.حلف اليمين: يتعين أن يحلف الشاهد اليمين بأن يشهد بالحق ولا يقول إلا الحق، ويعد ذلك ضمانا يجب توافره سواء أمام المحقق أو أمام المحكمة، وقد أورد المشرع الفلسطيني في المادة (٨٠) من قانون الإجراءات الجزائية أن «يدلي الشهود بأقوالهم فرادى أمام وكيل النيابة بعد حلف اليمين بحضور كاتب التحقيق، ويحرر محضر بإفاداتهم والأسئلة الموجهة إليهم». ونص المشرع الأردني في المادة (٧١) من قانون أصول المحاكمات الجزائية أن المحقق يحلف الشاهد أن يشهد بواقع الحال دون زيادة أو نقصان.
ويلاحظ أن المشرعين الفلسطيني والأردني لم يوردا صيغه معينه لأداء اليمين أمام سلطه التحقيق.
وقد أجاز المشرع الفلسطيني جواز سماع بعض الشهود دون أن يحلفوا اليمين، وهم الأشخاص الذين لم يتموا الخمس عشرة سنة من أعمارهم، على أن تكون شهادتهم على سبيل الاستئناس.
كما انه أعفى أصول المتهم وفروعه وزوجته من حلف اليمين وذلك بشرط أن لا تكون الجريمة قد وقعت على أي منهم.
يضاف إلى ذلك أن اداء اليمين من قبل الشاهد يعتبر بمثابة تنبيه للشاهد بأن ما سيدلي به من أقوال قد تؤدي إلى إدانة برئ أو إفلات مجرم من الجزاء، وهذا أمر بالتأكيد منافٍ للدين والأخلاق في آن واحد، لذلك كله يمكن القول بأن اشتراط تأدية الشاهد اليمين هو بحق من الضمانات التي شرعت لمصلحه المتهم والعدالة.

٢. حق المتهم في مناقشه الشاهد: ثمة ضمانات أخرى للمتهم منحتها بعض التشريعات له، وهي أنها سمحت للمتهم بمواجهة الشاهد، وأجازت له بعد انتهاء الشاهد من أقواله أن يبدي ملاحظاته على تلك الشهادة ومناقشه الشاهد في بعض الأمور التي أوردها في شهادته، كل ذلك من اجل الدفاع عن نفسه، ودحض كل أو بعض أدله الادعاء على أمل تفنيد ما اتهم به. ومن الجدير بالذكر أن حق المتهم في توجيه الأسئلة للشاهد مقرون بموافقة وكيل النيابة حيث يجوز للأخير أن يرفض إذا ما تبين له عدم تعلق هذه الأسئلة بالدعوى أو غير مجديه في كشف الحقيقة.
وقد نص المشرع الفلسطيني على ذلك صراحة في المادة (٨٢) والمادة (٨٤) من قانون الإجراءات الجزائية.

المطلب الثاني
ضمانات المتهم في الاستجواب

الاستجواب؛ هو مناقشه المتهم بصورة تفصيلية بشأن الأفعال المنسوبة إليه ومواجهته بالاستفسارات والأسئلة والشبهات عن التهمه ومطالبته بالإجابة عليها.

ويحتل الاستجواب مركزا مهما بين إجراءات التحقيق الابتدائي، بالنظر لكونه يستعان به على كشف الحقيقة لإظهار براءة المتهم أو إدانته. فهو لذلك طريق اتهام وطريق دفاع في آن واحد. فهو كإجراء أو كطريق اتهام يستهدف جمع الأدلة عن الجريمة الواقعة ونسبتها إلى المتهم. بسبب أن تبادل الأقوال مع المتهم ومواجهته بادله الاتهام القائمة ضده قد تدفع المتهم إلى أن يعترف ويدلي ببعض المعلومات التي تنير الطريق أمام المحقق، وبالتالي يستفاد منها كأدلة أو قرائن تؤيد الاتهام القائم ضده.

كما أن الاستجواب من جهة أخرى كإجراء دفاع، أو بالأحرى وسيله جوهريه للدفاع بالنسبة للمتهم، لما يمنحه من فرصه له في التعرف على الوقائع المنسوبة إليه. ويحاط علما بالأدلة والقرائن القائمة ضده، وبالتالي يتمكن من تفنيد الشبهات التي تحيط به ومناقشتها، ويقدم كل ما من شأنه أن يثبت براءته. وبناء على ذلك فقد ذهب البعض إلى القول بان الاستجواب حق للمتهم وهو في الوقت ذاته واجب على المحقق يلتزم بالقيام به لأنه وسيله دفاع للمتهم لا إجراء من إجراءات جمع الأدلة فقط "[١٢]".

ومن ابرز ضمانات المتهم في الاستجواب:

١. إحاطة المتهم علما بالجريمة المنسوبة إليه: يقصد بذلك الضمان أن على القائم بالاستجواب أن يعلن المتهم بعد التثبت من شخصيته،بجميع الأفعال المنسوبة إليه، وألا يغفل واقعه من تلك التي يجري التحقيق بسببها. ولا يكون المحقق ملزم بذكر الوقائع المنسوبة إلى المتهم بالتفصيل بل يكفي أن يلخص له هذه الوقائع، كما أن ذكر الوصف القانوني للوقائع المنسوبة للمتهم أمر لا يشترط على المحقق القيام به، إذ قد تظهر ظروف من شأنها أن تغير من هذا الوصف، إلا أن هناك من يرى أن من الأفضل ذكر الأوصاف القانونية للأفعال كما هو وارد بتقرير الاتهام إلى جانب الوقائع التي تتضمنها"[١٣]" وهذا الرأي الذي نؤيده – حيث انه تتجلى أهميه إحاطة المتهم علما بالجريمة المنسوبة إليه والأدلة المتوفرة في كون تلك الإحاطة تعد من الأمور الضرورية لصحة ما يبديه المتهم من أقوال واعترافات فيما بعد، فضلا عن أنها تمكن المتهم من تهيئه دفاعه لأنه لا يمكن لهذا المتهم أن يقدم دفاعه ويناقش الأدلة القائمة ضده مالم يكن على علم بتلك الاتهامات.

٢. دعوه محامي المتهم لحضور الاستجواب: إن اغلب التشريعات العربية جاءت مؤكدة على هذا الأمر بالنسبة للاستجواب إدراكا منها لأهمية وخطورة هذا الإجراء باعتباره يحتل مركزا مهما بالنسبة لبقية إجراءات التحقيق الابتدائي، وقد جعلت مسألة حضور محامي المتهم وجوبيه وخصوصا بالجنايات وباستثناء بعض الحالات، كما ألزمت في الوقت ذاته السلطة القائمة بالتحقيق بان توجه الدعوة إلى المحامي من اجل الحضور، ومن بين هذه التشريعات قانون

الإجراءات الجزائية الفلسطيني، حيث نصت المادة (٩٨) منه بقولها «لوكيل النيابة استجواب المتهم قبل دعوة محاميه للحضور في حالات التلبس والضرورة والاستعجال والخوف من ضياع الأدلة على أن تدون موجبات التعجيل في المحضر، وللمحامي الحق في الاطلاع على أقوال المتهم عند انتهاء الاستجواب».

٣. **السرعة في استجواب المتهم**: لما كان استجواب المتهم وسيله جوهريه من وسائل الدفاع التي يستطيع من خلالها أن يدحض ما نسب إليه من اتهام، لذا وجب عدم تأخير هذا الإجراء ومباشرته قدر الإمكان عقب معرفه المتهم مباشره.

إن الإسراع باستجواب المتهم يمكن أن يحقق فوائد عده للمتهم وللعدالة معا، فمن خلاله يستطيع المتهم أن يتعرف على الأسباب التي دعت إلى الاشتباه به، واستدعائه أمام السلطات التحقيقيه، وبعد ذلك يستطيع ممارسه دفاعه، وكما هو معلوم ليس أقسى على المتهم أن يظل فترة طويلة دون أن يعلم بما يدور حوله من اتهامات وما يتخذ ضده من إجراءات.

يضاف إلى ذلك أن السرعة في الاستجواب يمكن أن تعتبر خير عون للمتهم البرئ على إبداء وسائل دفاعه بوقت مبكر، وتفنيد ما قام ضده من أدله، ولهذا يمكن أن يتخلص من الأثر السيئ الذي يلحق سمعته وحريته نتيجة بقاء تلك الاتهامات مسلطه عليه لمده طويلة. كما أن الاستجواب المبكر يمكن أن يؤدي دورا هاما في تحقيق العدالة، بسبب النتائج الجيدة التي يحققها للسلطة القائمة بالتحقيق، ذلك انه كلما مضى وقت على وقوع الجريمة كلما خف شعور الفاعل بالإدانة,نتيجة لإعادة تفكيره في المسؤولية والعقوبة التي قد تفرض عليه، وهنا يكون لديه متسع من الوقت يستطيع أن يلفق دفاعه، في حين أن أقواله التي تسمع في وقت قريب من وقوع الحادث تكون اقرب إلى الحقيقة وبعيده عن التغيير والتلقين. وبناء على ذلك فقد ورد النص على هذه الحالة في التشريع الفلسطيني في المادة (١٠٥) من قانون الإجراءات الجزائية بقولها «يجب أن يتم الاستجواب خلال أربع وعشرين ساعة من تاريخ إرسال المتهم إلى وكيل النيابة الذي يأمر بتوقيفه أو إطلاق سراحه».

المطلب الثالث
ضمانات المتهم في الاعتراف

الاعتراف هو إقرار المتهم على نفسه بارتكاب كل أو بعض الوقائع المكونة للجريمة. والراجح أن الاعتراف يكون نتيجة من نتائج الاستجواب لذلك فانه يتطلب توافر ضمانات الاستجواب فضلا عما يلي:-

١. يجب أن يصدر الاعتراف عن إرادة حرة واعية، وبالتالي يبطل الاعتراف الصادر نتيجة إكراه أو أي وسيله غير مشروعه تحمل المتهم على الاعتراف ولو تمثلت في الغش، ولا يكفي مجرد الخوف لإبطال الاعتراف إلا إذا كان هذا الخوف وليد إجراء غير مشروع. ولا قيمه لاعتراف صادر عن شخص غير مدرك لجنون أو إعاقة عقليه.

٢.أن يستند إلى إجراءات صحيحة، فإذا كان الاستجواب باطلا بسبب تحليف المشتكى عليه

اليمين أو صدر أمام خبير بعد إجراء خبره، وقع باطلا. كما يبطل الاعتراف بطلان القبض والتفتيش السابقتين له بشرط أن يكون الاعتراف أثرا لهما.

المبحث الثاني
ضمانات المتهم في إجراءات جمع الأدلة المادية والفنية

وتشمل هذه الإجراءات: التفتيش، وضبط المراسلات، ومراقبه المحادثات الهاتفية أو تسجيلها، والخبرة. وعلى هذا نقسم هذا المبحث إلى أربعة مطالب على النحو التالي:-

المطلب الأول: ضمانات المتهم في التفتيش.
المطلب الثاني: ضمانات المتهم في ضبط المراسلات.
المطلب الثالث: ضمانات المتهم في مراقبه المحادثات الهاتفية.
المطلب الرابع: ضمانات المتهم في الخبرة.

المطلب الأول
ضمانات المتهم في التفتيش

التفتيش هو إجراء من إجراءات التحقيق تقوم به السلطة المختصة بهدف البحث عن أدلة تفيد في كشف الحقيقة بصدد جريمة وقعت. وهو يعد من بين إجراءات التحقيق الخطيرة والمهمة بسبب كونه ينطوي على تعرض لحرية المتهم في شخصه أو مسكنه، فضلا عن انه إجراء لجمع الأدلة من جهة أخرى.

ولما كان إجراء التفتيش يمس حقوق الأفراد سواء حريتهم الشخصية أم حرمه مساكنهم أو مراسلاتهم، وقد أجيز لضرورة الوصول إلى وجه الحق، فانه ينبغي أن يقدر بقدره ولا يعدو نطاق الغرض الذي ابتغي منه"[١٤]. وقد أدركت غالبية التشريعات هذه الحقيقة، مما حدا بها إلى توفير العديد من الضمانات للمتهم عند تقرير مثل هذا الإجراء من اجل تخفيف أثره على حريات الأفراد وحقوقهم.**وتشتمل هذه الضمانات:**

١. وقوع جناية أو جنحه: يفترض التفتيش باعتباره إجراء من إجراءات التحقيق عدم القيام به إلا إذا وقعت جناية أو جنحه وتوافرت دلائل كافيه لاتهام شخص معين بارتكابها، ولا يجوز اتخاذ التفتيش لضبط جريمة مستقبليه ولو دلت التحريات على أنها ستقع حتما. وقد نص المشرع الفلسطيني على ذلك في المادة (٣٩) فقرة (١) من قانون الإجراءات الجزائية بقولها «دخول المنازل وتفتيشها عمل من أعمال التحقيق لا يتم إلا بمذكرة من قبل النيابة العامة أو في حضورها، بناء على اتهام موجه إلى شخص يقيم في المنزل المراد تفتيشه

بارتكاب جناية أو جنحه أو باشتراكه في ارتكابها، أو لوجود قرائن قوية على انه يحوز أشياء تتعلق بالجريمة».

٢. وجود فائدة يحتمل الوصول إليها بالتفتيش: من اجل أن لا يصبح التفتيش مجرد وسيلة يراد بها التعدي على حريات الأفراد وحقوقهم بدون وجه حق، فقد ارتأى أن تكون هناك فائدة من تقرير هذا الإجراء. وهذه الفائدة تتمثل في ضبط أشياء تتعلق بالجريمة أو تفيد في كشف الحقيقة، سواء أكانت تلك الأشياء في حيازة المتهم أو بداخل المكان المراد تفتيشه. ولا يهم ما إذا كانت تلك الأشياء أو الآثار في صالح المتهم أو ضده. ولذلك يمكن القول بان سلطات التحقيق المختصة إذا ما باشرت إجراء التفتيش دون احتمال فائدة مرجوة منه، فان مثل هذا الإجراء يكون تحكميا، بسبب انتفاء المصلحة فيه. وحتى تتحقق الفائدة المرجوة من إجراء التفتيش لا بد من وجود قرائن تشير إلى إمكان ضبط ما يفيد التحقيق لدى الشخص المراد تفتيشه أو بداخل مسكنه. وتقدير ضرورة التفتيش لتحقيق الفائدة منه يعود لسلطة التحقيق، تحت إشراف قاضي الموضوع. وأخيرا إن ما يجدر الإشارة إليه هو أن القائم بالتفتيش إذا ما عثر على أشياء أخرى تعد حيازتها جريمة قائمه بذاتها أو تفيد في كشف الحقيقة في جريمة أخرى، ففي هذه الحالة يقوم بضبطها. وهذا ما نص عليه المشرع الفلسطيني في المادة (٥٠) فقرة (١) من قانون الإجراءات الجزائية بقولها «لا يجوز التفتيش إلا عن الأشياء الخاصة بالجريمة الجاري التحقيق بشأنها ومع ذلك إذا ظهر عرضا أثناء التفتيش وجود أشياء تعد حيازتها في حد ذاتها جريمة، أو تفيد بكشف الحقيقة في جريمة أخرى، جاز لمأمور الضبط القضائي ضبطها».

٣. تحديد وقت معين لإجراء التفتيش: أوجبت المادة (٤١) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني أن يكون تفتيش المنازل فقط خلال ساعات النهار. فقد نصت على «تفتيش المنازل يجب أن يكون نهارا ولا يجوز دخولها ليلا، إلا إذا كانت الجريمة متلبسا بها، أو كانت ظروف الاستعجال تستوجب ذلك». نلاحظ من خلال نص هذه المادة أن المشرع الفلسطيني قد راعى مسألة أن لا يتم التفتيش خلال أوقات راحة ذلك الشخص المراد تفتيشه أو تفتيش منزله، ونلاحظ أيضا أن المشرع الفلسطيني قد أورد على هذه القاعدة استثناءات أجاز بموجبها إجراء التفتيش ليلا. وهذه الاستثناءات هي انه أجاز تفتيش المنازل إذا كانت الجريمة متلبسا بها وأيضا إذا كانت ظروف الاستعجال تستوجب ذلك أيضا.

٤. حضور المتهم أثناء التفتيش: فقد نص قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني في المادة (٤٣) منه على أن «يتم التفتيش بحضور المتهم أو حائز المنزل، فإذا تعذر حضوره، يجري التفتيش بحضور شاهدين من أقاربه أو جيرانه ويدون ذلك في محضر التفتيش» فحضور المتهم بنفسه أو بواسطة من ينوب عنه أثناء التفتيش الذي يقع على مسكنه، يعد من بين الضمانات المهمة التي اقرها له القانون.

٥. تسبيب أمر التفتيش: من اجل تسهيل مراقبه المبررات القانونية للتفتيش، ولكي تكون النتائج التي يسفر عنها هذا الإجراء الخطير محل ثقة المحكمة حين الاستناد إليها في الحكم،لا بد من تسبيب أمر التفتيش، ولذلك ورد النص على هذه الضمانة في المادة (٣٩)فقرة (٢) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني حيث نصت على»يجب أن تكون مذكرة التفتيش مسببة».

المطلب الثاني
«ضمانات المتهم في ضبط المراسلات»

تشمل المراسلات كافه الرسائل المكتوبة والبرقيات أيا كانت طريقه الرسائل، سواء كانت في ظرف مغلق أو مفتوح أو في بطاقة مكشوفة، طالما أن قصد المرسل منها عدم اطلاع الغير عليها. وقد نصت المادة (٥١) فقرة (١) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني على « للنائب العام أو احد مساعديه أن يضبط لدى مكاتب البرق والبريد الخطابات والرسائل والجرائد والمطبوعات والطرود والبرقيات المتعلقة بالجريمة وشخص مرتكبها».

ولكي تتحقق الغاية التي رسمها المشرع لضبط المراسلات، فلا بد أن يكون الهدف منها هو:-

١. أن يكون لهذا الإجراء فائدة في ظهور الحقيقة في جناية أو جنحه معاقب عليها بالحبس لمدة لا تقل عن سنه.
٢. أن يكون هذا الضبط بناء على أمر مسبب.
٣. ألا تزيد المدة المسموح بالضبط خلالها على خمسة عشر يوما قابله للتجديد لمرة واحده فقط.

المطلب الثالث
ضمانات المتهم في مراقبة المحادثات الهاتفية

تعتبر مراقبه المحادثات الهاتفية اعتداء على حرمه الحياة الخاصة لضبط ما يفيد في الوصول إلى الحقيقة بصدد جريمة وقعت، لذلك يتعين إحاطتها بضمانات تحول دون التعسف في القيام بها.

وقد تطلب المشرع الفلسطيني عدة ضمانات تتمثل في:

١. أن يتخذ هذا الإجراء بعد الحصول على إذن بذلك من قاضي الصلح.
٢. أن يكون لهذا الإجراء فائدة في إظهار الحقيقة في جناية أو جنحة معاقب عليها بالحبس لمدة لا تقل عن سنة.
٣. أن تكون المراقبة لمدة لا تزيد عن خمسة عشر يوما قابلة للتجديد لمرة واحدة.

المطلب الرابع
ضمانات المتهم في الخبرة

يقصد بالخبرة الاستشارة الفنية التي يستعان بها في تقدير المسائل الفنية التي يحتاج تقديرها إلى معرفة فنية أو دراية علميه لا تتوفر لدى من يتولى التحقيق بحكم عمله وثقافته، سواء أكانت تلك المسائل الفنية متعلقة بشخص المتهم أو بجسم الجريمة والمواد المستعملة في ارتكابها أو آثارها.

ونظرا لكون رأي الخبير كثيرا ما يكون له وزنه أمام القضاء وبالتالي أثره على الفصل في الدعوى، لذا كان من الضروري أن يحاط المتهم قبل هذا الإجراء بعدد من الضمانات التي من شأنها أن تسهم في إحقاق الحق وصيانة حقوق المتهم من التجاوز في آن واحد. ومن ابرز الضمانات التي ورد التأكيد عليها في غالبيه القوانين هي:

التزام الخبير بأداء اليمين: من اجل حمل الخبير على الصدق والأمانة في اداء عمله، وبث الطمأنينة في آرائه التي يقدمها سواء بالنسبة لتقدير القاضي أو لثقة الرأي العام، فقد حرصت اغلب التشريعات على أن يؤدي الخبير اليمين قبل قيامه بعمله، باستثناء الخبراء المقيدين في جدول الخبراء المعتمدين قانونا,بسبب كون هؤلاء لا يمارسون أعمالهم لأول مره إلا بعد حلفهم اليمين. وقد نص المشرع الفلسطيني في المادة (٦٨)من قانون الإجراءات الجزائية على ذلك بقوله «يجب أن يقوم الخبير بحلف اليمين بأن يؤدي عمله بنزاهة وصدق، وذلك قبل البدء بعمله ما لم يكن مقيدا في جدول الخبراء المعتمدين قانونا».

حق المتهم في طلب رد الخبير: إذا كانت الغاية من الخبرة هي معاونه من يتولى التحقيق في الوصول إلى وجه الحق، فان هذا الأمر يستلزم فيمن يقوم بتلك الخبرة – أي الخبير– أن يلتزم بالحيدة والنزاهة عند مباشرته لذلك العمل. وإذا قام سبب من الأسباب التي من شأنها أن تؤثر على حياد الخبير ونزاهته وبالتالي تؤدي إلى انحرافه في اداء المهمة الموكلة إليه، فقد قررت غالبيه التشريعات ضمانه مهمة للمتهم وبقيه الخصوم في الدعوى يتمكن بواسطتها تفادي ميل هذا الخبير وتحكمه، وذلك بأن يطلب من جهة التحقيق المختصة رد مثل هذا الخبير، وإذا ما تبين لتلك الجهة صحة الطلب، عند ذلك تقرر رفض طلب الاستعانة بذلك الخبير. وقد نصت على ذلك المادة (٧١) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني بقولها « للخصوم رد الخبير إذا وجدت أسباب جديه لذلك، ويقدم طلب الرد إلى وكيل النيابة المحقق، ويتعين أن يكون مسببا، وعلى وكيل النيابة العامة عرضه على النائب العام أو احد مساعديه للفصل فيه خلال ثلاثة أيام من تاريخ تقديمه,ويترتب على تقديم هذا الطلب عدم استمرار الخبير في عمله، ما لم يتقرر غير ذلك، ويتعين أن يكون القرار مسببا».

حق المتهم بالاستعانة بخبير استشاري: حماية للمتهم في الدفاع عن نفسه في الأبحاث الفنية,فقد قررت بعض التشريعات ضمانه مهمة له، منحته بموجبها الحق بان يستعين بخبير خاص يعرف باسم الخبير الاستشاري، حيث يقدم هذا الأخير تقريرا يستفاد منه في مناقشه التقرير المقدم من قبل الخبير القضائي. ومن أمثله هذه التشريعات التشريع الفلسطيني، فقد نصت المادة (٧٠) من قانون الإجراءات الجزائية على ذلك بالقول «للمتهم أن يستعين بخبير استشاري، ويطلب تمكينه من الاطلاع على الأوراق، على ألا يترتب على ذلك تأخير السير في الإجراءات».

الفصل الثاني
ضمانات المتهم عند اتخاذ الإجراءات الاحتياطية ضده

أهم هذه الضمانات تتمثل في تلك التي يتعين توافرها عند توقيف المتهم، وتوقيف المتهم هو إيداعه بالسجن الفترة التي يحددها أمر التوقيف لضرورات التحقيق، ويسمى التوقيف في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني (الحبس الاحتياطي) وهو إجراء من إجراءات التحقيق من شأنه المساس بحريه الفرد، ولا يمكن اعتباره عقوبة لأنه لا عقوبة بدون حكم قضائي.

ضمانات المتهم في التوقيف:

التوقيف اخطر الإجراءات الاحتياطية التي تتخذها سلطه التحقيق ضد المتهم، كما انه أشدها وطأه عليه بسبب كونه يسلبه أقدس وأثمن ما يملك وهي حريته,لذلك لابد من توافر ضمانات من شأنها أن تحمي المتهم من العبث بحريته، وفي الوقت ذاته تجعل استعمال التوقيف في نطاق الحكمة التي شرع من اجلها. ومن ابرز الضمانات الواجب توافرها هي:-

تحديد مده التوقيف: لما كان توقيف المتهم يمثل قيدا على الحرية الشخصية له، لذا يجب أن يقدر هذا التوقيف بقدره، بمعنى آخر إن زالت الضرورة التي دعت إلى التوقيف فلا بد من انقضائه. ولذلك فقد قيل عن التوقيف بأنه مجرد إجراء مؤقت بحكم طبيعته.

إن صفه التوقيت تعد أمرا ضروريا في إجراءات التوقيف بالنظر لكونها خير محفز للسلطات المسئولة عن التحقيق للإسراع في انجاز معاملات التحقيق، والانتهاء منه في اقصر وقت، فضلا عن أنها تجنب المتهم الموقوف من البقاء في السجن لمدة طويلة يكون لها أثرها السيئ عليه وعلى من يعيلهم. ولذلك نصت المادة (١٢٠) فقره (٤) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني على أن «لا يجوز بأي حال أن تزيد مدد التوقيف المشار إليها في الفقرات الثلاث أعلاه على ستة أشهر وألا يفرج فورا عن المتهم مالم تتم إحالته إلى المحكمة المختصة لمحاكمته».

تسبيب قرار التوقيف أو مدته: نظمت اغلب القوانين أحكام التوقيف ووضعت شروطا معينه أوجبت على سلطه التحقيق مراعاتها عند تقرير توقيف المتهم. كل ذلك من اجل أن لا يكون التوقيف وسيله تعسفية بيد سلطات التحقيق تستخدمها وقتما تشاء، وتسبيب قرار توقيف المتهم أو قرار تمديده، واحد من هذه الأمور المهمة التي يجب مراعاتها عند تقرير توقيف المتهم أو تمديد توقيفه، لما لها من أهميه بالغه تتجلى في كونه دافعا لسلطة التحقيق المختصة في أن تتريث في اتخاذ مثل هذا الإجراء الخطير وان لا تلجأ إليه إلا بعد تبصر وإحاطة تامة لجمل ظروف التحقيق. فضلا عن ذلك أن التسبيب له اكبر الأثر في معاونه الجهة التي يرفع إليها الطعن ضد هذا الإجراء، فيسهل لها مهمتها في مراقبه وتقرير ما إذا كان التوقيف تعسفيا أم جاء موافقا للقانون. وبناء على ذلك يمكن القول بأن اشتراط تسبيب قرار التوقيف هو بحق ضمانه للمتهم.

اتصال المتهم الموقوف بمحاميه: إن حق المتهم الموقوف في الاتصال بمحاميه بصورة خاصة,من الأمور المهمة التي تتطلبها صيانة حق الدفاع المقدس وبالأخص في مثل هذا الموقف الذي أحوج ما يكون فيه المتهم إلى من يساعده في فهم حقوقه التي نص عليها القانون، ويقدم له الاستشارات القانونية

التي تساعده في الدفاع عن نفسه أو طلب إطلاق سراحه بكفالة. ومنح هذا الحق للمتهم أمر يقضي به منطق العدالة، بسبب كون المتهم رغم توقيفه لا يزال بريئا لعدم صدور حكم بإدانته، فكيف يتمكن من أن يثبت تلك البراءة إذا ظل في عزله ولم يمنح المستلزمات الضرورية لذلك ومن بينها حقه بالاتصال بمن يتولى الدفاع عنه؟ وقد نصت المادة (١٢٣) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني بقولها « يكون لكل موقوف حق الاتصال بذويه والاستعانة بمحام».

ختاما: يعتبر موضوع ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية خلال مرحله التحقيق الابتدائي من الموضوعات الحيوية المهمة. وهذه الأهمية تتأتى من أن هذا الموضوع وثيق الصلة بحقوق الإنسان، تلك الحقوق التي حرصت البشرية جمعاء على صيانتها من خلال تقنين التشريعات وعقد الاتفاقيات التي جاءت مؤكده على احترامها.

وان جل ما يهدف إليه هذا البحث هو تبصير الجميع بما يتمتع به الفرد المتهم بجريمة معينه من ضمانات عندما يجري التحقيق معه عن تلك الجريمة,فضلا عن التعرف على مدى إسهام تلك الضمانات في توفير المناخ الملائم للمتهم من اجل إثبات براءته، علاوة على دورها في تسيير مهمة الكشف عن الحقيقة مع احترام كرامه الإنسان. فلعلنا نكون قد بينا ووضحنا بعض هذه الضمانات التي يجب أن يتمتع بها المتهم خلال مرحله التحقيق الابتدائي.

الهوامش

(١) انظر د.عبد الستار الجميلي–التحقيق الجنائي قانون وفن– ط١ مطبعة دار السلام– بغداد– ١٩٧٣ – ص ١٤.

(٢) من الكتاب الذين تعرضوا لصفات المحقق انظر: محمد أنور عاشور – المبادئ الأساسية في التحقيق الجنائي العملي – عالم الكتب– دار الهنا للطباعة– القاهرة– ١٩٦٩– ص٧، فؤاد أبو الخبر وإبراهيم غازي – مرشد المحقق– مطبعه دار الحياة– دمشق ١٩٦٩ ص ٢٢٨، د.عبد الستار الجملي –المرجع السابق–ص١٤، سلطان الشاوي –أصول التحقيق الإجرامي– مطبعه جامعه بغداد ١٩٨٢ –ص١٩.

(٣) انظر– محمود حسن –التحقيق الجنائي العملي والفني– ط١ مطبعه الواعظ – ١٩١٣– ص١٧

(٤) انظر – د.عبد استار الجملي – المرجع السابق – ص ١٦.

(٥) انظر بهذا المعنى – د. محمود محمود مصطفى– شرح قانون الإجراءات الجزائية– ص ٢٦٦.

(٦) انظر– د. عبد الوهاب حومد، ص٢٣٣.

(٧) انظر – د. حسن صادق المرصفاوي –المرصفاوي في المحقق الجنائي –منشأة المعارف بالإسكندرية – مطبعة الوادي – بلا سنه طبع – ص ٩٥.

(٨) انظر – د. عبد الأمير العكيلي –أصول الإجراءات الجزائية في قانون المحاكمات الجزائية – ص ٢٨٤.

(٩) انظر – د. حسن صادق المرصفاوي –المرجع السابق ص ٩٦.

(١٠) انظر –المرجع السابق ص ٩٥–٩٦.

(١١) انظر – د.توفيق الشاوي – فقه الإجراءات الجزائية – ج١ – ط٢ – مطابع دار الكتاب العربي بمصر – ١٩٥٤ – ص ٣٤٣.

(١٢) انظر – د.توفيق محمد الشاوي – فقه الإجراءات الجزائية – ج١ – ط٢ – مطابع دار الكتاب العربي بمصر – ١٩٥٤ – ص ٤٨.

(١٣) انظر – د. محمد سامي النبراوي – استجواب المتهم – دار النهضة العربية – المطبعة العالمية – القاهرة – ١٩٦٨ –١٩٦٩ – ص ١٣٦.

(١٤) انظر– د.حسن المرصفاوي – المرصفاوي في أصول الإجراءات الجزائية –منشأة المعارف – الإسكندرية –١٩٧٧ ص ٢٩٣.

نظرة عملية على التأمين في ظل قانون التأمين رقم (٢٠) لسنة ٢٠٠٥

المحامي موسى الصياد- القدس

المقـدمـــة:

قبل صدور قانون التأمين الفلسطيني رقم (٢٠) لسنة ٢٠٠٥ كان الأمر العسكري رقم ٦٧٧ والتعديلات التي طرأت عليه هي النصوص والاحكام التي تطبق، والذي كان مأخوذاً من القانون الإسرائيلي مع بعض التطورات التشريعية التي أجريت على قانون التأمين الإسرائيلي الذي تطور مع الظروف والأوضاع الاجتماعية بعكس الأمر العسكري الذي لم يتطور والذي لم يتغير إلا بأمور بسيطة.

إن قانون التأمين وكذلك الأمر العسكري الخاص بالتأمين يعتبران من القوانين المتطورة جداً في العالم حيث أن تطبيق قانون التأمين واحتساب التعويض عن الأضرار الجسدية الناتجة عن حوادث طرق غير موجود حتى يومنا هذا بجميع الدول العربية حيث أن الأمر العسكري رقم (٦٧٧) أعطى وضمن للمصابين جميع حقوقهم في الحصول على التعويض الذي يتناسب مع الإصابة ومع الوضع الاجتماعي والاقتصادي الذي يتعايش معه المصاب وكفل له حياة كريمة تحافظ نوعاً ما على نفس مستواه المعيشي قبل حصول الحادث لدية.

نشر قانون التأمين رقم (٢٠) لسنة ٢٠٠٥ بتاريخ ٢٠٠٦/٣/٢٥ وبدأ العمل به بتاريخ ٢٠٠٦/٤/٢٥ وذلك بعد أن مر ثلاثين يوماً من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية.

قانون التأمين المذكور والمطبق حاليا شمل جميع أنواع و/أو فروع التأمين وهي:-

١- التأمين على الحياة والتأمين الصحي.
٢- تأمين الأموال/ الادخار.
٣- التأمين ضد أخطار الحريق والأخطار المتحالفة معها.
٤- التأمين ضد أخطار النقل والمسؤوليات المتعلقة بها.
٥- التأمين ضد أخطار الحوادث والمسؤولية المدنية.
٦- التأمين على أجسام السفن وآلاتها والمسؤوليات المتعلقة بها.
٧- التأمين على أجسام الطائرات والمسؤوليات المتعلقة بها.
٨- تأمين المركبات والمسؤوليات المتعلقة بها.
٩- التأمين ضد أخطار المهنة.
١٠-التأمينات الأخرى ولكنه لم يشمل التأمين الصحي.

كون القانون تحدث عن جميع أنواع وفروع التأمين الكثيرة المبينة أعلاه فإننا سنخصص كتابتنا في المواد المتعقلة بتأمين المركبات الآلية والمسؤولية عن التعويض والأضرار التي تستوجب التعويض والدفعات المستعجلة والصندوق الفلسطيني لتعويض مصابي حوادث الطرق وتحديداً من (المادة ١٣٧ إلى المادة ١٧٧) من قانون التأمين الفلسطيني، ولكن وقبل البدء في استعراض هذه المواد يلزم التطرق إلى بعض التعريفات الضرورية الموجودة في المادة رقم (١) من القانون والتي تعتبر الجزء المهم في تطبيق القانون المتعلقة في الأضرار التي تستوجب التعويض جراء حادث طرق ويستطيع

الشخص المهتم في التأمين و/أو المحامي أن يبني مطالبته عليها وهي:-

المادة (١)

استعمال المركبة: السفر بالمركبة ويشمل قيادتها أو ركوبها أو النزول منها أو دفعها أو جرها أو معالجتها أو إصلاحها على الطريق من قبل سائقها أو أي شخص أخر خارج نطاق عمله، كما يشمل أيضا تدحرج المركبة أو سقوطها أو انفصال أو سقوط أي جزء منها أو من حمولتها أثناء السفر، ويستثنى من الاستعمال:-

١- تحميل أو تنزيل أو بيع البضائع أو المواد من المركبة أثناء وقوفها.

٢- المركبة التي تحولت إلى معدة هندسية في موقع العمل، أو محلاً للبيع.

التعليق: إن تعريف استعمال المركبة في الأمر العسكري لا يختلف عما جاء في قانون التأمين الفلسطيني علما بأن تعريف استعمال المركبة في القانون الإسرائيلي وبالأمر العسكري قبل سنة ٢٠٠٠ كان عاما ومرهقاً لشركات التأمين، إلا أن قانون التأمين في إسرائيل وكذلك الأمر العسكري عدل بعض بنود هذا التعريف حيث تم استثناء تحميل وتنزيل البضائع أو المواد من المركبة أثناء وقوفها، وجاء القانون الفلسطيني وأضاف إلى التعريف استثناء آخر وهو في حال تحول المركبة إلى معدة هندسية في موقع العمل، وهذا الاستثناء عمل إشكال لجميع المركبات الثقيلة التي تتحول إلى معدات هندسية مثل الجرافة بعجل والونش وغير ذلك من المركبات التي ستحتاج حاليا إلى أكثر من تأمين لهذه المركبة و/أو المعدة. وكون القانون حديث التطبيق فإن المؤمن له ما زال غير معتاد على عمل التأمينات المطلوبة وفي حال حصول حادث أو إصابة لأي شخص ناتجة عن هذه المعدة لا يكون مغطى من قبل شركات التأمين وفقاً لهذا التعريف.

حادث الطرق: كل حادث نتج عنه إصابة شخص بضرر جسماني جراء استعمال مركبة آلية بما في ذلك الحوادث الناجمة عن انفجار أو اشتعال المركبة أو جزء من أجزائها أو عن مادة أخرى من المواد اللازمة لاستعمالها، كما يعد حادث طرق كل حادث وقع جراء إصابة مركبة وافقه في مكان يحظر الوقوف فيه، ولا يعد حادث طرق كل حادث وقع جراء استخدام القوة الآلية للمركبة لغير الغاية المخصصة لها لتسيير المركبة وكل حادث وقع جراء فعل ارتكب قصداً.

التعليق: إن تعريف حادث الطرق قلص أيضا مثله مثل تعريف المركبة سواء في القانون الإسرائيلي أم في الأمر العسكري وحاليا في قانون التأمين الفلسطيني، حيث أن الحادث في ظل القانون الحالي لا يعتبر المركبة المتوقفة بمكان مسموح الوقوف فيه بمعنى ،أنه إذا كانت مركبة متوقفة في موقف للسيارات أو بأي مكان مسموح الوقوف فيه وقوفا تاماً وليس مؤقتاً تاماً، فإن إي مركبة و/أو شخص يصدم بالمركبة المتوقفة في هذه الحالة لا تعتبر المركبة المتوقفة مركبة ميكانيكية وإنما اعتبرها القانون كأنها جسم جماد مثل شجرة أو حائط، والإصابات التي تنتج عن هذا الاصطدام لا تعتبر حادث طرق بالنسبة للمركبة المتوقفة، ومثال ذلك صدم طفل يركب على دراجة هوائية بسيارة متوقفة وقوفاً تاماً على جانب الطريق بمكان مسموح الوقوف، ونتج عن هذا الاصطدام حصول أضراراً جسدية لهذا الطفل فإن في حالتنا هذه لا يعتبر الحادث حادث طرق ومالك المركبة و/أو شركة التأمين المؤمنة للمركبة غير مسئولة عن هذه الأضرار.

المصاب: كل شخص لحقه ضرر جسماني ناجم عن حادث طرق، ويشمل ورثة الشخص المتوفى.

المعالون: زوج الشخص وأبويه وأولاده ما دون سن الثامنة عشرة إلا إذا كان على مقعد الدراسة الجامعية، أو مُقعداً، شريطة إثبات ذلك.

التعليق: في ظل تطبيق الأمر العسكري لم يتطرق إلى إعالة الطالب في مراجل الدارسة الجامعية أو إذا كان الابن مُقعداً، وهذه الإضافة تزيد وترفع مقدار التعويض.

المادة (١٣٧)

لا يجوز لأي شخص أن يستعمل مركبة آلية، أو أن يسمح لأي شخص أخر باستعمالها أو أن يتسبب في ذلك إلا إذا كانت للمركبة وثيقة تأمين نافذة المفعول متفقة وأحكام هذا القانون.

التعليق: بموجب قانون التأمين الفلسطيني ومعظم قوانين التأمين في العالم فإن تأمين المركبات الميكانيكية المتعلق بالأضرار الجسدية (الأرواح) هو تأمين إلزامي يمنع على أي مركبة مهما كان نوعها و/أو وزنها و/أو حجمها بما فيها الدراجة النارية أن تسير على الطريق إلا بموجب تأمين يسمى التأمين إلزامي يغطي الأضرار الجسدية التي تنتج عن حادث الطرق.

المادة رقم (١٣٨)

تكون وثيقة التأمين متفقة وأحكام هذا القانون إذا صدرت من مؤمن أجيز له العمل من قبل الهيئة وتغطي أي ضرر جسماني ناتج عن حادث طرق لحق بالمذكورين أدناه.

١- صاحب المركبة وسائقها تجاه أي التزام يترتب عليهما لأي شخص يكون داخل المركبة أو خارجها.

٢- صاحب المركبة الذي يقودها أو من يقودها بإذن منه شأنه شأن أي مصاب آخر.

التعليق: لإصدار بوليصة تأمين أو وثيقة تأمين لأي مركبة يلزم أن تصدر عن شركة تأمين حاصلة على ترخيص من هيئة سوق رأس المال وفق الشروط التي تحددها هذه الهيئة.

المادة (١٣٩)

لا يجوز أن تزيد مدة التأمين في الوثيقة عن مدة سريان رخصة المركبة.

التعليق: في السابق كان لا يمكن ترخيص المركبة إلا بعد الحصول على شهادة تأمين سارية المفعول، ولكن في ظل القانون الحالي فإن بوليصة التأمين قد تكون ليوم واحد أو لعدة أيام حسب سريان رخصة المركبة حسب التفسير الضيق لنص المادة وهذا مخالف لنصوص أخرى لنفس القانون التي تنص على أنه لا يجوز إصدار بوليصة تأمين بأقل من ستة شهور، ولكن ينتهي هذا الإشكال عند قيام مالكي المركبات بتأمين مركباتهم بانتظام.

المادة (١٤٠)

لا يجوز للمؤمن أو للمؤمن له إلغاء وثيقة التأمين أو وقف سريانها ما دامت رخصة المركبة سارية المفعول إلا في إحدى الحالتين:

١- نقل ملكية المركبة وفق أحكام قانون المرور.

٢- إحضار شهادة من سلطة الترخيص تفيد إلغاء رخصة المركبة أو وقف سريانها.

التعليق: يعتبر تطبيق هذه المادة جديداً ولم يكون موجودا في الأمر العسكري الذي كان يكفتي بأن يقوم المؤمن بإعلام المؤمن له خطياً وبالبريد المسجل بوقف التأمين بعد ٢١ يوماً من استلامه

كتاب الإيقاف لكي يتمكن من عمل بوليصة تأمين لدى شركة تأمين أخرى.

المادة(١٤١)

لا يجوز للمؤمن أن يضع في وثيقة التأمين أي شرط يقيد استعمال المركبة من حيث:-

١- عمر الأشخاص الذين يقودون المركبة.
٢- حالة المركبة فيما عدا المركبة التي انتهت رخصتها مدة تزيد على تسعين يوماً.
٣- عدد الأشخاص الذين تقلهم المركبة الخصوصية فقط.
٤- الأوقات والمناطق التي تستعمل فيها المركبة.
٥- وسم المركبة بعلامات مميزة .
٦- رخصة قيادة سارية المفعول مهما كانت المدة التي مضت على إصدارها.

التعليق: الذي يختلف في هذه المادة عن الأمر العسكري هو ما جاء في البند رقم (٢) حيث أن القانون الحالي حدد مدة زمنية لانتهاء رخصة المركبة، وكذلك البند رقم (٣) الذي حدد عدد الأشخاص للمركبة الخصوصي فقط، بمعنى أن المركبة العمومية يمنع لها أن تحمل ركاب أكثر من العدد المسموح به قانونا و/أو حسب ما هو وارد في رخصة المركبة، ولكن أرى لتطبيق هذين البندين ولكي تستطيع شركات التأمين رفض تعويض المصاب في حالة مخالفة صاحب المركبة لإحدى هذين البندين، يلزم لشركات التأمين أن تضع وبشكل واضح هذه البنود ببوليصة التأمين وإن عدم وجودها بالبوليصة و/أو بوثيقة التأمين لا يعفي شركات التأمين من الالتزام تجاه المصاب بالتعويض.

المادة (١٤٢)

إذا قام المؤمن له أو المالك ببيع المركبة فيجب عليه تسليم أصل الوثيقة وإبلاغ المؤمن كتابة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ البيع.

التعليق : لم يرد في الأمر العسكري أي نص حول تسليم وثيقة التأمين حال بيع المركبة المؤمنة، وتعني هذه المادة أنه في حال حصول حادث طرق لشخص قام بشراء مركبة ولم يقم بتسليم وثيقة التأمين خلال مدة ثلاثين يوماً ولم يقم بإصدار تأمين جديد للمركبة وحصل له أضرار جسدية نتيجة حادث طرق ففي هذه الحالة فإن شركة التأمين تكون غير مسئولة عن تعويضه عن الأضرار التي حصلت له، بعكس المصابين من الغير وهم الركاب الموجودين معه و/أو عابري السبيل التي تكون شركة التأمين مسؤولية مسؤولية كاملة عن تعويضهم عن الأضرار الجسدية التي تعرضوا لها.

المادة (١٤٣)

١- إذا ثبت أن المؤمن له أو المالك الجديد قد خالف أحكام المادة (١٤٢) من هذا القانون وأصيب أي منهما بضرر جسماني ناجم عن حادث طرق وقع للمركبة خلال المدة المنصوص عليها في تلك المادة فيعفى المؤمن من المسؤولية عن التعويض.
٢- في كل الأحوال يبقى حق المصاب من الغير قائما نحو المؤمن بعد انقضاء المدة المذكورة في المادة (١٤٢) من هذا القانون.

التعليق: أن ما ورد في البند الأول من هذه المادة هو جديد ولم يتم التطرق له صراحة في الأوامر العسكرية ووجوده فعلا يضبط العلاقة بين المؤمن والمؤمن له، ولكن البند الثاني من نفس المادة

ألزم المؤمن بالتسديد للمصاب من الغير بمعنى أي مصاب تحدث له إصابة خارج المركبة (كطرف ثالث) ليس له علاقة بصاحب المركبة و/أو أي مصاب داخل السيارة عدا السائق فإنه يستحق التعويض كاملاً بمعنى أن الذي يحرم في هذه الحالة فقط السائق عقاباً له لمخالفة القانون.

المادة (١٤٤)

١- يسأل كل من يستعمل مركبة آلية أو يأذن باستعمالها عن تعويض المصاب عن كل ضرر جسماني أو مادي أو معنوي ناتج عن حادث طرق كان للمركبة دخل فيه.

٢- تكون مسؤولية من يستعمل المركبة أو من يأذن باستعمالها مسؤولية كاملة ومطلقة عن تعويض المصاب بغض النظر عما إذا كان هناك خطأ من جانبه أو من جانب المصاب أم لم يكن.

التعليق: من الواضح من خلال هذه المادة وكذلك في ظل تطبيق الأمر العسكري فإن مسؤولية السائق و/أو من يستعمل المركبة أو من يأذن باستعمالها مسؤولية مطلقة بمعنى سواء كان السائق المتسبب بالحادث و/أو الطرف الآخر و/أو عابر السبيل فإن مسؤولية تعويض المتضرر من جراء الحادث تكون كاملة ومطلقة ومثال على ذلك «إذا كان سائق مركبة يسير بطريق عمومي بسرعة قانونية وبشكل قانوني وأثناء سيرة تفاجأ بشخص يقطع الشارع العام بدون أخذ الحيطة والحذر ودون أن ينتبه لوجود مركبة تعبر الشارع ولم يستطيع تفادي الاصطدام به وسبب له ضرر جسدي فإن مسؤولية التعويض تكون على السائق و/أو على شركة التأمين رغم عدم وجود أي تقصير أو إهمال من قبل السائق».

المادة رقم (١٤٥)

يسأل المؤمن والمؤمن له أو الصندوق (حسب مقتضيات الحال) عن تعويض المصاب الذي لحقه ضرر جسماني أو مادي أو معنوي نتيجة حادث الطرق.

المادة (١٤٦)

تسري الأحكام الآتية إذا اشتركت في حادث الطرق أكثر من مركبة:

١- يكون كل سائق مركبة مسئولا عن الأضرار الجسمانية التي أصابت ركاب مركبته.

٢- يكون السائقين مسئولون مسؤولية تضامنية عن تعويض كل مصاب أصيب خارج أية مركبة من مركباتهم المشتركة في حادث الطرق، أما فيما بينهم فيوزع عبء التعويض بالتساوي.

٣- يشترط لتطبيق الفقرة (٢) من هذه المادة توافر الاتصال المادي بين المركبات ذاتها أو بين أحدها والمصاب، ويكفي لتوافر الاتصال تلامس المركبات فيما بينها أو بين إحداها والمصاب.

التعليق: إن ما ورد في البند الأول من هذه المادة يقرر بأن كل سائق مسؤول عن الأضرار الجسدية التي أصابت ركاب مركبته، حتى وإن كانت هذه المركبة ليست المتسببة بحصول الحادث، وحتى وإن كانت هذه المركبة متوقفة وتعرضت للحادث أثناء وقوفها، حيث أن كثيراً من يعتقدون بأن مسؤولية تعويض المصابين تكون مسؤولية المتسبب بالحادث وليس حسب ما جاء في البند الأول من هذه المادة.

وكذلك توسعت هذه المادة في شرح المسؤولية المشركة بين المركبات التي اشتركت بالحادث الواحد ولكن من المفهوم من هذه المادة أنه يحق للمصاب توجيه مطالبته ضد أحدى المؤمنين (شركة تأمين)

وبعدها يحق للمؤمن الذي سدد المبلغ للمتضرر (المصاب) الرجوع على باقي المؤمنين الذين اشتركوا بالحادث هذا إذا توافر الاتصال المادي (التلامس) بين المركبات أو بين إحداها والمصاب.

المادة (١٤٧)

١- إذا وقع حادث طرق اشتركت فيه مركبة ثقيلة أو أكثر مع مركبة خفيفة أو أكثر، فيدفع مؤمنو المركبة الثقيلة لمؤمني المركبة الخفيفة ٥٠٪ من التعويض عن الأضرار الجسدية الناتجة عن الحادث.

٢- يكون مؤمنو المركبة الثقيلة مسئولين بالتضامن تجاه مؤمني المركبة الخفيفة ويتحملون فيما بينهم عبء المسؤولية بالتساوي.

التعليق: وضعت هذه المادة لتخفيف عبء التعويض على مؤمني المركبات الخفيفة التي تزن أقل من ٤ طن، حيث ألزم القانون المركبات الثقيلة التي تزن أكثر من ٤ طن مشاركة المركبات الخفيفة كون أن الأضرار الجسدية التي تحصل في المركبات الثقيلة تكون عاداً أضرار بسيطة لكبر حجمها وثقل وزنها ولقلة عدد ركابها، بعكس المركبات الخفيفة التي تمتاز بأنها خفيفة الوزن وصغيرة الحجم وعادةً يكون عدد ركابها يتراوح بين خمسة ركاب إلى سبعة ركاب.

ولكن هذه المادة لم تتطرق إلى الباص الصغير و/أو الكبير كون وزنه أكثر من ٤ طن هل يشارك أم لا يشارك بعبء التعويض مع مؤمنو المركبات الخفيفة؟

الأصل بأن الباص لا يشارك بعبء التعويض مع مؤمنو المركبات الخفيفة كون عدد ركاب الباصات يكون غالياً يتراوح بين ٢٠ راكب الى ٥٠ راكب وهذا بحد ذاته يشكل عبء كبير على مؤمنو الباصات، وهذا ما كان منصوص عليه في الأمر العسكري سابقا وبوضوح.

المادة (١٤٨)

يجب على سائق المركبة أو مالكها أو من يأذن باستعمالها أو المصاب أو ورثته أن يخطر المؤمن أو الصندوق (حسب مقتضيات الحال) بوقوع حادث طرق خلال ثلاثين يوما من تاريخ وقوع الحادث أو من التاريخ الذي بمقدوره أن يقوم بالتبليغ عن الحادث.

التعليق: من المفروض ومن اللازم بأن يقوم السائق و/أو مالك المركبة المؤمنة و/أو المصاب بتبليغ شركة التأمين و/أو الصندوق بالحادث خلال مدة ٣٠ يوماً لكي تستطيع شركة التأمين التحقيق بالحادث وعمل الإجراءات اللازمة بأسرع وقت ممكن، حيث أن التأخير في إعطاء البلاغ لشركات التأمين و/أو الصندوق يعيق التحقيق ويطمس كثير من الحقائق، ولكن القانون لم يحدد مدة الثلاثين يوما نهائيا حيث جاءت المادة «أو من التاريخ الذي بمقدوره أن يقوم بالتبليغ عن الحادث» حيث أن المشرع افترض بأن تكون هناك أمورا طارئة تمنع أو تؤخر السائق و/أو المصاب و/أو ورثة المتوفى من جراء الحادث التبليغ خلال مدة الثلاثين يوماً.

المادة (١٤٩)

لا يستحق المصاب تعويضاً في إحدى الحالات التالية:-

١- إذا تسبب عمداً في وقوع حادث طرق.

٢- إذا قاد المركبة أو استعان بها في ارتكاب جناية أو جنحه.

٣- إذا قاد المركبة بدون تأمين نافذ المفعول وقت الحادث أو خالف شروط وثيقة التأمين.

٤- إذا قاد المركبة دون إذن مالكها أو المتصرف بها قانوناً ومن كان يعلم أنها تقاد كذلك.

٥- إذا قاد المركبة بدون رخصة قيادة، أو برخصة قيادة لا تجيز له قيادة مركبة من ذات النوع أو قادها برخصة انتهى سريانها مدة تزيد على سنة، أو خلال فترة حرمانه من القيادة بناء على قرار صادر من جهة مختصة قانونا.
٦- مالك المركبة أو المتصرف بها الذي سمح لشخص أخر بقيادتها دون أن يكون للمركبة تأمين نافذ المفعول أو كان التأمين لا يغطي حادث الطرق الذي أصيب فيه أي منهما أثناء القيادة سواء كان المصاب داخل المركبة أو خارجها.
٧- على الرغم مما ورد في الفقرة (٦) من هذه المادة، إذا أصيب السائق بحادث طرق حين قيادته المركبة بإذن مالكها أو المتصرف بها، ولم يكن للمركبة تأمين نافذ المفعول أو كان لها تأمين لا يغطي الحادث دون أن يعلم ولم يكن من المعقول أن يعلم بذلك، فإنه يحق له مطالبة الصندوق بالتعويض شأنه شأن أي مصاب آخر.

التعليق: الجديد في هذه المادة ما ورد في البند الخامس حيث حددت المادة انتهاء رخصة القيادة بمدة سنة، حيث لم تحدد في السابق المدة وإنما فقط كانت تشير إلى الحالات التي تكون فيها رخصة القيادة مسحوبة من قبل الشرطة و/أو بناء على قرار صادر من جهة مختصة.
كذلك البند السابع والذي أعطى السائق حسن النية الذي يقود مركبة ولا يعلم بأنه لا يوجد بها تأمين التوجه إلى الصندوق، وهذا عبء على الصندوق.

المادة رقم (١٥٠)

إذا أدى حادث الطرق إلى وفاة السائق المصاب الذي لا يستحق تعويضاً بموجب هذا القانون، فإنه يحق للمعالين من ورثته مطالبة الصندوق بالتعويض طبقاً لأحكام هذا القانون.

التعليق: حسب القانون فإن أي سائق يخالف شروط بوليصة التأمين ويخالف القانون مثل قيادة مركبة بدون حصوله على رخصة قيادة فإنه يحرم من التعويض إذا ما حصل معه حادث طرق وأدى هذا الحادث إلى إصابته بإضرار جسدية من شركة التأمين وكذلك من الصندوق الفلسطيني لتعويض مصابي حوادث الطرق، ولكن القانون استثنى حالة وفاة السائق المخالف لشروط بوليصة التأمين وذلك لكفالة ولضمان حياة كريمة لعائلته من بعده، حيث أن القانون لم يعاقب ورثة السائق على مخالفة اقترفها خلال حياته.

المادة رقم (١٥١)

للمصاب حق إقامة الدعوى للمطالبة عن الأضرار الجسدية والمادية والمعنوية التي لحقت به جراء الحادث، ضد المؤمن والمؤمن له معاً أو ضد المؤمن أو الصندوق فقط.

المادة (١٥٢)

يكون التعويض عن الأضرار المعنوية الناجمة عن حادث الطرق على النحو التالي:
١- خمسون ديناراً عن كل ١٪ من نسبة العجز الدائم.

التعليق: في الأمر العسكري وكذلك في القانون الإسرائيلي كان يتم احتساب ضرب نسبة العجز بالحد الأقصى للألم والمعاناة المربوط بجدول غلاء المعيشة والفائدة القانونية والذي يعادل حالياً تقريباً (١٤٥,٠٠٠) شيكل.

٢- خمسون ديناراً عن كل ليلة يمكثها المصاب في المستشفى أو أية مؤسسية علاجية للعلاج بسبب حادث طرق.

التعليق: في السابق كان احتساب المكوث بالمستشفى اثنان بآلاف من الحد الأقصى من الألم والمعاناة × عدد الأيام في المستشفى مربوط بجدول غلاء المعيشة والفائدة القانونية.

٣- خمسمائة دينار عن العملية أو العمليات الجراحية التي أجريت للمصاب بسبب حادث الطرق واستلزمت مكوثه في المستشفى.

التعليق: هذا البند جديد ولم يكن في السابق وأعتقد انه لا يوجد حاجة لوجوده كون وجود البند الثاني من هذه المادة.

٤- إذا لم يستحق المصاب تعويضاً بموجب الفقرات (١، ٢، ٣) من هذه المادة يحق له تعويضاً لا يزيد عن خمسمائة دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانونا.

التعليق: هذا البند وضع للمصابين الذين تعرضوا لإصابات ناتجة عن حوادث طرق لم ترتب لهم أي نسبة عجز وتكون هذه المادة مفيدة ومنتجة للمصابين الذين تعرضوا فقط لرضوض بسيطة حيث أن تعويضهم عن الألم والمعاناة كحد اقصى مبلغ ٥٠٠ دينار أردني ولكن الذي يتضرر من تطبيق هذه المادة المصاب الذي أصيب بعدة كسور ولم ترتب لدية الإصابة أي نسبة عجز فإن تعويضه تكون مماثل أو مقارب إلى المصاب الذي تعرض لرضوض بسيطة.

المادة (١٥٣)

لا يجوز أن يزيد مجموع مبلغ التعويض من الأضرار المعنوية عن عشرة ألاف دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانونا.

التعليق: هذه المادة جاءت وحددت حداً أقصى لمبلغ الألم والمعاناة دون ربط هذا المبلغ بجدول غلاء المعيشة والفائدة القانونية وهذا المبلغ سيبقى كما هو دون تغيير لحين صدور تشريع جديد لتغيير هذا المبلغ و/أو السقف، بعكس ما كان مطبق في الأمر العسكري والقانون الإسرائيلي الذي ربط مبلغ الألم والمعاناة بجدول غلاء المعيشة والفائدة القانونية.

المادة (١٥٤)

إذا أدى الحادث إلى وفاة المصاب فإن المبلغ الذي يدفع لورثته هو ٥٠٪ من الحد الأقصى المذكور في المادة (١٥٣) من هذا القانون مطروحا منه حصة الورثة المعالين وفقا لحجة حصر ارث المتوفى.

التعليق: هذه المادة غير مفهومة وغير واضحة، ولم تتطرق إلى كيفية احتساب تعويض ورثة المعالين (الأولاد القصر والزوجة والمنزل إن كان المتوفى هو الزوج) ولكن ما زالت شركات التأمين والمصابين يحتسبون فقدان الدخل المستقبلي للمتوفى وفق القانون السابق (الأمر العسكري).

المادة (١٥٥)

عند احتساب التعويض عن فقدان الكسب وفقدان المقدرة على الكسب لا يؤخذ في الاعتبار الدخل الذي يزيد على مثلي معدل الأجر في الحقل الاقتصادي الذي ينتمي إليه المصاب وفقا لآخر نشرة يصدرها الجهاز المركزي للإحصاء الفلسطيني.

التعليق: في السابق كان يتم احتساب فقدان الكسب على ثلاثة امثال معدل الأجر، والمقصود هنا بالحقل الاقتصادي الذي ينتمي إليه المصاب أي تصنيف عمل المصاب فيما إذا عاملاً أم موظفاً أم يعمل في الإعمال الحرة ويكون المرجع في تحديد معدل الأجر هو الجهاز المركزي للإحصاء الفلسطيني.

المادة (١٥٦)

إذا أدى حادث الطرق إلى عدم قدرة المصاب على القيام بعمله فإنه يستحق ١٠٠٪ من أجره اليومي طيلة مدة عجزه المؤقت على ألا تتجاوز مدة العجز سنتين من تاريخ الحادث.

التعليق: في الأمر العسكري والقوانين الإسرائيلية لم يتم وضع سقف أعلى لفترة التعطيل عن العمل، حيث كان للمصاب الحق بالمطالبة عن كامل فترة تعطيله مهما استمرت شريطة أن تكون مبررة بموجب تقرير طبي، ومثال على ذلك إذا ما أصيب المصاب بشلل جزئي أو شلل كلي فإنه لا يستطيع العودة إلى عمله ويحتاج الى فترة علاج طويلة ومن الممكن أن لا يستطيع العودة إلى عمله إطلاقاً، هذا يعني أن القانون الجديد حرمه من فترة التعطيل حتى وإن تم احتساب تعطيله كفقدان دخل مستقبلي ولكن هذا الاحتساب يقلص من مستحقاته بخصم مبلغ ليس بالقليل بسبب إجراء خصم بدل الدفع الفوري (الرسملة) حسب ما هو وارد في المادة (١٥٧) من القانون.

المادة (١٥٧)

عند احتساب التعويض عن فقدان المقدرة على الكسب المستقبلي يجري خصم مقابل الدفع الفوري.

التعليق: من الواضح في هذه المادة أن المشرع تطرق إلى إجراء خصم مقابل الدفع الفوري ولكنه لم يشير ولم يتطرق إلى كيفية احتساب الخصم بدل الدفع الفوري، ففي الأوامر العسكرية كان يتم الاحتساب وفق جدول (يلنك) وهو جدول من تصمم واجتهاد محاسب إسرائيلي تم اعتماده من قبل جميع المحاكم في إسرائيل، ولكن في حالتنا هذه لم يبين المشرع كيفية الاحتساب بدل الدفع الفوري، لذلك ففي حالتنا هذه فإن جميع المحاكم الفلسطينية ما زالت تطبق مبدأ الرسملة (الدفع الفوري) على أساس جدول يلنك لحين خروج محاسب ومدقق فلسطيني يستطيع عمل جدول مشابه للجدول الذي توصل إلى يلنك والمطبق حاليا في جميع الحقول الاقتصادية الإسرائيلية.

المادة (١٥٨)

١- إذا كان المصاب قاصراً فعلى المحكمة أن تقرر إيداع المبلغ المحكوم به لدى أحد البنوك باسم المصاب لحين بلوغه سن الرشد.

٢- يجوز للمحكمة بناء على طلب النائب القانوني للقاصر أن تقرر منح النائب الحق في صرف مبلغ شهري للإنفاق على المصاب لحين بلوغه سن الرشد وذلك إذا كانت حالة المصاب تستدعي ذلك.

التعليق: هذه المادة جديدة لم تكن موجودة في السابق ولكن في البند الأول كان من الأجدر وضع كلمة (للمحكمة) بدلاً من (فعلى المحكمة) حيث أن كثيرا من الإصابات الخاصة بالقصر يتم إنهائها خارج المحاكم وتكون بمبالغ بسيطة فمن غير المعقول أن نلزم والد الطفل المصاب وضع مبلغ (٢٠٠٠) شيكل مثلاً في صندوق لدى إحدى البنوك لحين بلوغه سن الرشد.

المادة (١٥٩)

تتقادم دعوى المطالبة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن حادث الطرق إذا لم ترفع خلال ثلاث سنوات من تاريخ وقوع الحادث أو تاريخ الحصول على تقرير طبي نهائي إذا تجاوزت المدة الثلاث سنوات المذكورة.

التعليق: في السابق كانت مدة التقادم سنتين من تاريخ حصول الحادث أو من تاريخ الحصول

على تقرير طبي نهائي ، ولكن هذه المادة لم تشير إلى التقادم بالنسبة للقصر حيث أنه في السابق أشير إلى أن التقادم بالنسبة للقصر يكون سنتين بعد بلوغهم سن الرشد، كما وإن عبارة «تاريخ الحصول على تقرير طبي نهائي» جاءت عامة مفتوحة وكان الأجدر بأن يتم وضع عبارة «تاريخ إنهاء و/أو شفاء المصاب من إصابته».

المادة رقم (١٦٠)

على المسئول عن التعويض بموجب أحكام هذا القانون أن يدفع للمصاب دفعة مستعجلة خلال مدة ثلاثين يوماً من تاريخ إخطاره بذلك من المستدعي المبالغ الآتية:-

١- النفقات الضرورية التي أنفقها المصاب للعلاج بسبب الحادث ...

٢- دفعات شهرية تكفي لسد متطلبات معيشته ومعيشة أفراد أسرته المعالين منه ومتطلبات العلاج...

٣- يراعى عند تحديد الدفعة الشهرية، دخل المصاب خلال الثلاثة أشهر التي سبقت تاريخ الحادث، ولا يؤخذ في الاعتبار الدخل الذي يزيد على مثلي معدل الأجور المذكور في المادة (١٥٥).

التعليق: في السابق كانت مدة الرد و/أو الدفع خلال مدة ستين يوماً من تقديم المطالبة أو الإخطار وبتصوري أن مدة ستين يوماً أفضل وذلك ليتوفر الوقت الكافي للمؤمن لإجراء التحقيق اللازم بالحادث.

المادة رقم (١٦١)

إذا انقضت مدة الثلاثين يوماً المحددة في المادة السابقة من هذا القانون ولم يدفع المسؤول عن التعويض الدفعة المستعجلة، فيجوز للمستدعي أن يقدم طلب الدفع المستعجل إلى قاضي الأمور المستعجلة أو إلى المحكمة المختصة في نظر الدعوى.

التعليق: في السابق كانت مهلة الرد على كتاب الدفعات المستعجلة بعد انقضاء ستين يوماً وليس خلال مدة ثلاثين يوما، واعتقد بأن مدة الستين يوماً أفضل لشركات التأمين ليكون معها الوقت الكافي لإجراء التحقيق بالحادث والتأكد من صحته، كما أنه في السابق كان يلزم إرفاق تصريح مشفوع بالقسم مرفق بلائحة الدعوى من المدعي والذي لم يطلبه المشرع في القانون الحالي.

المادة رقم (١٦٢)

يعين القاضي جلسة لنظر الطلب خلال أسبوع من تاريخ تقديمه مراعياً في ذلك إعطاء المستدعي ضدهم مدة خمسة عشر يوماً لتقديم لائحة جوابية من تاريخ تبليغهم لائحة الطلب.

التعليق: هذه المادة غير صالحة للتطبيق بوضعها الحالي من حيث المدد الموجودة بها، حيث لا يوجد أي داعي لتحديد (خلال أسبوع) للنظر في القضية وبعدها إعطاء مدة ١٥ يوما لتقديم لائحة دفاعية، والفهم الصحيح لهذه المادة هو أن يتم تعين جلسة لنظر الطلب خلال أسبوع بعد مرور مدة ١٥ يوماً المعطاة للمستدعى ضدهم لتقديم لائحة جوابية.

المادة رقم (١٦٣)

تسري قواعد التبليغ المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية في نظر الطلب.

المادة رقم (١٦٤)

١- يجب على المستدعي أن يحضر أمام القاضي لمناقشته في استدعائه.

٢- يجب على القاضي أن يستمع إلى بينه أولية حول المسؤولية عن التعويض.

٣- إذا ثبت للقاضي ان المستدعي يستحق تعويضاً بموجب أحكام هذا القانون، فيصدر قراره في ذات الجلسة إلا إذا رأى ضرورة للتأجيل لاستدعاء شخص آخر لمناقشته، أو لتقديم أية بينة إضافية بخصوص مسألة معينة.

٤- إذا قرر القاضي إجابة المستدعي لطلبه، فعليه أن يحدد له أجلاً لتقديم لائحة دعواه الأصلية أمام المحكمة المختصة.

التعليق: إن ما ورد في البند الأول من هذه المادة ليس عادلاً وليس عملياً وذلك لان طلبات الدفعات المستعجلة تقدم في معظم الأحيان من المستدعي لعدم قدرته على العمل ولاحتمال وجودة في المستشفى ولاحتمال تعرضه لإصابات بليغة تمنعه من الحضور والمثول أمام القاضي لمناقشته.

المادة (١٦٥)

لا يجوز أن يزيد مجموع الدفعات الشهرية عن اثنتي عشرة دفعة من تاريخ القرار.

التعليق: هذه المادة جديدة ووجودها جيد حيث حددت عددا محدداً ووقتاً محدداً للمصاب بقبض دفعات على الحساب بعكس القانون السابق الذي لم يحدد أي فترة زمنية لدفع الدفعات على الحساب فكان يمكن للمصاب أن يستمر باستلام الدفعات لمدة تزيد عن سنتين أو ثلاثة سنوات.

المادة رقم (١٦٦)

يوقف صرف الدفعات الشهرية إذا لم يودع المستدعي دعواه الأصلية خلال الأجل المحدد له بموجب الفقرة (٤) من المادة (١٦٤) من هذا القانون أو إذا أو دعت ثم شطبت.

المادة رقم (١٦٧)

١- لا يقبل طلب إضافي لدفع دفعات مستعجلة أو طلب لتعديل القرار السابق إلا إذا مضت ستة أشهر على تاريخ القرار السابق وتغيرت الظروف بما يبرر إصدار قرار جديد.

٢- كل طلب لإصدار قرار بتعديل القرار السابق يقدم إلى نفس القاضي الذي فصل في الطلب السابق أو إلى المحكمة المنظورة أمامها الدعوى الأصلية.

المادة رقم (١٦٨)

١- يكون القرار الصادر في طلب الدفع المستعجل مشمولا بالنفاذ المعجل وقابلا للاستئناف خلال سبعة أيام من تاريخ صدوره.

٢- يكون القرار الصادر من المحكمة الاستئنافية نهائيا غير قابل للطعن.

٣- تكون جميع المبالغ المدفوعة للمستدعي جزءا من إجمالي التعويض المستحق للمصاب حين ثبوت المسؤولية.

التعليق: ماذا لو أن محكمة الاستئناف قررت رد الدعوى؟ سيكون حينها على المؤمن (شركة التأمين) إقامة دعوى ضد المصاب لتحصيل ما تم دفعه له، كان من الأفضل للمشرع لو شطب كلمة النفاذ المعجل.

المادة رقم (١٦٩)

إذا زاد مجموع الدفعات المستعجلة المدفوعة للمدعي عن المبلغ المحكوم به في الدعوى الأصلية، أو إذا قضت المحكمة برد الدعوى بحكم نهائي فإنه يحق للمدعى عليه الذي دفع الدفعات المستعجلة الرجوع على المدعي أو المسؤول عن الضرر أو الصندوق.

المادة رقم (١٧٣)

فيما عدا السائق يقوم الصندوق بتعويض المصاب الذي يستحق تعويضا بموجب أحكام هذا القانون ولا يستطيع مطالبة المؤمن بالتعويض لأحد الأسباب التالية:-

١- إذا كان السائق المتسبب في وقوع الحادث مجهولا.
٢- إذا لم يكن بحوزة السائق تأمين بموجب أحكام هذا القانون.
٣- إذا كان المؤمن تحت التصفية.
٤- إذا كان بحوزة السائق تأمين ولكنه لا يغطي الحادث موضوع المطالبة بسبب:
ا- استعمال المركبة لغرض مخالف لما هو محدد في رخصتها.
ب- قيادة السائق للمركبة بدون رخصة قيادة أو برخصة لا تجيز له قيادة ذات النوع.
ت- إذا لم يدفع المؤمن له قسط التأمين في الميعاد المحدد والمتفق عليه.
ث- إذا وقع من المؤمن له غش أو تدليس أو أخفى وقائع جوهرية عند حصوله على وثيقة التأمين.
ج- أية حالة أخرى لا تغطي فيها الوثيقة الالتزام بالتعويض بموجب أحكام هذا القانون.

حسب ما هو واضح فإن التزامات الصندوق في هذا القانون كثيرة وواسعة بعكس القانون السابق الذي كان محصوراً بالتزامات محددة.

المادة رقم (١٧٤)

يحق للمصاب في الحالات المذكورة في المادة (١٧٣) من هذا القانون الحصول على التعويض من الصندوق بذات الطريقة التي كان يحق له فيها الحصول عليه من المؤمن، بما في ذلك دفع نفقات علاج المصاب في المشفى والدفعات المستعجلة.

المادة رقم (١٧٥)

١- يحق للصندوق الرجوع بالمبالغ المدفوعة من قبله بسبب الحادث على أحد المذكورين أدناه:
ا) من لا يستحق تعويضاً بموجب أحكام المادة (١٤٩) من هذا القانون.
ب) من لم يكن له تأمين نافذ المفعول وقت وقوع الحادث، ويستثنى من ذلك من كان لديه تأمين سنوي انتهى مفعوله خلال ثلاثين يوماً قبل تاريخ الحادث.
ج) من كان بحوزته تأمين لا يغطي الحادث وفقاً للحالات المذكورة في الفقرة (٤) من المادة (١٧٣).
د) مالك المركبة أو المتصرف بها.

المادة رقم (١٧٧)

إذا عجز الصندوق عن الوفاء بالتزاماته نحو المصابين فتلتزم وزارة المالية بسد هذا العجز من حساب الخزينة العام.

الوعـد بالـبيــع

المحامي حسن الخطيب- القدس

يعتبر الوعد بالبيع عقد تمهيدي يتعهد البائع فيه بتقرير البيع أمام الدائرة الرسمية.
كثيرا ما يلجا إلى هذا العقد في الحياة العملية اذا ما رغب الشخص العادي أو المعنوي شراء عقار، وليس بمقدوره توفير المبلغ الكافي لدفع الثمن.
معظم تشريعات الدول العربية تعرضت لموضوع الوعد بالبيع، شانها في ذلك مجلة الأحكام العدلية المطبقة في فلسطين كما تضمن مشروع القانون المدني الفلسطيني بين ثناياه معالجة وافية لهذا الموضوع حيث أولاها أهمية بالغة والزم إتباع إجراءات معينة لنقل الملكية محل هذه العقود.
من خلال تجربتي حديثة العهد في مهنة المحاماة، وجدت الكثير من الخلط غير المبرر قانونا على الإطلاق في فهم ماهية الوعد بالبيع خصوصا لدى العاملين في مجال الحقل القانوني.
ومما زاد الطين بله، صدور قرارات عديدة عن المحاكم النظامية في فلسطين تنطوي على أخطاء جسيمة وفادحة في تفسيرها لموضوع الوعد بالبيع خصوصا في غياب منظومة تشريعية متطورة لقوانين الأراضي أسوة بدول الجوار.
سنعرض هذا الموضوع في مبحثين:

خطة البحث

المقدمة
المبحث الأول: ماهية الوعد بالبيع
المطلب الأول: تعريف الوعد و الشروط الخاصة لانعقاد الوعد بالبيع
المطلب الثاني: الشكلية في عقد الوعد بالبيع
المبحث الثاني: الآثار المترتبة على الوعد بالبيع
المطلب الأول: طبيعة الوعد بالبيع.
المطلب الثاني: حكم الوعد بالبيع في الدول العربية

المبحث الأول: ماهية الوعد بالبيع

الحديث عن ماهية الوعد بالبيع يفترض ابتداءً التعريف به وبيان شروطه القانونية.
لذا سأقسم هذا المبحث إلى مطلبين اثنين:

المطلب الأول: تعريف الوعد بالبيع

عرف المشرع المصري الوعد بالتعاقد بأنه (عقد يلتزم بمقتضاه احد الطرفين أو كل منهما نحو الأخر بان يعقد العقد الموعود به متى اظهر الموعود له رغبته خلال المدة المتفق عليها، فهو عقد كامل يتم بإيجاب من الواعد وقبول من الموعود له، ولكنه يمهد لعقد يراد إبرامه فيما بعد).

وقد تناول المشرع اللبناني الوعد بالبيع وعرفه (بأنه اتفاق يقبل به احد المتعاقدين أن يعقد مستقبلا مع المتعاقد الاخر عقدا يحدد شروطه منذ هذه اللحظة وفي مدة محددة وقد يعد كلا المتعاقدين الآخر بإبرام عقد معين في المستقبل، وينبني على ذلك أن الوعد عقد تام يفترض تطابق ارادتين إيجاب من الواعد وقبول من الموعود له أو يتضمن إلى جانب هذا إيجاب بمحل العقد الموعود به).

في حين تعرض المشرع الأردني للوعد بالبيع مستخدما مصطلح التعهد بالبيع بأنه (الاتفاق الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين أو احدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها).

أما مجلة الأحكام العدلية المطبقة في فلسطين فقد ذهبت إلى أن الوعد أو التعهد ليس بيعا حالا وهو ما يتفق مع نص المادة ١٧١ (صيغة الاستقبال التي هي بمعنى الوعد المجرد مثل سأبيع وسأشتري لا ينعقد بها البيع).

وأخيرا عرفت مسودة مشروع القانون المدني الفلسطيني الوعد بالبيع بأنه (اتفاق يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين أو احدهما بإبرام عقد معين في المستقبل ولا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها).

أما على الصعيد القضائي نجد أن محكمة التمييز الأردنية ذهبت في العديد من قراراتها إلى معالجة موضوع الوعد بالبيع(التعهد) وقضت (بان التعهد ببيع العقار لدى دائرة التسجيل بالثمن والشروط المبينة في التعهد هو اتفاق غير ممنوع بقانون أو نظام خاص أو مخل بالآداب أو النظام العام أو أحكام التصرف المتعلقة بالأموال غير المنقولة وهو يعتبر عقداً صحيحاً ينشىء التزاما على المتعاقدين عملا بأحكام المادة ١٧٤ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية ويطبق في حالة نكول احد طرفيه عن التزامه حكم المادة ١١٤٩ من القانون المدني).

ثانيا: شروط الوعد بالبيع

لكي ينعقد الوعد صحيحا، يجب أن تتوافر فيه، فضلا عن شروط انعقاد العقد بصفة عامة، شروط خاصة مثار البحث في هذا المطلب وهي المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها.

اولا: الرضا

تقدر الأهلية وعيوب الإرادة بالنسبة للواعد وقت صدور الوعد. فإذا كان العقد المراد إبرامه بيعا، فيجب أن يكون الواعد أهلا للتصرف وقت الوعد لأنه يلتزم فيه نهائيا، ولا يصدر منه تعبير أخر عن الإرادة لانعقاد البيع، الذي يتم بمجرد ظهور رغبة الموعود له.، أما الموعود له فتقدر أهليته للشراء وقت التعاقد لا وقت الوعد لأنه يلتزم بشيء في عقد الوعد، على انه يجب أن تتوافر فيه أهلية التعاقد وقت الوعد، لان الوعد عقد كامل.

ثانيا: المبيع

إذ يجب أن يعين في عقد الوعد ويشترط الفقهاء أن يكون مملوكا للبائع وعلى ذلك لا يعتبر بيعا ولا وعدا بالبيع العقد الذي يلتزم بمقتضاه احد الطرفين أن يحصل لمصلحة الطرف الآخر على ملكية عقار مملوك لشخص ثالث عن طريق بيعه مقابل مبلغ معين.

وقضت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد (يشترط لانعقاد الوعد بالتعاقد طبقا للمادة ١٠١ من القانون المدني أن يتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه فضلا عن المدة التي يجب إبرامه فيها، وذلك حتى يكون السبيل مهيئا لإبرام العقد النهائي بمجرد ظهور رغبة الموعود له دون حاجة إلى اتفاق على شيء أخر والمقصود بالمسائل الجوهرية أركان هذا العقد وشروطه الأساسية التي يرى العاقدات الاتفاق عليها، والتي ما كان يتم العقد بدونها).

ثالثا: الثمن

يجب أن يكون محددا بمعرفة الطرفين في عقد الوعد ذاته أو على الأقل أن يتضمن هذا العقد بيان الأسس التي سيحدد بمقتضاها فيما بعد، أما إذا لم يتضمن عقد الوعد بيان الثمن أو بيان العناصر التي سيحدد بموجبها في المستقبل، فانه لا ينعقد لتخلف ركن من أركانه.

ويرى الفقيه الفرنسي بوتييه أن الثمن منتقد من الفقهاء ولم يأخذ به القانون الفرنسي الحالي، اذ يجوز للفرقاء الاتفاق على تعيينه بمعرفة خبير يسميانه فيه أما طريقة دفع الثمن فيجوز للمتعاقدين الاتفاق في عقد الوعد على أنها تحدد وقت التعاقد النهائي، ولا يعتبر ذلك شرطا معلقا عليه انعقاد البيع إلا إذا تبين ذلك صراحة أو ضمنا في عقد الوعد.

أضف الى ذلك، ويجوب أن يكون الثمن جديا وتقدير مدى جديته أي إذا ما كانت النية اتجهت فعلا إلى إبرام بيع صحيح، يجب أن تكون بالرجوع إلى لحظة إبرام الوعد وليس إبداء الرغبة.

رابعا: المدة

يجب خلالها الإفصاح عن الرغبة في إبرام العقد الموعود، وقد تتحدد المدة صراحة كشهر أو سنة، وقد تستفاد ضمنيا، كما لو كان العقد الموعود لا يجدي تنفيذه إلا خلال فترة معينة، كالوعد مثلا بإيجار مكان في معرض يقام بعد شهرين ويستمر مدة معينة فالمفروض أن تنفيذ الوعد لا يجري إلا إذا أفصح الموعود له عن رغبته خلال مدة الشهرين وإذا خلا الوعد من ميعاد صريح أو ضمني للإفصاح عن الرغبة، فان هذا الوعد يقع باطلا ولا يترتب عليه أي اثر قانوني ولا يجوز للواعد ولا للقاضي أن ينفرد بتحديد المدة.

وقد قضت محكمة النقض المصرية بالخصوص (إذا لم تعين المدة في الوعد بالبيع وقع باطلا ولا يحق للبائع أن يحدد المدة وحده ولا للمحكمة أن تحدد أجلا له)، والاتفاق على المدة التي يجب إبرام العقد الموعود فيها قد يكون صريحا بان يتفق الأطراف في عقد الوعد على مدة معينة يبدى خلالها

الموعود له رغبته في إبرام العقد الموعود ولهم الحرية الكاملة في تحديدها سواء كان ذلك بعدد من الأيام أو الشهور أو السنوات.

ويرى العلامة المرحوم السنهوري انه إذا اتفق الأطراف صراحة أو ضمنا على مدة يجب إبرام العقد الموعود فيها فالعقد صحيح وفي حالة النزاع يكون اللجوء للقاضي لتعيين المدة في ضوء ما يوجد في العقد ذاته من عناصر ولا يجوز أن يترك للقاضي تحديد المدة، على انه قد يدق الأمر في التفرقة ما بين المسائل الجوهرية والمسائل التفصيلية والتي تترك في العادة لتقدير القاضي ولتفادي احتمال التحكم وضرورة وضع ضوابط في هذا المجال.

على انه قد يتنازع هذه المسالة معياران: المعيار الموضوعي، والمعيار الشخصي وطبقا للمعيار الموضوعي يجب الاتفاق على الأركان اللازمة قانونا لانعقاد العقد وهي التراضي والمحل والسبب، فضلا عن الأركان المحددة لكل عقد من العقود المسماة دون الأخذ في الاعتبار إرادة الإطراف، وقد أكدت ذلك محكمة النقض في أكثر من حكم أما خارج نطاق أركان العقد فان المسائل الجوهرية تمتد لتشمل المسائل التي تكون مسالة جوهرية بالنظر إلى طبيعة المعاملة، ففي مجال عقود المقاولات يمكن القول بان الاتفاق على مقدم الثمن وطريقة الوفاء مقابل ما يتم من أعمال وشروط التحقق من مطابقتها لما تم الاتفاق عليه تعتبر من المسائل الجوهرية.

أما أصحاب المعيار الشخصي ذهبوا إلى القول أن لذي يحدد المسائل الجوهرية هو الإرادة المشتركة للمتعاقدين ولا يصح الركون للإرادة الفردية لاحدهما ذلك أن انعقاد العقد في حالة الاتفاق على المسائل الجوهرية فقط لا يعدو أن يكون مجرد تفسير للإرادة المشتركة للمتعاقدين، ومن ثم لا يعمل به إلا عندما لا تستبين من شروط العقد أو من الظروف التي اكتنفته أن نية المتعاقدين قد انصرفت لغيره.

في حين، ذهب جانب من الفقه إلى أن القاضي هو الذي يفصل في كل حالة فيما إذا كانت المسالة المرجاة جوهرية أو تفصيلية.

المطلب الثاني: الشكلية في الوعد بالبيع

الأصل في العقود المدنية في القانون الحديث هو الرضائية والعقد الرضائي هو ما يكفي تراضي المتعاقدين لانعقاده، دون حاجة لان يصب التراضي في شكل خاص، أي التصرف الذي يكفي لانعقاده مطابقة الإيجاب والقبول وعلى ذلك فان الوعد بالعقد الرضائي ينعقد بمجرد تطابق إرادة الواعد والموعود له على الوعد.

ولا يغير من طبيعته أن يتطلب القانون تسجيل العقد الموعود به، فبيع العقار عقد رضائي كذلك الوعد به، وتوافق الارادتين كاف لانعقاده إلا أن الملكية لا تنتقل بين المتعاقدين إلا بالتسجيل.

أما بالنسبة للعقود الشكلية والتي لا يكفي تراضي المتعاقدين لانعقادها، بل لا بد إلى جانب التراضي من مراعاة شكلية معينة ينص عليها القانون كتحرير العقد في ورقة رسمية أمام موظف مختص، والعقود الشكلية في مصر قليلة العدد تنحصر في حالات معينة كبيع السفينة حيث نصت المادة (٣) من القانون التجاري البحري القديم إن (بيع السفينة كلها أو بعضها اختياريا يلزم أن يكون بسند رسمي سواء حصل قبل السفر أو أثنائه والا كان البيع لاغيا).

وقد قضت محكمة التمييز الأردنية بهذا الصدد (إن بيع التراكتور والتنازل عنه أمام الشركة المالكة لهذا التراكتور، لا يعتبر بيعا ويجب تسجيله لدى دائرة ترخيص المركبات).
وفي فرنسا العقود الشكلية قليلة العدد أيضا وهي تشمل عقدي الزواج والتبني والعلاقات المالية بين الزوجين.
والمشرع المغربي سلك ذات الطريق في البيان الذي يتعلق بالضابط العقاري المعروف بضابط تقييد الأملاك العقارية لعام ١٩١٣ الذي جاء فيه (أن الضابط العقاري الجديد المعروف بضابط تقييد الأملاك العقارية لعام ١٩١٣ وسائر النصوص التابعة له منوط باتخاذ الكنانيش العقارية وان المقصود من الضابط هو تقييد كل عقار بكنانيش خاصة تعرف بالكنانيش العقارية بعد تحديده معاينة بصورة مدققة ويوضع له اسم وعدد خاص به مع الايضاحات المتعلقة بالأمور الهندسية والقانونية حتى يتضح حق الملكية بصورة ثابتة نهائيا).
وتجمع في كل رسم من رسوم الملكية المحررة على هذه الصورة سائر الحقوق العينية والادعاءات المالية التابعة للعقار، وكذلك سائر الانتقالات أو التغييرات المتعلقة به وأما الرسم العقاري فيكون مبينا لحالة العقار المقيد تبيانا تاما بحيث يعرف أصله وحكايته وحالته الحقيقية القانونية بسرعة وبسهولة تامة وان الحقوق المقيدة في الكنانيش العقارية تعتبر دون غيرها حجة قاطعة على الغير، ولا تجوز معارضة من يدعي أي حق غير مقيد من قبل لمن له حق مقيد في الكنانيش المذكورة وعليه فان هذه الطريقة تضمن للمشترين حقوقهم ضمانا تاما.
أما المشرع الفلسطيني فقد نص في المادة (٩٠) من مسودة القانون المدني بالقول (إذا اشترط القانون لانعقاد العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يجب مراعاته أيضا في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام العقد)
على انه من الأهمية بمكان الوقوف عند المادة ٦/١٣ من قانون تسوية الأراضي والمياه رقم (٤٩) لسنة ١٩٥٢ بشيء من التفصيل نظرا للجدل القانوني حول تفسير موضوع الشكلية لدى الشراح والقضاة ولما ترتب عليه للأسف من صدور قرارات محاكم تنطوي على أخطاء جسيمة.
تنص المادة المذكورة أعلاه (في الأماكن التي تمت التسوية فيها، لا يعتبر البيع والمبادلة والإفراز والمقاسمة في الماء صحيحا، إلا إذا كانت المعاملة قد جرت في دائرة التسجيل) ويقصد بعبارة تسوية الأراضي والمياه تسوية جميع المسائل والاختلافات المتعلقة بأي حق تصرف أو حق تملك في الأرض، أو المياه أو حق منفعة فيها، أو أية حقوق متعلقة بها وقابلة للتسجيل).
وباستقراء نصوص المادة ٦/١٣ من قانون التسوية الأردني يبدو لنا بجلاء أن عقود البيع التالية لعمليات التسوية المنصبة على عقار عقود شكلية لا تنعقد إلا بتسجيلها في دائرة تسجيل الأراضي، لان القانون حينما يشترط شكلا معينا لانعقاد العقد بدونه يصبح هذا العقد باطلا ومن المفضل من حيث الدقة القانونية استخدام عبارة (لا ينعقد العقد) وليس عبارة (لايعتبر العقد صحيحا) التي استخدمتها المادة ٦/١٣ من قانون تسوية الأراضي الأردني، لان الشكل مظهر خارجي مقصود لذاته وفي هذا المجال بالذات يعد إجراء يعلق انعقاد العقد على تمامه، وبدونه يصبح العقد باطلا.
وعلى هذا فان عبارة (لا يعتبر البيع صحيحا) الواردة في المادة ٦/١٣ من قانون تسوية الأراضي، لا تغني عن القول لا ينعقد العقد لان مفهوم العقد غير الصحيح لا يطابق بالضرورة العقد الباطل فالعقد غير الصحيح هو العقد الذي أصابه خلل بان كان احد المتعاقدين أو كلاهما فاقد الأهلية،

أو كان ممن كملت أهليته ولكن لم يطابق إيجاب أو كان محل العقد فاقدا لشرط من شروطه، أو كان سبب الالتزام غير موجود أو كان سبب العقد غير مشروع.
أما العقد الباطل فهو ما ليس مشروعا بأصله ووصفه بان اختل ركنه أو محله أو الغرض منه أو الشكل الذي فرضه القانون لانعقاده، ولا يرتب أي اثر ولا ترد عليه الإجازة، ولكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ولا تسمع دعوى البطلان بعد مضي (١٥) سنة من وقت العقد.
وإزاء عدم الوضوح تم الرجوع إلى المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني التي يرجع إليها الباحث عندما يتقصى حقيقة النص ومصدره فوجد متأثرا بالقانون المصري الذي لا يعلق انتقال الملكية على التسجيل (أي لا يأخذ بالشكل للانعقاد أصلا) ولذلك يعتبر البيع وفقا له صحيحا ومنتجا لأثاره بمجرد توافر أركانه (التراضي والمحل والسبب) وعند التخلف عن التسجيل، يستطيع المتعاقد أن يرفع دعوى عدم صحة التعاقد أو دعوى عدم صحة التوقيع ولا يقبل منه التمسك بشرط الشكلية.
إزاء ذلك ورغم معرفة الأصل التاريخي للنص ووضوحه، إلا أن الاجتهاد الخاطىء لتفسير هذا النص الهام مستمر منذ ما يناهز الاربعين عاما الأمر غير المبرر قانونا على الإطلاق لدى المحاكم في الأردن، الانعقاد في البيع العقاري عقد شكلي لا ينعقد إلا بإتمامه أما م دائرة التسجيل ومعنى ذلك أن عقد البيع العقاري ليس عقدا رضائيا وإذا لم تراع فيه الشكلية المطلوبة فانه لا ينعقد وليست له قيمة قانونية.
وعلى ذلك استقر اجتهاد المحاكم الأردنية في العديد من الأحكام والقرارات الصادرة عنها باعتبار الوعد بالبيع عقد باطل استنادا للتفسير المغلوط لنص المادة المذكورة أعلاه، والتشدد في الشكلية غير المبرر منها القرار التالي (حيث أن مفاد ذلك أن الاتفاقية المشار إليها هي تعهد من المدعى عليه على العمل لفراغ قطعة الأرض موضوع الدعوى ونقل ملكيتها للجهة المميزة (المدعي). وحيث أن مناط فصل النزاع في الدعوى يتحدد على بيان فيما إذا كان التعهد بالفراغ هو عقد صحيح يرتب الضمان على الناكل عن تنفيذ التزامه بنقل ملكية العقار أم هو عقد باطل لا يرتب أثرا.
وبالرجوع إلى أحكام المواد القانونية الناظمة لهذا الموضوع نجد أن المادة (١٠٥/ ١، ٢) من القانون المدني الأردني البحثة في الاتفاق الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين أو احدهما بإبرام عقد في المستقبل فقد نصت صراحة بأنه إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يجب مراعاته في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد --- وحيث أن اتفاقية التعهد بالفراغ للعقار موضوع الدعوى لم يتم تسجيلها لدى دائرة التسجيل فيكون احد أركان هذه الاتفاقية قد تخلف وتعتبر عقدا باطلا لا يرتب أي اثر وتغدو مطالبة المدعية بالضمان غير قائمة على أساس من القانون).
قضت أيضا (لا يعتبر البيع والمبادلة والإفراز والمقاسمة في الأرض أو الماء التي تمت التسوية فيها صحيحا إلا إذا جرت المعاملة أمام دائرة التسجيل، وان تعهد المدعى عليه بنقل ملكية الأرض للمدعي هو في حقيقته عقد بيع لم يسجل أمام دائرة التسجيل ويعد باطلا لا يرتب أثرا وتكون مطالبة المدعي بالمبلغ المتفق عليه كعطل وضرر استنادا للعقد الباطل غير مقبولة ولا أساس لها من القانون).

المبحث الثاني الآثار المترتبة على الوعد بالبيع

القاعدة انه متى انعقد الوعد بالبيع صحيحا يلزم الواعد بان يبرم العقد الموعود به متى اظهر الموعود له رغبته في ذلك خلال المدة المتفق عليها ولكن لا يترتب عليه أي اثر من آثار العقد الموعود به فلو أن هناك وعدا بالبيع مثلا فانه يلزم الواعد بإبرام عقد البيع إذا أبدى الطرف الآخر رغبته في ذلك قبل فوات المدة المتفق عليها لكن لا يترتب على هذا الوعد التزام الواعد بنقل ملكية الشيء المراد بيعه أو تسليمه، ولا التزام المشتري بدفع الثمن، فهذه كلها آثار لا يرتبها إلا عقد البيع النهائي إذا تم.

وينبني على ذلك النتائج التالية:

أولا: يبقى الواعد مالكا للشيء الموعود ببيعه ولثماره وحاصلاته.

ثانيا: إذا هلك الشيء الموعود ببيعه هلاكا كليا بفعل القوة القاهرة فلا ينعقد البيع لتخلف المحل، ولا يلزم الواعد بأي تعويض ويلحق بالهلاك الكلي في الحكم، حالة نزع ملكية العقار للمنفعة العامة لان فعل الحاكم يعتبر من قبيل القوة القاهرة.

ثالثا: للموعود له أن يطالب بمنع الواعد من القيام بالإعمال التي قد تحول دون انعقاد البيع، كالمطالبة بمنع الواعد من هدم المنزل الموعود ببيعه. وللموعود له أن يسجل عقدا لإشهار حقه، ولو أن ملكية المبيع لن تنتقل إليه إذا كان عقارا إلا من تاريخ تسجيل العقد النهائي، ولكن قد يفيد هذا التسجيل في التدليل على سوء نية الواعد.

رابعا: يجوز للموعود له نقل حقه للغير على أن يراعى في ذلك إجراءات الحوالة، إلا إذا تبين من عقد الوعد أن نية الطرفين انصرفت إلى عدم جواز الحوالة ولا يترتب على إحلال الغير محل الموعود له في عقد الوعد ضررا للواعد، لان الموعود له يظل مسئولا عن التزاماته ومنها الوفاء بالثمن، ذلك أن إحلال الغير محل الموعود له في عقد الوعد تتضمن في الواقع حوالتين:

حوالة حق وحوالة دين فإذا أعلن الواعد بالحوالة نفذت في مواجهته فيما يتعلق بحوالة الحق، وإذا لم يقرها فلا تنفذ قبله فيما يتعلق بحوالة الدين، ويبقى الموعود له مدينا مباشرة بالثمن.

وإذا نفذت الحوالة قبل الواعد بقبوله لها، فمعنى ذلك انه اقر حوالة الحق وحوالة الدين ما لم يتفق على غير ذلك.

المطلب الأول: طبيعة الوعد بالبيع

يذهب بعض شراح القانون الفرنسي إلى أن الوعد بالبيع يعتبر بيعا معلقا على شرط واقف هو قبول الموعود له الشراء، وان ملكية المبيع تنتقل إلى الموعود له من وقت صدور الوعد لا من وقت إعلان رغبته في الشراء عملا بالأثر الرجعي للشرط.

إلا أن هذا الرأي غير صحيح لأنه يؤدي إلى التزام الموعود له بمقتضى عقد الوعد، مع أن الموعود له لا يلتزم قبل قبول الشراء، يضاف إلى ذلك أن الوعد بالبيع ينقصه ركن من أركان البيع وهو قبول المشتري وبالتالي لا بد من معرفة الحكم القانوني له.

المطلب الثاني: حكم الوعد بالبيع في قوانين الدول العربية.

اولا: حكمه في القانون اللبناني

فرق المشرع اللبناني بين حالة كون محل عقد الوعد منقولا، فلا يكون للموعود له إلا حقا شخصيا قبل الواعد أما إذا كان الوعد بالبيع عقاراً فان القانون اللبناني خرج على هذا الأصل، حيث ينص على أن هذا الوعد يتولد عنه حق عيني يخضع بهذه الصفة لجميع الأحكام الجارية على الحقوق العينية. ولا ينشا هذا الحق العيني إلا بتسجيل الوعد بالبيع في السجل العقاري بطريق القيد الاحتياطي ويقتصر مضمون هذا الحق على منع الواعد من التصرف في العقار بنقل ملكيته إلى الغير أو بإنشاء أي حق عيني أخر عليه غير التامين فيكون للموعود له أن يتمسك ببطلان هذا التصرف وإذا رتب الواعد تأمينا على العقار بعد قيد الوعد، واظهر الموعود له رغبته في الشراء، انتقل حق الدائنين المرتهنين إلى الثمن، حيث يحل الثمن حلولا عينيا محل العقار، وفي هذه الحالة يجب على الموعود له أن يؤدي الثمن إلى كاتب العدل الذي يتولى توزيعه على الدائنين المرتهنين.

هذا هو الوضع الذي ينشا من الوعد طالما أن المدة المتفق عليها لم تنته بعد ولم يتضح موقف الموعود له فإذا انتهت هذه المدة دون أن يظهر الموعود له رغبته بالتعاقد سقط الوعد، وفي هذه الحالة يزول ما كان يلتزم به احد الطرفين أو كل منهما نحو الأخر، لا فرق في ذلك بين أن يكون الوعد ملزما لجانب واحد أو ملزما للجانبين، ولا يصح أن نقصر هذا الحكم على الوعد الملزم لجانب واحد، لان اتفاق الطرفين في الوعد الملزم للجانبين على مدة لإبداء الرغبة في التعاقد يعني أن إرادتهما قد اتجهت إلى التحلل من هذا الوعد إذا لم تظهر هذه الرغبة من جانب أي منهما في خلال هذه المدة، وكذلك يسقط الوعد إذا كانت المدة لم تنته ولكن الموعود له أعلن عدم رغبته في التعاقد، إذ يكون قد نزل عن الحق الذي له قبل الواعد.أما إذا اظهر الموعود له رغبته في التعاقد قبل فوات المدة المعينة لذلك العقد النهائي يتم، ويعتبر تمامه هذا من وقت إبداء الرغبة لا من وقت قيام الوعد وذلك لان إبداء الرغبة في التعاقد يكون بمثابة قبول لإيجاب يتمثل في الوعد الذي يلتزم به الواعد والذي يشتمل على جميع المسائل الجوهرية للعقد النهائي فوقت إبداء الرغبة هو الوقت الذي يتم فيه العقد النهائي وهو بالتالي الوقت الذي تترتب فيه آثار هذا العقد.

أيضا أوضحت المادة ٢٢٦ من قانون الملكية العقارية اللبناني في خصوص الوعد ببيع العقار على انه إذا رفض الواعد تلبية دعوة المشتري الموعود له تحرير صك البيع النهائي وتسجيله له الحق في رفع دعوى على الواعد إلى المحكمة في خلال الخمسة عشر يوما التي تلي التقرير بالشراء للحصول على حكم بتسجيل البيع.

ثانيا: حكمه في القانون المصري:

- التعويض المترتب على تصرف الواعد في الشيء قبل إبداء الرغبة

الوعد بالعقد يولد على عاتق الواعد التزام بامتناع عن عمل، هو عدم سحبه لإيجابه بالعقد الموعود، فإذا اخل بالتزامه قبل إبداء الرغبة وتصرف في الشيء محل العقد إلى الغير كان هذا التصرف نافذا في حق الموعود له، واستحالة التزام الواعد ترتب للموعود له تعويضات تستحق

في ذمة الواعد طبقا لقواعد المسئولية العقدية. ذلك أن الواعد يبقى مالكا للشيء الذي وعد به فله أن يتصرف فيه، وله أن يؤجره حتى إبرام العقد النهائي.

أما عن علاقة الموعود له بالمتصرف إليه يجب أن نميز بين فرضين:

١- **الفرض الأول**: المتصرف إليه حسن النية إذا كان المتصرف إليه حسن النية لا يعلم بالوعد وقت تعاقده فلا يحتج عليه بهذا الوعد، وتخلص له ملكية الشيء الموعود به. وليس للموعود له إلا الرجوع على الواعد بالتعويض لإخلاله بالتزامه على أساس المسئولية العقدية فالوعد لم ينشا له إلا حق شخصي يحتج به على الواعد. فإذا أراد الموعود له اتقاء خطر البيع لغيره كان له أن يرتهن العقار لضمان إتمام البيع ونفاذه عند إبداء الرغبة، ويكون له حق التنفيذ على العقار وممارسة حق التتبع للحصول على ما استحق له من تعويض.

وينبني على ذلك أن الإخلال بالوعد الملزم لجانب واحد قبل إبداء الرغبة لا يكون قابلا للتنفيذ العيني وإنما تستحق التعويضات في ذمة الواعد أي التنفيذ بمقابل، فالحق العيني يفضل الحق الشخصي.

٢- الفرض الثاني: المتصرف إليه سيء النية

إذا كان المتصرف إليه سيء النية يعلم بوجود الوعد وقت تعاقده ومع ذلك أقدم على التعاقد، لا يكون تصرفه نافذا في مواجهة الموعود له، الذي يستطيع رغم هذا التصرف أن يعلن اختياره، فتنتقل إليه ملكية العقار الموعود به دون المتصرف إليه سيء النية، بل ودون المتصرف إليه الثاني الذي انتقلت إليه ملكية العقار من المتصرف سيء النية ولو كان حسن النية.

التعويض المترتب على الإخلال بعد إبداء الرغبة:

القاعدة انه متى انعقد الوعد صحيحا فانه يرتب التزاما في ذمة الواعد محله القيام بعمل هو إبرام العقد النهائي مع الموعود له، ويقابل هذا الالتزام حق شخصي للموعود له محله مطالبة الواعد بالقيام بالعمل المتفق عليه، وغالبا ما تثور المنازعات حول عدم تنفيذ الواعد لالتزاماته إذ يترتب على أبداء الرغبة انعقاد العقد الموعود ويجب على الواعد تنفيذه فإذا نكل، كان للموعود له أن يطلب من القاضي مطالبة الواعد بتنفيذ الالتزام.

وفي معرض الحديث عن الوعد بالبيع بينت المادة ١٠٢ من القانون المدني المصري إذا أعلن الموعود له رغبته في التعاقد وجب على الواعد أن يقوم بتنفيذ العقد النهائي الذي تم بإعلان هذه الرغبة فإذا نازع الواعد في صحة هذا العقد أو امتنع عن تنفيذه كان للموعود له أن يستصدر حكما يقوم مقام العقد، وإذا كان العقد الموعود به بيع عقار فانه بتسجيل هذا الحكم تنتقل ملكية العقار إلى الموعود له. غير انه إذا كان محل العقد الموعود به شيئا معينا بالذات وتصرف فيه الواعد إخلالا منه بوعده فلا يبقى أمام الموعود له في هذه الحالة سوى الرجوع على الواعد بالتعويض.

ثالثا: حكمه في القانون المدني الأردني.

اعتبر المشرع الأردني التعهد بنقل ملكية العقار باطلا قبل تسجيله وأجاز في المادة (١١٤٩) من القانون المدني اللجوء إلى التعويض، وهذا النوع من التعويض نص عليه القانون، وقد نصت تلك المادة على ما يلي: (التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالضمان إذا اخل احد

الطرفين بتعهده سواء أكان التعويض قد اشترط في التعهد أم لم يشترط).

والملاحظ على هذه المادة ما يلي:

١) المشرع الأردني لم يبين أسلوب احتساب الضمان، وهذا يعني أن المشرع أعطى السلطة للقاضي المختص لبيان مقدار الضمان.

٢) المادة (١١٤٩) لم تبين حكم التعويض ألاتفاقي الوارد في التعهد بنقل ملكية العقار، فهل يأخذ هذا الشرط بعين الاعتبار أم يعتبر باطلا تبعا لبطلان العقد.

٣) لم يبين النص حالات مهمة جدا يمكن أن يلجا إليها القاضي للحكم بالتنفيذ العيني كما لو كان المتعهد له قد سكن العقار أو بنى عليه أو أضاف بناء جديدا وفي مجال الأراضي الزراعية قد يغرس المتعهد له مغروسات كثيرة من الأشجار الثمرية، ولذلك فقواعد العدل والعدالة توجب أن يحكم القاضي بالتنفيذ العيني على الناكل جبرا عليه لتسجيل العقار أو الأرض الزراعية باسم المتعهد له ويكون حكم المحكمة هو السند القانوني الذي يرتكز عليه المتعهد في اجراءات التسجيل.

٤) مصير الشرط الجزائي الوارد في التعهد عند الإخلال من المتعهد مصيره أن يكون ضمن تقدير القاضي للتعويض القانوني الوارد في نص المادة ١١٤٩ من القانون المدني الأردني لان التعويض ألاتفاقي في العقد الباطل باطل، فهو التزام فرعي لا يقوم لوحده مستقلا عن العقد الأصلي وإذا كان صحيحا فالشرط الجزائي يتبعه في الصحة.

أما على الصعيد القضائي فأشير إلى القرار الصادر عن محكمة التمييز الأردنية بهذا الصدد نظرا لأهميته والذي يجسد المادة ١١٤٩ على الرغم من الانتقادات الموجهة (ان التعهد ببيع العقار لدى دائرة التسجيل بالثمن والشروط المبينة في التعهد هو اتفاق غير ممنوع بقانون أو نظام خاص أو مخل بالآداب أو النظام العام أو أحكام التصرف المتعلقة بالأموال الغير المنقولة وهو يعتبر عقدا صحيحا ينشىء التزاما على المتعاقدين عملا بالمادة (١٧٤) من قانون أصول المحاكمات الحقوقية ويطبق بشأنه في حالة نكول احد طرفيه عن التزامه فيه حكم المادة ١١٤٩ من القانون المدني).

ويتبين من هذا الحكم القضائي أن محل عقد التعهد بفراغ أموال غير منقولة هو حقوق شخصية لا يمكن فيها إلزام طرفي العقد بتنفيذ هذا التعهد تنفيذا عينيا، وكل ما يترتب على نكول أي منهما هو الضمان وليس شيئا آخر.

رابعا: حُكمه في فلسطين

الوعد بالبيع عقد تمهيدي يتعهد فيه البائع بتقرير البيع أمام الدائرة الرسمية ومثل هذا العقد يعتبر جائزا قانونا لأنه تعهد بتطبيق أحكام القانون الذي يوجب إجراء البيع لدى دائرة التسجيل، بحيث إذا تخلف الواعد عن القيام بوعده يكون مسؤولا تجاه الطرف الآخر بالتعويض عليه بقيمة الضرر الذي لحقه من جراء هذا النكول والمطالبة باسترداد ما يكون قد دفعه من ثمن للبائع دون أن يكون له طلب التنفيذ العيني أي الطلب من المحكمة إلزام البائع بتنفيذه وعده وتسجيل العقار على اسم المشتري ذلك أن مبدأ التنفيذ العيني الذي كان يطبق في المحاكم الفلسطينية في

عهد الانتداب البريطاني لم يعد له وجود بعد أن الغي مرسوم دستور فلسطين لسنة ٢٢ بصدور الدستور الأردني لسنة ١٩٥٢ وبعد أن الغي أيضا قانون الأراضي الفلسطيني، وهما التشريعان اللذان كان يستند اليهما مبدأ التنفيذ العيني.

ويسجل للمشرع الفلسطيني عدم إدراجه في قانون اصول المحاكمات المدنية الجديد نصا مشابها للمادة (١٧٥) من قانون اصول المحاكمات الملغي ذلك أن الموقع المناسب لمثل هذه المادة هو القانون المدني أسوة بقوانين الدول العربية.

ويذكر أن محكمة النقض الفلسطينية ومنذ العام ٢٠٠١ دأبت على معالجة موضوع الآثار القانونية المترتبة على الوعد بالبيع.

حيث اعتبرته من العقود الشكلية وقضت بأنه إذا ما انصب على عقار تمت به أعمال التسوية فلا ينعقد إلا بالتسجيل في دائرة تسجيل الأراضي.

وقد استقر اجتهاد محكمة النقض الفلسطينية بهذا الخصوص على (أن عقد البيع أو الوعد بالبيع الذي يرد على العقار يجب أن يسجل في دائرة تسجيل الأراضي كشرط لانعقاده حسب نص المادة ١٦ من قانون تسوية الأراضي والمادة الثانية من قانون التصرف بالأموال غير المنقولة). فاذا لم يتم تسجيل الوعد ببيع ارض تمت فيها التسوية يعتبر العقد باطلا بطلاناً مطلقا من حيث الأصل. وبالتالي الالتزام الأصلي يكون باطلا وما يتبعه في حالة وجود الشرط الجزائي يكون باطلا تبعا لبطلان الالتزام الأصلي لأنه فرع له والقاعدة تقضي أن التابع لا يفرد في الحكم. ومن حق المشتري سندا للقواعد العامة استرداد ما دفع من الثمن من تاريخ الوعد. وعلى هذا ذهبت محكمة التمييز الأردنية بقولها:

(على فرض أن المبلغ الذي دفعه المشتري ثمنا للأرض بموجب عقد بيع خارجي هو عربون فان من حق الدافع استرداده ما دام أن العقد الذي تم بموجبه الدفع هو باطل، وذلك لأنه إذا بطل الشيء أبطل ما في ضمنه).

أما بالنسبة للأراضي التي لم تتم بها أعمال التسوية أو استثنيت فتبقى العقود بشأنها صحيحة وان لم يتم تسجيلها، بالاستناد إلى نص المادة الثالثة من القانون رقم (٥١) لسنة ١٩٥٨ المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة.

وقد قضت محكمة النقض في حكمها رقم ٢٠٠٤/١٨٤ (أن الفقه والقضاء قد استقر على أن التعهد بالبيع ملزم ومنتج لأثاره للتعويض عن العطل والضرر في حال الإخلال بمضمون التعهد المذكور).

ويترتب على ذلك، إمكانية قيام المضرور بالمطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية. وهذا ما قضى به الحكم التمييزي الذي جاء فيه: (إن التعويض عن الفعل الضار يقدر بقدر الضرر المباشر الذي أحدثه الفعل الضار ويشتمل الضرر المباشر على الخسارة اللاحقة بالمضرور والكسب الذي فاته). و(يعود لمحكمة الموضوع تقدير مبلغ التعويض لأنه من المسائل الواقعية). مسودة القانون المدني عالجت الموضوع حيث نصت المادة ٢٣٩ (١- إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد، قدرته المحكمة، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام كليا أو جزئيا، أو تنفيذه على وجه معيب، أو للتأخر في الوفاء به، ويعد الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل

جهد معقول.

٢-إذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطا جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد.

٣- يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضا، وفي هذه الحالة لا يجوز أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق أو بحكم قضائي نهائي).

ونصت المادة ٢٤٠ (يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدار التعويض بالنص عليه في العقد أو في اتفاق لاحق مع مراعاة أحكام القانون).

الاستنتاجات:

١- كثيرا ما يحتاج الشخص العادي إلى التعاقد على أمر معين، ولكن لا تساعده ظروفه الاقتصادية فيلجا إلى إبرام الوعد بالبيع ليضمن عدم ضياع الفرصة.

٢- الوعد بالبيع عقد يتم بإيجاب وقبول ويتطلب لانعقاده توافر الشروط العامة في العقد وهي الرضا والمحل والسبب بالإضافة إلى الشروط الجوهرية، المدة، التسجيل في العقارات التي تمت بها التسوية

٣- الوعد بالبيع اتفاق يعد به احد المتعاقدين أن يعقد مستقبلا مع المتعاقد الأخر عقدا يحدد شروطه منذ تلك اللحظة وفي مدة محددة.

٤- الوعد بالبيع نضم بموجب تشريعات ساريه في مصر، لبنان، الأردن، وليس هناك ما يحول دون إبرام مثل هذا العقد في مجال الأموال غير المنقولة مع مراعاة أحكام القانون التي يتوجب إجراء وتسجيل البيع لدى الموقع الرسمي باستثناء التشريع المصري الذي لا يستوجب التسجيل.

٥- حق المتضرر في عقد الوعد بالبيع المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية.

التوصيات:

١- يجب على المشرع الفلسطيني الإسراع في إقرار مشروع مسودة القانون المدني الفلسطيني، وذلك لما يتضمنه من أحكام مستحدثة في مجال الوعد بالبيع والتي من شان تطبيقها الحد من الكثير من المنازعات المنظورة أمام المحاكم.

٢- على المشرع الفلسطيني مراعاة أوجه الصياغة القانونية وعدم الاقتباس حرفيا عن القانون المدني الأردني لاختلاف الظروف السائدة في فلسطين عن تلك السائدة في الأردن.

٣- ضرورة التخفيف من موضوع الشكلية في الوعد بالبيع على غرار ما ذهب اليه المشرع المصري.

٤- ضرورة إقرار مبدأ التنفيذ العيني في مسودة القانون المدني أسوة بالتشريعات الحديثة.

٥- على المشرع الفلسطيني الأخذ بمبدأ القيد الاحتياطي المعمول به في القانون اللبناني، وعدم إلغاء جميع مواد مجلة الأحكام العدلية والإبقاء على ما لا يتعارض وأحكام القانون المدني المأمول اقراره واصداره.

سلطة القاضي المدني في تقدير شهادة الشهود

المحامي معاذ حلمي الطزيز- القدس

يتبوأ الإثبات بالشهادة المرتبة الثانية بين وسائل الإثبات بعد الكتابة، و ذلك بعد أن كانت الشهادة في الماضي من أقوى وأجدى أدلة الإثبات.
وما ذاك إلا لإنتشار التعليم و تطور الحياة الأمر الذي شكل مدعاة للناس لتوثيق معاملاتهم وتصرفاتهم بالكتابة لضمان حقوقهم وحفظها من البعثرة والضياع.
ناهيك عما تتسم به الشهادة من نقائص ومثالب، لكونها تعتمد على ذاكرة الشهود وأمانتهم، وهم بشر قد ينسون ويخطؤن وأحيانا يكذبون ويحرفون. ومن يطرق أبواب المحاكم ويتجول في رُدهاتها يرى في حلائب الناس من ذلك عجبا في زمن قلة الوازع وإنعدام الرادع .
لهذا كله أخذت التشريعات الحديثة ومن جملتها قانون البينات الفلسطيني رقم (٤) لسنة ٢٠٠١ بمبدأ الحد من الإثبات بالشهادة، فجعل الأصل في الإثبات للدليل الكتابي وأجاز إستثناء الإثبات بالشهادة في أحوال معينة.
وضيق من سلطان القاضي، فحصر وسائل الإثبات وقيدها بقواعد إجرائية خاصة ليس له تجاوزها دون إرادة الخصوم. فضلا عن أن الإجتهاد القضائي و تماشيا مع الفلسفة التشريعية التي يقوم عليها قانون البينات الفلسطيني أطلق يد القاضي في وزن الشهادة وتقدير قيمتها الإنتاجية لمقاصد الحكم في الدعوى بمنأى عن رقابة محكمة النقض. وحسبه في ذلك ركون حكمه إلى أسباب سائغة تكفي لحمله وله أصل في أوراق الدعوى، وموصل للنتيجة التي إنتهى إليها فيما قضى به.
وسأتناول في هذا البحث سلطة القاضي المدني في تقدير شهادة الشهود متقلبا في أعطاف هذا الموضوع بين شروط الواقعة محل الإثبات وسلطة القاضي في ذلك، مرورا بسلطته في تقدير الشهادة وكفايتها ومدى خضوعه في ذلك لمراقبة محكمة النقض.
وعليه، سينتظم الحديث تحت هذا العنوان في مطلبين إثنين هما:-
١ - المطلب الأول: **ماهية الشهادة**
٢- المطلب الثاني: **سلطة المحكمة التقديرية إزاء شهادة الشهود**

الــمطلــب الأول
مــاهــيــة الشــهــادة

نستهل المطلب بالتعريف بالشهادة وخصائصها، ثم نعرض للشروط الواجب توافرها في الواقعة المراد إثباتها بالشهادة.

أولا: تعريف الشهادة

خلا قانون البينات الفلسطيني رقم (٤) لسنة ٢٠٠١ من تعريف الشهادة، غير أن مجلة الأحكام العدلية عرفتها في المادة ١٦٨٤ على أنها «الإخبار بلفظ الشهادة ، يعني بقول أشهد بإثبات حق أحد الذي هو في ذمة الآخر في حضور القاضي و مواجهة الخصمين و يقال للمخبر شاهد و لصاحب الحق مشهود له و للمخبر عليه مشهود عليه و للحق مشهود به».

وذهب بعض فقهاء القانون و شراحه إلى أن الشهادة هي «الإخبار في مجلس القضاء عما وقع تحت سمع شخص و بصره بما يرتب عليه القانون أثرا ، أي إخبار الإنسان في مجلس القضاء بحق على غيره لغيره»[١].

في حين ذهب آخرون إلى أنها «إقامة الدليل أمام القضاء بأقوال الشهود و بعد تحليفهم اليمين ، و تقوم الشهادة بالإخبار بواقعة عاينها الشاهد أو سمعها بنفسه أو أدركها على وجه العموم بحواسه»[٢].

أما الدكتور فتحي والي فقد عرفها « قيام شخص من غير أطراف الخصومة، بعد حلف اليمين بالإخبار في مجلس القضاء بما يعرفه شخصيا حول حقيقة وقائع تصلح محلا للإثبات»[٣].

ومن الجماع المتقدم يمكن القول بأن الشهادة دليل شفهي ينصب على واقعة معينة مدركة بالحواس يدلي بها الشاهد مشافهة أمام القضاء، لذا لا تحوز الشهادة السماعية أي إعتبار في الإثبات. ولما كانت الشهادة هي إخبار شخص في مجلس القضاء بحق على غيره لغيره فإنه وفقا لذلك لا تجوز شهادة أحد الخصوم لنفسه أو شهادة الوكيل لموكله، ومقتضى ذلك منطوق نص المادة (١٧٠٣) من مجلة الأحكام العدلية. ولا يخفى أن الشهادة تستمد أهميتها من الواقعة المراد إثباتها بها. فهي بهذا المعنى لا تعدو أن تكون إجراء متفرعا عن خصومة أصلية يراد بها تكوين دليل على تلك الخصومة أو ضدها[٤].

خصائص الشهادة

١- الشهادة حجة مقنعة وليست ملزمة[٥]، لذا فإن تقدير مدى صلاحيتها لإثبات الواقعة التي تم الإستشهاد بها عليها خاضع لسلطة القاضي التقديرية بقطع النظر عن عدد الشهود[٦] وصفاتهم أو ذواتهم، ولا رقابة لمحكمة النقض عليه في هذا التقدير.

ولا يقدح ما سلف رضى أطراف الخصومة بفحوى الشهادة ومضمونها.

وهنا يتبدى الفرق بين البينة الشفوية والدليل الكتابي حيث يعتبر الأخير حجة في ذاته وملزم للقاضي ما لم يطعن فيه بالتزوير أو الإنكار ــ حسب نوع الدليل الكتابي ــ أو يثبت عكس ما تضمنه.

٢- الشهادة حجة غير قاطعة، فما يثبت عن طريقها يقبل النفي بشهادة أخرى أو بأي طريق آخر

من طرق الإثبات[٧]. وذلك بعكس اليمين والإقرار الذي يعتبر حجة على المقر لأن شهادة المرء على نفسه أقوى من شهادة غيره عليه [٨].

٣- الشهادة حجة متعدية، حيث أن ما يثبت بها لأحد الخصوم يعد ثابتا للخصم الآخر وذلك إعتبارا بأن من صدرت منه الشهادة شخص عدل لا يقصد بها تحقيق مصلحة لأحد أو مضارته[٩].

٤- الشهادة تعتبر دليلا مقيدا فلا يجوز الإثبات بها إلا في أوضاع معينة. إذ هي إستثناء من أصل، حيث أن الأصل أن يكون الدليل كتابيا وإستثناء أجاز المشرع الإثبات بالبينة الشخصية في أحوال معينة.

ثانيا: شروط الواقعة المراد إثباتها بالشهادة

القاعدة في هذا الصدد أن الذي يكلف المدعي بإثباته هو الواقعة القانونية التي تعتبر مصدرا للحق المدعى به سواء كانت واقعة مادية أم تصرفا قانونيا[١٠].

فالقاعدة القانونية المقررة للحق المدعى به كأصل عام ليست محلا للإثبات[١١] ويكتفى من المدعي إثبات السبب المنشىء للحق المدعى به. ذلك أن تكييف الواقعة القانونية بإعطائها وصفها الصحيح توطئة لإنزال حكم القانون عليها هو من صلب عمل القاضي، لأن التكييف القانوني هو يقين قضائي[١٢].

وأما عن شروط الواقعة المراد إثباتها فقد بينتها المادة (٣) من قانون البينات الفلسطيني رقم (٤) لسنة ٢٠٠١ والتي تنص ....«يجب أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها وجائزا قبولها».

وغني عن البيان أن ثمة شروط بديهية[١٣] لابد من توافرها في الواقعة محل الإثبات، وهي أن تكون الواقعة محددة وغير مستحيلة وغير معترف بها.

فالواقعة إذا لم تكن متنازع عليها بين الخصوم، بل سلم بها الخصم وإعترف بها فلا تكون محلا للإثبات لأن القانون إنما يكلف المدعي إقامة الدليل على دعواه، إلا إذا سلم له خصمه بها أو ببعضها فإنه يعفيه بذلك من إقامة الدليل على ما إعترف به[١٤].

والآن أعرض لشروط الواقعة القانونية التي أوجبتها المادة (٣) من قانون البينات الفلسطيني رقم (٤) لسنة ٢٠٠١.

١- أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى

أي أن تتصل الواقعة محل الإثبات بالحق المدعى به إتصالا وثيقا. ويرجع هذا الشرط إلى حرص المشرع على إحترام وقت المحكمة و المتقاضين وعدم هدره في أمر لا فائدة من إثباته.

ولكن في كثير من الأحيان يكون متعذرا على المدعي إثبات الواقعة التي نشأ عنها الحق المدعى به فيلجأ إلى إثبات واقعة قريبة من الواقعة الأصلية بحيث يتوصل من إثبات هذه الواقعة إلى جعل الواقعة الأصلية قريبة الإحتمال، وهنا تثور الصعوبة أمام المحكمة[١٥].

في هذه الحالة ينبغي أن تكون الواقعة المراد إثباتها متصلة بالواقعة الأصلية إتصالا وثيقا، و هذا ما يجعل الواقعة المراد إثباتها متعلقة بالحق المطالب به[١٦].

وأشير هنا إلى أن كون الواقعة متعلقة بالدعوى أم لا، مسألة موضوعية تنحسر عن رقابة محكمة النقض[١٧].

٢- أن تكون الواقعة منتجة في الدعوى

لم يكتف المشرع في أن تكون الواقعة محل الإثبات متعلقة بالدعوى بل إشترط أن تكون منتجة

فيها كذلك. ويراد في هذا الشرط أن تساهم هذه الواقعة في تكوين إقتناع القاضي بالحق المدعى به[١٨].

وكون الواقعة منتجة في الدعوى يستلزم أن تكون متعلقة بها، لأن الواقعة التي تساهم في تكوين عقيدة المحكمة في الفصل في الدعوى تكون بالضرورة متعلقة بها[١٩].

إلا أن العكس غير صحيح، فالواقعة قد تكون متعلقة بالدعوى ولكنها غير منتجة فيها. « وذلك إذا إتصلت بموضوع النزاع، وكانت غير ذات أثر في تكوين عقيدة القاضي بشأن الفصل فيه، كأن كذبتها ظروف الدعوى، أو ناقضتها أدلة أخرى، أو بان عدم إحتمال صحتها، أو إستطاع القاضي بغيرها تكوين إقتناعه»[٢٠].

والواقع أنه يكفي لقبول الإثبات بالشهادة أن تبدو الواقعة لأول وهلة متعلقة بالدعوى، فإذا ما تبين للقاضي فيما بعد عدم إنتاجيتها أمكنه وقف الإستمرار في إثباتها[٢١]. وإنتاجية الواقعة من عدمها لا تدخل تحت رقابة محكمة النقض إلا من حيث التسبيب[٢٢]، فعندها تبسط محكمة النقض رقابتها عليها.

٣- أن تكون الواقعة من الجائز قبولها

أي أن تكون الواقعة جائزا قبول إثباتها[٢٣]، فالواقعة المستحيلة يكون من غير الجائز إثباتها.

ويستوي في هذا المضمار أن تكون الإستحالة مادية كمن يدعي صعوده على المريخ، أو أن تكون الواقعة المراد إثباتها مطلقة وغير محددة، كمن يدعي ملكية عقار دون أن يبين سبب ملكيته.

وتكون الواقعة غير جائزة القبول أيضا إذا كانت مخالفة للنظام العام أو الآداب، أو أن القانون يحظر إثباتها بشهادة الشهود. فمثلا لا يجيز القانون إثبات الإجارة بالبينة الشفوية [٢٤]. ومن ذلك أيضا ما أتى عليه الذكر في المادة (٦٨) من قانون البينات الفلسطيني من عدم جواز إثبات الإلتزام المدني الذي تزيد قيمته عن ٢٠٠ دينار بشهادة الشهود[٢٥].

وفي جميع الأحوال فإن مسألة جواز إثبات الواقعة من عدمه تدخل تحت مظلة رقابة محكمة النقض لأن عدم جواز الإثبات إنما يرجع إلى أن القانون يمنع إثبات تلك الواقعة[٢٦].

المطلب الثاني
سلطة المحكمة التقديرية إزاء شهادة الشهود

لاشك أن سلطة المحكمة التقديرية تختلف بالنظر لطبيعة المحكمة التي تتولى نظر النزاع. فبالنسبة لمحكمة الموضوع أطلق المشرع يدها في تقدير البينة ووزنها على النحو الذي تقنع به ويطمئن إليه وجدانها. في حين أخرج مسألة وزن البينة وتقدير قيمة الشهادة عن تخوم محكمة النقض بوصفها محكمة قانون لا تقحم ذاتها في الجانب الواقعي للدعوى.

وسنتناول فما يلي سلطة محكمة الموضوع في تقدير شهادة الشهود ومدى خضوع هذا التقدير لرقابة محكمة النقض.

أولا: سلطة قاضي الموضوع بالنسبة للإثبات بالشهادة

يتمتع قاضي الموضوع بسلطة تقديرية مطلقة في الإثبات بالشهادة، و ذلك عكس الدليل الكتابي

الذي يعتبر تفريعا عن تهيئته حجة بذاته يلتزم به القاضي ما لم يطعن فيه بالتزوير أو ينقض بإثبات العكس[٢٧].

وأما عن سلطة قاضي الموضوع فهي على التفصيل التالي:

١- سلطة القاضي في إجابة طلب الإثبات بالشهادة

تتجلى سلطة القاضي في هذه المرحلة في قبول أو رفض طلب الخصم بالإثبات بالشهادة. إذ قد تكون الواقعة المراد إثباتها غير مستوفية لشرائط قبولها كأن تكون غير متعلقة بالدعوى أو غير منتجة فيها، أو من غير الجائز قبولها.

وهذا كثير الحدوث في الواقع العملي إذ قد يكون في حيثيات الدعوى ما يكفي لتكون المحكمة عقيدتها بخصوص ما هو مطروح عليها، الأمر الذي لا يجد القاضي حاجة لسماع الشاهد المطلوب سماع شهادته. تقول محكمة النقض المصرية في هذا الصدد: «محكمة الموضوع، عدم إلتزامها بإجابة طلب الإحالة إلى التحقيق شريطة أن تجد في أوراق الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدتها».

ــ طعن ٣١٧، س ٦٥ ق، « أحوال شخصية «، جلسة ٢١ / ١٢ / ١٩٩٩ ــ

وتقدير المحكمة هنا غير خاضع لرقابة محكمة النقض. ونشير هنا إلى أن سماح القاضي لأحد الخصوم بالإثبات بالشهادة يقتضي دائما ان يكون للخصم الآخر الحق في نفيها بذات الطريق[٢٨].

غير أن سلطة المحكمة تكون مقيدة إذا تعلق الأمر بدفاع جوهري يُراد إثباته بالشهادة فعندها لا تملك المحكمة إلا إجابة الطلب، وإلا إعتبر قرارها إخلالا بحق الدفاع مستوجبا للنقض .

«لا تملك محكمة الموضوع رفض طلب التحقيق إذا تعلق بدفاع جوهري من شأنه لو صح أن يتغير وجه الرأي في الدعوى إذ يعتبر ذلك بمثابة إخلال بحق الدفاع».

ــ نقض مصري ١٧ / ٢ / ١٩٧٢، سنة ٢٣ ق، ص ٢٠٥ ــ

ونوجه في هذا الصدد إلى أن قانون البينات الفلسطيني وفق ما نصت عليه المادة (٦) منه يجيز للمحكمة العدول عن قرارها المتضمن إجراء الإثبات إذا طرأت ظروف تبرر هذا العدول على أن تبين أسباب ذلك في قرارها.

وعدول المحكمة عن قرارها يستلزم ألا يكون قرارها قطعيا، و يكون كذلك إذا تضمن فصلا في جواز الإثبات بشهادة الشهود من عدمه فعندها يعتبر مثل هذا القرار نهائيا مستنفذا لولاية المحكمة على هذا الجزء، ويدخل في نطاق التحريم الرجوع إليه مرة أخرى. ومن فقه هذه المسألة ما سطره الدكتور أحمد أبو الوفا في مدونه نظرية الأحكام في قانون المرافعات على الصفحة ٥٢٣

« جاءت المادة «٩» من قانون الإثبات تردد هذه القواعد العامة ، فهي تقرر أن للمحكمة العدول عما أمرت به من إجراءات الإثبات بشرط أن تبين أسباب ذلك في حكمها . وواضح أن هذه المادة تتصل بالأحكام غير القطعية ، أما الأحكام القطعية المتعلقة بإجراءات الإثبات فهي تحوز الحجية و لا تملك المحكمة العدول عنه «[٢٩].

و آكد من ذلك و أشد ما إنتهى إليه إجتهاد النقض المصرية.....

« إن الحكم الذي يجيز الإثبات بطريق معين لا يحوز الحجية إلا إذا حسم النزاع بين الخصوم حول وسيلة الإثبات بعد أن تجادلوا في جوازها أو عدم جوازها «.

ــ نقض ١٦ نوفمبر ١٩٦٧، سنة ١٨ ق، ص ١٦٩٩ ــ

وأما عن تسبيب المحكمة لقرارها بالعدول عن إجراء الإثبات، فيجب أن نفرق بين حالتين:

أ- أن تكون المحكمة هي التي أمرت بالإثبات بشهادة الشهود من تلقاء نفسها، هنا تملك المحكمة العدول عما أمرت به دون ذكر أسباب هذا العدول، لأنه لا يتصور أن يمس العدول في هذه الحالة أي حق للخصوم[٣٠].

ب - أن تكون المحكمة قد عدلت عن قرارها بإجابة طلب أحد الخصوم بالإثبات بالشهادة.

في هذه الحالة يذهب الدكتور أحمد أبو الوفا إلى وجوب التسبيب مراعاة لحقوق الدفاع وإلا كان الحكم باطلا، ذلك أن المشرع و إن لم ينص صراحة على البطلان إلا أنه قصد ترك الجزاء للقواعد العامة التي توجب تسبيب الأحكام [٣١].

بيد أن الإجتهاد القضائي يذهب إلى أن المشرع لم يرتب البطلان على عدم التسبيب الأمر الذي يفصح عن إرادته في جعل هذا النص شأنا تنظيميا [٣٢] ليس له أي صفة آمرة وبالتالي لا وزر على المحكمة إن لم تسبب قرارها الصادر في هذا الشأن.

وإن جاز لي أن أدلوا بدلوي في هذا المقام لأنتصر لرأي الدكتور أبو الوفا وأزيد عليه في أن قرار المحكمة بالعدول عما أمرت به من الإثبات بالشهادة هو في حقيقته وواقع أمره إجراء من إجراءات الخصومة بوصفه إجراء قضائيا يخضع للقواعد العامة لبطلان الإجراء. وهو بهذه المثابة يعتبر قرارا إجرائيا يخضع للقواعد العامة للإجراء القضائي في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (٢) لسنة ٢٠٠١ من حيث صحته وبطلانه.

فضلا عن أن من أبجديات إعمال النص القانوني تنزيه واضعه عن العبث وأن ثمة غاية و فلسفة من وراء تشريعه. وحيث أن ذلك كذلك، فإن عدم بيان المحكمة الأسباب التي دعتها للعدول عن قرارها يشكل قصورا في التسبيب موجبا لبطلانه.

٢- سلطة القاضي في الأمر بالإثبات بالشهادة من تلقاء نفسه

تنص المادة (٨٠) من قانون البينات الفلسطيني

١- للمحكمة من تلقاء نفسها أن تأمر بالإثبات بشهادة الشهود في الأحوال التي يجيز القانون فيها الإثبات بالشهادة متى رأت في ذلك فائدة للحقيقة.

٢- يكون للمحكمة في جميع الأحوال كلما أمرت بالإثبات بشهادة الشهود أن تستدعي للشهادة من ترى لزوماً لسماع شهادته إظهاراً للحقيقة».

فأمر المحكمة بالإثبات بالشهادة من تلقاء نفسها شرطه أن يكون في حدود ما يسمح القانون بإثباته بالشهادة.

٣- سلطة القاضي في تقدير الشهادة و كفايتها

يعتبر وزن الشهادة و تقدير قيمتها الإنتاجية من إطلاقات محكمة الموضوع الذي تستقل به في منأى عن رقابة محكمة النقض. ذلك أن محكمة الموضوع تحيط بنفسية الشهود خلال أداء الشاهد في حضرتها، لجهة تردد الشاهد أو جزمه بالأمور المشهود بها مما يمنحها القدرة على تكوين قناعتها الداخلية حول صحة أو عدم صحة هذه الشهادة [٣٣].

كما أن ما يزكي الشاهد «مبلغ ما يبعثه في نفس القاضي من الإطمئنان إلى دقته والثقة في أمانته»[٣٤].

ناهيك أن الشهادة تطال الوقائع فقط دون مسائل القانون.

تقدير الأمور الواقعية عائد لمحكمة الموضوع وحدها، و لا رقابة لمحكمة التمييز عليها، أقله في

مرحلة ما قبل النقض. فلا يجوز لهذه المحكمة العليا أن تراقب مسألة الواقع تحت أي ذريعة كانت»[٣٥]. وعليه فإن مسألة وزن البينة و تقدير القاضي في شأنها ينحسر عن رقابة المحكمة العليا متى أقام قضاءه على أسباب سائغة تكفي لحمله وله أصل في أوراق الدعوى.

وقد كان لمحكمة النقض الفلسطينية القدح المُعلى والدور المُجلى في تعزيز هذا المبدأ وذلك بما عبرت عنه بأجلى عبارة وأبلغ براعة .....

«محكمة النقض لا تقحم ذاتها بالجانب الموضوعي، ولا يصح لها أن تحل محل محكمة الإستئناف في هذا الجانب لتقرر ما إذا كان الحكم صحيحا من الناحية الموضوعية. ولما كان فهم الواقع والتقرير في شأنه و تقدير قيمة البينة ووزنها يدخل في سلطة محكمة الموضوع متى كان حكمها قد أقيم على أسباب سائغة تكفي لحمله عليها، وله أصل في أوراق الدعوى، وحيث أن الأمر كذلك فإن النعي بأن الحكم جاء ضد وزن البينة يخرج عن صلاحية و تخوم محكمة النقض وينحسر عن رقابتها.....»[٣٦].

وبنحو ذلك قضاء النقض المصرية .....

« محكمة الموضوع، لها السلطة في فهم الواقع وتقدير الأدلة ومنها أقوال الشهود والترجيح بينها دون رقابة عليها في ذلك طالما تعتمد على واقعة بغير سند، شرطه بيان الحقيقة التي إقتنعت بها وإقامة قضائها على أسباب سائغة تكفي لحمله».

ــ طعن ٤٢٤، س ٦٤ ق، « أحوال شخصية «، جلسة ١٧/ ١/ ٢٠٠٠ ــ

وكذا قضاء محكمة النقض السورية .....

«إن المجادلة في صحة الشهادات أو عدم كفايتها تنصب على ناحية تقديرية تستقل محكمة الموضوع فيها بصورة لا تخضع لرقابة محكمة النقض ما دام منطوق الشهادة المستند إليها منسجما مع واقعات الدعوى، وما دام الشهود ممن أجازت المحكمة إستماعهم في حدود سلطتها المقررة في القانون»[٣٧].

وعليه، فلا تثريب على محكمة الموضوع إن هي أخذت بأقوال شاهد و أهملت الشهادات الأخرى ولا يلزمها لهذه الغاية أن تبين سبب ترجيح أقوال هذا الشاهد عن غيره، و ليس هذا من شأنه أن يجعل الحكم قاصرا عن التسبيب[٣٨].

وليس يُغني محكمة الموضوع في معرض تسبيبها لحكمها الصادر في الدعوى إيرادُها أن ما خلُصت إليه بالنتيجة ثابت بشهادات الشهود دون أن تذكر الشهود الذين بنت حكمها على أقوالهم ومضمون شهاداتهم، عندئذ يعتري حكمها القصور في التسبيب[٣٩].

تقول محكمة التمييز الأردنية في هذا الصدد .....

« لا يجوز أن تكتفي المحكمة بالقول في حكمها أنه ثبت من شهادات الشهود بل عليها أن تذكر الشهود الذين إعتمدت على شهاداتهم في إثبات الدعوى والقسم الذي إستخلصت منه الواقعة التي إثبتتها في قرارها لكي تتمكن محكمتا الإستئناف والتمييز من مراقبة صحة الواقعة التي توصلت إليها المحكمة من حيث الوقائع و من حيث القانون .....»

ــ تمييز حقوق رقم ١١٩ / ٦١، ص ٣٣٨، سنة ١٩٦١ ــ

غير أن صلاحية المحكمة بالتنقيب في شهادات الشهود عما تقنع به و يصلح أساسا لبناء حكمها، شرطه ألا تتضمن أيا من الشهادات المهملة دفاعا جوهريا لأحد الخصوم تحت طائلة إعتبار

حكمها مشوبا بالقصور في التسبيب[٤٠].
وسلطان محكمة الموضوع في تقدير قيمة الشهادة لا يقتصر على المفاضلة بين شهادة وأخرى، بل لها أن تقرر الأخذ ببعض أقوال الشهود دون البعض الآخر[٤١].
ومن مسلمات الحديث أن ما قيل آنفا ينسحب على محكمة الدرجة الثانية بوصفها محكمة موضوع. فلمحكمة الإستئناف بل من واجبها تدقيق الحكم المستأنف من الناحيتين القانونية والموضوعية مراقبة تقدير محكمة الدرجة الأولى لأقوال الشهود سندا للأثر الناقل للإستئناف [٤٢] وذلك في حدود ما رُفع عنه الإستئناف.
«محكمة الإستئناف وظيفتها إعادة النظر في الحكم المستأنف من الناحيتين القانونية والموضوعية، تقدير محكمة أول درجة لأقوال الشهود وجوب رقابة المحكمة الإستئنافية لهذا التقدير».
ــ نقض مصري ٦ / ٦ / ١٩٨١، طعن رقم ١٧٧٢، سنة ٥٠ ق ــ
ولا تثريب على محكمة الإستئناف إن هي قدرت شهادات الشهود على خلاف ما ذهبت إليه محكمة الدرجة الأولى حتى ولو لم تسمع الشهود بذاتها.
« إن محكمة الإستئناف هي محكمة موضوع، و لها عند تقديرها لشهادات الشهود المستمعين لدى محكمة البداية أن تستخلص من شهاداتهم غير ما إستخلصته محكمة البداية دون أن تكون مكلفة بإعادة إستماعهم».
ــ تمييز حقوق ٤٣ / ٦٥، ص ٦٢٤، سنة ١٩٦٥ ــ
وثمة ملحظا مهما لا نعدوه في هذا الجانب وهو أن سلطة القاضي التقديرية تقتصر على مدى تعلق البينة في الوقائع وعلى مدى إنتاجيتها دون أن تتعداها إلى جواز قبول الإثبات بمقتضاها، لأن تحديد جواز الإثبات من عدمه هو من شأن القانون وحده[٤٣].

ثانيا : رقابة محكمة النقض لتقدير قاضي الموضوع

أشرنا فيما سبق أن وزن الشهادة وتقدير قيمتها الإنتاجية لمقاصد الحكم في الدعوى يعتبر من المسائل التي تترخص بها محكمة الموضوع بمنجاة من رقابة محكمة النقض.
ذلك أن محكمة النقض «محكمة قانون وليست درجة ثالثة للتقاضي، فإنها تأخذ الجانب الواقعي من الحكم كما هو ثابت أمام محكمة الموضوع، ولا تقحم نفسها في فحص هذا الشق المتعلق بالموضوع، وهي لا تحل نفسها محل محكمة الموضوع لترى ما إذا كان الحكم صحيحا من الناحية الموضوعية ومطابقا لما كانت تقضي فيه هي نفسها لو كانت محكمة موضوع»[٤٤].
غير أن هذا لا يعني بالمطلق أن الجانب الموضوعي يكون بمنأى عن رقابة محكمة النقض. فالأخيرة وإن كانت تسلم بالوقائع كما وردت في الحكم الطعين، إلا أنها تراقب ما إذا كانت هذه الوقائع كافية لتبرير ما إنتهى إليه الحكم وما إذا كان لها أصلها الثابت في أوراق الدعوى وتؤدي إلى النتيجة التي إنتهت إليها.
وعليه ينهض سببا للنقض إعتماد محكمة الموضوع في حكمها على دليل لا أصل له في أوراق الدعوى أو مخالف للثابت فيها، أو أن تستخلص من الدليل معنا مخالفا لما تضمنه هذا الدليل مما يعد مسخا له.
ومما يعين على بيان صواب هذا الذي قلنا ما قضت به محكمة النقض السورية في هذا الخصوص...

« وإن كان تقدير البينة وترجيح بينة على أخرى من الأمور الموضوعية التي تعود إلى محكمة الموضوع فإن ذلك ليس على إطلاقه. وإنما هو مقيد بسلامة التقدير، ودقة الإستنتاج، ومعقولية القناعة، وكل هذا يدخل تحت رقابة محكمة النقض»[٤٥].

ونشير هنا إلى أن البينات وقواعد الإثبات ومن جملتها الشهادة تتعلق بحقوق الخصوم ولا شأن لها بالنظام العام. لذا فإن أي مخالفة تتعلق بحقوق الخصوم لا يجوز أن يُتحدى بها لأول مرة أمام محكمة النقض، ولا تصلح لأن تكون سببا للنقض إلا إذا تمسك من ثبتت هذه المخالفة لمصلحته بها أمام محكمتي الموضوع حتى إذا ما أهمل إعتراضه أثاره أمام محكمة النقض التي تمد رواق رقابتها عليها وتضعها على مشرحتها لتصحح ما إعتور الحكم الطعين من عيب بسببها.

وإننا إذ نقول هذا نشير إلى ما إنعقد عليه إجتهاد محكمة التمييز الأردنية في قرارها الصادر عن هيئتها العامة.....

« إن البينات وقواعد الإثبات تعتبر متعلقة بحقوق الخصمين وليست من المخالفات التي تتعلق بواجبات المحكمة و إن إثارة الدفع بها في المرحلة التمييزية لا يصلح سببا للنقض».

ــ تمييز حقوق ١٣٦٤ /٩٢، هـ.ع، ص٥٣٧، سنة ١٩٩٤ ــ

وإلى ما قضت به هيئتها العامة كذلك ....

« لا تكون المخالفات المتعلقة بحقوق الخصوم سببا للنقض إلا إذا أثيرت لدى محكمتي الموضوع...»

ــ تمييز حقوق ١٢٤٤ / ٩٢، هـ.ع، ص٨٣٨، سنة ١٩٩٤ ــ

يعضد ما سلف ما خطه الدكتور وجدي راغب فهمي «أما الدفوع القانونية (الموضوعية أو الإجرائية) التي لم يسبق إثارتها أمام محكمة الموضوع فإنه لا يجوز التمسك بها لتعييب الحكم المطعون فيه طالما أن بحثها يقتضي من المحكمة تحقيقا أو تقديرا للوقائع. إذ لا تعد أسبابا قانونية بحته بل «يخالطها واقع» أو هو مما يختلط فيه الواقع بالقانون. وهو ما يطلق عليه إصطلاح الأسباب الجديدة. والقاعدة هي عدم قبول الأسباب الجديدة أمام محكمة النقض»[٤٦].

وبعد، ففي ختام هذا البحث الذي لا أزعم أنني قد وفيتُ موضوعه حقه، إلا أنه من قبيل اللمحات التي لا يخفى تفصيلها على الحصيف اللبيب والقارىء الأريب.... أخلص إلى عدة ملاحظات أوجزها بما يلي:

١- على القاضي في معرض إجابته لطلب الخصوم الإثبات بالشهادة التدقيق في وقائع الإدعاء لمعرفة تعلقها بالدعوى، وما إذا كانت منتجة فيها، وجائزا قبولها. ولا عبرة في كل ذلك بما يتمسك به أو يقدمه الخصوم. وإنما العبرة هي بما تقتضيه وقائع الإدعاء.

٢- لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة في الأخذ بما تقنع به و يطمئن إليه وجدانها من شهادات الشهود، على أن لا تتضمن أيا من الشهادات المهملة دفاعا جوهريا لاحد الخصوم تحت طائلة إعتبار قرارها إخلالا بحق الدفاع.

٣- لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة في الرجوع عن قرارها المتضمن الإثبات بشهادة على ألا يكون قرارها قطعيا وعليها أن تسبب قرار العدول إذا كانت إجازتها الإثبات بالشهادة قد صدرت بناء على طلب أحد الخصوم.

٤- وزن الشهادة وتقدير قيمتها الإنتاجية لمقاصد الحكم في الدعوى يعتبر من إطلاقات محكمة الموضوع بمنأى عن رقابة محكمة النقض ما دامت قد أقامت حكمها على أسباب سائغة تقوى على حمله وله أصل في أوراق الدعوى، و موصل للنتيجة التي إنتهت إليها.

٥ - محكمة النقض، محكمة قانون تأخذ الجانب الواقعي من الحكم كما هو ثابت أمام محكمة الموضوع. فلا تتدخل في قناعاتها إزاء شهادات الشهود الذين إستمعت إليهم بشرط أن يتمتع حكم محكمة الموضوع بسلامة التقدير و دقة الإستنتاج، ومعقولية القناعة. وعليه تمد محكمة النقض رواق رقابتها على الحكم من هذه الناحية و تضعه على مشرحتها لتصحح ما إعتور الحكم الطعين من عيب بسببها.

٦- يعتبر خطأ محكمة الموضوع في وزن الشهادة و تقديرها من المخالفات التي تتعلق بحقوق الخصوم والتي يمتزج فيها الواقع بالقانون. لذا فإنها لا تصلح سببا للنقض ما لم يتمسك بها صاحب المصلحة في ذلك أمام محكمتي الموضوع.

الهوامش:

١- د . نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية و التجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة ٢٠٠٠، ص ١٧٠.
٢- المحامي إلياس أبو عيد، نظرية الإثبات في أصول المحاكمات المدنية و الجزائية، جزء ٣، منشورات زين الحقوقية، سنة ٢٠٠٥، ص٣.
٣- مبادىء قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، سنة ١٩٧٥، ص٤٧١
٤- د . عبد الحكم فودة، موسوعة الإثبات في المواد المدنية والتجارية والشرعية، جزء ٢، سنة ١٩٩٧، ص٩.
٥- المستشار عز الدين الديناصوري والأستاذ حامد عكاز، التعليق على قانون الإثبات، جزء ١، الطبعة العاشرة، ص ٣٩٢.
٦- لم يقيد قانون البينات الفلسطيني الخصوم بعدد معين من الشهود إلا أن محكمة النقض الفلسطينية ذهبت إلى أن حق الخصوم في تقديم ما يشاؤون من الشهود مناطه ألا يكون وسيلة للمماطلة والتسويف عندها يحق لمحكمة الموضوع التدخل لتقييد الخصوم بعدد معين من الشهود بما يحقق العدالة. راجع نقض مدني رقم ٦٢ / ٢٠٠٥ الصادر بتاريخ ١٢ / ٤ / ٢٠٠٦، غير منشور.
٧- د . نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١٧٠.
٨- نقض مصري رقم ٤٧٥، سنة ٦٥ ق، جلسة ٥ / ٨ / ١٩٩٦.
٩- نقض مصري رقم ٢٨٤٣، س ٦١ ق، جلسة ٢٨ / ١ / ١٩٩٦.
١٠ – د. توفيق فرج ، قواعد الإثبات في المواد المدنية و التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة ٢٠٠٣، ص ٤٧.
١١- يستثنى من ذلك حالة ما إذا كان مصدر القاعدة القانونية هو العرف والعادة أو القانون الأجنبي فعندها يكلف المدعي بإثباتها. راجع في هذا الصدد ــ د. مفلح القضاة، البينات في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، سنة ١٩٩٠، ص٣٢+٣٣.
١٢- د. محمد محمود إبراهيم، النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى في قانون المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة ١٩٨٢، ص٩٩.
١٣- د . عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، جزء ٢، الطبعة ٣، سنة ٢٠٠٠، ص ٥٧.
١٤- نقض مدني «مصري « رقم ٢٧، جلسة ٢٣ / ١١ / ١٩٣٣، ص٣، مجموعة أحكام النقض في ٢٥ سنة تحت « إثبات « قاعدة رقم ٤٠.
١٥- د. توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٦١.
١٦ – د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص٦١.
١٧- د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص٦٢.
١٨- د. محمود جمال الدين زكي،الوجيز في النظرية العامة للإلتزامات، الطبعة الثالثة، سنة ١٩٧٨، ص ١٠٤٠.
١٩- د. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص ١٠٤١.
٢٠ – د. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص ١٠٤١.
٢١- د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص٦٣.
٢٢- د. توفيق فرج، المرجع السابق، ص٦٦.
٢٣- د. أحمد نشأت، رسالة الإثبات، جزء ٢، الطبعة السابعة، ص٣٥.
٢٤ – المادة (٣٤) من نظام إيجار العقار العثماني.
٢٥ – هذا القيد ليس من النظام العام إذ أجازت ذات المادة للأطراف الإتفاق على إستبعاده و الإثبات بشهادة الشهود.
٢٦ – د. توفيق فرج ، المرجع السابق، ص ٦٦.
٢٧- د. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص ١٠٨٩ ــ و د. توفيق فرج، المرجع السابق، ص ١٥٦
٢٨- المادة (٧٣) من قانون البينات الفلسطيني رقم (٤)لسنة ٢٠٠١.

٢٩ – من منشورات منشأة المعارف، الإسكندرية ــ و راجع في هذا المعنى ما دونه المستشار عز الدين الديناصوري و الأستاذ حامد عكاز، المرجع السابق، ص ٧٠.
٣٠ – نقض مصري ٢٤ / ٥ / ١٩٩٩، طعن رقم ٤٥٩، سنة ٦٤ ق.
٣١– التعليق على قانون الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة ٢٠٠٣، ص ٨٤.
٣٢ – نقض مدني « مصري « ١٢ / ٣ / ١٩٩٠، طعن رقم ١٨١١، سنة ٥٢ ق.
٣٣ – المحامي إلياس أبو عيد، المرجع السابق، ص١٢٩.
٣٤ – د. عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص١٧.
٣٥ – المحامي إلياس أبو عيد، المرجع السابق، ص١٣١.
٣٦ – نقض مدني رقم ٨٣ / ٢٠٠٥، منشور في مجموعة الأحكام القضائية والمبادىء القانونية الصادرة عن محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعاوى المدنية، سعادة القاضي عبدالله غزلان، جزء ٢، ص ٧٥٨.
٣٧ – نقض سوري رقم ٤٥٢ تاريخ ١ / ١٢ / ١٩٦٤، منشور في كتاب تقنين البينات في المواد والتجارية، جزء ٢، المحامي شفيق طعمة وأديب إستانبولي، الطبعة الثانية، سنة ١٩٩٤، ص ١١٠٦.
٣٨ – تمييز حقوق ٤٣٢ / ٧٩، ص ٩٥٦، سنة ١٩٨٠.
٣٩ – إبراهيم سيد أحمد، التعليق على قانون الإثبات، الجزء الثاني، دار العدالة، الطبعة الأولى، ص ٦٠١.
٤٠ – د. نبيل إسماعيل عمر، النظام القانوني للحكم القضائي، دار الجامعة الجديدة، سنة ٢٠٠٦، ص ٩٣.
٤١ – تمييز حقوق ٥٤٤ / ٨٣، ص ١٠١٤، سنة ١٩٨٤ ــ نقض مصري رقم ٧٥٠، س ٦٨ ق، جلسة ٢٤ / ٦ / ١٩٩٩.
٤٢– المادة (٢١٩) من قانون أصول المحاكمات المدنية و التجارية الفلسطيني رقم (٢) لسنة ٢٠٠١.
٤٣– د. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص١٠٩٠ ــ د. نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية و التجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة ٢٠٠٨، ص ٤٤٤.
٤٤ – د. أحمد المليجي، أوجه الطعن بالنقض المتصلة بواقع الدعوى، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ص ٤٠.
٤٥ – قرار محكمة النقض السورية رقم ٦٣٢ / ٥، تاريخ ٣١ / ٨ / ١٩٨٦، منشور في مجلة المحامون عدد ٣ لعام ١٩٨٧، ص٣٠٢.
٤٦ – مبادىء القضاء المدني، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، سنة ١٩٨٦، ص ٦٩٠.

أحكام صادرة
عن محكمة العدل العليا
والتعليق عليها

الحكم رقم ٢٠٠٨/٢٦
«براءة الذمة»

تعليق المحامي فريد الجلاد- نابلس
تعليق المحامي محمود عبد الفتاح عمرو- الأردن
تعليق الأستاذ الدكتور فتحي فكري- مصر
تعليق المستشار الدكتور حسني عبد الحميد- مصر

عدل عليا /الدائرة الأولى

السلطة القضائية

رقم الدعوى:٢٠٠٨/٢٦

القـــرار

الصادر عن محكمـــة العدل العليا المنعقدة في رام الله المأذونة بإجراء المحاكمة وإصدار الحكم باسم الشعب العربي الفلسطيني

الهيئة الحاكمـــة : برئاسة السيد القاضي

وعضوية السادة القضاة

المستدعـيان:- ١) رابطة الموظفين الحكوميين بواسطة ممثلها الاستاذ بسام زكارنة

٢) رائد قدري فرج باطيه

وكيلاهما المحاميان ساهر الرفاعي وعصام رجب التميمي/رام الله

المستدعى ضدهما:- ١) مجلس الوزراء بالاضافة لوظيفته

٢) النائب العام بالاضافة لوظيفته

الإجـــراءات

بتاريخ ٢٠٠٨/٢/١٠ تقدم المستدعيان بواسطة وكيليهما بهذه الدعوى ضد المستدعى ضدهما للطعن في القرار الصادر عن المستدعى ضده الاول (مجلس الوزراء) تحت رقم (٠٤/١٢/٣٢/م.و/س.ف) لسنة ٢٠٠٧ الصادر بتاريخ ٢٠٠٧/١٢/١٠ القاضي بفرض ارفاق براءة ذمة (للاشخاص العاديين والمعنويين) بشأن مستحقات المياه والكهرباء.

أسباب الطعن:-

١) القرار المطعون فيه مخالف للقانون.

٢) القرار المطعون فيه يخل بمبدأ المساواة وينم عن المحاباة لموظفين دون غيرهم مما يجعله معيب بعيب الانحراف في استعمال السلطة.

٣) القرار المطعون فيه لا يرتكز إلى سبب يبرره مما يجعله معيب بعيب السبب.

٤) القرار المطعون فيه يخالف المبادئ العامة للقانون ومبدأ المساواة وصيانة الحقوق المكتسبة.

٥) القرار المطعون فيه مشوب بعيب عدم الاختصاص الجسيم.

1

عدل عليا /الدائرة الأولى رقم الدعوى:٢٠٠٨/٢٦

لهذه الاسباب طلب المستدعيان بواسطة وكيليهما:-

١) إصدار قرار مؤقت يلزم الجهة المستدعى ضدها ببيان الاسباب التي تحول دون الرجوع عن القرار المطعون فيه والغاء جميع الاثار القانونية التي رتبها وعكس ذلك الرد بلائحة جوابية خلال الاجل القانوني.

١) إصدار القرار بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه مؤقتاً أمام كافة الوزارات والمؤسسات التابعة للسلطة الوطنية الفلسطينية وشركتي الماء والكهرباء لحين صدور قرار نهائي في موضوع الاستدعاء.

٢) الحكم بالنتيجة بالغاء القرار المطعون فيه.

٤) تضمين المستدعى ضدهما الرسوم والمصاريف واتعاب المحاماة.

بتاريخ ٢٠٠٨/٣/٣١ وفي جلسة علنية تمهيدية اصدرت المحكمة قراراً مؤقتاً بدعوة المستدعى ضدهما لبيان الاسباب الموجبة للقرار المطعون فيه او المانعة من إصدار القرار موضوع الطلب حتى اذا كانا يعارضان في اصدار قرار قطعي التقدم بلائحة جوابية خلال المدة القانونية. كما قررت المحكمة وقف تنفيذ القرار المطعون فيه لحين البت في الدعوى.

بتاريخ ٢٠٠٨/٤/٧ تقدم رئيس النيابة العامة بلائحة جوابية طلب في نهايتها رد الدعوى.

بالمحاكمة الجارية علناً كرر رئيس النيابة العامة اللائحة الجوابية ثم ترافع الطرفان تباعاً حسب الاصول.

المحكمة

بعد الاطلاع على الاوراق وتدقيقها والمداولة قانوناً، تجد المحكمة على ما هو بين من لائحة الدعوى ان المستدعية قد خاصمت النائب العام بالاضافة لوظيفته، ولما كان النائب العام لم يصدر القرار المطعون فيه ولم يشارك في اصداره، ولما كانت دعوى الالغاء تقام على مصدر القرار المطعون فيه فإن مخاصمة النائب العام في غير محلها، ولما كانت الخصومة من النظام العام وعلى المحكمة أن تتصدى لها من تلقاء نفسها فإن المحكمة تجد ان مخاصمة النائب العام لا تقوم على اساس مما يستوجب رد الدعوى عنه لانعدام الخصومة.

عدل عليا /الدائرة الأولى

رقم الدعوى:٢٠٠٨/٢٦

اما عن السبب الاول من اسباب الطعن وهو النعي على القرار المطعون فيه مخالفته للقانون، فإنه وكما هو بين من اوراق الدعوى فإن المستدعى ضده الاول (مجلس الوزراء) قد اصدر قراره المطعون فيه لدرء ضرر عام يتمثل في عدم تسديد مستحقات الكهرباء والماء الامر الذي ترتب عليه قيام الحكومة الاسرائيلية باقتطاع قيمة ما يستحق لها من اثمان الكهرباء والمياه على السلطات المحليه وشركة الكهرباء وسلطة المياه من مستحقات السلطة الوطنية الفلسطينية من الضرائب عند الحكومة الاسرائيلية مما يلحق الضرر بالسلطة الوطنية الفلسطينية التي تغدو عاجزه عن الوفاء بالالتزامات المترتبة عليها كسلطة تنفيذية يقع عليها عبء سديد المستحقات ودفع رواتب الموظفين كما تغدو عاجزة عن اعداد الجهاز الاداري وغير قادرة على زويده بالوسائل اللازمة لتطويره مما ينعكس سلبا على الاقتصاد الفلسطيني بشكل عام ولما كان من سؤولية مجلس الوزراء متابعة تنفيذ القوانين وضمان الالتزام باحكامها وان لها ان تتخذ من الاجراءات ما كفل تنفيذ هذه القوانين على ما نصت عليه المادة (٥/٦٩) من القانون الاساسي وما طرأ عليه من تعديلات إن اصدار مثل هذا القرار القاضي بضمان تسديد الالتزامات المترتبة على المواطنين يتفق واحكام القانون النعي عليه بمخالفة القانون لا يقوم على اساس وبالتالي فإن سبب مخالفة القانون لا يرد على القرار لمطعون فيه.

أما عن السبب الثاني من اسباب الطعن وهو النعي على القرار المطعون فيه الاخلال بمبدأ المساواة المحاباة فإن لا وجه للمطالبة بتطبيق مبدأ المساواة في حالات الخروج على القواعد القانونية وعليه فإن هذا لسبب من اسباب الطعن لا يرد على القرار المطعون فيه، أما عن المحاباة فإن الجهة المستدعية عجزت عن ثبات محاباة السلطة مصدرة القرار المطعون فيه فئة على اخرى اوانها ميزتها وبالتالي فإن النعي على لقرار المطعون فيه بعيب الانحراف في استعمال السلطة لا يقوم على اساس وهذا السبب من اسباب الطعن لا يرد على القرار المطعون فيه.

أما عن السبب الثالث من اسباب الطعن وهو النعي على القرار المطعون فيه بعيب السبب، فإنه وعلى ضوء وقائع الدعوى والبينات المقدمة فيها تجد المحكمة ان القرار المطعون فيه يرتكز على سبب يبرره ألا وهو الضرر المترتب على عدم قدرة السلطات المحلية ومصلحة المياه وشركات الكهرباء على تسديد ما عليها من مستحقات للسلطات الاسرائيلية مما يترتب عليه قيام السلطات الاسرائيلية بخصم قيمة هذه لمستحقات من اموال السلطة الوطنية الفلسطينية لديها، وهذا في حد ذاته يشكل سببا كافيا يبرر اصدار لقرار المطعون فيه وعليه فإن عيب السبب لا يرد على القرار المطعون فيه.

عدل عليا /الدائرة الأولى

رقم الدعوى:٢٠٠٨/٢٦

أما عن السبب الرابع من اسباب الطعن فإن القرار المطعون فيه وعلى ضوء ما عالجته المحكمة في البنود السابقة لا يخالف المبادئ العامة للقانون كما ان مخالفة القانون وثقافة التقاعس عن تسديد الالتزامات المترتبة على أي انسان لا يرتب حقا مكتسبا، ولا وجه للمطالبة بتطبيق مبدأ المساواة في حالات الخروج على القواعد القانونية وعليه فإن هذا السبب لا يرد على القرار المطعون فيه.

اما عن السبب الخامس من اسباب الطعن وهو عيب عدم الاختصاص فإنه وعلى ضوء ما نصت عليه المادة (٦٩) من القانون الاساسي فإن إصدار هذا القرار هو من صميم اختصاص مجلس الوزراء، كما ان مجلس الوزراء هو الاداة التنفيذية والادارية العليا في السلطة الوطنية الفلسطينية، والصلاحيات التنفيذية والادارية هي من اختصاص مجلس الوزراء وهذا ما نصت عليه المادة (٦٣) من القانون الاساسي وما طرأ عليه من تعديلات وبالتالي فإن هذا السبب لا يرد على القرار المطعون فيه.

ولما كانت اسباب الطعن لا ترد على القرار المطعون فيه فإن هذا القرار يغدو والحالة هذه منسجماً وحكم القانون مما يستوجب رد الدعوى موضوعاً.

ولهذه الاسباب

المحكمة تقرر:-

١) رد الدعوى شكلا عن المستدعى ضده الثاني لعدم صحة الخصومة.

٢) رد الدعوى موضوعاً والغاء قرار وقف التنفيذ.

قراراً صدر وتلي علناً وافهم بتاريخ ٢٠٠٨/٦/١٧

الرئيس

الكاتب:

دقق:

4

التعليق على قرار محكمة العدل العليا رقم ٢٠٠٨/٢٦

المحامي فريد الجلاد- نابلس

كان مجلس الوزراء قد اصدر قراره رقم (١٢/٣٢/٠٤/م.و/س.ف) لسنة٢٠٠٧)) الصادر بتاريخ ٢٠٠٧/١٢/١٠ والقاضي بفرض ارفاق براءة ذمة لتمكين المواطنين من الحصول على المعاملات من الإدارات الحكومية.

استدعى صدور القرار تقديم الطعن المرقوم اعلاه ضد مجلس الوزراء مُصدر القرار وضد النائب العام بالاضافة لوظيفة كل منهما.

وقد بُني الطعن على عدة اسباب من اهمها بان القرار مخالف للقانون وانه مشوب بعيب الانحراف في استعمال السلطة، وعدم ارتكازه الى سبب، وعدم الاختصاص.

وبغض النظر عن الاسباب الواقعية الداعية لاصدار هذا القرار فان البحث سيتركز على تلمس موافقة القرار لاحكام القانون . وقد جاء القرار في رد الدعوى عن النائب العام لانعدام الخصومة متفقا واحكام القانون.

وقبل تحليل الحكم القضائي اعلاه من الناحية الموضوعية بالنسبة لباقي اسباب الطعن يجب ابتداءا بحث مدى الصلة التي تربط مجلس الوزراء بالهيئات المحلية. وما اذا كانت الاخيرة تعتبر من ضمن المرافق العامة التابعة للحكومة ام لا؟ لان ذلك يربط الاجراء او القرار الاداري المتخذ بالصفات القانونية لاولئك الذين هدف القرار الى تامين مصالحهم في جباية اثمان المياه والكهرباء من المستهلكين، وبالتالي تم ربط معاملات المواطنين لدى السلطات بارفاق براءة ذمة من لدى الهيئات المحلية.

وبالرجوع الى القانون ذو الصلة نجد ان الهيئة المحلية هي وحدة الحكم المحلي في نطاق جغرافي واداري معين، وفق التعريف الوارد في قانون الهيئات المحلية رقم (١) لسنة ١٩٩٧ حيث تعتبر الهيئة المحلية شخصية اعتبارية ذات استقلال مالي واداري تتحدد وظائفها وسلطاتها بمقتضى احكام هذا القانون، ومن ان مجالس الحكم رئيسا واعضاءا لا يتم تعيينهم من الدولة وانما يتولون هذه المناصب نتيجة انتخابات حرة ومباشرة. الأمر الذي يشير ان الهيئات المحلية محكومة بقانون خاص ولا تعتبر من الهيئات الحكومية وبالتالي لا يوجد اي ارتباط قانوني فيما بينهما.

هذا من جانب ومن جانب اخر فان من صلاحيات مجلس الهيئة المحلية اصدار الانظمة او اللوائح التنفيذية لتنظيم عمله وتامين مصالحه وحاجاته، كما يندرج ضمن صلاحياته تزويد السكان بالمياه والكهرباء وتحديد اسعارها وبدلات الاشتراك. وذلك وفق نص المادة (١٥) من القانون رقم (١) بشان الهيئات المحلية الفلسطينية، وله ايضا بمقتضى ذات المادة ان يقوم مباشرة بهذه المهام او ان يعهد بها او ببعضها الى متعهدين او ملتزمين او مقاولين او ان يعطي بها امتيازات لاشخاص او شركات. وذلك ايضا يعزز القول بان الهيئات المحلية لا تعتبر من إدارات الحكومة.

وعودة الى قرار الحكم الصادر عن محكمة العدل العليا -موضوع البحث- حيث ارتكز الى الاسباب الواقعية الداعية لاصداره حيث هدف الى درء ضررعام يتمثل في عدم تسديد مستحقات

الماء والكهرباء الامر الذي ترتب عليه قيام الحكومة الاسرائيلية باقتطاع قيمة هاتين المادتين من مستحقات السلطة الوطنية لديها. وبغض النظر عن الاسباب الداعية للاجراء الا انها لا تعتبر من قبيل الاسباب القانونية الداعية لاصداره، كما ان الاستناد الى حكم المادة (٥/٦٩) الباحثة في مسؤولية مجلس الوزراء متابعة تنفيذ القوانين، واتخاذ الاجراءات اللازمة بما يكفل تنفيذ هذه القوانين، دون ان يبين القرار الاطار القانوني الذي اراد القرار حمايته- يتعارض مع احكام القوانين النافذة بما في ذلك احكام مجلة الاحكام العدلية الباحثة في احكام عقد البيع و تحديد مسؤولية والتزامات المتقاعس عن اداء الذمة ، سواء كانت هذه الذمة قد نشات فيما بين الافراد او فيما بينهم و بين الدولة او اي من مؤسساتها . وبالتالي كان على مجلس الوزراء متابعة تنفيذ هذا القانون وتفعيل الآلية القانونية الضامنة لسداد هذه الذمم وفق الاجراءات المنصوص عليها في القوانين النافذة مثل قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية وقانون السلطة القضائية، وهي من ضمن مسؤوليات واختصاصات مجلس الوزراء ايضا في متابعة تنفيذ القوانين وفق المفهوم الوارد في المادة (٦٩) من القانون الاساسي، لان المفهوم المخالف لهذا يؤدي الى تعطيل نفاذ تلك القوانين او استبعاد تطبيقها على الاقل ، ولا يجوز اصدار قرار اداري يتعارض مع احكام قانون نافذ، وبالتالي يصبح كل اجراء اداري يستند الى ذلك القرار و يؤدي الى تعطيل نفاذ احكام هذه القوانين مشوب بالبطلان. وعليه فان ما خلصت اليه المحكمة استنادا لنص المادة (٥/٦٩) من القانون الاساسي باسناد الاجراء الاداري في القرار محل الطعن وفق هذا النص يخالف المفهوم المنطقي لنص المادة سالفة الذكر، كما ان القول بان هذا الاجراء يكفل تنفيذ القانون – رغم عدم الاشارة الى هذا القانون بوضوح – يعد قصورا في التعليل.

هذا من جهة ومن جهة اخرى فان الرد على السبب الاول كما جاء في القرار يعني ايجاد الية بقرار لضمان انفاذ تبعات العقود المبرمة فيما بين البلديات (كمزود للماء والكهرباء) وبين المواطن المستهلك باعتبارهما طرفان الاول بائع والثاني مشتري ارتبطا معا بعقد توريد او عقد بيع قد يتضمن شروطا واحكاما قبل الاتفاق على احالة أي خلاف ينشأ بينهما بشأن الاستحقاقات الى التحكيم او اللجوء الى الخبرة او الاتفاق على سبق توجيه انذار للمكلف قبل المطالبة، او ما شابه من شروط وهي توجب على من يدعي حقا له عند الاخر استنفاذ هذه الوسائل القانونية قبل تحصيل الحقوق، ومن ثم يجب ان تطبق بشانهما احكام عقد البيع بما تضمنه من احكام وفق احكام مجلة الاحكام العدلية. كما لم تطبق بشانهما ايضا احكام قانون الهيئات المحلية والانظمة الصادرة بمقتضاه التي اوجدت اليات ضامنة لسداد الذمم او ديون البلدية المستحقة، وبالتالي فقد اعفيت الهيئة المحلية من مراجعة القضاء العادي للمطالبة الحقوقية حال تقصير المدين في اداء الدين المستحق وفق الاجراءات القانونية العادية.

اما الرد على الاسباب الاخرى من اسباب الطعن فقد ارتكز على ترديد ذات الرد على السبب الاول وهو الضرر اللاحق بالسلطة الوطنية ومصلحة المياه وشركات الكهرباء وعدم قدرتها على تسديد ما عليها من مستحقات للسلطات الاسرائيلية.هذا مع العلم ان الطعن بانعدام السبب انما يعني الادعاء بعدم توفر السند القانوني لاصدار القرار. اذ يجب دائما ان يرتكز القرار الى سند من القانون حتى تطاله الشرعية. لذا فان القرار موضوع الطعن وان سرد مبررات اصداره الا ان ذلك لايشكل ردا موضوعيا على سبب الطعن اعلاه وفق المفهوم القانوني لعبارة افتقار

القرار الى سبب، لان مبررات اصدار القرار الواقعية كما وردت في القرار لا تعني استناده الى سبب قانوني سليم.
وكذلك الحال وتبعا لما سلف يعتبر القرار مشوبا بعيب عدم الاختصاص إذ لا يجوز للسلطة التنفيذية تعديل القوانين النافذة من خلال اصدار قرارات إدارية او تعليمات او انظمة تتعارض مع هذه القوانين، اذ يندرج ذلك ضمن صلاحيات واختصاصات المجلس التشريعي استنادا لاحكام القانون الاساسي المعدل لسنة (٢٠٠٣).
وبامعان النظر في القرار الطعين الذي ربط كافة معاملات المواطنين لدى وزارات وإدارات السلطة الوطنية بارفاق براءة الذمة، وعدم انجازها من لدى الهيئات المحلية الا بتحقق ذلك الشرط وهو الحصول على براءة الذمة يحمل معنى اكراه المواطن واستغلال حاجته الاتية باداء كل ما تطلبه البلدية، بغض النظر عن اية منازعة ناشئة عن عقد البيع او عقد التوريد كما يؤدي الى تعطيل حياة المواطن وارهاقه وتقييد حريته وحرمانه من الخدمات الاساسية، هذا بالاضافة لما تسببه من معاناة، وذلك يتعارض مع مبدا سيادة القانون وخضوع الكافة له بما في ذلك السلطة ذاتها، اذ لو تم إعمال القانون بصورة سليمة لما كان هناك داع لاختيار الوسائل البديلة لاستيفاء الحقوق.

التعليق على قرار محكمة العدل العليا رقم ٢٠٠٨/٢٦

المحامي محمود عبد الفتاح عمرو- الأردن

مقـدمـة:

١- تتلخص وقائع هذه القضية في أن مجلس الوزراء الفلسطيني الموقر أصدر قراراً بتاريخ ١٢/١٠/ ٢٠٠٧ يقضي (بإلزام الأشخاص الطبيعين والمعنويين لدى وزارات ومؤسسات السلطة الوطنية الفلسطينية بإرفاق وتقديم براءة ذمة بشأن مستحقات المياه والكهرباء لإنجاز معاملاتهم ذات الصلة بالجمارك والمكوس والضرائب وعائداتها وترخيص المركبات وتجديدها وأذون الإستيراد والحصول على شهادة المنشأ وشهادة الخصم من المنبع (المصدر) ودفع الرواتب للموظفين وغير ذلك من المعاملات.

٢- أ- تبلغ الموظف السيد بسام زكارنه بصفته ممثلاً لرابطة الموظفين الحكوميين مضمون قرار مجلس الوزراء الفلسطيني الموقر وبواسطة وزارة الأشغال العامة التي يعمل بها.

ب- كما تبلغ باقي الموظفين في رابطة الموظفين الحكوميين كل في وزارته بموجبه كتاب الأمانة العامة لمجلس الوزراء المعمم على جميع الوزارات لتطبيق مضمون قرار مجلس الوزراء بموجب الكتاب رقم ٢٠٠٧/أ.ع.م/٥٠٨٧ تاريخ ٢٠٠٧/١٢/١٣

علماً بأن الغاية من تبليغ الرابطة والموظفين المذكورين مضمون القرار هو لغايات صرف مستحقاتهم الوظيفية بحيث لا يتم صرف هذه المستحقات إلا بعد إحضار براءة ذمة من شركتي المياه والكهرباء في موعد أقصاه ٢٠٠٨/١/٢٥.

وفي حال عدم إحضار براءة الذمة المذكورة سيتم حجز ما نسبته ٢٥٪ من الراتب لحين إحضار براءة ذمة.

٣- كما قام السيد رائد قدري فرج باطيه بالتوجه إلى دائرة السير لترخيص مركبته والتي هي من نوع مرسيدس نقل والتي إنتهى ترخيصها بتاريخ ٢٠٠٨/١/١٥ فطلبت الدائرة منه إحضار براءة ذمة من شركتي المياه والكهرباء الأمر الذي لم يستطع معه إحضارها.

٤- لرغبة رابطة الموظفين الحكوميين الذي يمثلها الأستاذ بسام زكارنه والسيد رائد قدري فرج باطيه بالطعن بقرار مجلس الوزراء رقم (١٢/٣٢/٠٤/م.و/س.ف) لسنة ٢٠٠٧ تاريخ ١٢/١٠/ ٢٠٠٧ والقاضي بوجوب إرفاق براءة ذمة من قبل الأشخاص الطبيعيين والمعنويين بخصوص مستحقات المياه والكهرباء، تقدم وكيلهم وعملاً بأحكام المادة ٤/٣٣، ٥ من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم ٥ لسنة ٢٠٠١ بطعن إلى محكمة العدل العليا الفلسطينية الموقرة ضد كل من:

- السادة مجلس الوزراء المحترمين بالإضافة إلى وظيفتهم.
- السيد النائب العام المحترم بالإضافة لوظيفته.

حيث تم نظر هذا الطعن بموجب القضية رقم ٢٠٠٨/٢٦.

٥- بتاريخ ٢٠٠٨/٦/١٧ أصدرت محكمة العدل العليا الفلسطينية الموقرة قرارها في الدعوى رقم ٢٠٠٨/٢٦ والمتضمن:

أ- رد الدعوى عن النائب العام بالإضافة لوظيفته لعدم الخصومة.
ب- رد الدعوى موضوعاً عن مجلس الوزراء الموقر وإلغاء قرار وقف التنفيذ المتخذ في جلسة ٢٠٠٨/٣/٣١.

٦- تضمن قرار محكمة العدل العليا الفلسطينية الموقرة المبادئ الآتية:
١- أن دعوى الإلغاء تقام ضد مصدر القرار، وبما أن النائب العام لم يصدر القرار المطعون فيه ولم يشارك في إصداره فإن مخاصمة النائب العام في غير محلها مما يستوجب رد الدعوى عنه لإنعدام الخصومه.
٢- أن القرار الصادر عن مجلس الوزراء صدر لدرء ضرر عام يتمثل في عدم تسديد مستحقات الكهرباء والمياه الأمر الذي يترتب عليه قيام الحكومة الإسرائيلية بإقتطاع قيمة ما يستحق لها من أثمان الكهرباء والمياه على السلطات المحلية وشركة الكهرباء وسلطة المياه من مستحقات السلطة الوطنية الفلسطينية من الضرائب عند الحكومة الإسرائيلية.
٣- طالما أن من مسؤولية مجلس الوزراء متابعة تنفيذ القوانين وضمان الإلتزام بأحكامها وأن له أن يتخذ من الإجراءات ما يكفل تنفيذ هذه القوانين على ضوء ما نصت عليه المادة ٥/٦٩ من القانون الأساسي (الدستور) وما طرأ عليه من تعديلات فإن إصدار مثل هذا القرار القاضي بضمان تسديد الإلتزامات المترتبة على المواطنين يتفق مع أحكام القانون.
٤- أن سبب إصدار القرار من مجلس الوزراء هو الضرر المترتب على عدم قدرة السلطات المحلية ومصلحة المياه وشركات الكهرباء على تسديد ما عليها للسلطات الإسرائيلية مما يترتب عليه قيام السلطات الإسرائيلية بخصم قيمة هذ المستحقات من أموال السلطة الوطنية الفلسطينينة لديها وهذا في حد ذاته يشكل سبباً كافياً يبرر إصدار القرار المطعون فيه.
٥- أن إصدار القرار المتضمن وجوب إرفاق براءة ذمة هو من صميم إختصاص مجلس الوزراء عملاً بأحكام المادة (٦٩) من القانون الأساسي.
٦- أن مجلس الوزراء هو الأداة التنفيذية والإدارية العليا في السلطة الوطنية الفلسطينية والصلاحيات التنفيذية والإدارية هي من إختصاص مجلس الوزراء عملاً بأحكام المادة ٦٣ من القانون الأساسي وما طرأ عليه من تعديلات.

على ضوء المبادئ التي تضمنها قرار محكمة العدل العليا الفلسطينية الموقرة ثار التساؤل :-
- هل يجوز لمجلس الوزراء إصدار قرار بوجوب تقديم براءة ذمة تتضمن تسديد مستحقات شركتي الكهرباء والمياه؟
- ما هو السند القانوني لإصدار مجلس الوزراء للقرار المذكور؟
- هل تعتبر مستحقات شركتي الكهرباء والمياه أموال عامة؟

إن الإجابة عن هذه التساؤلات يتطلب منا:
١- بيان طبيعة المبالغ المستحقة لشركتي الكهرباء والمياه.
٢- هل يجوز ربط إنجاز معاملات المواطنين أو دفع رواتب الموظفين بضرورة الحصول على براءة ذمة من شركتي الكهرباء والمياه؟
٣- هل المشرّع منح الجهات المقدمة للخدمة صلاحية تحصيل مستحقات شركة الكهرباء والمياه؟

أولاً: طبيعة المبالغ المستحقة لشركتي الكهرباء والمياه وطريقة تحصيلها:

أن السبب الذي دعانا للتعرض لذلك هو لبيان فيما إذا كانت شركتي الكهرباء والمياه تعتبران من الهيئات المحلية الفلسطينية وبالتالي وجوب تطبيق الإجراءات المنصوص عليها في القانون رقم ١ لسنة ١٩٩٧ في تحصيل أموالهما وفيما إذا كانت مستحقات شركتي الكهرباء والمياه تعتبران أموالاً أميريه يطبق في تحصيلها الإجراءات المنصوص عليها في قانون تحصيل الأموال الأميريه رقم ٦ لسنة ١٩٥٢ ونبدي في هذا الصدد ما هو آت:

١- أن شركتي الكهرباء والمياه من أشخاص القانون الخاص وهي شركات ربحيه.

٢- أن كلاً من شركتي الكهرباء والمياه تبرمان مع المشترك عقد يحكم وينظم العلاقة بينهما علماً بأن هذا العقد ينص على الجزاء في حال تخلف المشترك عن الوفاء بإلتزاماته.

٣- أن مستحقات شركتي الكهرباء والمياه هي أموال خاصة يتوجب على الشركتين تحصيلهما عن طريق جهاز أو قسم التحصيل في الشركة ولا يطبق بخصوصهما قانون الهيئات المحلية أو قانون تحصيل الأموال الأميريه.

٤- أن مستحقات شركتي الكهرباء والمياه لا تفرض ولا تقرر بموجب قانون.

جاء في القرار رقم ٥٩/٣٩ عدل عليا صفحة ١٠٧ عدد ٤٢٣ سنة ١٩٥٩ مجلة نقابة المحامين ما يلي:

(١- عملاً بما قرره الديوان الخاص بتفسير القوانين في قراره رقم ٨ المنشور في العدد ١٤٤٩ من الجريدة الرسمية فإن الذمم والديون التي تدخل في مفهوم عبارة (الأموال الأميريه) الواردة في قانون تحصيل الأموال الأميريه هي تلك التي تفرض بموجب قانون وأن الذمم والديون التي تتحقق بموجب عقد لاتعتبر من الأموال الأميريه ولا يجوز تحصيلها وفقاً للقواعد والإجراءات المرسومه في هذ القانون).

٥- أ- أن لدى شركة الكهرباء قسم أو دائرة خاصة تتولى تحصيل قيمة الفواتير الشهرية من المشتركين وأن عدم التحصيل إنما يكون بسبب تقاعس جهاز أو قسم التحصيل عن ذلك، إضافة إلى وجود جزاء على المشترك الذي يتخلف عن التسديد.

ب- كما أن لدى شركة المياه قسم أو دائرة خاصة تتولى تحصيل قيمة الفواتير الشهرية من المشتركين وإن عدم التحصيل إنما يكون بسبب تقاعس أو تقصير هذا الجهاز أو القسم، إضافة إلى وجود جزاء على المشترك الذي يتخلف عن التسديد.

٦- أن قرار مجلس الوزراء الموقر بخصوص براءة الذمة صدر بالإستناد لنص المادة (٢٧) من قانون الهيئات المحلية الفلسطينية رقم ١ لسنة ١٩٩٧:

١- أن المادة (٢٧) من القانون المذكور تتعلق بالمبالغ المستحقة للهيئات المحلية وليس لشركتي الكهرباء والمياه.

٢- أن المشرّع لم يمنح الجهات مقدمة الخدمة (ترخيص، جمارك مثلاً) صلاحية تحصيل أموال ومستحقات شركتي الكهرباء والمياه لأن تحصيل هذه المستحقات يتم بواسطة أجهزة شركتي الكهرباء والمياه وليس عن طريق دائرة الترخيص مثلاً إلخ.

٧- أن مجلس الوزراء الموقر ليس صاحب صلاحية أو إختصاص لإيجاد وسيلة لتحصيل مستحقات شركتي الكهرباء والمياه علماً بأن الوسيلة التي قررها مجلس الوزراء (براءة الذمة) لم ترد في قانوني تحصيل الأموال الأميريه وفي قانون الهيئات المحلية الفلسطينية.

ثانياً: بحث وتحليل المبادئ القانونية التي تضمنها قرار محكمة العدل العليا الموقرة:

أ- أن الشق من قرار محكمة العدل العليا المتضمن رد الدعوى عن النائب العام لعدم الخصومة موافق للقانون لأن دعوى الإلغاء تقام على مصدر القرار.

ب- أما بخصوص رد الدعوى عن مجلس الوزراء الموقر لكون القرار الصادر بضرورة تقديم إبراء ذمه لتقديم أي خدمة من الخدمات موافق للقانون فإن هذا القرار – مع الإحترام للهيئة الموقرة – لم يراع المبادئ الآتية:

١- أنه في العقود المبرمة بين شركتي الكهرباء والمياه والمشتركين مع هاتين الشركتين فإنه لا يجوز لمجلس الوزراء الموقر التدخل في العلاقة بينهما.

٢- أن صلاحية مجلس الوزراء مقصورة على تحصيل الأموال العامة وقد تضمن قانون تحصيل الأموال الأميريه وسائل تحصيل ذلك.

٣- أن مجلس الوزراء الموقر كان في حيره عند تحديد السند القانوني لإصدار هذا القرار والملفت للنظر في القرار أنه ركز على المادة (٢٧) من قانون الهيئات المحلية رقم ١ لسنة ١٩٩٧ رغم أنه لا مجال لتطبيق هذا النص.

٤- أن الخطورة في قرار محكمة العدل العليا الفلسطينية الموقرة أنه ساوى بين المبالغ المستحقة للدوله والمفروضة بموجب قانون، وقد يتم مستقبلاً التوسع في الخدمات التي تتطلب إحضار براءة ذمة.

وبناء عليه، فإنني أرى أنه كان يتوجب على محكمة العدل العليا الفلسطينية الموقرة إلغاء قرار مجلس الوزراء رقم (٠٤/٣٢/١٢/م.و/س.ف) لسنة ٢٠٠٧ تاريخ ٢٠٠٧/١٢/١٠.

هذا ما إستطعت أن أقدمه بخصوص بحث وتحليل قرار محكمة العدل العليا الفلسطينية الموقرة رقم ٢٠٠٨/٢٦ تاريخ ٢٠٠٨/٦/١٧.

التعليق على قرار محكمة العدل العليا رقم ٢٠٠٨/٢٦

أ.د فتحي فكري
استاذ القانون العام
كلية الحقوق- جامعة القاهرة

قدمت الدعوى رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٨ أمام محكمة العدل العليا طعناً على قرار مجلس الوزراء الصادر في ١٠ ديسمبر ٢٠٠٧ بفرض إرفاق براءة ذمة للأشخاص الطبيعيين والمعنويين بشأن مستحقات المياه والكهرباء لإتمام المعاملات أمام الجهات الإدارية.
وخلص الطعن – بصفة أساسية – إلى طلب إلغاء ووقف تنفيذ القرار المطعون فيه.
وهكذا انطوى الطعن على شقين: مستعجل (وقف التنفيذ) وموضوعي (الإلغاء).
وبرغم الارتباط الوثيق بين الشقين، ووشائج الصلة بينهما، فإننا آثرنا التعرض لكل شق على حده، لإسقاط الضوء الكافي على بعض الجزيئات بما يتيح فهم أعمق لأبعادها.
وإذا كنا سنبدأ بالطلب العاجل، فإننا نسطر أن الفصل فيه طرح تساؤلات عدة قدمت المحكمة إجابات منقوصة لبعضها، وتركت البعض الآخر معلقاً (أولاً).
ولم يكن الطلب الموضوعي أفضل حالاً، حيث عولجت جوانبه تارة بشكل ضمني وتارة بشكل صريح، هذا مع مراعاة أن النتيجة النهائية للحكم تنطق بعدم تناسقها مع الأسباب التي مهدت لها (ثانياً).

أولاً: طلب وقف التنفيذ – تساؤلات بإجابات منقوصة أو غائبة:
طلب وقف تنفيذ القرار الإداري هو الوجه العاجل لدعوى الإلغاء، ويعد وجوده ضمانة جوهرية للمدعي. فالقاعدة هي انتفاء الأثر الواقف للطعن على القرارات الإدارية، مما يعني استمرار نفاذها مهما علقت وتعلقت بها نقائص المشروعية الشكلية أو الموضوعية.
والمبدأ على إطلاقه يجعل الحماية التي توفرها دعوى الإلغاء ذات طابع نظري، فالكثير من القرارات تنتج آثارها بشكل فوري أو في غضون أجل قصير (منع طالب من أداء الامتحان – هدم بناء أثري) بحيث يدرج الحكم بإلغاء الإجراء غير المشروع، والذي يصدر بعد شهور أو سنوات في بعض الأحيان، في باب الإدانة الأخلاقية، أكثر منها القضائية.
فكيف يستعاد بناء أثري عقب إزالته، أو يؤدي الطالب الامتحان بعد انصرام مواعيده؟
ولعلاج هذه الأوضاع تعين تزويد رافع دعوى الإلغاء بآلية «طلب وقف تنفيذ القرار مؤقتاً»، رئيما يفصل في موضوعها.
وسيراً في هذا الاتجاه قضت المادة ١/٤٩ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة المصري أنه «لا يترتب على رفع الطلب إلى المحكمة وقف تنفيذ القرار المطلوب إلغاؤه على أنه يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف تنفيذه إذا طلب ذلك في صحيفة الدعوى ورأت المحكمة أن نتائج التنفيذ يتعذر تداركها».

وإذ يخلو القانون الفلسطيني من نص يتناول وقف تنفيذ القرارات الإدارية، يثور التساؤل حول جواز التقدم بهذا الطلب، وسنده حال إقراره.

أجاب حكم محكمة العدل العليا على الشطر الأول جزئياً بالإيجاب، فقد قبل طلب وقف التنفيذ المرفق بطلب الإلغاء، ولكنه لم يلمح بالحل إذ قدم الطلب المستعجل قبل أو بعد رفع الدعوى الموضوعية.

أما الشطر الثاني من التساؤل فتجنُب التطرق إليه، مما يدفعنا للبحث عن أساس للاختصاص بطلب وقف التنفيذ حالة تخلف النص عليه.

الأقرب للصواب أن الحكم بقبول طلب وقف التنفيذ عول على مبدأ أن قاضي الأصل (دعوى الإلغاء) هو قاضي الفرع (طلب وقف التنفيذ) وهذا الاتجاه له ما يعززه في القانون المقارن.

فقانون مجلس الدولة المصري أغفل، ولا يزال، تنظيم نظر الطلبات المستعجلة بالنسبة للعقود الإدارية[1].

واستقر القاضي الإداري على أن الطلبات المتسمة بالاستعجال والمتفرعة عن الدعوى الأصلية تدخل في اختصاص قاضي العقد اعتماداً على قاعدة أن نظر الأصل يخول الاتصال بالفرع والفصل فيه[2].

وعرف هذا القضاء تطوراً هاماً فيما بعد زاد من فاعليته. ففي البداية أحجم القضاء عن قبول طلبات إثبات الحالة التي تقدم استقلالاً عن الدعوى الموضوعية[3].

إلا أن الاعتبارات العملية بدلت دفة هذا الاتجاه وأضحى قبول طلبات إثبات الحالة أو تهيئة الدليل لا يرتبط بوجود دعوى موضوعية[4].

ونظراً لأهمية آلية وقف التنفيذ في كفالة حماية قضائية واقعية لطلبات إلغاء القرارات الإدارية، فإن قضاء محكمة العدل العليا بقبول طلبات وقف تنفيذ القرارات الإدارية مع عدم النص عليها، اتجاه جدير بالمساندة والتعضيد.

إلا أن ما سبق لا يحول دون المناداة بتدخل المشرع لوضع تنظيم لطلب وقف التنفيذ. خصوصاً وأن الحكم المثار ترك العديد من علامات الاستفهام مكانها.

فمن ناحية، لم يشر الحكم إلى ضوابط الاستجابة لطلب وقف التنفيذ.

حقاً أن الحكم أوحى بأن وقف التنفيذ أعتمد على ظاهر الأوراق، وهو ما يستخلص من أنه تقرر في جلسة تمهيدية بعد سماع وكيل المستدعين والإطلاع على البيانات الخطية، مع دعوة المستدعى ضدهما لتقديم مذكرات دفاعهما.

إلا أن اتخاذ الإجراء المستعجل بناء على ظاهر أوراق الدعوى، يمثل شرطاً، تتفق التشريعات على تطلبه، ولكنه لا يكفي وحده لتبرير اختصاص القاضي المستعجل.

فالسبب الأساسي لوجود هذا القضاء يتمثل في وجود خطر يتربص بالحق يوشك أن يؤدي به، ولا يمكن معه انتظار الإجراءات المعتادة على ما تعرفه من بطء وما تتسم به من تهادي.

ومن الضروري أن يجد هذا الضابط طريقة إلى الأحكام فيما تتضمنه من أسباب، تأكيداً على طبيعة الإجراءات المحكوم بها وكمبرر لها.

ومما يلفت النظر أيضاً أن المحكمة فضلت وصف «القرار» من منطلق أنها قد تفصل في الموضوع بصورة عكسية (حدث ذلك فعلاً)، مما يتعارض مع ما للأحكام من حجية.

إلا أن حجية الأحكام المستعجلة إذ تتصف بالتأقيت كطبيعة الإجراء الذي تقضي به، لا تعوق الفصل في الموضوع بنقيض الحكم المؤقت[٥].

ولا شك أن اعتبار ما يصدر في الشق المستعجل بمثابة حكم له أثره في ذاته، وفي الإلزام المستمد من حجيته.

ومن الإشكاليات التي طرحها قرار محكمة العدل العليا كذلك الطعن على قرارها المؤقت بوقف التنفيذ.

إذ فور صدور قرار وقف التنفيذ تقدم رئيس النيابة العامة بطلب لإلغاء قرار وقف التنفيذ.

وأول ما يلفت النظر أن الطلب قدم لذات المحكمة التي أصدرت القرار. وبالتالي يصعب إسباغ وصف الطعن عليه. إذ أن من مفترضات هذا الوصف نظر الطلب أمام جهة مغايرة لتلك التي أصدرت الحكم أو القرار المطعون عليه[٦].

وهذا المسلك يجعلنا في وضع أشبه بالتظلم الإداري منه إلى الطعن القضائي.

ولعل ذلك يفسر اقتصار المحكمة رداً على الطلب بالسير في الدعوى وإرجاء البت في الدفع المثار من قبل رئيس النيابة[٧].

وكل ما سبق ينم بجلاء عن الحاجة الملحة لتنظيم وقف التنفيذ بقواعد خاصة به، تتفادى الملاحظات السالفة، وتقدم إجابات للأسئلة المعلقة بشأنها.

ثانياً: طلب إلغاء القرار المطعون فيه وأسلوب حسم إشكالياته:

حاصرت عريضة الخصومة القرار الطعين بمثالب عدة، وأثارت مذكرات المطعون ضدهما غير دفع أمام قبول الطعن شكلاً، للحيلولة دون نظر المحكمة لموضوع الدعوى.

وكان على المحكمة أن ترد على هذه الدفوع وتناقش تلك المطاعن. إلا أن المتأمل للحكم يلمس أن المحكمة لم يكن موقفها موحداً.

فقد كان موقفها من قبول الدعوى وإجاباتها على الدفوع المطروحة ضمنياً في الوقت الذي حاولت المحكمة أن يأتي ردها على المعايب الموضوعية صريحاً ومباشراً. فهل وفقت في الوصول إلى بغيتها؟.

هذا ما سنراه بالتصدي للأمرين تباعاً.

١- الرد الضمني على الدفوع الخاصة بقبول الدعوى:

لدعوى الإلغاء شروط قبول تتمثل في وجود قرار إداري يمس مصلحة للطاعن يطعن عليه في الميعاد.

وسنكتفي بتناول الضابطين الأول والأخير، حيث أن الحكم والعرائض والمذكرات المتبادلة لم تتعرض للميعاد، وهو ما يفيد استيفاء الدعوى له، خاصة وأن هذا الشرط من النظام العام، مما يفرض- حال تخلفه - القضاء تلقائياً بعدم قبول الدعوى[٨].

أما عن وجود قرار إداري فقد عارضه المدعي عليهما انطلاقاً من أن استلزام إرفاق براءة ذمة للأشخاص الطبيعية والمعنوية بشأن مستحقات المياه والكهرباء لإتمام المعاملات أمام الجهات الإدارية، ما هو إلا مجرد إجراء تنفيذي يفرضه القانون مما ينفي عنه صفة القرار الإداري، ويبعده

عن دائرة إلغاء القرارات الإدارية.
وتأكيداً لذلك أشير إلى تعريف القاضي الإداري في مصر للقرار الإداري وكونه «إفصاح الإدارة في الشكل الذي يحدده القانون عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح وذلك بقصد إحداث مركز قانوني معين متى كان ممكناً وجائزاً قانوناً وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة»[٩].

ولنا على ذلك القول ملحوظة مزدوجة:

أ- تعريف القرار الإداري المستمد من أحكام القضاء الإداري المصري يحتاج إلى وقفة إيضاحية، إذ أنه لا يعرف سوى القرار الصحيح، أي المتفق وصحيح القانون، في حين أن القرار كما قد يوافق القانون قد يعارضه ويخرق أحكامه.
ولذا ربما يبدو أكثر صواباً تعريف القرار الإداري بأنه تعبير الإدارة عن إرادتها المنفردة بقصد إحداث أثر أو مركز قانوني معين[١٠].

ب- تخلو النصوص القانونية ذات الصلة من أي إشارة لطلب براءة الذمة من المياه والكهرباء لإجراء المعاملات أمام الجهات الإدارية، مما يتعذر، وبشدة، الانحياز للادعاء بأننا بصدد إجراء تنفيذي قرره الشارع، واقتصر دور الإدارة بشأنه على وضعه مجرى التنفيذ، لاسيما وأن الأمر ينعكس على حقوق دستورية منها حق العمل وحرية التجارة والصناعة (المادة ٢/٢١ من القانون الأساسي) وحرية التنقل (المادة ٢٠ من القانون الأساسي) وحق الملكية (المادة ٣/٢١ من القانون الأساسي)... الخ.
ولقد نحت محكمة العدل العليا هذا النعي بقبولها الطعن، مما يعني أننا بصدد قرار إداري بالمعنى الدقيق.
وبخلاف القرار الإداري يلزم أن يكون للطاعن مصلحة يترجمها المساس بحالة قانونية يتواجد فيها.
والتوسع في هذا الضابط مقارنة بالدعاوى المدنية مرده أن تلك الدعوى تستهدف، بالأساس، حماية المشروعية. إلا أن التوسع في هذا الجانب لا يصل إلى حد اعتبار دعوى الإلغاء دعوى حسبه[١١].
وفي الطعن محل البحث استوفى شرط المصلحة في أجلى معانيه، لأن القرار لم ينصرف إلى مجرد حالة قانونية، وإنما - كما سبقت الإشارة - إلى حقوق دستورية.
وقد فصلت المحكمة في الشروط الشكلية للطعن بالإلغاء حال فصلها في طلب وقف التنفيذ، وكان هذا الفصل ضمنياً بالتصدي لموضوع الطلب، مما يفيد توافر شرائط الدعوى الأصلية.
وهذا الوضع يفصح عن الدوائر المتقاطعة بين طلب الإلغاء ووقف التنفيذ، والتي من أبرزها أن الفصل في طلب وقف التنفيذ يفرض التعرض لوجود الشروط الشكلية للطعن بالإلغاء.
وهذا هو النهج الذي سارت عليه محكمة العدل العليا.
وهذا القضاء المنطقي نصادف تطبيقات عديدة له في أحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية ففي غير مناسبة أعلنت المحكمة أن الحكم الصادر بوقف التنفيذ «يحوز حجية الأمر المقضي فيه بالنسبة إلى ما فصلت فيه المحكمة في خصوصية اختصاص المحكمة وقبول الدعوى ويعتبر قضاؤها في ذلك نهائياً يقيدها عند نظر الطعن (طلب الإلغاء)»[١٢].

٢- الرد الصريح على المطاعن الموضوعية ومدى تناسق الأسباب مع النتائج:
نعت عريضة الطعن على القرار جملة مخالفات طالت الاختصاص والمحل والسبب ومخالفة القانون والغاية.
وهكذا اجتمعت في القرار - بحسب صحيفة الادعاء - كافة العيوب التي يمكن أن تصيب أي قرار إداري باستثناء الشكل والإجراءات، ربما لأن العيب الأخير لا يفضي حتماً إلى إلغاء القرار.
وقد تصدت المحكمة لهذه العيوب عيباً عيباً ورفضتها بالكلية. ولكن من الملاحظ أنها كانت تعيد ما تقوله في الكثير من المواضع(١٣)، بحيث يمكن القول بأنها في النهاية لم تتصد - بوجه عام - إلا للإخلال بالمساواة والمحاباة (أ)، ومخالفة القانون بمعناه الموضوعي(ب).

أ) الإخلال بالمساواة والمحاباة:
نسب للقرار الطعين مخالفته لمبدأ المساواة بسبب تعميمه تقديم براءة الذمة على الشخص المدين وغير المدين.
وقد رفضت المحكمة هذا النعي بقولها أنه لا مساواة «في حالة الخروج على القواعد القانونية».
وهذا التخريج مغلف بالغموض ومشوب بالإبهام.
فلم تكشف المحكمة عن وجه الخروج على القانون الذي عولت عليه.
وربما قصدت المحكمة بالمخالفة عدم سداد مديونية موردي الكهرباء والماء، في هذه الحالة نشير إلى أن الالتزام بتقديم براءة الذمة شمل الموافق للقانون بالسداد والمخالف له بالتنصل منه.
فأين وجه المخالفة لمن ألتزم بأداء أثمان استهلاكه من الكهرباء والمياه حتى تقيد معاملاته أمام الجهات الإدارية بتقديم براءة ذمة؟
وهكذا يبدو الحكم في هذه الجزئية غير مقنع.
ولا يختلف الوضع بالنسبة لما أثير حول محاباة القرار سكان المخيمات حيث خفضت مديونيتهم وتم تركيب عدادات دفع سبق لهم مجاناً، ومحاسبتهم على استهلاك الكهرباء بسعر الشراء. وعلاوة على ذلك حدث تمييز غير مبرر لموظفي غزة، وقد ردت المحكمة هذا المطعن بحجة عجز الجهة المستدعية عن إثبات المحاباة.
وأعملت المحكمة في هذا الشأن المبدأ بأن عيب الانحراف بالسلطة، ومن مظاهره المحاباة، يقع على الناعي به تقديم الدليل عليه.
ويبدوا أن الكتاب الصادر من أمين عام مجلس الوزراء بتحديد آليات تنفيذ مذكرة اللجان الشعبية للمخيمات والمتضمن التيسيرات التي يُعتزم تقديمها لسكان المخيمات، لم تقنع المحكمة بوجود تمييز، بحسبان أنه - على الأرجح - لا يوجد في الأوراق ما يفيد أن مقترحات المذكرة لم تتبلور في صورة قواعد ملزمة.
ومع ذلك كنا نتمنى أن تناقش المحكمة هل الفئات المدعى محاباتها تتواجد في ذات المركز القانوني أم لا؟
فمبدأ المساواة وعدم المحاباة له ضابط أصولي: وحدة المركز القانوني.
فاختلاف المركز القانوني مؤداه اختلاف المعاملة، دون مجال للادعاء بالجور على المساواة أو المساس بها.

وعبرت المحكمة الدستورية العليا في مصر عن ذلك بحيثيات جاء فيها: «وحيث أن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن مبدأ المساواة أمام القانون – وبقدر تعلقه بالحدود التي تباشر فيها المحكمة ولايتها – مؤداه أنه لا يجوز لأي من السلطتين التشريعية والتنفيذية أن تباشر اختصاصاتها التشريعية التي ناطها الدستور بها بما يخل بالحماية المتكافئة التي كفلها للحقوق جميعاً، سواء في ذلك تلك التي نص عليها الدستور أو التي حددها القانون. وبمراعاة أن الحماية المتكافئة أمام القانون التي اعتد الدستور بها، لا تتناول القانون من مفهوم مجرد، وإنما بالنظر إلى أن القانون تعبير عن سياسة محددة أنشأتها أوضاع لها مشكلاتها، وأنه تغيا بالنصوص التي تضمنها تحقيق أغراض بذواتها من خلال الوسائل التي حددها، وكلما كان القانون مغايراً بين أوضاع أو مراكز أو أشخاص لا تتحد واقعاً فيما بينها وكان تقديره في ذلك قائماً على أسس موضوعية، مستلهماً أهدافاً لا نزاع في مشروعيتها وكافلاً وحدة القاعدة القانونية في شأن أشخاص تتماثل ظروفهم بما لا يجاوز متطلباتها، كان القانون واقعاً في إطار السلطة التقديرية التي يملكها المشرع ولو تضمن تمييزاً مبرراً لا ينال من مشروعيته الدستورية أن تكون المساواة التي توخاها وسعى إليها، بعيدة حسابياً عن الكمال»[١٤].

ب) مخالفة القانون:

نسب للقرار مجانبة القانون على أكثر من صعيد، فمن ناحية قيد الحقوق الدستورية للمخاطبين به، ومن ناحية ثانية تجاوز القرار القوانين التي نظمت آلية تحصيل مستحقات المياه والكهرباء (قانون الهيئات المحلية لسنة ١٩٩٧، وقانون تحصيل الأموال الأميرية رقم ٦ لسنة ١٩٥٢).

ومن ناحية أخيرة، يتخلف أي نص قانوني يجيز لمجلس الوزراء إصدار القرار الطعين.

وجاء رد المحكمة على جملة المخالفات المحاصرة للقرار مثيراً للجدل.

فلم تتعرض المحكمة لمناقشة تنكب القرار للدستور أو القانون، رغم كثرة النصوص المدعى بتجاوزها والخروج على أحكامها، وإنما راحت تبحث عن مبرر لإصدار القرار حيث خلصت إلى أن مجلس الوزراء « قد أصدر قراره المطعون فيه لدرء ضرر عام يتمثل في عدم تسديد مستحقات الكهرباء والمياه الأمر الذي ترتب عليه قيام الحكومة الإسرائيلية باقتطاع قيمة ما يستحق لها من أثمان الكهرباء والمياه على السلطات المحلية وشركة الكهرباء وسلطة المياه من مستحقات السلطة الوطنية الفلسطينية من الضرائب عند الحكومة الإسرائيلية مما يلحق الضرر بالسلطة الوطنية الفلسطينية التي تغدو عاجزة عن الوفاء بالالتزامات المترتبة عليها كسلطة تنفيذية يقع عليها عبء تسديد المستحقات ودفع رواتب الموظفين كما تغدو عاجزة عن إعداد الجهاز الإداري وغير قادرة على تزويده بالوسائل اللازمة لتطويره مما ينعكس سلباً على الاقتصاد الفلسطيني بشكل عام».

وكما هو جلي فإن المحكمة ركزت جهودها – في هذه الجزئية – للبحث عن أسباب للقرار، متفادية مجرد الاقتراب من الشكوك المثارة حوله بمخالفة القانون بمعناه الواسع.

على أي حال فإن ما سطره الحكم يرجح لدينا أن فكرة أو نظرية الظروف الاستثنائية كانت ماثلة أمام المحكمة، أو على الأقل هي التي تشكل خلفية حكمها.

فالمحكمة أشارت إلى ضرر عام يضع السلطة التنفيذية في حالة عجز، لا مجرد صعوبة، عن الوفاء بالتزامات جوهرية (سداد المستحقات ودفع الرواتب والعجز عن إعداد الجهاز الإداري وتطويره وانعكاس ذلك سلباً على الاقتصاد الفلسطيني ككل) وهذا هو الشرط الأولي والأساسي لنظرية الظروف الاستثنائية.

فبشكل مجمل نحن أمام خطر داهم بدا في التحقق، وتركه دون محاصرة يعني إمكانية وقوع انهيار اقتصادي ينعكس سلباً على كافة القطاعات والأنشطة.

وكنا نأمل أن تلمح المحكمة إلى ذلك صراحة، لتوضح أن هذا الخطر لا يمكن مجابهته بالقوانين العادية. الأمر الذي كان سيبعد عن الحكم النقد بإسقاط بحث كفاية النصوص المطبقة لمواجهة الخطر.

هذا بالرغم من أن النظرة السريعة تعطي – بيسر – لدليل على ذلك.

فعدم قدرة القوانين المعمول بها عن معالجة الوضع، يمكن استخلاصها من استعراض أحكام النصوص القائمة وعلى وجه الخصوص القانون رقم (٦) لسنة ١٩٥٢ لتحصيل الأموال الأميرية، والقانون رقم (١) لسنة ١٩٩٧ بشأن الهيئات المحلية الفلسطينية.

والأول كما هو واضح من رسمه يخص تحصيل الأموال العامة. وديون استهلاك الماء والكهرباء مستحقة لشركات إسرائيلية، وبالتبعية تخرج من نطاق نفاذ القانون المشار إليه الذي ينصرف إلى الضرائب والرسوم والغرامات والذمم والديون المستحقة للخزينة العامة.

هذا من جانب ومن جانب آخر، فإن إجراءات استيفاء تلك الديون تتتابع حلقاتها بما لا يحقق سرعة إنجاز تحصيلها (توجيه إنذار للمدين – منح المدين مهلة للسداد الطوعي – عرض الأمر على لجنة تحصيل الأموال الأميرية لتقرر الحجز على أموال المدين – إجراء الحجز – منح المحجوز عليه مهلة للسداد – إجراء المزاد. وبالنسبة للموظفين يمكن استقطاع ثلث الراتب أو ربع المعاش وذلك بعد استيفاء الإعلان بالدين وفوات مهلة الوفاء الاختياري).

ولا يسعف التشريع الثاني في فتح ثغرة لاحتواء الموقف الذي تواجهه السلطات العامة.

فهذا التشريع يتناول الضرائب والرسوم، وأثمان استهلاك الماء والكهرباء ليست كذلك.

ولا يشفع في الاستناد إلى هذا القانون ما ورد في المادة ٢٧، والتي أشار إليها القرار الطعين صراحة، من تطبيقه على المبالغ المستحقة لهيئة محلية بمقتضى هذا التشريع.

حقاً أن الهيئات المحلية قد تستحق لها مبالغ ناتجة عن تزويد السكان بالماء والكهرباء (المادة ١٥ من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٧ بشأن الهيئات المحلية الفلسطينية) بنفسها أو عن طريق ملتزم تتعاقد معه لهذا الغرض، إلا أن الحالة التي نحن بصددها بعيدة عن هذا الفرض.

فالخدمة توفرها شركة إسرائيلية لا تربطها رابطة التزام عقدية بأي هيئة محلية في السلطة الفلسطينية.

وعلاوة على ما تقدم، فإن المادة ٢٧ حددت طرق جباية الأموال المستحقة (توجيه إنذار – منح مهلة للسداد أو الاعتراض على التكليف – حجز الأموال وبيعها) وهي على الجملة مشابهة لما ورد في قانون تحصيل الأموال الأميرية، وليس من بينها تقديم براءة ذمة، خصوصاً إذا كانت مفروضة حتى على من أوفى بالتزاماته كاملة للجهة الدائنة.

والأهم من كل ما تقدم أن التشريعين الملمح لهما لا يخولا مجلس الوزراء سن آلية كبراءة الذمة لإنجاز المعاملات الإدارية، بقطع النظر عن مديونية صاحب الشأن من عدمه.

وعليه فإن أي قرار يسير عكس هذا الاتجاه تلاحقه مظنة عدم المشروعية، حيث لا يجوز – بحال – للقاعدة الأدنى أن تتجاوز بالحذف أو الإضافة القاعدة الأعلى منها مكانة ومرتبة.

ولا يظن أن تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية افتقد للضابط الثالث ألا وهو كينونة الإجراء المتخذ هو الوسيلة الوحيدة لدرء الخطر. فاشتراط تقديم براءة ذمة يعد – في إطار الخطر المبينة أبعاده أعلاه – خط الدفاع الوحيد لمواجهة الموقف.

ولا يصح أن يقال أن تعميم فرض تقديم براءة الذمة سببه تقاعس الإدارة في الماضي عن إنشاء قاعدة بيانات تسمح بقصر الالتزام بتقديم براءة الذمة على الفئة غير المسددة وحدها، لأن تراخي الإدارة، مهما كان دوره في الموقف المعانى منه، لا يحول دون تطبيق النظرية، والقول بخلاف ذلك يعني أننا سنعاقب المجتمع (عدم حمايته من الأخطار التي تلحقه وتهدده) عن أخطاء إدارته.

وبسبب وضع المحكمة الأمور في غير الإطار السابق تبدي عدم الانسجام من ثنايا حكمها من أكثر من زاوية:

* حال تعرض المحكمة للادعاء بتخلف سبب إصدار القرار كررت ما قالته في مخالفة القرار للقانون، مع ما بين الشرطين من فواصل وحواجز، وأعادت المحكمة حديثها عن الضرر الناجم من عدم سداد مستحقات المياه والكهرباء للجانب الإسرائيلي.

* بذلت المحكمة جهداً لا طائل من ورائه لإثبات اختصاص مجلس الوزراء بإصدار القرار.

فقد نوهت المحكمة إلى المادة ٥/٦٩ من القانون الأساسي كسند للقرار.

وينص البند المشار إليه على اختصاص مجلس الوزراء بمتابعة «تنفيذ القوانين وضمان الالتزام بأحكامها، واتخاذ الإجراءات اللازمة لذلك».

والحقيقة أن هذا النص لا يخول مجلس الوزراء إصدار لوائح أو أي إجراءات تتعلق بتنفيذ القوانين. لأن هذه الصلاحية – ببساطة – منظمة في المادة ٧٠ من القانون الأساسي والتي تقضي بأن «لمجلس الوزراء الحق في التقدم إلى المجلس التشريعي بمشروعات القوانين وإصدار اللوائح واتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذ القوانين».

والأدق أن المادة ٥/٦٩ خاصة بالإجراءات الفردية، أي العقبات التي تعترض نفاذ القانون في حالات محددة. ولا يقدح فيما تقدم ما ورد في عجز الحكم من إشارة أخرى لاختصاص مجلس الوزراء بالقرار، اعتماداً على المادتين ٦٩ و ٦٣ من القانون الأساسي.

وقد سلف الحديث عن المادة ٦٩، وبيان صعوبة ابتناء القرار عليها، ولا يختلف الحال بالنسبة للمادة ٦٣ لأنها تتحدث بشكل عام عن اختصاص مجلس الوزراء بالصلاحيات «التنفيذية والإدارية». فهذا النص لا يمكن حمله على أنه يعهد لمجلس الوزراء بإصدار اللوائح ليس فقط لما فيه من عمومية، وإنما لأن القرارات التنظيمية محكومة بالمادة ٧٠.

قصارى القول أن النتيجة التي خلص اليها الحكم في موضوع الطعن أحاطت بها سحب غائمة، ولّدت قدراً من التردد على مسايرتها دون تقصي فيما وراء المصطلحات المستخدمة والعبارات الممهدة.

والتكنيك القضائي الصحيح يقتضي الترابط بل التلاحم بين الأسباب والنتيجة، بحيث نلمسها قبل أن نصل إليها.

كلمة ختامية:

من الطبيعي الاتفاق أو الاختلاف مع التحليل السابق في كلياته أو جزئياته، إلا أن فرص الجدل تتضاءل، إن لم تنعدم، بشأن عدم تبلور النظام القانوني لدعوى الإلغاء كدعوى مشروعية بالقدر الكافي في القانون الفلسطيني.

فهل يمكن أن يتحقق الوضوح المأمول في المنظور القريب؟

هذا ما ستكشف عنه قابل الأيام، وإنا لمنتظرون.

الهوامش

١- ينطبق ذات الأمر على قوانين مجلس الدولة المصري المتعاقبة الصادرة في الأعوام١٩٤٦، ١٩٥٥، ١٩٥٩، ١٩٧٢.
٢- من الأحكام المعبرة عن هذا الاتجاه ما أشارت فيه المحكمة الإدارية العليا من «أن القضاء الإداري يختص دون غيره بالفصل موضوعاً في منازعات العقود الإدارية فيلزم أن يختص تبعاً بالفصل فيما ينبثق منها من أمور مستعجلة، مادام القانون لم يسلبه ولاية الفصل في الأمور المستعجلة التي تثيرها تلك المنازعات ويعهد بها إلى جهة أخرى».
المحكمة الإدارية العليا – ١٩٦٣/٨/٢٠ – م(٨) ص ١٥٢٣ انظر أيضاً: المحكمة الإدارية العليا – ١٩٩٥/١/٢٤ – مجموعة المبادئ القانونية في العقود الإدارية في أربعين عاماً (١٩٥٥ – ١٩٩٥) – ص١٣٠.
وفي هذا الحكم أبانت المحكمة بعد تقرير اختصاص القاضي الإداري بنظر المنازعات المستعجلة شروط الفصل فيها بقولها: «وبناء عليه يتعين نظر هذا الطلب المستعجل في الحدود والضوابط المقررة في الطلبات المستعجلة تنظر (المحكمة) في قواعد الاستعجال بأن تستظهر الأمور التي يخشى عليها فوات الوقت والنتائج التي يتعذر تداركها والضرر المحدق بالحق المطلوب المحافظة عليه وكذلك استظهار جديتها أو عدم جديتها... دون مساس بالناحية الموضوعية للنزاع».
٣- راجع على سبيل المثال:
المحكمة الإدارية العليا – ١٩٨٢/٢/٤ – الموسوعة الإدارية الحديثة – ج١٥ – قاعدة ٢٩٨ – ص٤٠٤ – وأنظر كذلك:
المحكمة الإدارية العليا – ١٩٨٤/٤/١٤ – الموسوعة الإدارية الحديثة – ج١٥ – قاعدة ٢٩٨ – ص ٤٠١.
٤- المحكمة الإدارية العليا (دائرة توحيد المبادئ) ١٩٩٧/١/٢ – مجموعة المبادئ التي أقرتها دائرة توحيد المبادئ منذ إنشائها – فبراير ٢٠٠١ – ص٣٨٥.
٥- تعبيراً عن ذلك أبانت محكمة القضاء الإداري أن الحكم في الشق المستعجل «يحوز قوة الشيء المقضي به بالنسبة للوجه المستعجل للنزاع فقط».
محكمة القضاء الإداري – ١٩٥٧/١١/٢٩ – م (١١) ص١٨٠.
وفي مسايرة هذا النهج المنطقي والبديهي من قبل المحكمة الإدارية العليا انظر على سبيل المثال:
المحكمة الإدارية العليا – ١٩٦٧/٥/٦ – م (١٢) ص ١٠٠٠.
٦- انظر على سبيل المثال:
عبد المنعم الشرقاوي – الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية – ١٩٥١ – ص٤٦٥، أحمد السيد صاوي– شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية – ١٩٩٤ – ص٧٤٩.
٧- قرار محكمة العدل العليا في ١٩ مايو ٢٠٠٨.
٨- في تطبيقات ذلك في القضاء الإداري المصري راجع على سبيل المثال:
– محكمة القضاء الإداري – ١٩٥٠/٣/١٤ – م(١٤) ص٤٦٧،
– محكمة القضاء الإداري – ١٩٥٩/١١/٢٤ – م(١٠) ص٤١،
– المحكمة الإدارية العليا – ١٩٨٤/٣/١٨ – الموسوعة الإدارية الحديثة – ج (١٥) قاعدة (١١٢) ص١٣٧.
٩- محكمة القضاء الإداري – ١٩٥٤/١/٦ – م (٨) المجلد الثاني – ص٤٠١.
ومن أحكام المحكمة الإدارية العليا:
– حكم ٢٩ فبراير ١٩٦٤ – الموسوعة الإدارية الحديثة – قاعدة (٢٤٠) ص٤١٧،
– حكم ٢ سبتمبر ١٩٦٧ – الموسوعة الإدارية الحديثة – قاعدة (٤٢١) ص٤١٧،
– حكم أول سبتمبر ٢٠٠٧ – المجموعة الرسمية من أبريل – سبتمبر ٢٠٠٧ – ص٣٩٣.
١٠- من ذات الاتجاه:
عاطف البنا – الوسيط في القضاء الإداري – ١٩٩٠ – ص١٣٩
١١- لعله من أحدث تطبيقات ذلك ما أعلنته المحكمة الإدارية العليا عام ٢٠٠٧ من أنه «يشترط لقبول دعوى الإلغاء أن يكون رافعها في حالة قانونية خاصة بالنسبة إلى القرار المطعون فيه، من شأنها أن تجعله مؤثراً تأثيراً مباشراً في مصلحة شخصية له، وإلا كانت الدعوى غير مقبولة، وأنه إذ كان نطاق المصلحة في دعوى الإلغاء يتسع لكل دعوى

إلغاء يكون رافعها في حالة قانونية خاصة مسها القرار المطعون فيه، حيث تتصل هذه الدعوى بقواعد واعتبارات المشروعية والصالح العام، إلا أن هذا الاتساع لا يعني الخلط بينها وبين دعوى الحبسه، إذ يظل قبول الدعوى منوطاً بتوافر شرط المصلحة الشخصية لرافعها.

«وحيث إنه ترتيباً على ذلك، ولما كان المطعون ضده الأول... قد استهدف بدعواه فيما تضمنته من طلب إلغاء القرار المطعون فيه – وهو قرار تعيين الأستاذ... نقيب المحامين – الطاعن – تمكينه من القيد بجدول نقابة المحامين، بمقولة أن المذكور امتنع عن تنفيذ الأحكام الصادرة لصالحه بالقيد في النقابة، وكان القضاء للمطعون ضده بإلغاء القرار المطعون فيه – بفرض عدم مشروعيته جدلاً – ليس من موجباته إلزام الطاعن بالامتثال لتنفيذ تلك الأحكام بقيد المطعون ضده في النقابة، إذ لا تلازم بين إلغاء القرار والقيد بالنقابة لاستقلال كل منهما بأحكامه وآثاره، ومن ثم لا تنهض للمطعون ضده مصلحة شخصية في الدعوى المطعون على حكمها...».

المحكمة الإدارية العليا – ٢٠٠٧/٧/١ – مجموعة مبادئ الدائرة الأولى – من ابريل – سبتمبر ٢٠٠٧ ص٣٦١.

١٢– المحكمة الإدارية العليا – ١٩٨١/١١/٧ – م(٢٧) – ص٣، وأنظر أيضاً على سبيل المثال:

المحكمة الإدارية العليا – ١٩٦٧/٥/٦ – م(١٢) – ص١٠٠٠،

المحكمة الإدارية العليا – ١٩٦٩/٣/٨ – م(١٤) – ص٤٥٦.

١٣– أصاب هذا الخلط أيضاً عريضة الطعن، فقد أشارت في السبب الأول للدعوى إلى الإخلال بالمساواة، ثم عادت في السبب الرابع وأضافت المساواة لمخالفة المبادئ القانونية العامة.

ولم يقف الأمر عند هذا الحد، فبعد أن تصدر عيب مخالفة القانون صحيفة الطعن تكرر ذكره في البند رابعاً الخاص بانتهاك المبادئ العامة للقانون. فمخالفة القانون تشمل – كما هو مستقر – القواعد المكتوبة وغير المكتوبة ومنها المبادئ القانونية العامة.

١٤– المحكمة الدستورية العليا – ١٩٩٩/٣/٦ – م (٩) ص١٨٢، وراجع أيضاً على سبيل المثال:

المحكمة الدستورية العليا – ١٩٩٧/٣/٢٢ – م (٨) ص٥٢٢.

المحكمة الدستورية العليا – ٢٠٠٣/٦/١٥ – م (١٠) ص١١٢٤.

التعليق على قرار محكمة العدل العليا رقم ٢٠٠٨/٢٦

المستشار الدكتور
حسني درويش عبد الحميد
نائب رئيس مجلس الدولة
مصر

تعليق على قرار المحكمة العليا برام الله
الصادر بجلسة ٢٠٠٨/٦/١٧ في الدعوى رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٨
المقامة من:
١. رابطة الموظفين الحكوميين.
٢. رائد قدري فرج باطيه.
ضـــد
١. مجلس الوزراء بالإضافة لوظيفته.
٢. النائب العام بالإضافة لوظيفته.

الوقائع

١. بتاريخ ٢٠٠٨/٢/١٠ أقام المستدعيان دعواهما الماثلة أمام محكمة العدل العليا برام الله ضد المستدعي ضدهما، طعناً في قرار مجلس الوزراء رقم ١٢/٣٢/٤٠/م.و/س.ف ا لسنة ٢٠٠٧ الصادر بتاريخ ٢٠٠٧/٢/١٠ فيما تضمنه من فرض أرفاق براءات ذمة (للأشخاص العاديين الطبيعيين والمعنويين)، بشأن مستحقات المياه والكهرباء، وطالبا الحكم:

أولاً: إصدار قرار مؤقت يلزم الجهة المستدعى ضدها ببيان الأسباب التي تحول دون الرجوع عن القرار المطعون فيه وإلغاء جميع الآثار القانونية التي رتبها، وعكس ذلك الرد بلائحة جوابية خلال الأجل القانوني.

ثانياً: إصدار القرار بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه مؤقتاً أمام كافة الوزارات والمؤسسات التابعة للسلطة الوطنية الفلسطينية وشركتي المياه والكهرباء لحين صدور قرار نهائي في موضوع الاستدعاء.

ثالثاً: إلغاء القرار المطعون فيه المشار إليه.

رابعاً: إلزام المستدعي ضدهما الرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة.

٢. وذكر المستدعي الثاني في عريضة دعواه أنه أبلغ بواسطة وزارته (الأشغال العامة) بعدم صرف راتبه وباقي الموظفين في رابطة الموظفين الحكوميين كل في وزارته إلا بعد إحضار براءات الذمة من شركات المياه والكهرباء، وأنه بصفته يعمل سائقاً رفضت دائرة السير الترخيص لمركبته إلا بعد إحضار براءة الذمة المذكورة.

٣. ونعى المستدعيان على القرار المطعون فيه مخالفته لأحكام القانون خاصة القانون الأساسي والقوانين التي استند إليها القرار، والإخلال بمبدأ المساواة بين الموظفين أصحاب المراكز القانونية

المماثلة، مما يعيبه بإساءة استعمال السلطة (الانحراف بالسلطة)، هذا بالإضافة إلى أن القرار لا يرتكز على سبب يبرره واقعاً وقانوناً مما يشوبه بعيب السبب، وأخيراً أن القرار صدر مشوباً بعيب عدم الاختصاص الجسيم.

٤. بتاريخ ٢٠٠٨/٣/٣١ أصدرت المحكمة قراراً مؤقتاً بدعوة المستدعى ضدهما لبيان الأسباب الموجبة للقرار المطعون فيه أو المانعة من إصدار القرار موضوع الطلب حتى إذا كانا يعارضان في إصدار قرار قطعي التقدم بلائحة جوابية خلال المدة القانونية. كما قررت المحكمة وقف تنفيذ القرار المطعون فيه لحين البت في الدعوى.

٥. بتاريخ ٢٠٠٨/٤/٧ تلقت المحكمة لائحة جوابية من الأستاذ/ النائب العام طلب في نهايتها رد الدعوى، واستمعت إلى المرافعات التحريرية والشفوية اللازمة، وأقامت ما يلزم من المداولة،فإنها أصدرت قرارها

أولاً: رد الدعوى شكلاً عن المستدعى ضده الثاني لعدم صحة الخصومة.

ثانياً: رد الدعوى موضوعاً وإلغاء قرار وقف التنفيذ.

٦. شيدت المحكمة قضاءها على ما يأتي:

– أن توجيه الخصومة إلى النائب العام لا يقوم على سند صحيح من القانون، إذ لم يصدر القرار المطعون فيه أو يشارك في إصداره، كما أن دعوى الإلغاء ترفع ضد الممثل القانوني للجهة الإدارية التي أصدرت القرار المطعون فيه، بحسبانه صاحب الصفة في الخصومة ، ومن ثم فإن مخاصمة النائب العام تكون في غير محلها.

– أن أسباب الطعن على القرار المطعون فيه لا تقوم على سند صحيح من الواقع أو القانون، تأسيساً على أنه في خصوص السبب الأول وهو النعي على مخالفة القرار للقانون ، فذلك مردود عليه أن القرار يستند إلى نص المادة ٥/٦٩ من القانون الأساسي، والتي ناطت بمجلس الوزراء مسئوليه متابعة تنفيذ القوانين، وضمان الالتزام بأحكامها، وله أن يتخذ من الإجراءات ما يكفل تنفيذها.

واستهدف القرار المطعون فيه درء ضرر عام يتمثل في عدم تسديد مستحقات الكهرباء والماء وما ينجم عن ذلك من إلحاق ضرر بالسلطة الوطنية الفلسطينية التي تغدو عاجزة عن الوفاء بالتزاماتها في تسديد المستحقات ودفع الرواتب للموظفين، ومن ثم فإن هذا السبب لا يقوم على أساس من القانون.

– كما أن النعي على القرار تعلقه بعيب الانحراف بالسلطة لا يستند على سند من القانون أو الواقع،استناداً إلى أنه لا وجه للمطالبة بتطبيق مبدأ المساواة في حالات الخروج على القواعد القانونية، كما أن الجهة المستدعية عجزت عن إثبات محاباة السلطة مصدرة القرار المطعون فيه طائفة على أخرى.

– أما النعي على القرار المطعون افتقاده ركن السبب، فذلك مردود عليه بأن القرار يرتكز على سبب يبرره واقعاً وقانوناً ألا وهو الضرر المترتب على عدم قدرة السلطات المحلية ومصلحة المياه وشركات الكهرباء على تسديد ما عليها للسلطات الإسرائيلية مما يترتب عليه قيام الأخيرة بخصم قيمة هذه المستحقات من أموال السلطة الوطنية الفلسطينية لديها.

– وأخيراً فإن النعي على القرار تعلقه بعيب عدم الاختصاص، فذلك مردود عليه بأن القرار يستند إلى نص المادة ٦٩ من القانون الأساسي، وبحسبانه من صميم اختصاص مجلس الوزراء.

– ومن جماع ما تقدم خلصت المحكمة إلى أن القرار المطعون فيه صدر مبرءاً من العيوب ويغدو والحالة هذه منسجماً وحكم القانون، مما يستوجب رد الدعوى موضوعاً.

المبادئ القانونية التي يثيرها هذا الحكم

أولاً: القاعدة أن تحديد الاختصاص تقرره النصوص، خصوصاً إذا تعلق الأمر باختصاص السلطات الحكومية التي يحددها الدستور والقانون[١].

وقد يرجع تحديد الاختصاص أيضاً إلى القضاء الذي يقوم بتفسير القانون وتكملته ببعض القواعد[٢]، والتي من أهمها قاعدة توازي أو تقابل الاختصاصات[٣].

والمشرع في تحديده لاختصاص ما، قد يعهد به إلى فرد معين أو إلى هيئة ويتعين الالتزام بحدود الاختصاص كما رسمها المشرع صراحة أو ضمناً[٤].

ثانياً: أن عيب إساءة استعمال السلطة الذي يبرر إلغاء القرار الإداري أو التعويض عنه ، يجب أن يشوب الغاية منه ذاتها ، بأن تكون جهة الإدارة قد تنكبت وجه المصلحة العامة التي يجب أن يتغياها القرار أو أن تكون قد أصدرت القرار بباعث لا يمت لتلك المصلحة بصلة، وعلى هذا الأساس فإن عيب إساءة استعمال السلطة يجب إقامة الدليل عليه لأنه لا يفترض، بل من العيوب القصدية في السلوك الإداري قوامه أن يكون لدى الإدارة قصد إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها ، فإذا ما تبين أن جهة الإدارة تستهدف صالحاً عاماً فلا يكون مسلكها معيباً بهذا العيب[٥].

اتفق الفقه والقضاء في فرنسا ومصر أن حالات عيب الانحراف بالسلطة يمكن ردها إلى حالتين هما[٦]:

الأولى: حالة محاولة رجل الإدارة تحقيق أغراض تجانب المصلحة العامة.

الثانية: حالة مجافاة قاعدة تخصيص الأهداف .

ومن الأغراض التي تخالف قاعدة تخصيص الأهداف منع إحدى الإدارات خدماتها عن أحد المواطنين لإجباره على القيام بتصرف معين[٧].

ثالثاً: يفترض مبدأ المساواة أمام القانون ألا يغاير المشرع بين المراكز القانونية المتماثلة في المعاملة التي يقررها لها، ولا يعني هذا المبدأ أن يعامل المواطنون المختلفة مراكزهم القانونية معاملة قانونية متكافئة[٨]، وعدم قيام هذا المبدأ على معارضة صور التمييز جميعاً، فالتمييز المنهي عنه بموجبه، هو ذلك الذي يكون تحكيماً، غير مستند إلى أسس موضوعية مجافياً لمبدأ المساواة القانونية[٩].

التعليق

١. القاعدة أنه متى صدر القرار الإداري – سواء أكان فردياً أم لائحياً أو تنظيمياً – سليماً وصحيحاً، بأن صدر من السلطة المختصة قانوناً، واتبعت في إصداره الأشكال و الإجراءات المقررة في القانون، وقائماً على سببه الصحيح المستمد من أصول تنتجه واقعاً وقانوناً، ومستهدفاً تحقيق المصلحة العامة ، فإنه يصير حصيناً من السحب والإلغاء[١٠].

أما إذا شاب القرار عيب من العيوب التي تبرر إلغاؤه، فإنه يظل مزعزعاً مضطرباً إلى أن يقضي

بإلغائه قضاءً أو تتدخل الإدارة بسحبه إعمالاً لمبدأ المشروعية أو سيادة القانون، وذلك خلال مدد الطعن المقررة قانوناً بحيث يمتنع المساس بالقرار بعد مضى هذه المدد، حفاظاً على استقرار المراكز القانونية للأفراد.

٢. إذا ما نظرنا إلى القرار المطعون فيه موضوع المنازعة التي صدر فيها الحكم محل التعليق الماثل، نجد أن القرار صدر من مجلس الوزراء بحسبانه السلطة المنوط به رسم السياسة العامة للدولة والتنسيق ومتابعة أعمال الوزارات والهيئات التابعة لها وتنفيذ القوانين والمحافظة على أمن الدولة(١١)، وهو موضوع مما يدخل في اختصاصه، فالمجلس معني بتدبير الموارد المالية اللازمة للوفاء بأعباء الحكومة والنهوض بالتزاماتها بسداد ما عليها من مستحقات، ورواتب موظفي السلطة.

ولما كان ذلك وكان القرار المطعون فيه قد صدر من مجلس الوزراء ويشمل وزارات ومؤسسات السلطة الفلسطينية، ومن ثم فإن القرار يكون قد صدر من الهيئة التي وسدها القانون سلطة إصداره، وفي موضوع مما يدخل في صميم اختصاصه.

هذا فضلاً عن أن القرار المطعون فيه بحسبانه قراراً عاماً صدر مخاطباً سائر الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين دون تفرقة بينهما أو تمييز، ومن ثم فإن القول بأنه انطوى على تمييز طائفة على أخرى، قول لا أساس له من صحيح الواقع أو القانون.

٣. كما أن القرار قد صدر قائماً على سببه الصحيح المبرر قانوناً، إذ أن التأخير في سداد مستحقات شركات الكهرباء والماء يلحق – كما أشار إلى ذلك الحكم وما تقطع به الأوراق والمستندات المقدمة في الدعوى – الضرر بالسلطة الوطنية الفلسطينية التي تغدو عاجزة عن الوفاء بالتزاماتها بسداد المستحقات ودفع رواتب الموظفين، وعلى التفصيل السالف بيانه.

٤. أما المسألة الجديرة بالمناقشة فهي تتعلق ببحث إذا كان القرار قد صدر مخالفاً لقاعدة تخصيص الأهداف أم صدر موافقاً لها.

اتجه الفقه والقضاء الإداري في فرنسا ومصر إلى منع إحدى الإدارات خدماتها عن أحد المواطنين لإجباره على القيام بتصرف معين يعتبر قراراً مجانباً لمبدأ تخصيص الأهداف(١٢). ونجد تطبيقاً لهذه الحالة في حكم محكمة القضاء الإداري المصري الصادر في ١٩٥٤/٦/١٤ فقد تأخر أحد المواطنين في سداد الرسوم المقررة على سيارته، فلما تقدم للحصول على رخصة لهذه السيارة مع استيفاء جميع الشروط التي يتطلبها القانون للحصول على تلك الرخصة، رفضت الإدارة لإجباره على سداد الرسوم المتأخرة، فلم تقبل محكمة القضاء الإداري هذا المسلك مقررة أنه: « ... لم يرد بالقوانين واللوائح والقرارات الخاصة بالسيارات ما يسمح للجهات المكلفة بمنح التراخيص الخاصة بها بالامتناع عن تسليم هذه التراخيص لأصحابها متى قاموا باستيفاء ما تستلزمه هذه القوانين من شروط الحصول عليها، وقاموا بدفع الرسوم المستحقة عليها، كما لم يرد بها ما يسمح لهذه الجهات بالامتناع عن تسليم هذه التراخيص تمكيناً لمصالح أو جهات حكومية أخرى من الحصول على رسوم أو مبالغ مستحقة لها قبل أصحاب هذه التراخيص. وعلى ضوء ما تقدم يكون قلم المرور قد جانبه الصواب بامتناعه عن تسليم المدعي رخصة سيارته، بعد أن قام باستيفاء ما يلزم قانوناً لتجديد هذه الرخصة ودفع الرسوم المستحقة عن ذلك، ومن ثم يتعين إلغاء الأمر الإداري المطعون فيه »(١٣).

وهذه القاعدة تنصرف إلى الحالات المشابهة التي وردت في البند (١) من قرار مجلس الوزراء المطعون فيه سواء المعاملات ذات الصلة بالجمارك والضرائب وعائداتها وترخيص المركبات وتجديدها وأذون الاستيراد والحصول على شهادة المنشأة وشهادة الخصم من المنبع (المصدر)» وغير ذلك من المعاملات». وهذه العبارة الأخيرة من العموم والاتساع بحيث تشمل سائر المعاملات التي من جنس وطبيعة هذه المعاملات.

كما تنصرف هذه القاعدة – من باب أولى – في شأن صرف رواتب الموظفين إذ لا يجوز الحجز إلا فى حدود ربع الراتب – على نحو ما هو مستقر عليه قانوناً – إلا لدين نفقة أو دين وظيفي، ولما كان التأخير في سداد مستحقات الكهرباء والمياه لا يدخل في أي من الحالتين المشار إليهما، فمن ثم لا يجوز حجز أي مبالغ من راتب الموظفين لأداء مستحقات شركات الكهرباء والمياه.

وفي ضوء ذلك، فإن لشركات الكهرباء والمياه اتخاذ ما تراه من إجراءات قانونية وقضائية لاستيفاء حقوقها قبل المشتركين، كما لها أن تقطع المياه والتيار الكهربائي أو غير ذلك من التدابير اللازمة لإجبارهم على أداء ما عليهم من مستحقات مالية[١٤].

والجدير بالذكر أن القضاء الإداري في فرنسا ومصر قد لطف من حدة القاعدة السابقة في مجال الخدمات التي تؤديها المجالس المحلية ما دام الحصول على الفائدة المالية يتفق ومصلحة المرفق والمنتفعين[١٥] مثال ذلك ما قضي به مجلس الدولة الفرنسي بأن القرار الصادر بقصر المرور في أحد الشوارع الحديثة على العربات التي لا تتعدى وزناً معيناً لا ينطوي على انحراف بالسلطة لأنه يهدف إلى تخفيف المصاريف التي تتحملها القرية[١٦].

وهذا الاتجاه إنما يقتصر فحسب على المجال الذي تتداخل فيه اعتبارات الضبط الإداري والمصلحة المالية، فإن مجلس الدولة الفرنسي لا يزال يحرم استخدام السلطات غير المتعلقة بالنواحي المالية من أجل تحقيق أهداف مالية ، ومن ثم فإن هذا الاتجاه يتناول حالة تختلف في موضوعها عن الحالة المعروضة.

وهذا ما أكده البعض من أنه[١٧] إذا كان من الجائز طبقاً لهذا التطور الأخير تغطية عيب الانحراف بالسلطة تحقيقاً لبعض الأهداف المالية إلا أن هذا الاتجاه مازال مقصوراً على خدمة البلديات فقط نظراً لضآلة مواردها نسبياً وما تعانيه من أزمات مالية، وهذا يعني أن الأمر لا يزال كما هو بالنسبة للإدارة نفسها فلا يجوز لها أن تنحرف بسلطتها لتحقيق أهداف مالية، أو مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف وإلا كانت قراراتها مشوبة بإساءة استعمال السلطة.

وفي ضوء ما تقدم ، فإن القرار المطعون فيه صدر مخالفاً قاعدة تخصيص الأهداف، مما يوصم القرار بعيب الانحراف بالسلطة، ويكون متعيناً الحكم بإلغائه.

ولا ينال من ذلك كله، ما ورد بالمادة (١٥) من القانون رقم (١) لسنة ١٩٩٧ بشأن الهيئات المحلية الفلسطينية، من اختصاص مجلس الهيئة المحلية وضع الأنظمة اللازمة لتأمين مصالحها وحاجاتها من المياه والكهرباء، فذلك حاصله أنها تخطط لتزويد السكان بالمياه الصالحة والكهرباء وتحديد أسعار الاستهلاك وبدلات الاشتراك، وليست قيمة مستحقات استهلاك الكهرباء والمياه من مواردها طبقاً لنص المادة (٢٢) من هذا القانون، ومن ثم فهي ليست معنية بشكل مباشر بهذا الأمر.

وإذ خالف الحكم هذا النظر، فإنه يكون قد جانبه الصواب وصحيح القانون، وكان يتعين عليه

القضاء بإلغاء القرار المطعون فيه للسبب المتقدم، وما يترتب على ذلك من آثار.
وما ينبغي تسجيله أخيراً، أن الحكم قضي بإلغاء قرار وقف التنفيذ، فالمستقر عليه في قضاء مجلس الدولة المصري أن الحكم الصادر في طلب وقف التنفيذ وأن كان حكماً قطعياً له مقومات الأحكام وخصائصها، ويجوز قوة الشيء المحكوم فيه في الخصوص الذي صدر فيه وهو الوجه المستعجل للمنازعة، ويجوز الطعن فيه أمام المحكمة الإدارية العليا استقلالاً شأنه في ذلك شأن أي حكم انتهائي، أي أن ذلك كله لا ينفي عنه كونه حكماً وقتياً لا يقيد المحكمة التي أصدرته عند نظر الشق الموضوعي من الدعوى، وبهذه المثابة فإن مصيره معلقاً على نتيجة الحكم في طلب الإلغاء، فيزول كل أثر للحكم إذا رفضت الدعوى موضوعاً، ويصبح غير ذي موضوع إذا حكم بإلغاء القرار[١٨].
وبالبناء علي ذلك فإن إيراد الحكم عبارة « إلغاء قرار وقف التنفيذ تعد تزيداً لا مبرر لها « ويكتفي الحكم برد الدعوى، ومبنى ذلك زوال كل أثر للحكم الصادر بوقف التنفيذ ومن أجل ذلك يستحسن عدم النص على هذه العبارة في الحكم إعمالاً للمبادئ المتقدمة.

الهوامش

١- De Laubadère (A) , Traité de droit administratif , ٧ é édition , L . G . D . J , ١٩٧٣, p ٥٨ et s

٢- راجع دكتور/ محمد عبد اللطيف، قانون القضاء الأردني، الكتاب الثاني، دعوى الإلغاء، ٢٠٠٢، القاهرة، دار النهضة العربية، ص ٢١٧.

٣- لمزيد من التفاصيل راجع رسالتنا نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء، حقوق عين شمس، ١٩٨١، ص ٦٢٦ وما تلاها.

٤- راجع دكتور / سليمان الطماوي، القضاء الإداري ، الكتاب الأول ، قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي ، ١٩٨٦ ، ص ٦٩٥.

٥- راجع حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية ، طعن رقم ٣٦/٢٩٠٩ ق ، جلسة ١٩٩١/٢/١٦ (غير منشور) .

٦- Debbasch (c) , Droit administratif , éditions Cujas , ١٩٧١ , p ٥٦٢ et s , Rivero (J) , droit administratif , ٧ é edition , Dalloz, ١٩٧٣ , p ٢٤٠ et s .

ويضيف البعض إلى هاتين الحالتين حالة ثالثة هي حالة إساءة استعمال الإجراءات (راجع دكتور/ مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، الطبعة الثالثة، ١٩٦٦، ص ٥٥٥) ، هذه الحالة تندرج في الحالة الثانية وهي الأغراض التي تجانب مبدأ تخصيص الأهداف ، راجع دكتور/ سلمان الطماوي ، مرجع سابق ، ص ٨٨٢ وما تلاها.

٧- راجع دكتور/ ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، الطبعة الأولى ، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٧٧، ص ٣٥٣ ، وما تلاها، دكتور/ سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص٨٨٤ وما تلاها .

٨- راجع حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، القضية رقم ١٣/٦٣ قضائية دستورية، جلسة ١٩٩٣/٣/٢٠، المجموعة الجزء الخامس ، المجلد الثاني، ص ٢٢٦.

٩- راجع حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية ، القضية رقم ١٠ لسنة ١٤ قضائية دستورية، جلسة ١٩٩٣/٦/١٩، المجموعة السابقة، ص ٣٧٦.

١٠- لمزيد من التفاصيل، راجع: رسالتنا سابق الإشارة إليها، ص٢٨٨ وما تلاها.

١١- راجع دكتور/ محمد قدري حسن، رئيس مجلس الوزراء في النظم البرلمانية المعاصرة، ١٩٩٠، ص ٦٨.

١٢- راجع دكتور/ سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٨٨٤ وما تلاها .

١٣- مجموعة السنة الثانية، ص ١٥٣٩ وراجع دكتور/ ماجد الحلو، مرجع سابق، ص ٣٥٣ وما تلاها.

١٤- طبقاً لنص المادة ١١٢ من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم ٢ لسنة ٢٠٠١ يجوز لمن قطعت عنه المياه أو التيار الكهربائي أو غير ذلك من المرافق الخدماتية الضرورية أن يطلب من قاضي الأمور المستعجلة إعادتها .

١٥- راجع دكتور/ ماجد الحلو، مرجع سابق، ص ٣٥٤، وراجع أيضاً
C.E ٨ juillet ١٩٥٥, Caisse de compensation de L>industrie aéronautique, D. ١٩٥٥ p ٥٧٩. وحكم القضاء الإداري، القضية رقم ٧/٦٣٥ق، جلسة ١٩٥٤/١٢/٢٧

١٦- C.E ٦ jaw ١٩٣٣, Ratto et autres.

١٧- راجع دكتور/ مصطفى أبو زيد، مرجع سابق، ص ٥٦٤.

١٨- راجع حكم المحكمة الإدارية العليا ، الطعون أرقام ٢٥٧ ، ٢٥٨ ، ٢٥٩ ، ٢٦٠ / ٢١ق، جلسة ١٩٨٣/٤/٥ ، س٢٨، ص ٦٤٤ و ما تلاها، ودكتور / سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ١٠٣١.

الحكم رقم ٢٠٠٨/٦٨
«اضراب الموظفين»

تعليق المحامي محمد هاشم أبو غزالة- الأردن
تعليق المحامي الدكتور خالد محمد حسن- مصر

عدل عليا /الدائرة الأولى

رقم الدعوى:٢٠٠٨/٦٨

القـــرار

الصادر عن محكمـــة العدل العليا المنعقدة في رام الله المأذونة بإجراء المحاكمة وإصدار الحكم باسم الشعب العربي الفلسطيني

الهيئة الحاكمـــة : برئاسة السيد القاضي
وعضويـــة السيدين القاضيين

المستدعـــيان:- ١) مجلس الوزراء الفلسطيني
٢) النائب العام بالإضافة لوظيفته

المستدعى ضدها:- نقابة المعلمين "اتحاد المعلمين الفلسطينيين"
وكيلها المحامي ابراهيم البرغوثي/رام الله

الإجـــــراءات

بتاريخ ٢٠٠٨/٤/٨ تقدمت الجهة المستدعية بهذه الدعوى ضد المستدعى ضدها لوقف الاضراب المقرر والمعلن من قبل المستدعى ضدها المتمثل بإعلان إضـــراب المعلمـــين الـــشامل يـــوم الاثنـــين ٢٠٠٨/٤/٧ والامتناع عن التدريس ايام ٨و٩و٢٠٠٨/٤/١٠ إضافة لما قررته وصرحت به انها ستصعد الاضراب بعد ذلك.

أسباب الطعن:-

١) الاضراب مخالف للقانون.
٢) المستدعى ضدها تعسفت في استعمال الحق في الاضراب.

ولهـــذه الاسبـــاب طلبت الجهة المستدعية :-

١) وقف الاضراب مؤقتاً لحين البت في الطلب.
٢) وبالنتيجة وقف الاضراب المعلن من قبل المستدعى ضدها والزامها بذلك وتضمينها كافة النفقات.

بتاريخ ٢٠٠٨/٤/٩ وفي جلسة تمهيدية علنية قررت المحكمة الـــسير فـــي الـــدعوى بحـــضور المستدعي دون دعوة المستدعى ضدها وذلك عملاً بأحكام المادة (٢٨٦/أ) من قانون اصـــول المحاكمات

عدل عليا /الدائرة الأولى رقم الدعوى:٢٠٠٨/٦٨

المدنية والتجارية لسنة ٢٠٠١ واتباع اجراءات اصول المحاكمات المدنية المتبعة أمام محكمة العدل العليا فيما يخص التبليغات وتبادل اللوائح عملاً باحكام المادتين (٢٨٧و٢٨٨) من ذات القانون.

وبعد ان استمعت المحكمة إلى اقوال الجهة المستدعية والاطلاع على البينات الشفوية المقدمة في الطلب أصدرت المحكمة قراراً مؤقتاً بوقف القرار محل الطعن لحين البت في الدعوى وذلك لما يترتب على الاضراب من نتائج يتعذر تداركها وبعد ان تأكد للمحكمة بحسب الظاهر استناد الطلب على اسباب جدية وان التنفيذ المادي للاضراب سيلحق بالجهة المستدعية اضراراً لا يمكن تداركها.

كما قررت المحكمة وعملاً باحكام المواد (٢٨٦و٢٨٧و٢٨٨) من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية دعوة الجهة المستدعى ضدها لبيان الاسباب الموجبة للقرار المطعون فيه او المانعة من إصدار القرار موضوع الطلب حتى اذا رغبت في معارضة إصدار قرار قطعي وجب عليها ان تتقدم بلائحة جوابية خلال المدة القانونية.

بتاريخ ٢٠٠٨/٤/٢٣ تقدم وكيل الجهة المستدعية بلائحة جوابية طلب في نهايتها رد الدعوى وتضمين المستدعيين الرسوم والمصاريف واتعاب المحاماة.

وبالمحاكمة الجارية علناً كرر وكيل المستدعى ضدها اللائحة الجوابية وفي جلسة ٢٠٠٨/٥/٢٨ اعلن مساعد النائب العام بانه تم الاتفاق بين المستدعين والمستدعى ضدها بموجب اتفاقية خطية موقعة من الطرفين مبرز صورتها للمحكمة.

واعلن وكيل المستدعى ضدها بصحة ما اعلنه مساعد النائب العام بوجود هذا الاتفاق مع تمسكه باللائحة الجوابية تاركا الامر للمحكمة.

المحكمة

بعد الاطلاع على اوراق الدعوى وتدقيقها والمداولة قانوناً، نجد ان الجهة المستدعية قد أعلنت بأنه قد تم التوصل إلى اتفاق ما بين مجلس الوزراء والجهة المستدعى ضدها تم بموجبه وقف الاضراب ولما كانت الدعوى موجهة ضد الاضراب فإنه والحالة هذه قد أصبحت الدعوى بدون موضوع ومنتهية مما يستوجب ردها.

السلطة القضائية

عدل عليا /الدائرة الأولى

رقم الدعوى:٢٠٠٨/٦٨

أما فيما يخص طلب وكيل الجهة المستدعى ضدها المتمثل بتمسكه باللائحة الجوابية فإنه وطالما ان الدعوى قد اصبحت غير ذي موضوع فإن اللائحة الجوابية قد اصبحت غير ذي موضوع وتمسك وكيل المستدعى ضدها بهذه اللائحة لا معنى له.

ولهذه الأسباب

تقرر المحكمة رد الدعوى.

قراراً صدر وتلي علناً وافهم بتاريخ ٢٠٠٨/٥/٢٨

الرئيس

الكاتب:

دقق:

التعليق على
قرار محكمة العدل العليا رقم ٢٠٠٨/٦٨

المحامي محمد هاشم أبو غزالة- الأردن

مقـدمـة

١- سبق لنقابة المعلمين - إتحاد المعلمين الفلسطينيين - وغيرها من النقابات وأن أعلنت الإضراب الشامل يوم الإثنين الموافق ٢٠٠٨/٤/٧ والإمتناع عن التدريس أيام ٨، ٩، ٢٠٠٨/٤/١٠ إضافة لما قررته وصرح به أنها ستصعد الإضراب بعد ذلك.

٢- مارس سيادة الرئيس محمود عباس رئيس اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير الفلسطينية رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية الصلاحيات الممنوحة له بموجب المادة (٤٣) من القانون الأساسي وذلك بإصـدار قرار لـه قوة القانون عملاً بأحكام المادة المذكورة والتي تنص على ما يلي:-

(لرئيس السلطة الوطنية في حالات الضرورة التي لا تحتمل التأخير في غير أدوار إنعقاد المجلس التشريعي إصدار قرارات لها قوة القانون ويجب عرضها على المجلس التشريعي في أول جلسة يعقدها بعد صدور هذه القرارات وإلا زال ما كان لها من قوة القانون، أما إذا عرضت على المجلس التشريعي على النحو السابق ولم يقرها زال ما يكون لها من قوة القانون).

والقرار المذكور صدر بتاريخ ٢٠٠٨/٤/٥ وجاء في المادة (٣) منه ما يلي:

(يجوز لمجلس الوزراء ولأي جهة متضررة من الإضراب اللجوء إلى محكمة العدل العليا لوقف الإضراب في حال كان الإضراب مخالفاً لأحكام هذا القانون أو يلحق ضرراً جسيماً بالمصلحة العامة.

تبت محكمة العدل العليا في الطلب بدعوة الفريقين خلال (٤٨) ساعة من تقديم الطلب وتصدر قرارها في موعد أقصاه ثلاثة أيام من تاريخ تقديم الطلب).

٣- بتاريخ ٢٠٠٨/٤/٨ تقدم كل من:

- مجلس الوزراء الفلسطيني الموقر.
- النائب العام بالإضافة لوظيفته.

بلائحة إلى محكمة العدل العليا الموقرة ضد نقابة المعلمين (إتحاد المعلمين الفلسطيني) لوقف الإضراب المقرر والمعلن من قبل نقابة المعلمين يوم الإثنين ٢٠٠٨/٤/٧ والإمتناع عن التدريس أيام ٨، ٩، ٢٠٠٨/٤/١٠.

٤- بتاريخ ٢٠٠٨/٥/٢٨ أصدرت محكمة العدل العليا الفلسطينية الموقرة قرارها في القضية المذكورة والمتضمن:

(١- بعد الإطلاع على أوراق الدعوى وتدقيقها والمداولة قانوناً نجد أن الجهة المستدعية قد أعلنت بأنه قد تم التوصل إلى إتفاق ما بين مجلس الوزراء والجهة المستدعى ضدها تم بموجبه وقف

الإضراب، ولما كانت الدعوى موجهة ضد الإضراب فإنه والحالة هذه قد أصبحت الدعوى بدون موضوع ومنتهية مما يستوجب ردها.

٢- أما فيما يخص طلب وكيل الجهة المستدعى ضدها المتمثل بتمسكه باللائحة الجوابية فإنه وطالما أن الدعوى قد أصبحت غير ذي موضوع فإن اللائحة الجوابية قد أصبحت غير ذي موضوع وتمسك وكيل المستدعى ضدها بهذه اللائحة لا معنى له.

ولهذه الأسباب تقرر المحكمة رد الدعوى).

٥- طالما تمت مصالحة في هذه القضية بين الجهة المستدعية والمستدعى ضدها فإن محكمة العدل العليا الفلسطينة الموقرة لم تبحث ولم تناقش المسائل الآتية:

١- مدى توافر حالة الضرورة لممارسة سيادة الرئيس محمود عباس صلاحياته في إصدار قرار له قوة القانون؟

٢- طالما أن العمل أمام محكمة العدل العليا يحكمه وينظمه:

١- الباب الرابع عشر من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية (المواد ٢٨٣ – ٢٩١) رقم ٢ لسنة ٢٠٠١.

٢- المواد (٣٢ – ٣٤) من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم ٥ لسنة ٢٠٠١.

فهل يجوز تعديل هذه الإختصاصات بقرار له قوة القانون أم لا بد من إجراء تعديل على النصوص التي تنظم العمل أمام محكمة العدل العليا سواء الواردة في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية أو قانون تشكيل المحاكم النظامية؟

٣- طالما أنه لم يتم تشكيل المحكمة الدستورية وأنيط بمحكمة العدل العليا الفلسطينية الموقرة لتنفيذ مهمة أو صلاحيات الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة فهل يمكن لمحكمة العدل العليا لو إستمرت في نظر الطعن أن تبحث في مدى دستورية القرار بقانون الصادر بتارخ ٢٠٠٨/٤/٥؟

وحيث أن محكمة العدل العليا الفلسطينية الموقرة لم تستمر بنظر القضية فإنها لم تبحث ولم تناقش هذه الأمور مما يوجب علينا التعرض لها لقضايا مستقبلية:

أولاً: مدى توافر حالة الضرورة في إصدار القرار بقانون بتاريخ ٢٠٠٨/٤/٥:

يتولى مهمة التشريع وفقاً للقانون الأساسي كل من:

١- المجلس التشريعي وفقاً للمادة (٤٧) من القانون الأساسي.

٢- رئيس السلطة الوطنية وفقاً للمادة (٤٣) من القانون الأساسي.

ويشترط لممارسة رئيس السلطة الوطنية مهمة التشريع توافر الشروط الآتية:

١- أن يكون المجلس التشريعي غير منعقد.

٢- توافر حالة الضرورة التي لا تتحمل التأخير.

٣- أن يكون ما أصدره قرار له قوة القانون.

٤- يجب عرض القرار على المجلس التشريعي في أول جلسة يعقدها بعد صدور هذه القرارات.

وقد أصدرت محكمة العدل العليا الأردنية خمسة أحكام بعضها من قبل هيئة عامة في عام ١٩٩٨ حددت فيها مدلول الضرورة بأنه:

(نشوء خطر جسيم يتعذر مواجهته بالطرق القانونية العادية كالحرب والكوارث والفتن الداخلية التي تنشأ فجأة وتستوجب مجابهة سريعة لئلا ينتشر خطرها فهدم كيان الدولة).
ونشير للقرار رقم ٩٧/٢٢٦ عدل عليا صفحة ٣٨٩ سنة ١٩٩٨ مجلة نقابة المحامين الذي ينص على ما يلي:
(١- يستفاد من المادة ٩٤ من الدستور الأردني، بأن الدستور منح السلطة التنفيذية صلاحية إصدار القوانين المؤقتة بشرط أن تتوافر الشروط التالية:
١- أن يكون مجلس الأمة غير منعقد أو منحل.
٢- وجود حالة ضرورة أي وجود أمور تستوجب إتخاذ تدابير ضرورية لا تحتمل التأخير.
٣- أن لا تخالف القوانين المؤقتة الدستور.
وعليه وحيث أن مجلس الأمة حين إصدار قانون المطبوعات والنشر المؤقت رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٧ لم يكن منعقداً وأن حالة الضرورة المشار إليها في المادة أعلاه تتمثل في نشوء خطر جسيم يتعذر مواجهته بالطرق القانونية العادية كالحرب والكوارث والفتن الداخلية لم تكن متوفرة لأن معالجة أوضاع الصحافة ووضع شروط لتنظيم أوضاع الصحافة ليس خطراً جسيماً داهماً ولا وضعاً طارئاً ملحاً شأنها شأن الكوارث أو الحروب التي تنشأ فجأة أو الفتنة التي تستوجب مجابهة سريعة لئلا ينتشر خطرها فتهدم كيان الدولة.
ذلك أن حالة الضرورة تقاس بوجود أحداث مفاجئة تشكل خطراً جسيماً وبما أن الأوضاع التي عالجها القانون المؤقت المذكور قائمة من شهور سابقة فيكون عنصر المفاجأة والمداهمة قد إنتفى وبالتالي إنتفت حالة الضرورة ذلك لأن الهدف من وضع القانون المعدل هو الرغبة في تعديل نصوص القانون القديم لسد النقص في أحكامه والقصور الذي ظهر نتيجة تطبيقه فتكون التعديلات التي وردت في القانون المؤقت لا تعني وجود خطر جسيم والدليل على ذلك أن القانون المؤقت المذكور قد طلب من الصحف توفيق أوضاعها لتلائم نصوص القانون المؤقت خلال ثلاثة أشهر ومن ثم ثلاثة أشهر أخرى أي بعد ستة أشهر وهذا ينفي وجود حالة الإستعجال مما يعني أن إصدار هذا القانون كان يمكن تأجيله إلى حين إنعقاد مجلس الأمة وبذلك يكون مخالفاً للدستور).
وحيث أن القرار الذي له قوة القانون صدر إستناداً للمادة (٤٣) من القانون الأساسي لاتتوافر بخصوصه حالة الضرورة فإنه يتوجب على محكمة العدل العليا الفلسطينية الموقرة وبصفتها محكمة تمارس الرقابة على دستورية القوانين أن تبحث في مدى دستورية هذا القرار وتصدر القرار بخصوصه.

ثانياً: مـدى قانونية تعديل النصوص المنظمة لعمل محكمة العدل العليا بموجب قرار له قوة القانون:

أن العمل أمام محكمة العدل العليا تحكمه نصوص قانونية واردة في قانونين:
- المواد ٢٨٣ - ٢٩١ من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية.
- المواد ٣٢ - ٣٤ من قانون تشكيل المحاكم النظامية.
وتحدد هذه المواد الإجراءات أمام محكمة العدل العليا الموقرة.
إن القرار بقانون الصادر بتاريخ ٢٠٠٨/٤/٥ أدخل تعديلاً على إجراءات نظر القضية أمام محكمة

العدل العليا والخاصة بالإضراب.
إذا توافرت أسباب تبرر إدخال تعديل على النصوص التي تنظم العمل أمام محكمة العدل العليا فإنه يجب إدخال تعديل على المواد ٢٨٣ – ٢٩١ من قانون أصول المحاكمات المدينة والتجارية وليس إصدار قرار بقانون.
وحيث أن القرار الذي له قوة القانون صدر إستناداً للمادة (٤٣) من القانون الأساسي فإنه يتوجب على محكمة العدل العليا وبصفتها محكمة تمارس الرقابة على دستورية القوانين أن تبحث في مدى دستورية هذا التعديل.

ثالثاً: ممارسة محكمة العدل العليا مهمة الرقابة على دستورية القوانين عملاً بأحكام المادة (١٠٤) من القانون الأساسي:

إن التساؤل الذي يثار في هذا الصدد:
١- أنه لم يتم تشكيل المحكمة الدستورية بموجب القانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٦.
٢- أنه أنيط بالمحكمة العليا مهمة أو صلاحية الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة بموجب المادة ١٠٤ من القانون الأساسي.

ولو استمرت محكمة العدل العليا بنظر هذه الدعوى فهل تمارس مهمة الرقابة على دستورية:
١- القرار بقانون ومدى توافر حالة الضرورة.
٢- التعديل الذي تم على النصوص المنظمة لعمل محكمة العدل العليا بموجب القرار بقانون.

طالما أن المادة (١٠٤) من القانون الأساسي أناطت بالمحكمة العليا مهمة أو صلاحية الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة ولو إستمرت محكمة العدل العليا بنظر القضية فإنها يتوجب عليها وقف السير في القضية الى ما بعد البت في مدى دستورية القرار بقانون عملاً بأحكام المادة ٢/٢٧ من قانون المحكمة الدستورية.
ونعتقد أنه من أجل عدم بحث كل ذلك فقد تمت المصالحة في القضية.

التعليق على
قرار محكمة العدل العليا رقم ٢٠٠٨/٦٨

المحامي الدكتور خالد محمد حسن
دكتوراه القانون العام- جامعة حلوان - مصر

ملخص وقائع التعليق

تتمثل وقائع الموضوع فيما يلي:

١- في ٢٠٠٨/٤/٨ أودع المستدعيان طعنهما محل التعليق لدى محكمة العدل العليا مطالبين في ختامه: أ) بصفة مستعجلة: بوقف الإضراب مؤقتا لحين البت في الدعوى. ب) وفي الموضوع: بوقف الإضراب المعلن من قبل الجهة المستدعى ضدها والمقرر يوم الاثنين الموافق ٢٠٠٨/٤/٧، والامتناع عن التدريس أيام ٢٠٠٨/٤/١٠,٩,٨، مع ما قررته وصرحت به الجهة المستدعى ضدها من أنها سوف تصعد الإضراب فيما بعد.

٢- وقد استند المستدعيان (الطاعنان) في طعنهما إلى السببين التاليين:

١- مخالفة الإضراب المقرر والمعلن من قبل الجهة المستدعى ضدها للقانون.

٢- تعسف الجهة المستدعى ضدها في استعمالها للحق في الإضراب.

٣- وفي جلسة تمهيدية علنية عقدت يوم ٢٠٠٨/٤/٩ أصدرت المحكمة قرارا مؤقتا بوقف القرار محل الطعن لحين البت في الدعوى، تأسيسا على أن الإضراب سوف يلحق بالمستدعيين أضرارا يتعذر تداركها، وعلى ما تأكد للمحكمة بحسب الظاهر أن طلب الوقف يستند على أسباب جدية. كما قررت المحكمة دعوة الجهة المستدعى ضدها لبيان الأسباب الموجبة لقرارها موضوع الطعن أو المانعة من الحكم بإلغائه، وفي حالة معارضتها إصدار قرار قطعي أوجبت عليها المحكمة أن تتقدم بلائحة جوابية خلال المدة المحددة قانونا.

٤- وفي ٢٠٠٨/٤/٢٣ تقدم وكيل الجهة المستدعى ضدها بلائحة جوابية طلب في ختامها رد الدعوى وتضمين المستدعيين الرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة.

٥- وفي جلسة المحاكمة العلنية يوم ٢٠٠٨/٥/٢٨ تمسك وكيل الجهة المستدعى ضدها باللائحة الجوابية، في الوقت الذي تقدم فيه مساعد النائب العام للمحكمة بصورة من اتفاقية خطية موقعة من الطرفين المتخاصمين (المستدعيين والمستدعى ضدها) تم بموجبها وقف الإضراب. ومن ثم فقد أصدرت المحكمة قرارها محل التعليق.

المبادئ القانونية التي يثيرها القرار محل التعليق

يثير القرار محل التعليق عدة مبادئ قانونية نوجزها في المسائل التالية:

أولا: الحق في الإضراب في النظام القانوني الفلسطيني:

يقصد بالإضراب قيام العمال أو الموظفين العامين أو أصحاب المهن بالتوقف المؤقت عن العمل

بشكل جماعي كوسيلة ضغط تهدف إلى تحقيق أهدافهم. ويتم اللجوء لهذه الوسيلة إثر فشل أو تعثر التفاوض الجماعي كوسيلة ضغط على أصحاب العمل أو الدولة.
وبهذا المعنى يمثل الإضراب السلمي أحد الوسائل المشروعة التي أباحتها المواثيق الدولية كوسيلة سلمية للتعبير عن الرأي أو الاحتجاج السلمي المرخص به للعاملين؛ لممارسة الضغط من أجل الاستجابة لمطالبهم، باعتبار أن هذا الأمر متعلق بحرية أساسية للإنسان وهي حرية العمل.
ويخضع الحق في الإضراب في النظام القانوني الفلسطيني إلى الأحكام الواردة ببعض النصوص القانونية سواء الواردة في النظام الأساسي، أو الواردة في التشريعات العادية كقانون العمل الفلسطيني رقم (٧) لسنة ٢٠٠٠، وأيضا القرار بقانون بشأن تنظيم ممارسة حق الإضراب في الخدمة المدنية لسنة ٢٠٠٨، أو الواردة في نصوص بعض الاتفاقيات التي انضمت إليها السلطة الفلسطينية كالاتفاقية العربية رقم (٨) لسنة ١٩٩٧ بشأن الحريات والحقوق النقابية:

أ) موقف القانون الأساسي من الحق في الإضراب:

كفل القانون الأساسي (الدستور) الفلسطيني للمواطنين الحق في الإضراب؛ إذ تنص المادة (٢٥) منه في فقرتها الرابعة على أن «الحق في الإضراب يمارس في حدود القانون».
ويعني ذلك أن الحق في الإضراب يستمد شرعيته من الاعتراف به من قبل القانون الأساسي، بيد أنه قد اشترط أن يمارس الإضراب في الحدود التي يضعها القانون.
كما تنص المادة (١٠) منه على أن «١- حقوق الإنسان وحرياته الأساسية ملزمة وواجبه الاحترام.
٢- تعمل السلطة الوطنية الفلسطينية دون إبطاء على الانضمام إلى الإعلانات والمواثيق الإقليمية والدولية التي تحمي حقوق الإنسان».
وقد عنيٍ المشرع الدستوري الفلسطيني -بوجه عام- عناية خاصة بالحقوق والحريات العامة، فأورد نصوصاً عديدة تعنى في مجملها بحق التنظيم النقابي، الذي ينظم القانون أحكامه (المادة ٣/٢٥)، وأيضا حق تشكيل النقابات والجمعيات والاتحادات والروابط والأندية والمؤسسات الشعبية وفقاً للقانون (المادة ٢/٢٦)، وكذلك حق عقد الاجتماعات الخاصة دون حضور أفراد الشرطة، وعقد الاجتماعات العامة والمواكب والتجمعات في حدود القانون (المادة٢٦/٥).
ولقد أكد القانون الأساسي على حماية هذه الحقوق الفردية وصون الحريات العامة؛ إذ نصت المادة (٣٢) منه على أن «كل اعتداء على أي من الحريات الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للإنسان وغيرها من الحقوق والحريات العامة التي يكفلها القانون الأساسي أو القانون جريمة لا تسقط الدعوى الجزائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم، وتضمن السلطة الوطنية تعويضاً عادلاً لمن وقع عليه الضرر».
وفي هذا الخصوص يتعين التنبه إلى أن إحالة النص الدستوري تنظيم الحق في الإضراب إلى القانون، يقتضى ألا يتضمن هذا القانون أي قيد على ممارسة هذا الحق في الإضراب وإلا عد هذا القيد غير دستوري، فيما يتضمنه من حد لهذا الحق أو انتقاص منه بما يخل بالمبدأ الدستوري الذي يقضى بالحق في الإضراب.
وقد تصدى القضاء الدستوري في مصر لمسألة نطاق التدخل التشريعي لتنظيم الحقوق والحريات العامة الواردة في الدستور، حيث ذهب إلى القول بأنه: «... وحيث أن موضوع تنظيم الحقوق وإن كان يدخل في نطاق السلطة التقديرية التي يمارسها المشرع وفق أسس موضوعية ولاعتبارات

يقتضيها الصالح العام. إلا أن هذا التنظيم يكون مجافياً لأحكام الدستور منافياً لمقاصده إذا تعرض للحقوق التي تناولها سواء بإهدارها أو بالانتقاص منها جاوز نطاق السلطة التقديرية التي يمتلكها المشرع في موضوع تنظيم الحقوق باقتحام المجال الذي يؤكد جوهرها ويكفل فاعليتها»[1].

وقد أعاد القضاء الدستوري المصري التأكيد على حدود التدخل التشريعي لتنظيم الحقوق والحريات في حكم آخر، حيث قالت المحكمة الدستورية العليا: «...إن السلطة التي يملكها المشرع في مجال تنظيم الحقوق، وإن كان الأصل فيها هو إطلاقها، إلا أن القيود التي قد يفرضها الدستور لصون هذه الحقوق من صور العدوان المحتمل عليها، هي التي تبين تخوم الدائرة التي لا يجوز أن يتدخل التنظيم التشريعي فيها هادماً للحقوق التي يكفلها الدستور، أو مؤثراً في محتواها بما ينال منها. ومن ثم تمثل هذه الدائرة مجالاً حيوياً لا يتنفس الحق إلا من خلالها، ولا يكون تنظيم هذا الحق ممكناً من زاوية دستورية إلا فيما وراء حدودها الخارجية، ليكون اقتحامها مجانبا لتنظيمه، وعدوانا عليه أدخل إلى مصادرته أو تقييده. كذلك لا يجوز أن تنفصل النصوص القانونية التي نظم بها المشرع موضوعاً محدداً عن أهدافها، بل يجب أن تكون هذه النصوص مدخلاً إليها، وموطئاً لإشباع مصلحة عامة لها اعتبارها (appropriate means to justifiable ends).

ومرد ذلك، أن كل تنظيم تشريعي لا يصدر عن فراغ، ولا يعتبر مقصوداً لذاته. بل مرماه إنفاذ أغراض بعينها يتوخاها، وتعكس مشروعيتها إطاراً للمصلحة العامة التي أقام المشرع عليها هذا التنظيم باعتباره أداة تحقيقها، وطريق الوصول إليها»[2].

كما أعاد القضاء الدستوري هذا النظر في حكم آخر، حيث قالت المحكمة الدستورية العليا: «... وحيث أن الدساتير المصرية المتعاقبة قد حرصت جميعها –منذ دستور ١٩٢٣– على تقرير الحريات والحقوق العامة في صلبها قصداً من المشرع الدستوري أن يكون النص عليها في الدستور قيداً على المشرع العادي فيما يسنه من قواعد وأحكام وفى حدود ما أراده الدستور لكل منها من حيث إطلاقها أو جواز تنظيمها تشريعياً، فإذا خرج المشرع فيما يقرره من تشريعات على هذا الضمان الدستوري بأن قيد حرية أو حقاً ورد في الدستور مطلقاً أو أهدر أو انتقص من أيهما تحت ستار التنظيم الجائز دستورياً وقع عمله التشريعي مخالفاً للدستور»[3].

ويفهم من أحكام المحكمة الدستورية العليا الواردة في هذا الشأن، أن المشرع وإن كان يجوز له بسلطته التقديرية أن يتدخل في تنظيم الحقوق الدستورية والحريات العامة، إلا أنه لا يحق له أن ينتقص منها أو يحدها أو يقيدها بما لم يرد النص عليه دستورياً، وإنما غاية المقصود من إحالة الدستور إلى القانون تنظيم أي من الحقوق الدستورية والحريات العامة هو تحديد تخومها بما يراعى القيود الواردة بالدستور.

٢) موقف التشريعات العادية من الحق في الإضراب:

– موقف القرار بقانون بشأن تنظيم ممارسة حق الإضراب في الخدمة المدنية:

تنص المادة الأولى من القرار المذكور على أن حق الإضراب مكفول لموظفي الخدمة المدنية وفقا لأحكام هذا القانون.

كما تنص المادة الثانية منه على أن تطبق أحكام المادة (٦٧) من قانون العمل رقم (٧) لسنة ٢٠٠٠ المتعلقة بالإضراب في المرافق العامة على إضراب موظفي الخدمة المدنية.

وتجيز مادته الثالثة لمجلس الوزراء ولأي جهة متضررة من الإضراب اللجوء إلى محكمة العدل

العليا لوقف الإضراب في حال كان الإضراب مخالفا لأحكام هذا القانون أو يلحق ضررا جسيما بالمصلحة العامة.
على أن تبت المحكمة في هذا الطلب بدعوة الفريقين خلال مدة قصيرة (٤٨) ساعة من تقديم الطلب، وعلى أن تصدر قرارها في موعد أقصاه ثلاثة أيام من تاريخ تقديم الطلب.
- موقف قانون العمل الفلسطيني من الحق في الإضراب:
تنص المادة (٦٧) من قانون العمل الفلسطيني رقم (٧) لسنة ٢٠٠٠ على أنه: «١- يجب توجيه تنبيه كتابي من قبل الطرف المعني بالإضراب أو الإغلاق إلى الطرف الآخر والى الوزارة قبل أسبوعين من اتخاذ الإجراء موضحا أسباب الإضراب أو الإغلاق.
٢- يكون التنبيه قبل أربعة أسابيع في المرافق العامة.
٣- في حال الإضراب يكون التنبيه الكتابي موقعا من ٥١٪ من عدد العاملين في المنشأة على الأقل، وفي حال الإغلاق تكون نفس النسبة من مجلس إدارة المنشاة.
٤- لا يجوز الإضراب أو الإغلاق أثناء إجراءات النظر في النزاع الجماعي.
٥- يترتب على عرض نزاع العمل الجماعي على جهة الاختصاص وقف الإضراب أو الإغلاق».
جـ) موقف الاتفاقية العربية رقم (٨) لسنة ١٩٩٧ بشأن الحريات والحقوق النقابية:
تتمتع دولة فلسطين بالعضوية الكاملة في جامعة الدول العربية، ومن ثم فهي موقعة على كافة الاتفاقيات التي أقرتها الجامعة بما فيها الاتفاقية العربية رقم (٨) لسنة ١٩٩٧ بشأن الحريات والحقوق النقابية، والتي تنص المادة (١٢) منها على أنه «للعمال حق الإضراب للدفاع عن مصالحهم الاقتصادية والاجتماعية بعد استنفاد طرق التفاوض القانونية لتحقيق هذه المصالح».
وتتضح أهمية الأحكام الواردة في المادة السابقة بالنظر إلى ما تنص عليه المادة (٢٤) من ذات الاتفاقية بأنه: «تعتبر الأحكام المصادق عليها من قبل الدولة من هذه الاتفاقية حد أدنى لما يجب أن يوفره التشريع للعمال وأصحاب الأعمال...».
وفي هذا السياق، تجدر الإشارة إلى أن الحق في الإضراب ينظر إليه باعتباره (حقا مشروعا) وفقا لنصوص العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية؛ حيث تقضي الفقرة (د) من المادة (٨) منه بأن تتعهد الدول الأطراف في العهد بأن تكفل الحق في الإضراب على أن يمارس طبقا لقوانين الدولة المعنية.

ثانيا: مفهوم الحكم المؤقت في النظام القانوني الفلسطيني:

يخضع تنظيم حق محكمة العدل العليا في إصدار قرار مؤقت لحين البت في الدعوى في عدة نصوص تضمنها قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، وهي:
١- الفقرة (أ) من المادة (٢٨٦) منه والتي تنص على أنه «تعين المحكمة ميعادا لسماع الاستدعاء بحضور فريق واحد للنظر في إصدار قرار مؤقت وإصدار مذكرة للمستدعى ضده لبيان الأسباب الموجبة للقرار المطعون فيه أو المانعة من إصدار القرار موضوع الطلب».
٢- المادة (٢٨٧) منه والتي تنص على أنه «إذا رغب المستدعى ضده في معارضة إصدار قطعي وجب عليه خلال ثمانية أيام من تاريخ تبليغه الاستدعاء أن يقدم لائحة جوابية مع نسخة منها

لتبليغها للمستدعى، فإذا تخلف عن تقديم اللائحة خلال تلك المدة لا يجوز سماعه في معارضة الاستدعاء».

٣- المادة (٢٨٨) منه والتي تنص على أنه «إذا قدمت اللائحة الجوابية خلال المدة القانونية يعين ميعاد لنظر الاستدعاء، ويبلغ ذلك للخصوم إذا لم يكن هذا الميعاد محددا في القرار المؤقت».

٤- المادة (٢٩١) منه التي تنص على أنه «تصدر المحكمة حكمها على وجه السرعة في الطلب وذلك إما برفضه أو بإلغاء القرار المطعون فيه أو بتعديله مع ما يترتب على حكمها من اثار قانونية».

ويبين لنا من استعراض مجمل هذه النصوص، إضافة إلى ما ورد في قرار المحكمة بشأن الأسباب التي بنت عليها المحكمة قرارها بوقف القرار المطعون فيه، حيث قالت المحكمة في سبيل تبرير حكمها القاضي بالوقف: «...وبعد أن استمعت المحكمة إلى أقوال الجهة المستدعية والاطلاع على البينات الشفوية المقدمة في الطلب أصدرت المحكمة قرارا مؤقتا بوقف القرار محل الطعن لحين البت في الدعوى، وذلك لما يترتب على الإضراب من نتائج يتعذر تداركها، بعد أن تأكد للمحكمة بحسب الظاهر استناد طلب الجهة المستدعية على أسباب جدية وأن التنفيذ المادي للإضراب سيلحق بالجهة المستدعية أضرارا لا يمكن تداركها».

ومما يستخلص من جماع هذه النصوص، علاوة على ما يستفاد من قرار المحكمة بالوقف أنه ليس لمحكمة العدل العليا أن تصدر قرارا مؤقتا بوقف القرار محل الطعن لحين البت في الدعوى، إلا إذا تبين لها توافر شرطين أساسين في طلب وقف القرار المطعون فيه، وهما:

أ) أن يترتب على تنفيذ القرار نتائج يتعذر تداركها فيما لو حكم بالإلغاء:

ويعبر القضاء الإداري المصري عن شرط ترتب نتائج أو أضرار يتعذر تداركها في حالة الحكم بإلغاء القرار المطعون فيه بركن (الاستعجال) في طلب وقف القرار المطعون فيه بالإلغاء.

وفي هذا الخصوص تقول المحكمة الإدارية العليا في مصر في أحد أحكامها: «...يتعين على القضاء الإداري ألا يقف تنفيذ قرار إداري إلا عند قيام ركن الاستعجال، بمعنى أن يترتب على تنفيذ القرار الإداري المطعون فيه بالإلغاء نتائج يتعذر تداركها...».

كما تقول في حكم آخر لها: «...فوجب على القضاء الإداري ألا يقف قرارا إداريا إلا على ركنين، الأول: قيام الاستعجال أي أن يترتب على تنفيذه نتائج يتعذر تداركها، والثاني: يتصل بمبدأ المشروعية أي أن يكون الطلب في هذا الشأن قائما بحسب الظاهر على أسباب جدية...» [٤].

ولا يخفى مدى صعوبة وضع تعريف جامع مانع لمفهوم الاستعجال، نظرا لأن الاستعجال بطبيعته أمر نسبي تقديري تختلف بشأنه وجهات النظر.

ومن ثم قد ثار الخلاف حول الضرر الذي يبرر وقف التنفيذ: فذهب فريق إلى تحديده بأنه الضرر الذي لا يمكن إصلاحه، بينما ذهب فريق آخر إلى أنه الضرر البالغ، حتى ولو كان من الممكن تداركه أو إصلاحه بصعوبة.

وقد ذهب الفقه الفرنسي -مسترشدا بأحكام القضاء- إلى أن الضرر الذي يصعب إصلاحه أو الذي يتعذر تداركه هو الذي لا يمكن محو آثاره أو الرجوع فيه. وبعبارة أخرى هو ذلك الضرر الذي إذا تحقق يصعب العودة إلى الوضع الذي كان قائما قبل حدوثه، وينطبق هذا الوصف على كل حالة يترك فيها القرار آثارا مادية.

ويرتب الفقه نتيجتين هامتين على ركن الاستعجال، وهما:
– أن يكون للحكم بوقف التنفيذ فائدة من الناحية العملية، بأن يكون القرار المطعون فيه لم يرتب آثاره أي لم ينفذ بعد، وإلا أصبح الطلب غير ذي موضوع[٥].
– أن يكون محل طلب وقف التنفيذ قرارا إداريا نهائيا مما يدخل في اختصاص مجلس الدولة طلب إلغائه[٦].

ب) استناد طلب الوقف على أسباب جدية:

وتعني جدية الأسباب التي يبنى عليها طلب الوقف أن إلغاء القرار هو الأرجح في الدعوى الموضوعية.

وفي هذا السياق حدد الفقه الإداري المصري الأسباب الجدية التي تبرر الحكم بوقف التنفيذ باعتبارها تلك الأسباب التي تكشف احتمال إلغاء القرار موضوعيا عند نظر دعوى الإلغاء[٧].

كذلك أتيح للقضاء الإداري المصري أن يحدد المقصود باشتراط أن تكون دعوى الإلغاء مبنية على أسباب جدية؛ حيث أوضحت محكمة القضاء الإداري المصري في أحد أحكامها أن المقصود بالأسباب الجدية أن يكون هناك احتمال أحقية المدعي لما يطلبه من حيث الموضوع، سواء أكان هذا الاحتمال متحققا أم غير متحقق، فيكفي وجود هذا الاحتمال حتى يجاب طلب وقف التنفيذ[٨].

ومن ثم يمكن القول أن صدور قرار مؤقت من المحكمة بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه بالإلغاء يعني أن دعوى الإلغاء مقبولة من حيث الشكل، كما أنها محتملة الكسب من حيث الموضوع.

بيد أنه يتعين التنبه إلى أن الحكم المؤقت لا يقيد محكمة الموضوع عند نظر أصل طلب الإلغاء. بمعنى أن إجابة المحكمة لطلب وقف التنفيذ لا يعني أنها سوف تقضي حتما بإلغاء القرار المطعون فيه، وبنفس المعنى فليس رفض وقف التنفيذ دليلا على أن المحكمة ستقضي حتما في الموضوع برفض دعوى الإلغاء، فمسألة وقف التنفيذ مستقلة تماما عن موضوع الدعوى[٩].

ويستند شرط توافر أسباب جدية كي يحكم بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه لحين البت في الدعوى إلى أن طلب وقف التنفيذ هو طلب متفرع من طلب الإلغاء، فيجب أن يكون طلب الإلغاء مبنيا على أسباب جدية يترك لقاضي الموضوع تقديرها[١٠].

وفي هذا المعنى تقول المحكمة الإدارية العليا المصرية في أحد أحكامها: «...إن سلطة وقف التنفيذ مشتقة من سلطة الإلغاء وفرع منها، مردهما إلى الرقابة القانونية التي يسلطها القضاء الإداري على القرار على أساس وزن القرار بميزان القانون وزنا مناطه مبدأ المشروعية وعدمها...» [١١].

ثالثا: محل الخصومة في دعوى الإلغاء:

يشير مصطلح الخصومة –بوجه عام– إلى الحالة القانونية التي تنشأ منذ رفع الدعوى إلى القضاء. كما يقصد بها مجموعة الأعمال التي ترمي إلى تطبيق القانون في حالة معينة بواسطة القضاء. بما يعنى أن الخصومة هي أداة تطبيق القانون بواسطة القضاء.

وتتميز الخصومة في الدعاوي التي ينظرها القضاء العادي بأنها خصومة قائمة على روابط القانون الخاص، التي هي خصومات شخصية أو ذاتية تتعلق بالحقوق الشخصية لرافع الدعوى.

أما الخصومة في الدعاوي الإدارية فهي خصومة قائمة على روابط القانون العام، التي هي –في الأساس– خصومة عينية أو موضوعية (Contentieux objectif) مناطها اختصام القرار

الإداري في ذاته وليس الإدارة استهدافا لمراقبة مشروعيته.
فلا يختصم رافع دعوى الإلغاء الإدارة بل يختصم قرارا إداريا معينا، ويطلب من القضاء تقرير عدم شرعيته والحكم بإلغائه[١٢].
ولا توجه دعوى الإلغاء إلا إلى القرارات الإدارية الصادرة من سلطة إدارية وطنية وأن يكون القرار نهائيا (تنفيذيا)، ومن شأنه أن يؤثر في المركز القانوني لرافع الدعوى[١٣]. وذلك بتعريفه المستقر عليه في أحكام القضاء بأنه «إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح، وذلك بقصد إحداث مركز قانوني معين متى كان ذلك ممكنا وجائزا قانونا، وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة»[١٤].
ويترتب على أن القرار الإداري هو موضوع الخصومة في دعوى الإلغاء، أنه يتعين لقبول الدعوى أن يكون القرار قائما ومنتجا لآثاره عند إقامة الدعوى، فإذا زال القرار الإداري قبل رفع الدعوى أو كان القرار الإداري النهائي لم يصدر بعد فإن الدعوى تكون غير مقبولة[١٥].
وبعبارة أخرى فإن دعوى الإلغاء تدور وجودا وعدما مع القرار الإداري، بحيث إذا انتفى القرار الإداري أصبحت دعوى الإلغاء غير مقبولة شكلا، دون أن يتطرق القاضي إلى بحث شروط قبول الدعوى الأخرى[١٦].

التعقيب على قرار المحكمة في ضوء المبادئ المتقدمة

يتعين علينا –في بادئ الأمر– التعرض لقرار المحكمة في شأن إصدار القرار المؤقت بوقف الإضراب؛ حيث يلاحظ في هذا الصدد أن المحكمة قررت بجلستها المنعقدة في ٢٠٠٨/٤/٩ وقف الإضراب المقرر والمعلن من قبل الجهة المستدعى ضدها لحين البت في الدعوى، لما ارتأته المحكمة من أن الإضراب سوف يلحق بالمستدعيين أضرارا يتعذر تداركها، وعلى ما تأكد لها بحسب الظاهر أن طلب الوقف يستند على أسباب جدية، وذلك بعد أن استمعت المحكمة إلى أقوال الجهة المستدعية، وبعد اطلاعها على البينات الشفوية المقدمة في طلب الوقف.
وقد استندت المحكمة في قرارها إلى الفقرة (أ) من المادة (٢٨٦) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية والتي تنص على أنه «تعين المحكمة ميعادا لسماع الاستدعاء بحضور فريق واحد للنظر في إصدار قرار مؤقت وإصدار مذكرة للمستدعى ضده لبيان الأسباب الموجبة للقرار المطعون فيه أو المانعة من إصدار القرار موضوع الطلب».
كما استندت المحكمة في إصدار قرارها المؤقت إلى المادة (٢٨٧) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية والتي تنص على أنه «إذا رغب المستدعى ضده في معارضة إصدار قطعي وجب عليه خلال ثمانية أيام من تاريخ تبليغه الاستدعاء أن يقدم لائحة جوابية مع نسخة منها لتبليغها للمستدعى، فإذا تخلف عن تقديم اللائحة خلال تلك المدة لا يجوز سماعه في معارضة الاستدعاء».
كذلك استندت المحكمة في سبيل إصدار قرارها بوقف القرار المطعون عليه لحين البت في الدعوى إلى المادة (٢٨٨) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية والتي تنص على أنه «إذا قدمت اللائحة الجوابية خلال المدة القانونية يعين ميعاد لنظر الاستدعاء، ويبلغ ذلك للخصوم إذا لم يكن هذا الميعاد محددا في القرار المؤقت».

ولا يخفى ما شاب قرار المحكمة بوقف القرار الطعين من قصور بسبب استنادها في إصداره إلى النصوص الواردة بقانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية والمتعلقة بشروط إصدار قرار بوقف القرار المطعون فيه، إذ لم تستند المحكمة في إصدارها لقرارها إلى النصوص الحاكمة لممارسة الحق في الإضراب، وكيفية طلب وقفه في حالة مخالفته للقانون أو إلحاقه ضررا جسيما بالمصلحة العامة وهي القانون الواجب التطبيق في هذا الخصوص. وبيان ذلك أن المادة الثانية من القرار بقانون بشأن تنظيم ممارسة حق الإضراب في الخدمة المدنية هي التي تضطلع بتنظيم طلب حق وقف الإضراب سواء من قبل مجلس الوزراء أو من قبل أي جهة أخرى متضررة من قرار الإضراب إما لمخالفته لأحكام القانون المنظم لحق الإضراب، وهو في هذا الخصوص يتمثل في نص المادة (٣) من القرار بقانون المشار إليه، والتي تقضي بأن تبت محكمة العدل العليا في طلب وقف الإضراب بدعوتها للفريقين خلال مدة قصيرة وهي (٤٨) ساعة من تقديم الطلب، على أن تصدر قرارها في ميعاد قصير وهو ثلاثة أيام من تاريخ تقديم طلب الوقف.

وعليه فإن قرار المحكمة بوقف القرار محل الطعن لم يبن على أساس سليم، حيث كان في مقدور المحكمة خلال ميعاد قصير (حدده القانون بثلاثة أيام من تاريخ تقديم الطلب) أن تبت في موضوع الدعوى دونما حاجة لإصدار قرار مؤقت بوقف الإضراب، والذي يعد في حقيقته – بالنظر لظروف الواقع– قرارا منهيا للخصومة، مما يخرجه عن طبيعته باعتباره قرارا مؤقتا يجب ألا يمس أصل الحق في الدعوى.

وخلافا لذلك، فقد صدر قرار المحكمة برد الدعوى صحيحا؛ إذ أنه بعد إبرام الاتفاق بين مجلس الوزراء (الجهة المستدعية) والجهة المستدعى ضدها، والذي تم بموجبه وقف الإضراب (الذي كانت الدعوى موجهة ضده)، فإنه في هذه الحالة قد انتفى وجود القرار مما يعد تخلفا لمناط قبول الدعوى، مما يستوجب ردها (عدم قبولها).

بعبارة أخرى أنه –والحالة هذه– لم يبق شيء أمام القضاء متنازع فيه يصلح محلا لقضائه موضوعا، ومن ثم فلا تملك المحكمة سوى الحكم باعتبار الخصومة منتهية لانتفاء موضوعها.

الهوامش

١- حكم المحكمة الدستورية العليا رقم ٣٤ – لسنة ١٣ق. دستورية – جلسة ١٩٩٤/٦/٢٠ العدد (٢٧) في ١٩٩٤/٧/٧.
٢- المحكمة الدستورية العليا- القضية رقم ٩ لسنة ١٦ ق. دستورية- جلسة ٥ /١٩٩٥/٨- المجموعة الرسمية- الجزء السابع- ص١١٤.
٣- المحكمة الدستورية العليا- القضية رقم ٢٥ لسنة ٢٢ق. دستورية- جلسة ٢٠٠٣/٥/٥- منشور فى مجلة الدستورية- العدد الثالث- السنة الأولى- يوليو٢٠٠٣- ص ٤١ وما بعدها.
٤- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، في ٥ نوفمبر سنة ١٩٥٥، س١، ص٦٤.
٥- الدكتور سليمان محمد الطماوي: القضاء الإداري، القاهرة، ١٩٥٨، ص٥٣٣.
٦- أستاذنا الدكتور محمود محمد حافظ: القضاء الإداري في القانون المصري والمقارن، القاهرة، ١٩٩٣، ص٦٦٨.
٧- حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، في ٢٤ يناير سنة ١٩٥١، س٥، ص١١٤٦.
٨- الدكتور محمد كمال منير: قضاء الأمور الإدارية المستعجلة، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة عين شمس، ١٩٨٨، ص٣٠٢ وما بعدها.
٩- أستاذنا الدكتور محمود محمد حافظ: القضاء الإداري ، مرجع سابق، ص٦٧١.
١٠- الدكتور سليمان محمد الطماوي: القضاء الإداري، مرجع سابق، ص٥٣٢.
١١- نقلا عن المرجع السابق، نفس الموضع.
١٢- أستاذنا الدكتور محمود حافظ: القضاء الإداري، مرجع سابق، ص٥٥٤.
١٣- الدكتور سليمان محمد الطماوي: القضاء الإداري، مرجع سابق، ص٢٢٠.
١٤- حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في الطعن رقم ٧١٦٥، لسنة ٤٣ق، بجلسة ١٩٩٤/٨/٤.
١٥- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ١٣٨٣، لسنة ٣١ق، بجلسة ١٩٨٦/١/١٨.
١٦- الدكتور محمد ماهر أبو العينين: شروط دعوى الإلغاء، القاهرة، ١٩٩٦، ص١١.

الحكم رقم ٢٠٠٨/١٥٦
«توقيف مخالف للقانون»

تعليق المحامي محمد عثمان- الأردن.
تعليق المحامي الدكتور حمدي أبو النور السيد- مصر

عدل عليا
رقم:٢٠٠٨/١٥٦

السلطـــة الوطنيـــة الفلسطينيـــة
الســلطـــة القضائيـــة
محـكـمـــة الـــعـدل العليـا

الحـكـــــم

الصادر عن محكمـــة العدل العليا المنعقدة في رام الله المأذونة بإجراء المحاكمة وإصدار الحكم باسم الشعب العربي الفلسطيني

الهيئة الحاكمـــة : برئاسة
وعضوية السيدين القاضيين

المستدعي:-
وكيله المحامي

المستدعى ضدهما:- ١- رئيس هيئة القضاء العسكري بالاضافة لوظيفته/رام الله
٢- مدير جهاز الامن الوقائي بالاضافة لوظيفته/رام الله
٣- مدير مديرية الامن الوقائي بالخليل بالاضافة لوظيفته
٤- النائب العام

الإجـــــراءات

بتاريخ ٢٠٠٨/٦/٢٣ تقدم المستدعي بواسطة وكيله بهذه الدعوى للطعن في قرار توقيفه.
يستند المستدعي في طعنه على ان القرار المطعون فيه مخالف للقانون والاصول.

في جلسة ٢٠٠٨/٦/٣٠ كرر وكيل المستدعي لائحة الدعوى والتمس اصدار القرار حسب ما ورد في لائحة الدعوى.

بتاريخ ٢٠٠٨/٧/٩ تقدم رئيس النيابة العامة بلائحة جوابية تضمنت فيما تضمنته ان الدعوى واجبة الرد شكلا وغير مسموعة قانونا ولا تستند الى اساس قانون سليم.

1

في جلسة ٢٠٠٨/٧/١٠ كرر رئيس النيابة العامة اللائحة الجوابية وقدم بينته المبرزين ن/١- ن/٠ وختم بينته ثم ترافع الطرفان.

المحكمـــة

بالتدقيق في اوراق الدعوى والبينات المقدمة فيها تبين للمحكمة بداية ان قرار توقيف المستدعي لـم يصدر عن النائب العام وعليه فان مخاصمته في هذه الدعوى تكون في غير محلها وفي الموضوع تبـين ان المستدعي وهو شخص مدني موقوف لدى جهاز الامن الوقائي منذ تاريخ ٢٠٠٨/٦/١٤ وبدل ان يـتم عرضه على النيابة العامة خلال اربع وعشرين ساعة عملا باحكام المادة ٣٤ مـن قـانون الاجـراءات الجزائية التي تختص دون غيرها بالتحقيق في الجرائم والتصرف فيها وفقا لنص المـادة ٥٥ مـن ذات القانون طلب جهاز الامن الوقائي من رئيس هيئة القضاء العسكري توقيف المستدعي الذي اصدر قـرارا بتوقيف المستدعي لمدة لا تتجاوز ستة اشهر.

وحيث ان هذا الامر يخرج عن نطاق اختصاص وولاية المحاكم العسكرية طبقـا لاحكـام المـادة ٢/١٠١ من القانون الاساسي التي نصت على "تنشأ المحاكم العسكرية بقوانين خاصة وليس لهذه المحاكم أي اختصاص او ولاية خارج الشأن العسكري فان قرار رئيس هيئة القضاء العسكري بتوقيف المستدعي يشكل غصبا للسلطة كما انه يمس حرية المستدعي الشخصية التي كفلها القانون الاساسي فـي المـادتين ١٢،١١ منه لذلك فان قرار توقيف المستدعي يكـون قـرارا منعـدما وان الاستـشهاد بـالقرار رقـم ٢٠٠٧/١٤٢الصادرعن محكمتنا لا ينطبق على موضوع هذه الدعوى لاختلاف الوقائع ولوجود محكمـة مختصة بالطعن فيه يمكن اللجوء اليها بخلاف الحال في هذه الدعوى.

وعليه فان توقيف المستدعي يكون قد تم بوجه غير مشروع

لهذه الاسباب

تقرر المحكمة ١-رد الدعوى شكلا عن المستدعى ضده الرابع النائب العام لعدم صحة الخـصومة ٢- الافراج فورا عن المستدعي المقداد محمد مطلق ابو جحيشة ما لم يكن موقوفا علـى ذمـة قـضية اخرى.

قراراً صـــدر وتلـــي علنـــاً بحضور باسم الشعب العربي الفلسطيني بحضور وكيل المستدعي ورئيس النيابة العامة وافهم بتاريخ ٢٠٠٨/٧/١٤

الرئيس

الكاتب:

دقق:

2

التعليق على
قرار محكمة العدل العليا رقم ١٥٦/ ٢٠٠٨

المحامي محمد عثمان
عضو محكمة التمييز والعدل العليا سابقاً – الأردن

بعد الاطلاع على الأوراق والتدقيق فيها يتبين أن واقعة الدعوى تتلخص في أن المستدعي تقدم لدى محكمة العدل العليا وبموجب الدعوى المسجلة بالرقم ٢٠٠٨/١٥٦ ضد كل من رئيس هيئة القضاء العسكري ومدير جهاز الأمن الوقائي ومدير مديرية الأمن الوقائي في الخليل والنائب العام كل بالإضافة لوظيفته، طاعنا بقرار توقيف المستدعي أ. م. ج، وطالبا إلغاءه، وقال بياناً لطعنه، بأنه بتاريخ ٢٠٠٨/٦/١٤ تم اعتقاله من قبل منتسبي جهاز الأمن الوقائي بالخليل على حاجز بالطريق، ولم يتم عرضه على أي جهة قضائية أو صاحبة صلاحية واختصاص للنظر في توقيفه واستمراره، علماً بأنه ليس من موظفي الأجهزة الأمنية أو العسكرية.
وقد استند المستدعي في طلب إلغاء القرار الطعين إلى انه معيب بعيب عدم الاختصاص ومخالفة القانون.
أثار رئيس النيابة العامة دفعين، الأول مؤداه أن المستدعى ضده الرابع النائب العام لا ينتصب خصما في هذه الدعوى من حيث انه لم يصدر ولم يشارك في إصدار القرار الطعين.
والثاني مؤداه أن القرار الطعين قرار قضائي ولا يدخل الطعن فيه باختصاص محكمة العدل العليا.
وطلب بالنتيجة رد الدعوى شكلا و/أو موضوعا.
بتاريخ ٢٠٠٨/٧/١٤ أصدرت محكمة العدل العليا قرارها محل التعليق قاضياً برد الدعوى شكلا عن المستدعى ضده النائب العام لعدم صحة الخصومة، وفي الموضوع بالإفراج عن المستدعي تأسيسا على أن القرار المطعون فيه صدر عن جهة ليست صاحبة اختصاص مما شكل غصباً للسلطة ومساً بحرية المستدعي الشخصية المكفولة بالقانون الأساسي وانحداره إلى مستوى الانعدام.

المبادئ القانونية التي يثيرها القرار محل التعليق:

– من المقرر قانونا والمجمع عليه فقها واجتهادا، أن دعوى الإلغاء في القضاء الإداري توجه لمصدر القرار الذي استجمع في ذاته صفة القرار الإداري حتى يكون قابلا للطعن توصلا إلى إلغائه إعلاء لمبدأ المشروعية وحماية الأفراد من تعسف الإدارة، وبالتالي فان المحكمة الإدارية تحاكم القرار لا الإدارة لان دعوى الإلغاء ليست دعوى بين خصوم بل هي دعوى ضد قرار.
– وكحقيقة مسلم بها فان القضاء الإداري يفحص مشروعية القرار المطعون فيه حتى إذا تبين له مجانبة القرار للصواب وان عيباً من العيوب المنصوص عليها قانونا قد شابته حكم بإلغائه، بمعنى أن الحكم في دعوى الإلغاء يكون إما برد الدعوى شكلا، أو ردها موضوعا، أو قبولها موضوعا وإلغاء القرار المطعون فيه وليس لها تعديله أو استبدال غيره به أو إصدار أوامر جديدة للإدارة

لتنافي ذلك مع مبدأ فصل السلطات.
- كما أن دعوى الإلغاء لا توجه إلا إلى القرارات الإدارية التنفيذية وبالتالي فهي لا توجه إلى القرارات الصادرة عن السلطة التشريعية ولا إلى الأحكام القضائية.
ولدى الاطلاع على القرار الماثل محل التعليق وحيثياته وأسبابه الواقعية والقانونية وما توصلت إليه محكمة العدل العليا من نتيجة ومنطوق فانه وفي ضوء ما تقدم يمكن إيراد الملاحظات التالية:-

١- توصلت المحكمة في قرارها إلى رد الدعوى عن النائب العام لعدم صدور القرار المطعون فيه عنه، أي انه لا ينهض خصماً يصلح لتوجيه دعوى الطعن ضده ونرى أن ما ذهبت إليه محكمة العدل من رد الدعوى شكلاً عنه للسبب الذي أقامت عليه حكمها قد وافق صحيح القانون ما دام الثابت أن النائب العام لم يصدر أو يشترك في إصدار القرار المطعون فيه.

٢- وما دام الثابت أن المستدعى ضدهما الثاني مدير جهاز الأمن الوقائي والثالث مدير مديرية الأمن الوقائي لم يصدرا القرار المطعون فيه، وترتيباً على ذلك وعلى ما هو مقرر قانوناً ومجمع عليه فقهاً واجتهاداً كان ينبغي رد الدعوى عنهما.

٣- وتوصلت كما ورد بقرارها إلى أن القرار المطعون فيه منعدم لصدوره عن جهة غير مختصة وتوقيف المستدعي غير مشروع فقررت الإفراج عن المستدعي، معللة قرارها بان هيئة القضاء العسكري لا تملك صلاحية توقيف المستدعي باعتباره خارج نطاق الشأن العسكري.

وبالنظر في هذا القرار ولما كان القانون الأساسي قد حدد المحاكم القضائية واختصاصاتها ونص على إنشاء محاكم عسكرية بقوانين خاصة، ولما كان المستدعي مدنياً وليس من منتسبي القوات العسكرية، وكان قرار توقيفه صادراً عن هيئة القضاء العسكري، ولم تراعى عند توقيفه أحكام قانون الإجراءات الجزائية، التي توجب على أفراد الضابطة العدلية إحالة أي موقوف لديها إلى النيابة العامة خلال أربع وعشرين ساعة وفق أحكام المادة (٣٤) منه، فان عيب عدم الاختصاص يكون قد رافق صدور القرار محل الطعن، مما ينبني عليه لزوم إلغاء القرار المطعون فيه، وحيث توصلت المحكمة إلى ما مؤداه أن هيئة القضاء العسكري لا تمتد صلاحيتها إلى إصدار قرار بتوقيف شخص مدني، وان قرارها بتوقيف المستدعي بالتالي قرار غير قضائي، وصادر عن جهة غير مختصة إذ الاختصاص بالتوقيف يكون للنيابة العامة والقضاء المدني، وبذلك يكون ما انتهت إليه المحكمة قد أصاب صحيح القانون، إلا أن قرارها شابته هنة عندما لم يرد في متنه الحكم بإلغاء القرار إذ ليس للمحكمة في حال قبول الدعوى موضوعاً إلا أن تقرر إلغاء القرار المطعون فيه، وليس لها تعديله أو استبدال غيره به أو إصدار أوامر جديدة لتنافي ذلك مع مبدأ فصل السلطات.

الخلاصـــة:-

ننتهي من ذلك إلى أن القرار محل التعليق أصاب برد الدعوى شكلاً عن النائب العام لعدم صحة الخصومة، واعتوره عيب القصور في رد الدعوى عن المستدعى ضدهما الثاني والثالث وأصاب فيما خلص إليه من أن القرار المطعون فيه يخضع لرقابة محكمة العدل العليا باعتباره قراراً إداريا وليس قضائياً. إلا انه اغفل الحكم بإلغاء القرار المطعون فيه صراحة، وكان مما يتفق مع الأصول والقانون إلغاءه.

التعليق على
قرار محكمة العدل العليا رقم ١٥٦/ ٢٠٠٨

الدكتور حمدى أبو النور السيد
دكتوراه القانون العام
كلية الحقوق-جامعة حلوان - مصر

صدر هذا القرار في الدعوى رقم ٢٠٠٨/١٥٦ المقامة من الطاعن (المستدعي):- أ. م. ج ضد المطعون عليهم (المستدعى ضدهم):-
١- رئيس هيئة القضاء العسكري بالإضافة لوظيفته/رام الله.
٢- مدير جهاز الأمن الوقائي بالإضافة لوظيفته/رام الله.
٣- مدير مديرية الأمن الوقائي بالخليل بالإضافة لوظيفته/الخليل.
٤- النائب العام بالإضافة لوظيفته.

الوقائع المادية والقانونية:

١- تتمثل الوقائع المادية للدعوى الصادر فيها القرار محل التعليق في أن المستدعي قد أقام دعواه للطعن على اعتقاله من قبل منتسبي جهاز الأمن الوقائي بالخليل، وعدم عرضه على أية جهة قضائية أو صاحبة صلاحية واختصاص للنظر في أمر توقيفه، إما باستمرار توقيفه أو الإفراج الفوري عنه وفقا للأصول والقانون.
٢- تم إعلام وكيل المستدعي بأن المستدعي موقوف بناء على أمر صادر من رئيس هيئة القضاء العسكري، على الرغم من أن المستدعي ليس له علاقة بالشأن العسكري، كما أنه ليس من موظفي الأجهزة الأمنية أو العسكرية في السلطة الوطنية الفلسطينية.

واستند المستدعي في دعواه إلى الأسانيد القانونية الآتية:
١- أن الأمر بتوقيف المستدعي من قبل رئيس هيئة القضاء العسكري لا يعتبر أمرا قضائيا، باعتبار أنه لا يتمتع بأية صلاحية أو اختصاص خارج نطاق الشأن العسكري وفقا لنص المادة (٢/٩٢) من القانون الأساسي (الدستور) الفلسطيني لسنة ٢٠٠٢.
٢- أن الأمر بتوقيف المستدعي مخالف لأحكام قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (٣) لسنة ٢٠٠١.
٣- أن الأمر بتوقيف المستدعي يعتبر قرارا إداريا بمعنى الكلمة، سواء صدر من قبل المستدعى ضدهم الأول أو الثاني أو الثالث، وذلك لانعدام صلاحية واختصاص كل منهم في الأمر بتوقيف المستدعي والتحفظ عليه، باعتبارهم من أفراد السلطة التنفيذية ويحملون رتبا عسكرية ومنتظمون ضمن التشكيلات العسكرية ويخضع لقانون الخدمة في قوى الأمن

الفلسطينية رقم (٨) لسنة ٢٠٠٥.
٤- أن الأمر بتوقيف المستدعي يقع تحت طائلة جميع عيوب القرارات الإدارية والمنصوص عليها في المادة (٣٤) من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (٥) لسنة ٢٠٠١.
٥- أن الأمر بتوقيف المستدعي يشكل مساسا بحريته وبحقوقه الأساسية المصونة بالأحكام الواردة في صلب القانون الأساسي (الدستور) الفلسطيني.
وقد طلب المستدعي في خاتمة صحيفة دعواه الحكم له بإصدار قرار بالإفراج الفوري عنه، وإصدار قرار مؤقت ومذكرة للمستدعى ضدهم لبيان الأسباب الموجبة لاحتجازهم للمستدعي وسند ذلك وسبب ممانعتهم في الإفراج عن المستدعي وفقا للأصول والقانون.

المبادئ القانونية التي يثيرها القرار محل التعليق

يقتضي التعليق على هذا القرار التعرض بالبحث لموضوع التمييز بين الضبط الإداري والضبط القضائي، والذي يمكن تناوله في النقاط التالية:
أولا: في التعريف بالضبط الإداري والضبط القضائي.
ثانيا: أهمية التمييز بين الضبط الإداري والضبط القضائي.
ثالثا: معايير التمييز بين الضبط الإداري والضبط القضائي.

أولا: في التعريف بالضبط الإداري والضبط القضائي:

يقصد بالضبط الإداري مجموعة الإجراءات التي تتخذها هيئات الضبط الإداري للحيلولة دون وقوع الاضطرابات التي تؤثر على النظام العام. أي أن مهمة الضبط الإداري وقائية، تنحصر في المحافظة على النظام العام، والحيلولة دون وقوع الجرائم. أما الضبط القضائي فيقصد به مجموعة الإجراءات التي تتخذها سلطات الضبط القضائي عند وقوع الجريمة بهدف البحث عن مرتكبيها والقبض عليهم وتقديمهم للمحاكمة. ويهدف الضبط القضائي إلى البحث عن الجنايات والجنح والمخالفات وجمع الأدلة، وتسليم مرتكبي الجرائم للمحاكمة تمهيدا لمحاكمتهم، أي أن مهمة الضبط القضائي تبدأ بعد وقوع الجريمة[1].
وفي هذا الصدد تنص المادة (٢١) من قانون الإجراءات الجزائية المصري على أن مأموري الضبط القضائي يقومون بالبحث عن الجرائم ومرتكبيها وجمع الاستدلالات التي تلزم للتحقيق في الدعوى.
كما تنص المادة (٢/١٩) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (٣) لسنة ٢٠٠١ على أن يتولى مأمورو الضبط القضائي البحث والاستقصاء عن الجرائم ومرتكبيها وجمع الاستدلالات التي تلزم للتحقيق في الدعوى.
وقد حددت المادة (٢٣) من القانون المذكور مهام مأموري الضبط القضائي فيما يلي:
١- قبول البلاغات والشكاوى التي ترد إليهم بشأن الجرائم وعرضها دون تأخير على النيابة العامة.
٢- إجراء الكشف والمعاينة والحصول على الإيضاحات اللازمة لتسهيل التحقيق والاستعانة بالخبراء المختصين والشهود دون حلف يمين.

٣- اتخاذ جميع الوسائل اللازمة للمحافظة على أدلة الجريمة.
٤- إثبات جميع الإجراءات التي يقومون بها في محاضر رسمية بعد توقيعها منهم ومن المعنيين بها.
ولما كانت اختصاصات رجال الضبط القضائي واسعة، وتمس الحريات العامة، فقد حددت قوانين الإجراءات الجزائية رجال الضبط القضائي تحديدا على سبيل الحصر. ويترتب على ذلك أنه إذا قام أحد رجال الضبط الإداري من غير رجال الضبط القضائي بعمل من أعمال الضبط القضائي يجعل العمل باطلا[٢].
مثال ذلك المادة (٢٣) من قانون الإجراءات الجزائية المصري، وكذلك المادة (٢١) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، والتي نصت على أن يكون من مأموري الضبط القضائي:
١- مدير الشرطة ونوابه ومساعدوه ومديرو شرطة المحافظات والإدارات العامة.
٢- ضباط وضباط صف الشرطة، كل في دائرة اختصاصه.
٣- رؤساء المراكب البحرية والجوية.
٤- الموظفون الذين خولوا صلاحيات الضبط القضائي بموجب القانون.

ثانيا: أهمية التمييز بين الضبط الإداري والضبط القضائي:

يقوم التمييز بين الضبط الإداري والضبط القضائي على أساس اختلاف الطبيعة القانونية لكل منهما.
فالضبط الإداري هو نشاط إداري، تقوم به الإدارة للمحافظة على النظام العام، أما الضبط القضائي فهو ينتمي إلى عائلة قانونية أخرى، إذ يتعلق بممارسة الوظيفة القضائية[٣].
ولا يخلو التمييز بين أعمال الضبط الإداري وأعمال الضبط القضائي من فائدة عملية تتمثل في اختلاف النظام القانوني الذي يحكم كلا منهما. وبيان ذلك أنه يترتب على التمييز بينهما نتيجتان هامتان: تتعلق أولهما بتحديد ولايتي القضاءين الإداري والعادي، بينما تتعلق ثانيهما بالمسئولية الإدارية.
فبالنسبة لتحديد ولايتي القضاءين الإداري والعادي، تدخل المنازعات المتعلقة بأعمال الضبط القضائي في اختصاص القضاء العادي باعتبارها أعمالا متعلقة بممارسة الولاية القضائية، ومن ثم فلا تقبل الطعن بالإلغاء أو إيقاف التنفيذ، بينما تدخل المنازعات المتعلقة بأعمال الضبط الإداري (فردية أم لائحية) في اختصاص القضاء الإداري إلغاء وتعويضا.
ومن ثم يبين بجلاء أهمية التفرقة بين الضبط الإداري والضبط القضائي في أن إجراءات الضبط الإداري بخضوعها لولاية القضاء الإداري فإنها تخضع لرقابة تحمي حريات الأفراد بشكل لا نظير له في الرقابة على إجراءات الضبط القضائي. إذ تعد دعوى الإلغاء من أهم ضمانات حرية المواطن إزاء سلطات الدولة، ففي دعوى الإلغاء ضمان أكيد للمواطن حيث يمكنه الطعن في قرارات الضبط الإداري المخالفة للقانون والحصول على حكم قضائي بالإلغاء أو بوقف التنفيذ، أما إجراءات الضبط القضائي فلا يمكن أن يطعن فيها بالإلغاء أو بوقف التنفيذ، وبذلك لا تتوافر للأفراد ذات الحماية إزاء إجراءات الضبط القضائي[٤].
أما بالنسبة للمسئولية الإدارية، فإن المستقر عليه فقها وقضاء أن قرارات الضبط الإداري هي قرارات إدارية، ومن ثم فهي ترتب مسئولية الدولة عن الأضرار الناجمة عنها وتصيب المواطنين[٥].

أما بالنسبة لأعمال الضبط القضائي، فإن القاعدة العامة هي عدم مسئولية الدولة عن أعمال القضاء، إلا حيث يقرر المشرع ذلك صراحة[٦].

وعلى الرغم من إضفاء القضاء المصري لصفة الأعمال القضائية على أعمال رجال الضبطية القضائية التي تصدر عنهم في نطاق الاختصاص القضائي، إلا أنه قد اتجه –منذ البداية– إلى تقرير مسئولية الدولة عن هذه الأعمال، استثناء من القاعدة العامة التي تقرر عدم مسئولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية[٧]. وتتجلى الحكمة في ذلك في أن أعمال الضبط وإن كانت في الواقع متصلة بالقضاء، إلا أنها ليست من أعمال القضاء و لا يجوز أن تسوى بالأحكام[٨].

أما القضاء الفرنسي فقد أنزل على أعمال رجال الضبطية القضائية حكم أعمال القضاة والنيابة من حيث عدم جواز تقرير مسئولية الدولة عنها فيما لو تجاوز رجال الضبط حدود ولايته أو وقع في خطأ في عمله، باعتبار أن أعمال رجال الضبطية القضائية وثيقة الصلة بوظيفة القضاء[٩].

وإزاء الانتقادات الموجهة إلى هذا القضاء، ذهبت المحاكم –منذ حكم محكمة النقض الفرنسية في قضية Giry)) في سنة ١٩٥٦– إلى تقرير مسئولية الدولة عن أعمال الضبط القضائي على أساس المخاطر دون خطأ، وخروجا على قاعدة الارتباط بين الاختصاص والقانون الذي يطبق وذلك بتطبيقه المبادئ الإدارية في المسئولية، مما حدا ببعض الفقه الفرنسي إلى المطالبة بتعميم مبدأ المسئولية الذي قرره هذا الحكم بحيث يمتد إلى سائر الأعمال المتعلقة بسير مرفق القضاء ما عدا أحكام المحاكم لما تحظى به من حجية[١٠].

ثالثا: معايير التفرقة بين الضبط الإداري والضبط القضائي:

نظرا لأهمية التفرقة بين الضبط الإداري والضبط القضائي، فإنه يلزم البحث عن معيار للتمييز بينهما. لذلك نجد الفقه –في هذا المجال– يقدم عدة معايير للتمييز بينهما. نعرض لها بالبحث فيما يلي:

١) المعيار الشكلي:

يقوم هذا المعيار على أساس تحديد نوع العمل بمركز القائم به والجهة التي أصدرته، فمتى صدر العمل عن السلطة التنفيذية ممثلة في هيئاتها الإدارية وموظفيها فهو عمل ضبط إداري، أما إذا صدر العمل عن إحدى الهيئات القضائية فهو عمل ضبط قضائي[١١].

وقد أخذ على هذا المعيار أنه لا يسعف في التفرقة بين أعمال الضبط الإداري وأعمال الضبط القضائي في حالة الازدواج الوظيفي، حينما يجمع الموظف بين الصفتين، فمثلا يقوم بعض رجال البوليس بصفتهم من رجال الضبطية القضائية بتأدية بعض الأعمال بصفتهم من رجال الضبطية الإدارية، مثال ذلك قيامهم بإجراءات المحافظة على النظام والأمن العام، والعمل على منع وقوع الجرائم وحماية الأرواح والأموال[١٢].

٢) معيار المقابلة بين خلق القاعدة القانونية وتنفيذها[١٣]:

يقوم هذا المعيار على أساس أن دور رجال الضبط القضائي يقتصر على التأكد من أن أحد الأفراد قد خالف قاعدة قانونية دون أن يكون من سلطتهم إنشاء قاعدة قانونية، وفي المقابل يكون من سلطة رجال الضبط الإداري خلق قاعدة قانونية. فعلى سبيل المثال نجد أن من سلطة المحافظ أو العمدة في فرنسا إصدار لوائح ضبط مستقلة ليست مجرد تنفيذ للقواعد القانونية.

غير أن هذا المعيار ليس مفيدا من الناحية العملية لأنه ليس من اللازم أن يتضمن كل نشاط ضبط إداري خلقا لقاعدة قانونية، فأحيانا لا يعدو دور رجل الضبط الإداري تنفيذ القواعد القانونية القائمة أو تطبيق نص عام لائحي أو قانوني.

٣) معيار الغاية من النشاط:

ويقوم هذا المعيار على أساس تحديد نوع العمل بالنظر إلى الغاية من النشاط، فنشاط الضبط الإداري مانع ووقائي (Preventive) وسابق على وقوع الإخلال بالنظام العام، بينما نشاط الضبط القضائي جزائي أو قمعي (Repressive) ولاحق على وقوع الجرائم بهدف الكشف عن مرتكبيها وإنزال العقاب بهم[١٤].

ويعاب على هذا المعيار أنه لا يمكن الاعتماد عليه بشكل مطلق في التمييز بين الضبط الإداري والضبط القضائي من ناحيتين[١٥]:

أولهما أن مهمة الضبط القضائي ليست زاجرة بصورة مباشرة، فرجل الضبط الإداري تنحصر مهمته في جمع الاستدلالات وفتح الموصلة إلى العقاب، غير أنه لا يتولاها بنفسه. بينما قد تكون مهمة الضبط الإداري زاجرة في بعض الأحيان، وذلك في حالة توقيع بعض الجزاءات الإدارية اللاحقة لنشوء حالة التهديد بالنظام العام كالاعتقال الإداري أو إبعاد الأجنبي.

وثانيهما أن نشاط الضبط القضائي لا يكون دائما بعد وقوع الجريمة، فقد يثبت بعد تدخل رجل الضبط الإداري أنه لم يكن ثمة جريمة قد وقعت. وفي المقابل فإن نشاط الضبط الإداري لا يكون دائما قبل وقوع الجريمة، بل يستمر بعد وقوعها، لأن مهمة الضبط الإداري ليست فقط منع وقوع الاضطرابات أو الإخلال بالنظام العام، ولكن أيضا منع استمراره أو استفحاله بعد وقوعه.

ويميل غالبية الفقه إلى الأخذ بالمعيار الذي يستند إلى طبيعة العمل ومضمونه. فإذا كانت الهيئة المتصرفة قد اتخذت العمل بصفتها مساعدا للقضاء لأداء مهمة هدفها خدمة العدالة وتتبع مرتكبي الجرائم تمهيدا لافتتاح الدعوى الجزائية فالعمل يعد من أعمال الضبط القضائي، أما إذا كان العمل قد اتخذ في نطاق الضبط الإداري دون أن يكون هدفه البحث عن الجرائم ومرتكبيها وجمع الاستدلالات فإن العمل يعتبر من أعمال الضبط الإداري[١٦].

موقف القضاء الإداري من التفرقة بين الضبط الإداري والضبط القضائي:

أ) موقف مجلس الدولة الفرنسي:

يعتمد مجلس الدولة الفرنسي في مجال التمييز بين أعمال الضبط الإداري وأعمال الضبط القضائي على معيار موضوعي وهو الخاص بالنظر إلى طبيعة موضوع العمل أو القصد من التصرف.

وقد وضع هذا المعيار مفوض الدولة (Devolve) في قضية (Baud) في ١١ مايو سنة ١٩٥١، حيث يقول: «موظفو الضبط يستطيعون الاشتراك في إجراء الضبط الإداري والضبط القضائي على السواء والمعيار الوحيد المرضي يمكن استخلاصه من موضوع تحقيقاتهم. فإذا كان الإجراء -كما تعبر عنه التحقيقات- قد اتخذ بصدد جريمة محددة، جناية أو جنحة، بقصد جمع الاستدلالات أو البحث عن الفاعلين لتقديمهم إلى القضاء كان الإجراء ضبطا قضائيا. فإذا لم يرشد التحقيق عن ذلك، وكان الإجراء متخذا بقصد حماية النظام العام، كان الإجراء ضبطا إداريا»[١٧].

وقد سار مجلس الدولة على هذا المعيار في أحكامه اللاحقة، ومن ذلك حكمه في قضية

(Frampar) الصادر في ٢٤ من يونيو سنة ١٩٦٢، والذي يبين أنه يتعين فحص عمل الضبط والتأكد من طبيعته ومضمونه وهدفه، بصرف النظر عن التكييف الذي تخلعه الإدارة عليه، فيجب على القاضي أن يبحث عن البواعث الحقيقية التي استندت إليها الإدارة للتمييز بين عمل الضبط الإداري وعمل الضبط القضائي.

ب) موقف مجلس الدولة المصري:

أوضح مجلس الدولة المصري في عديد من أحكامه أن أعمال رجال الضبطية القضائية، التي تأخذ حكم الأعمال القضائية، ومن ثم تخرج من نطاق ولاية الإلغاء هي تلك الأعمال التي يؤديها رجال الضبط القضائي وتتصل بكشف الجرائم وجمع الاستدلالات الموصلة للتحقيق في الدعوى.

حيث قضت محكمة القضاء الإداري في هذا الصدد بأن «الأعمال التي يقوم بها رجال البوليس إما أن تقع منهم بصفتهم من رجال الضبطية الإدارية مثل إجراءات المحافظة على النظام والأمن العام ومنع وقوع الجرائم وحماية الأرواح والأموال وتنفيذ ما تفرضه القوانين واللوائح من تكاليف، وإما أن تقع منهم بصفتهم من رجال الضبطية القضائية فتعتبر أعمالهم أعمالا قضائية، وهي التي تتصل بكشف الجرائم وجمع الاستدلالات الموصلة للتحقيق في الدعوى (م٣ من قانون تحقيق الجنايات)، كما أنهم في قيامهم بهذه الأعمال إنما يقومون بها لحساب النيابة العمومية وتحت إدارتها (م٦١ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية). وأعمالهم في الحالة الأولى تخضع لرقابة محكمة القضاء الإداري من حيث طلب الإلغاء أو التعويض، أما في الحالة الثانية فإنه لما كان اختصاص محكمة القضاء الإداري بطلبات التعويض لا يكون -بحسب المادة الرابعة من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ (القانون المنظم لمجلس الدولة وقت نظر الدعوى)- إلا عن القرارات المنصوص عليها بالمادة الثالثة من ذلك القانون، وكلها قرارات إدارية، فإن مؤدى هذا أن يخرج من ولاية محكمة القضاء الإداري طلب إلغاء أي عمل قضائي أو التعويض عنه»[١٨].

كما قضت المحكمة في حكم آخر لها بأنه «متى كان الثابت أن القبض على المعتقل وحبسه -إلى حين صدور أمر الحاكم العسكري العام باعتقاله- قد وقع من رجال البوليس بصفتهم من رجال الضبطية الإدارية، فإن القرار الصادر في هذا الشأن من حكمدار بوليس القاهرة أو من يمثله يعتبر قرارا إداريا يخضع لرقابة محكمة القضاء الإداري من حيث طلب إلغائه أو التعويض عنه»[١٩].

كذلك قضت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها[٢٠] بأن «... أوامر وإجراءات مأموري الضبطية القضائية التي تصدر عنهم في نطاق الاختصاص القضائي الذي خولهم القانون إياه وأضفى عليهم فيه تلك الولاية القضائية هي وحدها التي تعتبر أوامر وقرارات قضائية، وهي بهذه المثابة تخرج عن رقابة القضاء الإداري، وأما الأوامر والقرارات التي تصدر عنهم خارج نطاق ذلك الاختصاص القضائي المخول لهم في القانون فإنها لا تعد أوامر أو قرارات قضائية، وإنما تعتبر من قبيل القرارات الإدارية، وتخضع لرقابة القضاء الإداري إذا توافرت فيها شرائط القرارات الإدارية النهائية».

وعلى هذا الأساس فقد انتهت المحكمة إلى أنه «... إذا ثبت أن القانون لم يخول لجنة التحقيق الخاصة بالغنائم أو رئيسها أي اختصاص في إصدار أوامر ببيع الغنائم المضبوطة، فإن كل أمر يصدر من اللجنة أو رئيسها في هذا الشأن يعتبر خارج نطاق الاختصاص القضائي المنصوص عليه قانونا. وبالتالي لا يعتبر أمرا صادرا من سلطة قضائية في حدود اختصاصها، بل يعتبر أمرا إداريا يخضع لرقابة القضاء الإداري».

القرار محل التعليق في ضوء المبادئ المتقدمة

وإذا نحن طبقنا مجموعة المبادئ القانونية المتقدم ذكرها على القرار محل التعليق يتضح لنا ما يلي:

١- أن المحكمة قد أصابت في حكمها برد الدعوى عن المستدعى ضده الرابع (النائب العام) لعدم صحة الخصومة، ذلك أن توفر صفات الخصوم هو شرط من شروط قبول الدعوى. ويعني ذلك أنه يشترط في المستدعى ضده أن تنسب إليه الدعوى سلبا، أي أن ينسب إليه الاعتداء على حق ثابت للمستدعي أو على مركزه القانوني.

(انظر حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ١٩٥ لسنة ١٢ق. جلسة ١٩٦٨/١١/٢٣ ملف رقم ٥٦/٨/١٤).

يضاف إلى ذلك أن القاعدة في اختصام القرارات الإدارية هي توجيه الخصومة إلى الجهة الإدارية مصدرة القرار أو من يمثلها لتلقي وجوه الطعن فيه والدفاع عنه ثم لإنفاذ ما تقضي به المحكمة في شأنه لذلك كان اختصام جهة غير تلك الجهة رفعا للدعوى على غير ذي صفة، وتوجيها لها على غير خصم.

(انظر حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في الطعن رقم ١٨٥ لسنة ٣ق. جلسة ١٩٥٠/٦/١ ملف رقم ٨٥٨/٢٥٤/٤).

٢- أن المحكمة قد أصابت في أخذها بالمعيار المستقر في الفقه والقضاء للتمييز بين عمل الضبط الإداري وعمل الضبط القضائي الذي يقوم على أساس النظر في طبيعة العمل ومضمونه وهدفه. ومن ثم فقد اعتبرت المحكمة أن قرار توقيف المستدعي من قبل منتسبي جهاز الأمن الوقائي إلى حين استصدار أمر من رئيس هيئة القضاء العسكري باعتقاله قد تم منهم باعتبارهم من رجال الضبطية الإدارية وليس من رجال الضبطية القضائية.

الهوامش

١- راجع الدكتورة سعاد الشرقاوي: مبادئ القانون الإداري، ٢٠٠٠-٢٠٠١، ص١٤١، وكذلك الدكتور محمد محمد بدران:أصول القانون الإداري، ٢٠٠١-٢٠٠٢، ص٦٦٨.

٢-راجع الدكتور مأمون سلامة: الإجراءات الجزائية في التشريع المصري، ١٩٧٢، ص٣٣٨ وما بعدها، وكذلك الدكتور أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون الإجراءات الجزائية، الجزء الثاني، ١٩٨٠، ص٥ وما بعدها.

٣- انظر الدكتور ثروت بدوي: القانون الإداري، المجلد الثاني، ١٩٨٥، ص٣٠.

٤- راجع الدكتورة سعاد الشرقاوي: مبادئ القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص١٤٦-١٤٧.

٥- انظر الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي: القضاء الإداري، ١٩٦٨، ص٧١٦، وكذلك الدكتور رمزي طه الشاعر: المسئولية عن أعمال السلطة القضائية، المجلد الثاني، ١٩٨٣، ص١٢٨-١٢٩.

٦- انظر الدكتور سليمان محمد الطماوي: القضاء الإداري، الكتاب الثاني، قضاء التعويض، ١٩٨٦، ص٥٣.

٧- انظر الدكتور رمزي طه الشاعر: المسئولية عن أعمال السلطة القضائية، مرجع سبق ذكره، ص١٤٧.

٨- أنظر الدكتور مصطفى ابو زيد فهمي: القضاء الاداري، مرجع سبق ذكره، ص٧١٥.

٩- انظر الدكتور رمزي طه الشاعر: المسئولية عن أعمال السلطة القضائية، مرجع سبق ذكره، ص١٤٥-١٤٧.

١٠- انظر الدكتور محمود عاطف البنا: الوسيط في القانون الإداري، ١٩٩٢، ص٣٥٦-٣٥٧.

١١- انظر الدكتور طعيمة الجرف: القانون الإداري والمبادئ العامة في تنظيم ونشاط السلطات الإدارية، ١٩٧٨، ص٢٣.

١٢- الدكتور محمود عاطف البنا: الوسيط في القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص٣٤٩-٣٥٠.

١٣- راجع الدكتورة سعاد الشرقاوي: مبادئ القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص١٤٥-١٤٦.

١٤- انظر الدكتور محمود عاطف البنا: الوسيط في القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص٣٥٠.

١٥- انظر الدكتور محمد محمد بدران: أصول القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص٦٨٥-٦٨٦.

١٦- راجع الدكتورة سعاد الشرقاوي: مبادئ القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص١٤٦.

١٧- انظر الدكتور محمد محمد بدران: أصول القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص٦٨٦.

١٨- راجع حكمها الصادر في ٤ ديسمبر سنة ١٩٥٥- مجموعة أحكام السنة العاشرة- ص٦٠.

١٩- راجع حكمها الصادر في ٢٥ مارس سنة ١٩٥٦- مجموعة أحكام السنة العاشرة- ص٢٥٨.

٢٠- راجع حكمها الصادرة في ٢٩ مارس سنة ١٩٥٨- مجموعة احكام السنة الثانية- ص ٩٨٩.

أحكام صادرة
عن محكمة النقض في القضايا
الجزائية والتعليق عليها

الحكم رقم ٢٠٠٧/١٨
«قابلية الحكم للنقض بعد اكتسابه
للدرجة القطعية»

تعليق المحامي علي السيد أبو وردة- فلسطين
تعليق المحامي الدكتور يونس عرب- الأردن
تعليق الاستاذ الدكتور مصطفى فهمي الجوهري- مصر

طلب رقم: ٢٠٠٧/١٨
تاريخ: ٢٠٠٧/١٠/٢٢

السلطة الوطنية الفلسطينية
السلطة القضائية
محكمة النقض

"الحكم"

الصادر عن محكمة النقض المنعقدة في رام الله المأذونه بإجراء المحاكمة وإصداره باسم الشعب العربي الفلسطيني.

هيئة الحاكمة: برئاسة السيد القاضي/

وعضوية السادة القضاة/

الإجراءات

بناءً على طلب وزير العدل وعملاً بأحكام المادة (٣٧٥) من قانون الإجراءات الجزائية رقم ٣ لسنة ٢٠٠١ قام النائب العام بتاريخ ٢٠٠٧/٩/٤ بعرض ملف الدعوى الجزائية رقم ٢٠٠٦/٦١٣ على المحكمة لنقض الحكم الصادر بتاريخ ٢٠٠٦/٤/٢٩ عن محكمة صلح رام الله في الدعوى المذكورة.

وقد جاء كتاب النائب العام متضمناً ما يلي من وقائع وأسباب وطلبات:

١. بتاريخ ٢٠٠٦/٤/٢٩ صدر قرار محكمة صلح رام الله ضد المتهم ضرار علي يوسف الحلو بالملف الصلحي رقم ٢٠٠٦/٦١٣ بإدانة المتهم والحكم عليه بغرامة (٥٠) دينار عن تهمة ارتكاب فعل منافي للحياء العام خلافاً للمادة (٣٢٠ ع لسنة ١٩٦٠) وإسقاط دعوى الحق العام عن تهمة التهديد خلافاً للمادة (٣٥٧ ع لسنة ١٩٦٠) كون البينة المقدمة لم يثبت فيها تحقق عناصر المادة (٥١) وإنما المادة (٣٥٤ ع لسنة ١٩٦٠) كون المشتكين قد تنازلوا عن حقهم الشخصي عملاً بأحكام المادة (٣٥٤ ع لسنة ١٩٦٠) وإسقاط دعوى الحق العام عن تهمة الشتم والتحقير سنداً للمادة (٣٦٤ ع لسنة ١٩٦٠) والمادة (٤) من قانون الإجراءات الجزائية.

٢. بتاريخ ٢٠٠٧/٧/١١ تقدم إلينا وزير العدل بطلب نقض القضية المذكورة كون الحكم قد اكتسب الدرجة القطعية ولم يسبق لمحكمة النقض النظر فيه لفوات المدة دون تحديد أوجه مخالفة الحكم موضوع هذا الطلب للقانون.

الرئيس

الكاتب
م.ع

طلب مدني
رقم: ٢٠٠٧/١٨
تاريخ: ٢٠٠٧/١٠/٢٢

٣. إن الحكم الصادر بتاريخ ٢٠٠٦/٤/٢٩ لم يستند في أسبابه الواردة على أساس قانوني سليم إذ انه جاء مخالفاً لنص المادة (٢٧٦) من قانون الإجراءات الجزائية رقم ٣ لسنة ٢٠٠١ من حيث شمول الحكم بملخص الوقائع الواردة بقرار الاتهام والمحاكمة والمادة القانونية المنطبقة على الفعل في حالة الإدانة علاوة على عدم تسمية وكيل النيابة بالجلسة إضافة إلى قصور بتسبيب الحكم من خلال التأكيد على عدم وجود بينة مناقضة للبينة المقنعة للمحكمة رغم الإنكار الواضح للمتهم.

٤. لما تم بيانه ولما ترتئيه محكمتكم الموقرة من أسباب لقبول هذا الطلب نلتمس من محكمتكم الموقرة نقض الحكم الصادر بتاريخ ٢٠٠٦/٤/٢٩ من قبل محكمة صلح رام الله بالقضية الصلحيه رقم ٢٠٠٦/٦١٣.

المحكمـــــــة

بعد التدقيق والمداولة والاطلاع على الملف المعروض بكامل ما اشتمل عليه وأرفق به نرى أن نقرر ابتداء أن طلب السيد وزير العدل الموجه للسيد النائب العام جاء خالياً من بيان مسوغات عرض ملف الدعوى على محكمة النقض وأوجه مخالفة الحكم للقانون ذلك أن المادة (٣٧٥) من قانون الإجراءات الجزائية رقم ٣ لسنة ٢٠٠١ نصت " لوزير العدل أن يطلب من النائب العام خطياً عرض ملف دعوى على محكمة النقض إذا كان الحكم مخالفاً للقانون وكان الحكم قد اكتسب الدرجة القطعية ولم يسبق لمحكمة النقض البت فيه ويطلب بالاستناد إلى ذلك إبطال الإجراء أو نقض الحكم أو القرار".

بذلك يتضح وعلى ما أفصحت عنه إرادة المشرع وفق صريح نص المادة (٣٧٥) سالفة الذكر أن النقض بأمر خطي طريق استثنائي يتم الولوج إليه وفق ضوابط حددها المشرع ولا يجوز التوسع في تفسيره بما يعني أن النائب العام يعرض ملف الدعوى على محكمة النقض مرفقة بالأمر الخطي الصادر عن وزير العدل ويطلب بالاستناد إلى الأسباب الواردة فيه إبطال الإجراء أو نقض الحكم أو القرار وان محكمة النقض تغدو مقيدة بحدود أسباب الطعن التي يستند إليها الوزير في طلب النقض بأمر خطي ولا يملك النائب العام أن يضيف إلى تلك الأسباب أو أن يسبب من لدنه وإلا أضحى الأمر

الرئيـس

طلب مدني
رقم:٢٠٠٧/١٨
التاريخ: ٢٠٠٧/١٠/٢٢

خروجاً من دائرة الاستثناء إلى دائرة الأصل وفي ذلك توسيع لضيق وانحراف عن غاية المشرع وفلسفة التشريع وتحميل للنص أكثر مما يحتمل.

ولما كان طلب وزير العدل قد خلا من أسباب عرض الملف على محكمة النقض وأوجه مخالفة الحكم للقانون فإنه والحالة هذه يستوجب الرد.

لهذه الأسبـــاب

تقرر المحكمة رد الطعن.

حكماً صدر تدقيقاً باسم الشعب العربي الفلسطيني بتاريخ ٢٠٠٧/١٠/٢٢

الرئيـس

الكاتـب

التعليق على قرار محكمة النقض رقم ٢٠٠٧/١٨

المحامي علي السيد ابو وردة- غزة

أولا: الوقائع

تتلخص وقائع الطعن في:

- أن محكمة صلح رام الله أصدرت بتاريخ ٢٠٠٦/٤/٢٩م في الملف الصلحي رقم ٢٠٠٦/٦١٣م حكم بإدانة المتهم ض. ي.ح بارتكاب فعل منافي للحياء العام خلافا للمادة رقم (٣٢٠) من قانون العقوبات لسنة ١٩٦٠ وإسقاط دعوى الحق العام عن تهمة التهديد خلافا للمادة (٣٧٥) من قانون العقوبات لسنة ١٩٦٠ كون البينة المقدمة لم يثبت فيها تحقق عناصر المادة (٥١) من قانون العقوبات لسنة ١٩٦٠ وإنما تحققت عناصر المادة (٣٥٤) من قانون العقوبات لسنة ١٩٦٠ كون المشتكين قد تنازلوا عن حقهم الشخصي عملا بأحكام المادة (٣٥٤) من قانون العقوبات لسنة ١٩٦٠وإسقاط دعوى الحق العام عن تهمة الشتم والتحقير سندا للمادة (٣٦٤) من قانون العقوبات لسنة ١٩٦٠ والمادة (٤) من قانون الإجراءات الجزائية رقم ٣ لسنة ٢٠٠١م.

- النيابة العامة فوتت مدة الاستئناف وقد انقضت ولم تستأنف الحكم الصلحي أمام محكمة الاستئناف المختصة خلال ثلاثين يوم من اليوم التالي لصدور الحكم وذلك بموجب المادة رقم (٣٢٩) من قانون الإجراءات الجزائية رقم ٣ لسنة ٢٠٠١م والتي تنص على (للنيابة العامة استئناف الأحكام الصادرة من محكمتي الصلح والبداية خلال ثلاثين يوم تبدأ من اليوم التالي لصدور الحكم) وبذلك تنازلت النيابة العامة عن الاستئناف.

- النيابة العامة فوتت على نفسها مدة الطعن بالنقض وهي أربعين يوم من اليوم التالي لصدور الحكم إذا كان الحكم حضوريا أو اليوم الذي يلي التبليغ إذا كان الحكم بمثابة حضور وذلك بموجب المادة رقم (٣٥٥) من قانون الإجراءات الجزائية رقم ٣ لسنة ٢٠٠١م وهذا الطريق الطبيعي للطعن بنقض الأحكام أمام محكمة النقض أثناء المدة القانونية وتنازلت عن الطعن بالطرق العادية.

- النيابة العامة لم تحتج أمام محكمة الاستئناف ببطلان أي إجراء تم أمام محكمة الموضوع كونها لم تستأنف في الأصل فلا يقبل الطعن ببطلان أي إجراء أمام محكمة النقض تم أمام محكمة الصلح أو البداية ما لم يحتج به أمام محكمة الاستئناف و فوتت النيابة العامة ذلك على نفسها.

- وبتاريخ ٢٠٠٧/٧/١١م تقدم وزير العدل بطلب نقض القضية الصلحية رقم ٢٠٠٦/٦١٣م مستندا للفصل الخامس النقض بأمر خطي من الباب الثالث النقض نص المادتين (٣٧٥و ٣٧٦) من قانون الإجراءات الجزائية رقم ٣ لسنة ٢٠٠١م لان الحكم اكتسب الدرجة القطعية و لم يسبق لمحكمة النقض النظر فيه لفوات المدة .

ثانيا:- المعالجة القانونية:

للبحث في هذا الحكم نكون أمام تحديد الشروط الواجب توفرها لتطبيق الفصل الخامس النقض بأمر خطي من الباب الثالث النقض من قانون الإجراءات الجزائية رقم ٣ لسنة ٢٠٠١م ومدى

تطابقها معه (أن القانون أطلق على الطعن الاستثنائي هذا اسم النقض بأمر خطي إذ أورد له فصل مستقل بهذا الاسم وسوف نذكره بهذا الاسم أينما ود في بحثنا، هذا وقد أصاب المشرع بإطلاق هذا الاسم عليه).

إن المادة (٣٧٥ من قانون الإجراءات الجزائية رقم ٣ لسنة ٢٠٠١م) تنص على (لوزير العدل أن يطلب من النائب العام خطيا عرض ملف دعوى على محكمة النقض إذا كان الحكم مخالف للقانون و كان الحكم قد اكتسب الدرجة القطعية و لم يسبق لمحكمة النقض البت فيه. ويطلب بالاستناد إلى ذلك إبطال الإجراء أو نقض الحكم أو القرار) و تنص المادة ٣٧٦ من نفس الفصل (إذا قبلت محكمة النقض الأسباب المذكورة في المادة السابقة فإنها تبطل الإجراء أو الحكم أو القرار المطعون فيه.) وشروط النقض بأمر خطى هي:-

الشروط الأول: أن يكون الحكم المطعون فيه بطريق النقض بأمر خطي قد اكتسب الدرجة القطعية:

و يكتسب الحكم هذه الدرجة إذا لم يطعن فيه بالنقض خلال المدة القانونية وهي أربعين يوم من اليوم التالي لصدور الحكم بموجب المادة (٣٥٥) من قانون الإجراءات الجزائية رقم ٣ لسنة ٢٠٠١م.

فهذا الشرط ينطبق على الحكم موضوع البحث إذ انتهت مدة الطعن بالنقض ولم تطعن النيابة العامة فيه.

الشرط الثاني: يجب أن يكون الحكم لم يسبق لمحكمة النقض أن بتت فيه:-

أن لا يكون قد عرض على محكمة النقض من قبل احد الخصوم و بتت فيه محكمة النقض فقد يطلب نقض الحكم المحكوم عليه أو المدعي بالحق المدني أو المسئول عن الحقوق المدنية ففي حالة تقدم واحدا ممن ذكروا طعنا بالنقض و بتت فيه محكمة النقض لا ينطبق هذا الشرط ولا يجوز النقض بأمر خطي.

وهذا الشرط ينطبق على الحكم موضوع البحث إذ لم تبت فيه محكمة النقض من قبل.

الشرط الثالث: يجب أن يطلب وزير العدل خطيا من النائب العام عرض ملف الدعوى على محكمة النقض.

يكون الطلب من وزير العدل للنائب العام تحديدا ومعنى ذلك أن النائب العام يجب عليه تنفيذ أمر وزير العدل بهذا الخصوص.

وهذا الشرط ينطبق على طلب النقض بأمر خطي موضوع حكم النقض موضوع البحث إذ طلب وزير العدل خطيا من النائب العام عرض ملف الدعوى الصلحية على محكمة النقض.

الشرط الرابع: يجب أن يذكر وزير العدل أسباب طلب النقض خطيا:

وبموجب هذا الشرط يجب أن يذكر وزير العدل في طلب النقض بأمر خطي أسباب طلب النقض بأمر خطي بصراحة ووضوح لا يقبل التأويل ودقة متناهية لتتمكن محكمة النقض من التحقق منها بعينها و تحديدها تحديدا واضحا ودقيقا حتى لا تتداخل الأمور في بعضها كون النقض بأمر خطي طريق طعن استثنائي لا يجوز التوسع فيه و في أسبابة على الإطلاق.

إن هذا الشرط لا ينطبق على طلب النقض بأمر خطي موضوع حكم النقض موضوع البحث إذ أن وزير العدل لم يذكر أسباب النقض بأمر خطي بدقة ووضوح بل لم يذكر أسباب واضاف

النائب العام أسبابا لم تذكر في طلب النقض بأمر خطي .

الشرط خامس: يجب أن تكون أسباب النقض بأمر خطي في حدود مخالفة الحكم للقانون و تحدد المخالفة بدقة:

يجب أن تكون أسباب النقض بأمر خطي في حدود مخالفة الحكم للقانون و تحدد المخالفة بدقة متناهية ووضوح وتحدد ما هي المخالفة والنص القاني الذي تخالفه ووجه البطلان فيه حتى لا يتم التوسع في طريق استثنائي للنقض.

هذا الشرط لا ينطبق على طلب النقض بأمر خطي موضوع حكم النقض موضوع البحث إذ أن وزير العدل لم يذكر في طلب النقض بأمر خطي أوجه مخالفة القانون بدقة فقد ذكر النائب العام في طلبه أن المحكمة لم تذكر اسم وكيل النيابة لكنه لم يذكر وجه مخالفة القانون وأي مادة تنطبق على هذه المخالفة و ماهية البطلان في ذلك وكما لم يذكر في طلب النقض بأمر خطي الموجه للنائب العام حتى تتمكن محكمة النقض من التحقق في مخالفة محدده بعينها ولا تصنع أمور من نفسها.

الشرط السادس: يجب أن يكون طلب النقض بأمر خطي بالاستناد للأسباب الواردة فيه إبطال الإجراء المخالف للقانون أو نقض الحكم أو القرار إذا كان مخالفا للقانون.

يخضع قبول محكمة النقض أسباب النقض بأمر خطي لسلطتها التقديرية وهي غير ملزمة بقبول الأسباب مهما كانت إذ اشترطت المادة (٣٧٦) من قانون الإجراءات الجزائية رقم ٣ لسنة ٢٠٠١م قبول محكمة النقض لأسباب النقض بأمر خطي لتبطل الإجراء أو الحكم أو القرار واشتراط القبول هنا يخضع لسلطة محكمة النقض التقديرية.

وعليه فقد جاءت أسباب حكم محكمة النقض موافقة للقانون و مطبقة له و واضحة و اعتمدت مبدأ عدم التوسع في الاستثناء حتى لا يصبح موازيا للطريق الطبيعي والعادي للطعن بالنقض و يخرج عن حكمة المشرع عندما شرع هذا الاستثناء لتدارك أمور ومخالفات خطيرة للقانون وأخذت محكمة النقض بمبدأ التشدد في شروط الطريق الاستثنائي للنقض لتقييده وعدم التوسع فيه .

لكل ذلك فان حكم محكمة النقض جاء صائبا ونؤيد محكمة النقض فيما توصلت إليه وبنت عليه أسباب حكمها وما توصلت إليه من نتيجة لحكمها برد الطعن.

التعليق على قرار محكمة النقض رقم ٢٠٠٧/١٨

المحامي الدكتور يونس عرب
رئيس مجموعة عرب للقانون – عمان

اصدرت محكمة النقض الفلسطينية بتاريخ ٢٠٠٧/١٠/٢٢ قرارها في الطلب رقم ٢٠٠٧/١٨ المقدم اليها من وزير العدل سندا للمادة ٣٧٥ من قانون الاجراءات الجزائية رقم ٣ لسنة ٢٠٠١ لعرض ملف الدعوى الجزائية رقم ٢٠٠٦/٦١٣ لجهة نقض الحكم الصادر فيها عن محكمة صلح رام الله بتاريخ ٢٩ /٢٠٠٦/٤. وقد قررت محكمة النقض بالنتيجة رد الطلب (الطعن) سندا لان طلب وزير العدل لم يتضمن اسباب عرض الملف على محكمة النقض ولم يتضمن اوجه مخالفة الحكم للقانون.

وقد انصب البحث في هذا القرار على مسالة محددة وهي مشتملات الطلب المقدم من وزير العدل بالاستناد الى المادة ٣٧٥ من قانون الاجراءت الجزائية (الفلسطيني) رقم ٣ لسنة ٢٠٠١.

وفيما يأتي عرض موجز للوقائع متضمنا بيانا لموقف محكمة النقض كما جاء في القرار محل التعليق، ومن ثم تعليقنا على المسألة الرئيسة التي تضمنها القرار.

أولا: مختصر الوقائع

١- بتاريخ ٢٠٠٦/٤/٢٩ اصدرت محكمة صلح رام الله بالملف الصحلي رقم ٢٠٠٦/٦١٣ قرار ادانة بحق (ض .ع . ح) بجرم ارتكاب فعل منافي للحياء خلافا للمادة ٣٢٠ من قانون العقوبات لسنة ١٩٦٠ والحكم عليه بالغرامة، وإسقاط دعوى الحق العام عن تهم التهديد والشتم والتحقير.

٢- بتاريخ ٢٠٠٧/٧/١١ تقدم وزير العدل بطلب نقض القرار المشار اليه كون الحكم قد اكتسب الدرجة القطعية ولم يسبق لمحكمة النقض النظر فيه لفوات المدة.

٣- وبناء على هذا الطلب قام النائب العام بتاريخ ٢٠٠٧/٩/٤ بعرض ملف الدعوى الصلحية الجزائية المذكورة على محكمة النقض طالبا نقض الحكم الصادر بتاريخ ٢٠٠٦/٤/٢٩ عن محكمة صلح رام الله، وقد أورد في طلبه هذا تحت البند ٣ منه أن (الحكم الصادر بتاريخ ٢٠٠٦/٤/٢٩ لم يستند في اسبابه الواردة على اساس قانوني سليم اذ انه جاء مخالفا لنص المادة ٢٧٦ من قانون الاجراءات الجزائية رقم ٣ لسنة ٢٠٠١ من حيث شمول الحكم بملخص الوقائع الواردة بقرار الاتهام والمحاكمة والمادة القانونية المنطبقة على الفعل في حالة الادانة علاوة على تسمية وكيل النيابة بالجلسة اضافة الى قصور بتسبيب الحكم من خلال عدم وجود بينة مناقضة للبينة المقنعة للمحكمة رغم الانكار الواضح للمتهم).

٤- نظرت محكمة النقض الطلب المتقدم وقررت بالنتيجة رد الطلب (الطعن) استنادا الى ان النقض بامر خطي طريق استثنائي من طرق الطعن تتقيد محكمة النقض فيه بالاسباب الواردة في طلب وزير العدل واستنادا الى ان طلب وزير العدل جاء خاليا من بيان اسباب عرض الملف واوجه مخالفة القرار المشكو منه للقانون.

ثانيا:- المسائل القانونية المثارة والتعليق عليها

النقطة الجوهرية التي يثيرها هذا القرار هي ما اذا كان يتعين ان يتضمن الامر الخطي الموجه من

وزير العدل الى النائب العام الاسباب التفصيلية لعرض الملف واوجه مخالفة القرار او الاجراء لاحكام القانون ام يكتفي الوزير بطلب عرض الملف منسوبا اليه بصورة عامة انه انطوى على مخالفة القانون، وتبعا لهذه المسالة بيان مدى اثر قيام النائب العام (في طلبه المقدم بالاستناد للامر الخطي) ببيان أسباب لم يتضمنها الامر الخطي الصادر عن الوزير.

وبالرجوع إلى قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم ٣ لسنة ٢٠٠١ نجد ان الفصل الخامس من الباب الثالث من الكتاب الثالث (طرق الطعن في الاحكام) ينظم موضوع النقض بامر خطي، وتنص المادة ٣٧٥ (الواردة ضمن هذا الفصل) على أن:

(لوزير العدل أن يطلب من النائب العام خطياً عرض ملف دعوى على محكمة النقض إذا كان الحكم مخالفاً للقانون وكان الحكم قد اكتسب الدرجة القطعية ولم يسبق لمحكمة النقض البت فيه ويطلب بالاستناد إلى ذلك إبطال الإجراء أو نقض الحكم أو القرار).

كما تنص المادة (٣٧٦) من ذات القانون على انه: (إذا قبلت محكمة النقض الأسباب المذكورة في المادة السابقة فإنها تبطل الإجراء أو الحكم أو القرار المطعون فيه).

ونص المادة ٣٧٥ من القانون الفلسطيني يجد مصدره التاريخي (بعد اجراء تعديل عليه من قبل المشرع الفلسطيني) في نص المادة ٢٩١ /١ من قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني رقم ٩ لعام ١٩٦١ ذو الاصل الانجليزي. ونجد المادة ٢٩١ /١ من القانون الاردني تنص على انه: (إذا تلقى رئيس النيابة العامة امرا خطياً من وزير العدل بعرض اضبارة دعوى على محكمة التمييز لوقوع اجراء فيها مخالف للقانون او لصدور حكم او قرار فيها مخالف للقانون، وكان الحكم او القرار مكتسب الدرجة القطعية ولم يسبق لمحكمة التمييز التدقيق في الاجراء او الحكم او القرار المطعون فيه فعليه ان يقدم الاضبارة الى محكمة التمييز مرفقة بالامر الخطي وان يطلب بالاستناد الى الاسباب الواردة فيه ابطال الاجراء او نقض الحكم او القرار).

وبمقارنة النصين (نص المادة ٣٧٥ من قانون الاجراءات الجزائية الفلسطيني ونص المادة ٢٩١/١ من قانون اصول المحاكمات الجزائية الأردني) نجد أن المشرع الفلسطيني اعاد الصياغة لجهة بيان (صلاحية) وزير العدل في الطلب من النائب العام عرض الملف على محكمة النقض، في حين جاءت الصياغة في النص الاردني لجهة بيان صلاحيات (واجبات) رئيس النيابة العامة عند تلقيه هكذا طلب. والمهم في التفرقة بين الصياغتين ان النص الاردني جاء صريحا في ان يستند طلب رئيس النيابة الى الاسباب الواردة في الامر الخطي الموجه اليه من وزير العدل ، في حين جاء النص الفلسطيني خاليا من ذلك مكتفيا بان على النائب العام ان يطلب (بالاستناد الى ذلك) ابطال الاجراء او نقض الحكم او القرار.

والحقيقة أن التفسير الأصولي وفق الطرائق الاصولية للتفسير القانوني لعبارة (بالاستناد إلى ذلك) الواردة في النص الفلسطيني، ولما سبق ان قرره ذات النص من ان الامر الخطي لعرض الملف يتاسس على ما (إذا كان الحكم مخالفاً للقانون)، وخضوع هذا التفسير للمستفاد من الاصل التاريخي للنص، يوصل إلا أن النائب العام وفق حكم النصين لا يقدم بنفسه اسباب النقض، وإنما ينحصر دوره في عرض اضبارة الدعوى على محكمة النقض او التمييز طالبا نقض القرار مستندا في طلبه الى الاسباب الواردة في الامر الخطي الموجه من وزير العدل. وهذا الأعمال لطرائق التفسير لا يمنعنا من الاقرار بان ما ورد في النص الاردني ابلغ من حيث منع الاجتهاد

لجهة التفكير مثلا او القول ان النص الفسلطيني لم يوجب صراحة ان يتضمن الامر الخطي اسباب عرض الملف واوجه المخالفة.

إن محكمة النقض في القرار محل التعليق قد استندت في موقفها ونتيجة قرارها برد الطلب الى ان النقض بامر خطي طريق طعن غير عادي (استثنائي) وهو بهذا الوصف لا يقبل التوسع فيه، ويتعين أن ينحصر دور محكمة النقض في نظر الطلب بالاسباب الواردة فيه حصرا استنادا الى هذه الصفة الاستثنائية لطريق الطعن.

ونجد أن القرار محل التعليق لم يتعرض الى ما اورده النائب العام (تحت البند٣) في كتابه بطلب عرض الملف استنادا للامر الخطي، إذ رغم أن القرار الطعين اورد في صدره ان كتاب النائب العام تتضمن الوقائع والاسباب والطلبات (التالية)، ثم أورد كامل نص كتاب النائب العام ومن ضمنه البند٣ الذي تضمن المخالفات القانونية للقرار المطلوب عرضه على محكمة النقض، فان القرار الطعين لم يتعرض لهذه المسالة من قريب او بعيد، بمعنى لم يناقش ما اذا كان طلب النائب العام (اذ بين الاسباب القانونية لعرض الملف) يقوم مقام الاسباب الواجب توفرها في الامر الخطي الموجه من الوزير.

وبدورنا، ومن خلال ما يظهر صراحة من حكم نص المادة ٣٧٥ (رغم التعديل غير الملائم الذي طرأ عليه قياسا بالاصل التاريخي للنص)، وسندا إلى أن النقض بأمر خطي يبتدئ أصلا من لدن وزير العدل، وهو الذي يتعين ان ينظر ابتداء ما اذا كان ثمة مخالفة للقانون تبرر له ان يقدم طلبه الخطي الى النائب العام لعرض الملف على محكمة النقض، وسندا إلى أن هذا الطريق استثنائي يستهدف نفع القانون والحرص على سلامة تطبيقه، والى أن الاستثناء لا يوسع ولا يقاس عليه، والى أن النائب العام محصور دوره في التقدم بطلب عرض الملف وطلب نقض القرار للاسباب التي وردت في الامر الخطي وليس له ان يبين هو بنفسه وجه المخالفة لانه ليست الجهة التي تقدمت بطلب النقض وان كان الجهة التي حدد القانون انها تتقدم بهذا الطلب عند وروده اليه من قبل وزير العدل، سندا لكل ذلك، فان خلو الامر الخطي من بيان الاسباب الموجبة لعرض الملف واوجه مخالفة القرار او الاجراء للقانون يوجب بالفعل رد هذا الطلب كما فعلت محكمة النقض في القرار محل التعليق.

ويعزز موقف محكمة النقض المقرر في هذا القرار ، وتاييدنا لموقفها ، التطبيقات القضائية لنص المادة ١/٢٩١ من القانون الاردني من قبل محكمة التمييز الاردنية ، فقد قضت واستقر قضاؤها على انه: (يتوجب في النقض بأمر خطي وفق أحكام المادة (١/٢٩١) من قانون الأصول الجزائية توفر ثلاثة أمور مجتمعة هي:

١- وقوع إجراء في الدعوى مخالفاً للقانون أو لصدور حكم أو قرار فيها مخالف للقانون.
٢- أن يكون الحكم أو القرار مكتسباً الدرجة القطعية.
٣- لم يسبق لمحكمة التمييز التدقيق في الإجراء أو الحكم أو القرار المطعون فيه). [قرار محكمة التمييز الاردنية بصفتها الجزائية رقم ٢٠٠٧/٥٨٤ تاريخ ٢٠٠٧/٥/٣١]

ووقوع الاجراء المخالف للقانون او صدور حكم مخالف للقانون لا يمكن تبينه دون بيان وجه المخالفة وتحديد النص القانوني الذي جرت مخالفته، بمعنى أن البيان التفصيلي في الامر الخطي لاوجه المخالفة متطلب ضروري ابتداء ولازم لتبين توافر او عدم توافر الشرط الاول للنقض بامر خطي.

ثم أن بيان وجه المخالفة لنص القانون هو الذي سيتيح للمحكمة الوقوف على ما اذا كان الطلب يتعلق بمسالة مخالفة قانون ام انه طلب من المحكمة للدخول في مسائل الموضوع والواقع، إذ أن النقض بأمر خطي لا يمكن ان يمتد الى دعوة محكمة النقض للوقوف على مسائل الواقع الا بقدر تعلقها بسبب من اسباب مخالفة القانون. وفي هذا قررت محكمة التمييز الاردنية واستقر قضاؤها على انه:

((لا تجيز الفقرة الأولى من المادة (٢٩١) من قانون أصول المحاكمات الجزائية التي قدم هذا التمييز بالاستناد إليها التمييز بأمر خطي من وزير العدل إلا للسببين التاليين:

١- إذا كان في الدعوى إجراء مخالف للقانون أو.

٢- إذا صدر فيها حكم أو قرار مخالف للقانون.

والغرض من هذا النص المحافظة على حكم القانون واستقامة تأويله. وقد اجمع الفقه والقضاء على أن مخالفة القانون تقع على ثلاث صور:

الأولـى: مخالفة القانون بترك العمل بنص قانوني لا يحتمل التأويل.

الثانيـة: الخطأ في تطبيق القانون بإعمال نص قانوني لا ينطبق على الدعوى.

الثالثـة: إعطاء النص الواجب تطبيقه معنى غير معناه الصحيح.

وهـــذا المفهوم هو ما قررته المادة (٢٧٤) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الباحثة عن أسباب التمييز التي يجوز قبولها. وبناءً على ذلك وحيث أن هذا السبب يجب أن ينصب على الأمور القانونية بالمعنى المتقدم ذكره ولا يجوز أن ينصب على الأمور الواقعية إذ أن إثبات هذه الأمور يدخل في مطلق تقدير محكمة الموضوع فهي حرة في تقدير الدليل المقدم لها تأخذه إذا اقتنعت به وتطرحه إذا تطرق فيه الشك إلى وجدانها وليس لمحكمة التمييز أن تستأنف النظر بالموازنة والترجيح والتعديل فيما يكون قد قدم من الأدلة إثباتاً لوقائع الدعوى أو نفيها، إلا أن الاجتهاد قد استقر على أن الحالات التالية داخلة في مفهوم مخالفة القانـــون وهـــي:

أ- أن تكون الأدلة التي استندت إليها محكمة الموضوع في الإدانة وهمية وغير موجودة.

ب- أن تكون الأدلة موجودة ولكن مناقضة لما أثبته الحكم بالإدانة.

ج- أن تكون الأدلة غير مناقضة لما أثبته الحكم ولكن يستحيل عقلاً استخلاص الواقعة منها كما فعلت محكمة الموضوع) [قرار محكمة التمييز الاردنية بصفتها الجزائية رقم ٢٠٠٧/١٤٣١ تاريخ ٢٠٠٧/١١/٢٨]

إذن،، ولان النقض بامر خطي انما يتعلق فقط بمخالفة الإجراءات التي أوجب القانون مراعاتها او بمخالفة الحكم للقانون بالمعنى المتقدم بيانه، فان عدم ايراد الاسباب المبررة لعرض الملف على محكمة النقض ليس فقط مانع من بحث توفر الشرط الاول لقبول طلب النقض وانما يحول دون تبين ما اذا كان المراد وقوف المحكمة على اوجه مخالفة القانون ام على مسائل موضوعية وواقعية لا تنتسب باي صورة الى هذا الطريق الاستثنائي من طرق الطعن في الأحكام.

وبالنتيجة، فان القرار محل التعليق اصاب بنتيجته وقرر حكما ينتمي الى موجب تطبيق وتفسير نص المادة ٣٧٥ من قانون الاجراءات الجزائية الفلسطيني.

التعليق على قرار محكمة النقض رقم ٢٠٠٧/١٨

الأستاذ الدكتور مصطفى فهمي الجوهري
أستاذ القانون الجنائي- كلية الحقوق
جامعة عين شمس- مصر

في ٢٠٠٦/٤/٢٩ صدر من محكمة صلح رام الله حكم في الدعوى الجزائية رقم ٢٠٠٦/٦١٣، بإدانة المتهم والحكم عليه بغرامة قدرها خمسون ديناراً، لأنه:
ارتكب فعلاً منافياً للحياء العام مما يخضع للمادة ٣٢٠ من قانون العقوبات لسنة ١٩٦٠م.
كما قضت المحكمة بإسقاط دعوى الحق العام عن جريمة التهديد المنصوص عليها في المادة ٣٥٧ من قانون العقوبات لسنة ١٩٦٠م، وقد أسست المحكمة قضائها الأخير بإسقاط التهمة بالقول بأن البينة المقدمة لم يثبت فيها تحقق عناصر المادة ٥١ وإنما المادة ٣٥٤ من قانون العقوبات ، وأن المشتكين قد تنازلوا عن حقهم الشخصي طبقاً لهذه المادة الأخيرة.
كذلك قضت المحكمة (محكمة صلح رام الله) بإسقاط دعوى الحق العام عن تهمة الشتم والتحقير المنصوص عليها في المادة ٣٦٤ من قانون العقوبات، وذلك لتنازل المشتكين عن حقهم الشخصي تطبيقاً للمادة ٤ من قانون الإجراءات الجزائية، التي تنص في البند الثاني منها على أنه: « يجوز في الدعاوى التي قيد القانون مباشرتها على شكوى أو ادعاء بالحق المدني من المجني عليه التنازل عنها حتى يصدر في الدعوى حكم نهائي .... ».
وفي ٢٠٠٧/٧/١١ طلب السيد / وزير العدل من النائب العام عرض القضية على محكمة النقض لنقض الحكم بالرغم من أنه قد اكتسب الدرجة القطعية ولم يسبق لمحكمة النقض النظر فيه لفوات مواعيد الطعن بالنقض. وقد جاء طلب وزير العدل خالياً من أوجه مخالفة الحكم موضوع الطلب للقانون.
وفي ٢٠٠٧/٩/٤ قام السيد / النائب العام بعرض ملف القضية رقم ٢٠٠٦/٦١٣ على محكمة النقض طالباً نقض الحكم الصادر في هذه الدعوى من محكمة صلح رام الله في ٢٠٠٦/٤/٢٩.
ولما كان طلب السيد / وزير العدل، قد جاء خالياً من تحديد أسباب مخالفة الحكم المطلوب نقضه للقانون، فقد تولى السيد / النائب العام تحديد هذه الأسباب في طلبه بعرض القضية على محكمة النقض، وهي:

- مخالفة الحكم لنص المادة رقم ٢٧٦ من قانون الإجراءات الجزائية رقم ٣ لسنة ٢٠٠١م.
- عدم تسمية وكيل النيابة بالجلسة.
- قصور في التسبيب.
- تعارض وتناقض في الحيثيات مستمد من تأكيد الحكم على عدم وجود بينة مناقضة للبينة المقنعة للمحكمة رغم الإنكار الواضح للمتهم.

وفي ٢٠٠٧/١٠/٢٢ قضت محكمة النقض برد (رفض) الطعن للأسباب الآتية:
- إن طلب السيد وزير العدل الموجه للسيد النائب العام جاء خالياً من بيان مسوغات عرض ملف الدعوى على محكمة النقض وأوجه مخالفة الحكم للقانون.

– إن النائب العام لا يملك أن يضيف أسباباً لنقض الحكم إلى الأسباب التي حددها وزير العدل أو أن يسبب هو في حالة عدم التسبيب من جانب وزير العدل، وإلا اعتبر طلب نقض الحكم مقدماً من النائب العام وليس من وزير العدل، بما يعد تحايلاً على ميعاد الطعن بالنقض أو – كما تقول محكمة النقض – خروجاً من دائرة الاستثناء إلى دائرة الأصل وفي ذلك توسيع لضيق وانحراف عن غاية المشرع وفلسفة التشريع وتحميل للنص أكثر مما يحتمل.

وبهذا الحكم تكون محكمة النقض قد أصابت كبد الحقيقة، وطبقت القانون تطبيقاً صحيحاً.

أحكام صادرة
عن محكمة النقض في القضايا
المدنية والتعليق عليها

الحكم رقم ٢٠٠٤/١٨٢
«نزاع عمالي- فصل تعسفي»

تعليق المحامي احمد نصرة- رام الله
تعليق المحامي عصام لطفي الشريف- الأردن
تعليق المحامي الدكتور صلاح علي حسن- مصر

للب
رقم: ٢٠٠٧/١٨
لتاريخ: ٢٠٠٧/١٠/٢٢

السلطـــة الوطنيـــة الفلسطينيـــة
السلطـــة القضائيـــة
محكمـــة النقض

" الحكـــــــــــــم "

الصادر عن محكمة النقض المنعقدة في رام الله المأذونه بإجراء المحاكمة وإصداره بإسم الشعب العربي الفلسطيني.

لهيئة الحاكمة: برئاسة السيد القاضي/

عضوية السادة القضاة/

الإجـــــــراءات

بناءً على طلب وزير العدل وعملاً بأحكام المادة (٣٧٥) من قانون الإجراءات الجزائية رقم ٣ لسنة ٢٠٠١ قام النائب العام بتاريخ ٢٠٠٧/٩/٤ بعرض ملف الدعوى الجزائية رقم ٢٠٠٦/٦١٣ على المحكمة لنقض الحكم الصادر بتاريخ ٢٠٠٦/٤/٢٩ عن محكمة صلح رام الله في الدعوى المذكورة.

وقد جاء كتاب النائب العام متضمناً ما يلي من وقائع وأسباب وطلبات:

١. بتاريخ ٢٠٠٦/٤/٢٩ صدر قرار محكمة صلح رام الله ضد المتهم ضرار علي يوسف الحلو بالملف الصلحي رقم ٢٠٠٦/٦١٣ بإدانة المتهم والحكم عليه بغرامة (٥٠) دينار عن تهمة ارتكاب فعل منافي للحياء العام خلافاً للمادة (٣٢٠ ع لسنة ١٩٦٠) وإسقاط دعوى الحق العام عن تهمة التهديد خلافاً للمادة (٣٥٧ ع لسنة ١٩٦٠) كون البينة المقدمة لم يثبت فيها تحقق عناصر المادة (٥١) وإنما المادة (٣٥٤ ع لسنة ١٩٦٠) كون المشتكين قد تنازلوا عن حقهم الشخصي عملاً بأحكام المادة (٣٥٤ ع لسنة ١٩٦٠) وإسقاط دعوى الحق العام عن تهمة الشتم والتحقير سنداً للمادة (٣٦٤ ع لسنة ١٩٦٠) والمادة (٤) من قانون الإجراءات الجزائية.

٢. بتاريخ ٢٠٠٧/٧/١١ تقدم إلينا وزير العدل بطلب نقض القضية المذكورة كون الحكم قد اكتسب الدرجة القطعية ولم يسبق لمحكمة النقض النظر فيه لفوات المدة دون تحديد أوجه مخالفة الحكم موضوع هذا الطلب للقانون.

الرئيـس

الكاتـب
م.ع

بسم الله الرحمن الرحيم

السلطة الوطنية الفلسطينية
مجلس القضاء الاعلى

نقض مدني رقم ٢٠٠٤/١٨٢
قـــرار رقـــم : ٢٠٧

للمطعون ضده في الطعن الاول(الطـــاعن فـــي الطعـــن الثـــاني) وتضـــمينها الرســـوم والمصاريف النسبية واربعين ديناراً اتعاب محاماة وفسخ القرار المستأنف فيما عدا ذلك.

يستند الطعن للاسباب التالية:

١) القرار المطعون فيه مخالف للقانون.

٢) اخطأت محكمة الاستئناف في اعتبار فصل المطعون ضده تعسفياً ولم تحـــدد الاجـــراء الصادر عن الطاعنة لاثبات الفصل التعسفي ولا يوجد في البينة المستمعة ما يبرر القول بوجود التعسف.

٣) وبالتناوب فإن واقعة فصل المطعون ضده كانت في مطلع شهر ١٢ لسنة ٢٠٠١ وليس في ٢٠٠١/١٢/٣١، وكان على محكمة الاستئناف في حال ثبوت الفصـــل التعســـفي أن تطبق المادة ٢٠ من قانون العمل لسنة ٦٥ التي توجب أن لا تتجاوز قيمة التعويض عن الفصل التعسفي اجر شهرين، باعتبار الفصل جرى في ظله.

٤) وبالتناوب اخطأت محكمة الاستئناف في الحكم للمطعون ضده ببدل الاجازات .

وطلبت بالتالي سماع الطعن مرافعة و نقض القرار المطعون به وتعديله والحكـــم للمطعون ضده فقط بمبلغ ستماية دينار ورد الدعوى بالباقي مـــع الرســـوم والمصـــاريف واتعاب محاماة.

اما الطعن الثاني فيستند للاسباب التالية:

١) القرار المطعون فيه مخالف للقانون، وان تاريخ فصل العامل تم في ١٢/٣١ أي في ظل سريان قانون العمل الجديد.

عضو عضو عضو عضو الرئيس

بسم الله الرحمن الرحيم

نقض مدني رقم ٢٠٠٤/١٨٢ السلطة الوطنية الفلسطينية

قـرار رقـم : ٢٠٧ مجلس القضاء الاعلى

٢) اخطأت محكمة الاستئناف في احتساب بدل الاجازات السنوية عن اسبوعين في كل سنة مع أن المادة ٧٤ من قانون العمل جعلتها ثلاثة اسابيع عن كل سنة.

٣) اخطأت محكمة الاستئناف في عدم الحكم بالفوائد عن المبلغ المحكوم به.

وطلب بالتالي الحكم للطاعن ببدل مكافأة نهائية الخدمة على اساس قانون العمل الجديد رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ بما مجموعه اربعة الآف ومائتين وخمسة وسبعين ديناراً بالاضافة للفائدة القانونية من تاريخ الادعاء وحتى السداد التام مع الرسوم والمصاريف واتعاب المحاماة.

وبعد التدقيق والمداولة نجد أن الطعنين مقدمان ضمن المدة القانونية، ومستوفيان شرائطهما الشكلية فنقرر قبولهما شكلاً.

ولا نرى داعياً لسماع الطعن مرافعة، ونقرر السير فيه تدقيقاً.

اما من حيث الموضوع، فإننا نجد أن ما توصلت له محكمة الاستئناف من أن انهاء خدمة العامل قد تم بتاريخ ٢٠٠١/١٢/٣١ أي في ظل سريان قانون العمل رقم ٢٠٠٠/٧ في محله وقد اقر وكيل المدعى عليها- نقابة المهندسين- بذلك في لائحته الجوابية بالدعوى الصلحية ٢٠٠٢/١١٢ صلح نابلس. ومن المعروف أن القانون يسري على ما بعده من وقائع الا اذا استثنى ذلك بنص خاص، ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هل أن عقود العمل التي ابرمت في ظل قانون العمل السابق واستمرت آثارها بعد نفاذ القانون الجديد تبقى نافذة وخاضعة للقانون القديم لحين انتهائها على اساس أن العقد شريعة المتعاقدين.؟

هنا يجدر التفريق بين حالتين، الاولى بالنسبة للعقود التي ابرمت وانتهت في ظل القانون القديم فتكون خاضعة لذلك القانون اما العقود التي ابرمت في ظل القانون القديم ولا زالت مستمرة ولم تنته في القانون الجديد، فإن كل أثر لتلك العقود نشأ في ظل القانون

عضو عضو عضو عضو الرئيس

٣

بسم الله الرحمن الرحيم

السلطة الوطنية الفلسطينية

مجلس القضاء الاعلى

نقض مدني رقم ٢٠٠٤/١٨٢

قـــرار رقـــم : ٢٠٧

الجديد يخضع لاحكامه، ولو كانت تلك العقود قد ابرمت في ظل القانون القديم.

وبمعنى آخر أن القانون الجديد يسري بأثر مباشر من تاريخ نفاذه على عقود العمل القائمة والتي ابرمت قبل نفاذه، لأن قواعد قانون العمل تعتبر من النظام العام ولها الصفة الآمـــرة التي لا يمكن مخالفتها (شرح قانون العمل الاردني للدكتور عامر محمد علي صفحة٦٣).

وحيث من الثابت أن العامل قد امضى في عمله مدة تسع ســـنوات، وبـــأن راتبـــه الشهري كان ماية وخمسين ديناراً وقد اقرت المدعى عليها بلائحتها الجوابية بذلك وبما أن المادة ٤٥ من قانون العمل رقم ٧ لسنة ٢٠٠١ حددت مكافأة نهاية الخدمة بأجر شهر عـــن كل سنة قضاها العامل في العمل على اساس آخر اجر تقاضاه دون احتساب ساعات العمل الاضافية، فإن ما توصلت له محكمة البداية بصفتها الاستئنافية من تطبيـــق احكـــام قـــانون العمل السابق عليه في غير محله وان ما قضت به محكمة الصلح يتفق ونص المادة المشار اليها.

وحيث أن المادة ٧٤ من قانون العمل لسنة ٢٠٠١ نصت على اســـتحقاق العامـــل الذي امضى خمس سنوات اجازة سنوية مدتها ثلاثة اسابيع عن كل سنة، وبما أن الفقرة ٤ نصت بأنه لا يجوز تجميع الاجازات لأكثر من سنتين فإنه يستحق للعامـــل اجـــور ســـتة اسابيع بدل اجازة السنتين الاخيرتين من عمله، وتكون محكمة الاستئناف قد اخطـــأت فـــي احتسابها .

وبخصوص الفصل التعسفي فإننا نجد أن المادة ٤٦ من قانون العمل رقم ٧ لســـنة ٢٠٠١ قد نصت في الفقرة ١ بأنه يجوز لأي من طرفي عقد العمل غير محدد المدة انهاءه بمقتضى اشعار يرسل بعلم الوصول الى الطرف الآخر قبل شهر من انهاء العمـــل وفـــي الفقرة ٣ بأنه يعتبر تعسفياً انهاء عقد العمل دون وجود اسباب موجبة لذلك.

عضو عضو عضو عضو الرئيس

٤

بسم الله الرحمن الرحيم

السلطة الوطنية الفلسطينية

نقض مدني رقم ٢٠٠٤/١٨٢

قـرار رقـم : ٢٠٧

مجلس القضاء الاعلى

وقد اجازت المادة ٤٠ منه لصاحب العمل انهاء عقد العمل من طرف واحد دون اشعار عند ارتكابه اياً من المخالفات المحددة في المادة المذكورة، وفي المادة ٤١ اجازت له انهاءه لاسباب فنية أو خسارة اقتضت تقليص عدد العمال مع احتفاظ العامل بحقه في بدل الاشعار ومكافأة نهاية الخدم، شريطة اشعار الوزارة بذلك.

والسؤال الذي يطرح نفسه ما هي المعايير لاعتبار انهاء عقد العمل تعسفياً ودون اسباب موجبة لذلك.؟

لم يحدد قانون العمل احكاماً خاصة لقيام صاحب العمل بفصل العامل تعسفياً، غير أن المادة ٢/٦٦ من القانون المدني الاردني نصت على انه يكون استعمال الحق غير مشروع أ- اذا توفر قصد التعدي ب- اذا كانت المصلحة المرجوة من الفصل غير مشروعة ج- اذا كانت المنفعة لا تتناسب مع ما يصيب الغير من الضرر د- اذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة، وبرأينا انه يمكن الاستناد الى هذه القواعد العامة لاستخلاص حالة التعسف ويعود تقدير فيما اذا كان الفصل تعسفياً ام لا الى المحكمة حسب الظروف والملابسات.

اما في مصر والبلاد العربية التي سنت قوانين مدنية فإن نظرية التعسف اسست على استعمال الحق بطريقة يعتبرها الناس خاطئة بحيث يتجنبها الرجل العادي، ويمكن تحديد الاستعمال الخاطئ للحق بالرجوع الى المادتين ٥،٤ من القانون المدني المصري اذ تنص المادة ٤ على أن من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر وتنص المادة ٥ على أن يكون استعمال الحق غير المشروع في الاحوال التالية: أ- اذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير ب- اذا كانت المصالح التي يرمي الى تحقيقها قليلة الاهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها ج- اذا كانت المصالح التي يرمي الى تحقيقها غير مشروعة.

عضو عضو عضو عضو الرئيس

٥

بسم الله الرحمن الرحيم

السلطة الوطنية الفلسطينية

مجلس القضاء الاعلى

نقض مدني رقم ٢٠٠٤/١٨٢

قـرار رقـم : ٢٠٧

ومن الواضح أن هذه الاحكام تنظم المسئولية التقصيرية، وقد نصت المـادة ١٦٣ من القانون المدني المصري على أن كل خطأ سبب ضـرراً للغيـر يلـزم مـن ارتكبـه بالتعويض. ولذا فإن نظرية التعسف في انهاء العقد قد بنيت على المسئولية التقصيرية بينما المسئولية عن انهاء العقد هي مسئولية عقدية ويؤيد هذا احكام القضاء المصري التي قضت بعدم استحقاق التعويض الا اذا نتج ضرر عن التعسف في استعمال حق الانهاء نقض رقـم ٢١٠ لسنة ١٠٥٨ ، ٣٢٨ لسنة ٦٠ .

ثم أن قواعد التعويض المستحق عن الاخلال بالعقد اضـيق مـدى مـن قواعـد التعويض عن الأذى التقصيري.

هذا وان القاعدة الشرعية في المادة ٩١ من مجلـة الاحكـام العدليـة أن الجـواز الشرعي ينافي الضمان فمن استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر .

واننا نجد أن بعض الدول لا تعترف بنظرية التعسف، فلا تعترف القواعد العامة في انكلترا بنظرية التعسف أو تبرير انهاء عقد العمل فإذا كان العقد قـابلاً للانهـاء بـاعلان واعطي الاعلان فإن هذا يكفي ولا يجوز للطرف الآخر أن يشكو من عدم وجود مبرر لدى الطرف المنهي للعقد.

وبذلك فإن محكمة البداية الاستئنافية بنابلس ومن قبلها محكمة الصلح قد اخطأت في اعتبار انهاء عقد العامل فصلاً تعسفياً وان البينات المقدمة لا تثبت العناصر التي اشرنا اليها لاعتبار الفصل تعسفياً.

عضو عضو عضو عضو الرئيس

بسم الله الرحمن الرحيم

السلطة الوطنية الفلسطينية

مجلس القضاء الاعلى

نقض مدني رقم ٢٠٠٤/١٨٢

قـــرار رقـــم : ٢٠٧

وبخصوص الحكم بالفائدة فإننا نجد أن الحقوق العمالية التي تترتب للعامل في ذمة صاحب العمل بعد انهاء عقد العمل تعتبر ديناً في ذمة صاحب العمل فإذا لم يقم بدفعها بعد مطالبته بها يحكم عليه بالفائدة القانونية من تاريخ الادعاء وحتى السداد التـــام فـــي حـــال الادعاء بها.

مما تقدم فإننا نقرر قبول كل من الطعنين في الامور المبينة اعلاه، ونقض القـــرار المطعون فيه وإعادة الأوراق لمحكمة بداية نابلس بصفتها الاســـتئنافية لاصـــدار القـــرار المقتضى وفق ما بيناه.

قـــــراراً صدر تدقيقاً باسم الشعب العربي الفلسطيني في ٢٠٠٥/١/٢٩

عضو عضو عضو عضو الرئيس

٧

التعليق على قرار محكمة النقض رقم ٢٠٠٤/١٨٢

المحامي أحمد نصرة- رام الله
محاضر في كلية الحقوق والإدارة العامة
جامعة بير زيت

يعتبر القرار محل التعليق من أهم القرارات الصادرة عن محكمة النقض الفلسطينية فيما يتعلق بقانون العمل، فقد تعرضت المحكمة الموقرة في هذا القرار للعديد من المسائل القانونية الخلافية التي لم تقدم لها القوانين حلولاً واضحة، فتعرضت المحكمة الموقرة لسريان قانون العمل من حيث الزمان وأثر ذلك على تطبيق الأحكام القانونية، وأقرّت مبدأ سريان قانون العمل الجديد رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ بأثر مباشر على عقود العمل التي كانت قد أبرمت في ظل القانون القديم ولم تنته في ظله.

كما تعرّضت محكمة النقض لمعيار الإنهاء التعسفي لعقد العمل، وقررت مبدءاً يقضي بأن قانون العمل الفلسطيني لا يتضمّن معياراً يحدد الإنهاء التعسفي لعقد العمل، مما يستدعي الرجوع إلى المعايير العامة في التعسف باستعمال الحق.

وتعرّضت كذلك لمدى جواز احتساب فوائد عن الالتزامات الناتجة عن تعويضات عمالية، وذكرت بأن حقوق العامل دين في ذمة صاحب العمل يحكم بها من تاريخ الادعاء وحتى السداد التام.

وقد قسمّت هذا التعليق إلى ثلاثة مباحث، أتناول في الأول قيام المحكمة بتطبيق قانون العمل من حيث الزمان، وأتناول في المبحث الثاني التعسف في فصل العامل، وفي المبحث الثالث أتناول جواز احتساب فائدة على ديون العامل.

المبحث الأول: سريان قانون العمل من حيث الزمان

بعد مضي تسع سنوات على عمل المدعي (العامل) لدى صاحب العمل، وفي الأول من شهر كانون أول لسنة ٢٠٠١ تلقّى العامل إشعاراً بإنهاء عقد العمل، وقد سرى قانون العمل الجديد بتاريخ ٢٠٠١/١٢/٢٥، أي أثناء مدة الشهر المضروبة في الإشعار.

رأت محكمة النقض الموقرة في قرارها بأن قانون العمل الجديد يسري بأثر فوري من تاريخ نفاذه على عقود العمل القائمة والتي أبرمت قبل نفاذه، بما فيها عقد العمل المتعلقة به الدعوى المعروضة أمامها، حيث جاء في قرار المحكمة الموقرة:«... **إن القانون الجديد يسري بأثر مباشر من تاريخ نفاذه على عقود العمل القائمة والتي أبرمت قبل نفاذه، لأن قواعد قانون العمل تعتبر من النظام العام ولها الصفة الآمرة التي لا يمكن مخالفتها** ...». وهذا الاتجاه لمحكمة النقض يقترب كثيراً مما قررته محكمة النقض المصرية[1].

بناءً على استنتاجها السابق قررت محكمة النقض بأنه يجب احتساب مكافأة نهاية الخدمة، والإجازات السنوية بناءً على أحكام القانون الجديد (رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠)، وسأبحث في المطلب الأول حساب مكافأة الخدمة، ثم في المطلب الثاني حساب الإجازات السنوية.

المطلب الأول: حساب مكافأة نهاية الخدمة

أؤيد ما توصلت إليه محكمة النقض من وجوب حساب مكافأة نهاية الخدمة بموجب أحكام القانون الجديد، فالمركز القانوني للعامل لم يكن مكتملاً، أو مرتباً لآثاره المتعلقة بالمكافأة قبل صدور القانون الجديد، وبحصول إنهاء العقد في ظل القانون الجديد، يتوجب تطبيق القانون الجديد على آثار الإنهاء لأنها ترتبت في ظله أي في ظل القانون الجديد[٢].

لذلك تكون محكمة النقض قد طبقت النظرية الحديثة في تنازع القوانين من حيث الزمان تطبيقاً سليماً، عندما قررت احتساب مكافأة نهاية الخدمة بموجب القانون الجديد، وهي عبارة عن أجرة شهر عن كل سنة عمل، ولما كان العامل قد عمل تسع سنوات فإنه يستحق أجرة شهر عن كل سنة، ولما كان أجره الشهري ١٥٠ ديناراً أردنيا، فان ما يستحقه مكافأة نهاية خدمة هو ١٣٥٠ دينارا أردنيا. أما لو قررت المحكمة تطبيق قانون العمل القديم على المكافأة، فان العامل يستحق ٩٠٠ دينار، حيث يأخذ أجر شهر عن كل سنة من السنوات الثلاث الأولى، ثم يأخذ أجر نصف شهر عن السنوات الست اللاحقة.

المطلب الثاني: حساب الإجازات السنوية

قررت محكمة النقض الموقرة وجوب احتساب الإجازات السنوية بموجب المادة ٧٤ من قانون العمل الجديد. وهو ما يستدعي حساب ثلاثة أسابيع عن كل سنة إذا أمضى العامل ما يزيد على خمس سنوات في العمل، أي أن العامل بموجب قانون العمل الجديد يستحق ثلاثة أسابيع إجازة ابتداءً من سنة العمل السادسة[٣]، على أن يقتصر حساب الإجازة السنوية على آخر سنتين، وعليه، وحيث أنه مضى على عمل العامل تسع سنوات، فقد قررت محكمة النقض الموقرة احتساب ستة أسابيع عن آخر سنتي عمل.

لقد توصلت محكمة النقض لهذه النتيجة على غرار ما توصلت إليه بخصوص مكافأة نهاية الخدمة، إلا أن هذه النتيجة – مع الاحترام – غير صائبة، فالإجازات السنوية استحقت في ظل القانون السابق، ولم يستحق منها في ظل القانون الجديد شيءٌ يذكر. إن ما توصلت إليه محكمة النقض الموقرة هو تطبيق لقانون العمل بأثر رجعي بغير مسوغ أو سبب قانوني، وهذا –باعتقادي– مخالف للنظريتين الحديثة والتقليدية في تنازع القوانين مِن حيث الزمان[٤].

إن الإجازات المدعى بها استحقت في ظل القانون القديم، وبالتالي يطبق بشأنها القانون القديم، فهي تختلف اختلافاً جوهرياً عن المكافأة التي لم تترتب سوى بحدوث الإنهاء، وقد تم ذلك بعد سريان القانون الجديد، فتطبيق قانون العمل الجديد على مكافأة نهاية الخدمة يعد تطبيقاً لمبدأ الأثر المباشر للقانون، أما تطبيق القانون الجديد على حساب الإجازات السنوية، فهو عبارة عن تطبيق للقانون بأثر رجعي، وهو ما يتنافى مع مبدأ دستوري، وتحديداً ما نصت عليه المادة ١١٧ من القانون الأساسي من عدم جواز سريان القوانين بأثر رجعي[٥].

إن مجمل ما يجب حسابه من الإجازات عملاً بأحكام القانون الجديد هي إجازات عن الفترة اللاحقة لسريان قانون العمل الجديد، أي من تاريخ ٢٠٠١/١٢/٢٥ وحتى ٢٠٠١/١٢/٣٠، حيث تحتسب الاجازت السنوية في هذه الحالة بمعدل ثلاثة أسابيع في السنة، وحيث أن مدة العمل في ظل القانون الجديد هي ستة أيام، فيتم حسابها كما يلي: (مدة الإجازة السنوية بالأيام) ÷ (عدد أيام السنة) × (الأيام التي قضاها العامل في العمل بعد سريان القانون الجديد) = **ما يستحقه العامل من إجازات سنوية في ظل القانون الجديد.**

وبالأرقام: ٢١ ÷ ٣٦٥ × ٦ = ٠,٣٤٥ أي ما يقارب (ثلث يوم) إجازة سنوية تحسب على القانون الجديد.

المبحث الثاني: الفصل التعسفي للعامل

لقد أثارت محكمة النقض في معرض معالجتها لإنهاء عقد العمل، مسألتين قانونيتين، أولاهما: ما خلصت إليه المحكمة من ان قانون العمل الفلسطيني لم يحدد أحكاماً (معايير) تبيّن فيما إذا كان فصل العامل تعسفياً، مما يستدعي – حسب رأي المحكمة – الرجوع إلى الأحكام العامة الناظمة لنظرية التعسف في استعمال الحق[٦]. وثانيها: تقرير مبدأ مفاده عدم استحقاق التعويض عن التعسف في استعمال حق الإنهاء إلا إذا نتج عنه ضرر[٧]. وفي هذا المبحث سأتناول هاتين المسألتين في مطلبين على التوالي.

المطلب الأول: معيار التعسف في فصل العامل

ذكر المدعى عليه (صاحب العمل) بأن إنهاء العقد كان بسبب كبر سن العامل الذي بلغ سبعين سنة، وبالمقابل قدّم العامل بيّنات خطية وشفوية تشير إلى أن كبر سنه لم يحل دون قيامه بأعماله لدى صاحب العمل على أكمل وجه، وقد توصلت محكمتي الموضوع (الصلح والبداية بصفتها الاستئنافية) إلى أن الإنهاء كان فصلاً تعسفياً.

انطلقت محكمة النقض الموقرة في معالجتها لهذه المسألة، من فكرة مفادها أن قانون العمل لم يحدد أحكاما تبيّن فيما إذا كان فصل العامل تعسفياً، ورأت بأنه يمكن الرجوع إلى القواعد العامة لاستخلاص حالة التعسف، وقد أشارت بوجه خاص إلى معايير التعسف الواردة في القانونين المدنيين الأردني والمصري.

وأطرح في هذا المقام السؤال التالي: ألا يحتوي قانون العمل الفلسطيني أحكاماً تبيّن متى يكون فصل العامل تعسفياً، وهل كانت محكمة النقض مضطرة إلى الرجوع إلى أحكام القانونين المدنيين الأردني والمصري بهذا الشأن؟

لقد تضمن قانون العمل الفلسطيني حكماً (معياراً) يبيّن متى يكون إنهاء عقد العمل تعسفياً، فقد نصت المادة ٣/٤٦ من قانون العمل على أنه:»**يعتبر تعسفياً إنهاء عقد العمل دون وجود أسباب موجبة لذلك**». فالمعيار بحسب قانون العمل الفلسطيني هو عدم وجود أسباب موجبة، وهو ما يعرف في قوانين أخرى بالأسباب المبررة، والإنهاء بلا مبرر مرادف للإنهاء التعسفي[٨].

وقد جاء نص المادة ٣/٤٦ من قانون العمل قاطع الدلالة في أن الإنهاء بدون سبب موجب، مرادف للإنهاء التعسفي، فيعتبر إنهاء عقد العمل تعسفياً إذا وقع بدون أسباب موجبة[٩].

وعليه فإنني أرى بأن محكمة النقض الموقرة جانبت الصواب عندما اعتبرت أن قانون العمل الفلسطيني خلا من حكم التعسف، فقد جاء قانون العمل بمعيار عام يبيّن الأحوال التي يكون فيها إنهاء العقد تعسفياً.

أما فيما يتعلق بلجوء المحكمة إلى القواعد العامة في نظرية التعسف في القانونين الأردني والمصري، فلا أرى أي مبرر يسوّغ للمحكمة الموقرة لجوءها لتلك القوانين، فالأصول المستمدة منها نظرية التعسف تجد أصولها في العديد من القواعد الفقهية الواردة في مجلة الأحكام العدلية[١٠] المعمول بها في فلسطين، وبالتالي لم يكن هناك داعٍ إلى اللجوء لقوانين غير معمول بها في فلسطين، خاصة وأن القواعد القانونية في فلسطين تتضمّن حلولاً للمسألة المعروضة.

المطلب الثاني: تعويض الفصل التعسفي

رأت محكمة النقض بأن التعويض عن الفصل التعسفي للعامل لا يستحق إلا إذا نتج عن الفصل ضرر، وقد دعمت رأيها بقرار صادر عن محكمة النقض المصرية، وبالقاعدة الواردة في مجلة الأحكام العدلية والقاضية بأن الجواز الشرعي ينافي الضمان[١١].

إن الاستناد إلى قرار محكمة النقض المصرية لا يراعي أن الأخيرة تطبق – في هذا المجال– قواعد قانونية مختلفة تماماً عن المنصوص عليها في قانون العمل الفلسطيني، فمحكمة النقض المصرية طبقت القواعد العامة في القانون المدني المصري، وهو قرار في محله، لكن الحال يختلف في قانون العمل الفلسطيني، فالأخير لا يشترط وقوع الضرر كشرط للتعويض عن الفصل التعسفي، ذلك أن مجرد ثبوت الفصل التعسفي للعامل يستدعي بالضرورة تعويضه بالمبلغ (التعويض) المقدّر في القانون، بغض النظر عما إذا لحق بالعامل ضرر أم لا نتيجة الفصل، فالتعويض عن الفصل التعسفي في قانون العمل الفلسطيني هو تعويض قانوني، ويتمتع العامل نتيجة لذلك التقدير القانوني بقرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس بأنه لحقه ضرر واجب التعويض، وفي هذا الصدد نصت المادة ٤٧ من قانون العمل على أنه: «... **يستحق العامل تعويضاً عن فصله تعسفياً مقداره أجر شهرين عن كل سنة قضاها في العمل على ألا يتجاوز التعويض أجره عن مدة سنتين**». فالتعويض بحسب قانون العمل الفلسطيني هو تعويض قانوني قدره القانون بأجر شهرين عن كل سنة أمضاها العامل في العمل، وهو في أقصى الأحوال أجر سنتين، فلا مسوغ للمحاكم في فلسطين في بحث وجود الضرر من عدمه، وعليها أن تقضي بالتعويض المقدر بغض النظر عما إذا لحق العامل خسارة أم لم يلحقه، وسواء أكانت الخسارة تزيد على المقدار المعين في القانون أو تقل، مع مراعاة وجود اتفاق يمنح العامل تعويضاً أفضل فيجب العمل به[١٢]. أما إذا كان المتعسف في إنهاء عقد العمل هو العامل، فيشترط من أجل التعويض وقوع الضرر، وفي هذه الحالة على المحكمة أن تتبيّن وجود الضرر ومداه بموجب القواعد العامة، لكي يتسنى لها القضاء بالتعويض لمصلحة صاحب العمل.

أما بخصوص الاستناد لقاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان، أرى بأن استناد المحكمة عليها لم يكن له داع، ولا اعرف تماماً وجه استدلال المحكمة بهذه القاعدة، فالسؤال المطروح يتعلق بوجود التعسف من عدمه، والتعسف غير جائز شرعاً، وهو لا يعد استعمالاً مشروعاً للحقوق.

المبحث الثالث: الحكم بفائدة نتيجة عدم دفع الحقوق العمالية

لقد توصلت محكمة النقض الموقرة، إلى أن حقوق العامل تعتبر ديناً في ذمة صاحب العمل بعد إنهاء عقد العمل، فإذا لم يقم صاحب العمل بدفعها، يحكم عليه بالفائدة من تاريخ الادعاء وحتى السداد التام في حال الادعاء بها[١٣].

أؤيد ما توصلت له محكمة النقض من وجوب الحكم بالفائدة القانونية إذا تخلف صاحب العمل عن دفع الديون المترتبة في ذمته للعامل، حيث تعتبر حقوق العامل ديوناً في ذمة صاحب العمل يجب الوفاء بها، واتجاه محكمة النقض الفلسطينية لا يختلف عن الاتجاه الذي تتبناه محكمة التمييز الأردنية، حيث استقر اجتهاد محكمة التمييز الأردنية على وجوب إلزام صاحب العمل من تاريخ المطالبة أو الادعاء أيهما أسبق[١٤]، فإذا طالب العامل صاحب العمل بحقوقه في الدعوى، فيجب

حساب الفوائد من تاريخ إقامة الدعوى ما لم يكن قد سبق له إرسال إشعار بالمطالبة قبل الدعوى، فتحسب الفوائد من تاريخ المطالبة.

ويؤدي اتجاه محكمة النقض إلى جبر الضرر الذي قد يلحق بالعامل نتيجة التأخر في نيله حقوقه، كما يؤدي من جهة ثانية إلى حث أصحاب العمل على منح العمال لحقوقهم بصورة سريعة، حيث يقدمون على دفع حقوق العمال خوفاً من إلزامهم بدفع الفوائد.

الخلاصة:

أتفق مع ما توصلت إليه محكمة النقض من وجوب حساب مكافأة نهاية الخدمة بموجب أحكام القانون الجديد، فالمركز القانوني للعامل لم يكن مكتملاً أو مرتباً لآثاره المتعلقة بالمكافأة قبل صدور القانون الجديد، وبحصول إنهاء العقد في ظل القانون الجديد، يتوجب تطبيق القانون الجديد على آثار الإنهاء لأنها ترتبت في ظله أي في ظل القانون الجديد، وهذا الحكم ما هو إلا تطبيق لقاعدة الأثر الفوري أو المباشر لتطبيق القانون.

غير أنني اختلف مع ما توصلت إليه المحكمة من أنه يجب حساب الإجازات السنوية بحسب قواعد القانون الجديد، فهذه النتيجة تؤدي إلى تطبيق قانون العمل بأثر رجعي بغير مسوغ قانوني.

وعلى خلاف ما توصلت إليه المحكمة الموقرة من أن قانون العمل لم يتضمن أحكاماً تبيّن فيما إذا كان فصل العامل تعسفياً، أرى أن قانون العمل الفلسطيني على العكس تضمّن معياراً يبيّن فيما إذا كان الفصل تعسفياً أم لا (مادة ٣/٤٦) وقد كان على المحكمة استعمال هذا المعيار كأساس للحكم في هذه المسألة.

ولا أرى مبرراً لمحكمة النقض في الرجوع إلى أحكام القانونين المدنيين الأردني والمصري، خاصة وإن نظرية التعسف في القانون المدني الأردني مستمدة من الفقه الإسلامي، ولها جذور في مجلة الأحكام العدلية الواجبة التطبيق في فلسطين.

كما أنني لا أتفق مع ما توصلت إليه المحكمة الموقرة من وجوب إثبات الضرر لكي يستحق العامل تعويضاً عن فصله تعسفياً، وأرى أن قانون العمل الفلسطيني حدد تعويضاً مقداره شهرين عن كل سنة أمضاها العامل المفصول تعسفياً في العمل (مادة ٤٧)، وهذا التعويض واجب الأداء للعامل بمجرد ثبوت التعسف، بغض النظر عن وقوع الضرر فعلاً أو عدم وقوعه.

واتفق مع ما توصلت إليه محكمة النقض من أن حقوق العامل تعتبر ديناً في ذمة صاحب العمل، يستوجب إلزامه بدفع فوائد عن التأخر في أدائه، حيث تعمل هذه الفوائد على جبر الضرر من جهة، وعلى حث أصحاب العمل على دفع حقوق العمال دون تأخير.

الهوامش

١- جاء في قرار صادر عن محكمة النقض المصرية بأنه:» ... إذا كان عقد العمل قد أبرم قبل صدور هذا القانون واستمر إلى ما بعد العمل به، فإن مكافأة نهاية الخدمة السابقة عليه تستحق عن مدة الخدمة كاملة وعلى أساس القواعد المنصوص عليها فيه، لأن ما تتضمنه من قواعد تنظيمية آمرة أو من النظام العام هو الّذي يحكم ما لم يكن قد تم واكتمل من آثار العقد الذي انتهى في ظله» نقض ١٩٧٠/٦/١٠، مجموعة المكتب الفني، س٢١، ص١٠٢٧. مشار إليه: عبد السيد تناغو، سمير: النظرية العامة للقانون، الإسكندرية، منشأة المعارف، ص٧٢٥.

٢- الجمّال، مصطفى وإبراهيم سعد، نبيل: النظرية العامة للقانون، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٢، ص١٢٣-١٢٤. الصدة، عبد المنعم فرج: مباديء القانون، بيروت، دار النهضة العربية، ١٩٨٢، ص١٥٠-١٥١.

٣- نصت المادة ١/٧٤ من قانون العمل الفلسطيني رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ بأنه: «يستحق العامل إجازة سنوية مدفوعة الأجر مدتها أسبوعان عن كل سنة في العمل، وثلاثة أسابيع في الأعمال الخطرة أو الضارة بالصحة ولمن أمضى خمس سنوات في المنشأة...».

٤- لمزيد من التفصيل في شرح النظريتين التقليدية والحديثة انظر: الصرّاف، عباس وحزبون، جورج: المدخل إلى علم القانون، ط٢، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩١، ص١٠٤-١١٥. السعيد، محمد جلال: مدخل لدراسة القانون، الرباط، دار الأمان، ١٩٩٥، ص١٧٧-١٨٦. الجمّال، مصطفى وإبراهيم سعد، نبيل: النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص١٠٧-١٣٥. الصدة، عبد المنعم فرج: مباديء القانون، مرجع سابق، ص١٣٥-١٥٤. قاسم، محمد حسن: المدخل لدراسة القانون، ج١، القاعدة القانونية، ط١، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٦، ص٣٦٥-٣٧٣.

٥- نصت المادة ١١٧ على انه : «لا تسري أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها، ويجوز عند الاقتضاء في غير المواد الجزائية النص على خلاف ذلك».

٦- جاء على الصفحة الخامسة من قرار محكمة النقض الفلسطينية رقم ٢٠٠٤/١٨٢: «لم يحدد قانون العمل أحكاما خاصة لقيام صاحب العمل بفصل العامل تعسفياً، غير أن المادة ٢/٦٦ من القانون المدني الأردني نصت على أنه يكون استعمال الحق غير مشروع: أ- إذا توفر قصد التعدي. ب- إذا كانت المصلحة المرجوة من الفصل غير مشروعة. ج- إذا كانت المنفعة لا تتناسب مع ما يصيب الغير من الضرر. د- إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة، وبرأينا انه يمكن الاستناد إلى هذه القواعد العامة لاستخلاص حالة التعسف ويعود تقدير فيما إذا كان الفصل تعسفياً ام لا إلى المحكمة حسب الظروف والملابسات...».

٧- الصفحة السادسة من القرار.

٨- قرار محكمة استئناف القاهرة، ٣١ مايو ١٩٥٦، الفكهاني، ج١، مجلد٣، ص١٢٨، رقم٥٥٨. قرار محكمة الإسكندرية الابتدائية، ٢٠ نوفمبر ١٩٦١، موسوعة الهواري، ج٢، ص٤٢٢، رقم ٤٩٠. مشار إلى هذين القرارين في كتاب: شنب، محمد لبيب: شرح قانون العمل، ط٣، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٧٦، ص٤٠٣.

٩- جاء في قرار هام صادر عن محكمة التمييز الأردنية بأنه: «استقر اجتهاد محكمة التمييز منذ صدور قرار الهيئة العامة رقم ٢٠٠٢/٣٠٣٨ على أن الفصل إذا وقع بلا مبرر ولم يكن بسبب إحدى الحالات التي نص عليها قانون العمل والتي يجوز معها لصاحب العمل إنهاء خدمات العامل بحيث إذا لم تتوافر إحدى هذه الحالات يكون الفصل حينئذ تعسفياً ...». قرار محكمة تمييز حقوق رقم ٢٠٠٤/٢٤١٢، تاريخ ٢٠٠٥/١/١١، منشورات مركز عدالة.

١٠- لمزيد من التفصيل حول أصول هذه النظرية، انظر: الدريني، فتحي: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط٣، بيروت، مؤسسة الرسالة للطبع والنشر والتوزيع، ١٩٩٨، ص١٧٠-٢٢٥. وأورد كذلك بعض ما جاء في المذكرة الإيضاحية للمادة ٦٦ من القانون المدني الأردني: «... حرص المشروع على أن يأخذ بلب القواعد التي استقرت في الفقه الإسلامي في هذا المجال مثل قاعدة (لا ضرر ولا ضرار) و (الضرر يزال) و (الضرر لا يزال بمثله) و (الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف) و (درء المفاسد أولى من جلب المنافع) ... ويراجع في ذلك شرح المادة ٩١ من المجلة لعلي حيدر...». المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج١، عمان، المكتب الفني في نقابة المحامين الأردنيين، ١٩٩٢، ص٨١-٨٢.

١١- يستدل على ذلك من الرجوع لما ورد على الصفحة السادسة من القرار.

١٢- نصت المادة السادسة من قانون العمل على انه: «تمثل الأحكام الواردة في هذا القانون الحد الأدنى لحقوق العمال التي لا يجوز التنازل عنها، وحيثما وجد تنظيم خاص لعلاقات العمل تنطبق أحكام هذا القانون أو أحكام

التنظيم الخاص أيهما أفضل للعامل».

١٣- الصفحة السابعة من القرار.

١٤- قررت محكمة التمييز الأردنية بأنه: «جرى اجتهاد محكمة التمييز على أن الحقوق العمالية دِينٌ بذمة صاحب العمل عند انتهاء عقد العمل ، فإذا لم يقم بدفعها بعد مطالبته يحكم عليه بالفائدة اعتباراً من تاريخ المطالبة عملاً بالمادة ١٦٧ من قانون أصول المحاكمات المدنية الساري المفعول عند رفع الدعوى باعتبار أن المطالبة ومحل الالتزام مبلغ من النقود ومعلوم المقدار وقت رفع الدعوى أي أن تحديده قائم على أسس ثابتة ، وتأسيساً على ذلك فإن المدعي يستحق فائدة قانونية على المبلغ المحكوم به له من تاريخ المطالبة وحتى السداد التام». قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم ٢٠٠٥/١٧١٠ (هيئة خماسية) تاريخ ٢٠٠٦/٤/٥، منشورات مركز عدالة. علماً أن أحكام محكمة التمييز الأردنية اختلفت فيما يتعلق بحساب الفوائد على تعويض الفصل التعسفي، حيث نجد قرارا يقضي بعدم جواز حساب الفائدة عنها، بينما نجد قراراً آخر يقضي بجواز حساب الفائدة عن الإنهاء التعسفي. فقد قررت محكمة التمييز بأنه: «استقر اجتهاد محكمة التمييز على أنّ الحقوق العمالية ما عدا تعويض الفصل التعسفي تعتبر ديناً يترتب بذمة صاحب العمل عند انتهاء عقد العمل فإذا لم يقم بدفعها بعد مطالبته يحكم عليه بالفائدة اعتباراً من تاريخ المطالبة ...». قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم ٢٠٠٥/٤٥١٥ (هيئة خماسية) تاريخ ٢٠٠٦/٣/٥، منشورات مركز عدالة. وفي قرار آخر نجد المحكمة الموقرة تقضي بأنه:» إذا كان المبلغ المحكوم به على الجهة المدعى عليها هو من قبيل الحكم بالتعويض والتضمينات لإنهاء عقد العمل قبل حلول أجله ودون مبرر قانوني فان الحكم بمثل هذه الأمور يستوجب الحكم بالفائدة القانونية المطالب بها ...». قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم ٢٠٠٥/٤٤٩٩ (هيئة خماسية) تاريخ ٢٠٠٦/٦/٢٥، منشورات مركز عدالة.

التعليق على قرار محكمة النقض رقم ٢٠٠٤/١٨٢

المحامي عصام لطفي الشريف- الأردن

مقـــدمـــة:-

إن قانون العمل يحكم وينظم العلاقات التي تنشأ عن العمل المأجور، أي العمل الذي يقوم به شخص بقصد الحصول على مقابل عوضاً عنه، لذلك تقوم السلطة التشريعية بإصدار قانون يعنى بشؤون العمل والعمال هو قانون العمل.
ويمكن القول أن قانون العمل هو (مجموعة القواعد القانونية التي تحكم العلاقات الناشئة عن قيام شخص بالعمل لحساب شخص آخر وتحت سلطته وإشرافه مقابل الأجر).
وكان قانون العمل رقم ٢١ لسنة ١٩٦٠ وتعديلاته هو القانون النافذ والمعمول به في محافظات الضفة إلى أن تم إلغاؤه بموجب قانون العمل الفلسطيني رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ الذي بدء تطبيقه إعتباراً من ٢٠٠١/١٢/٢٥.
ولمناقشة المبادئ القانونية التي تضمنها قرار النقض رقم ٢٠٠٤/١٨٢ تاريخ ٢٠٠٥/١/٢٩ فإننا نتناول:-

١-الإجراءات التي تمت في القضية (ملخص القضية).
٢- الإشارة لبعض المبادئ العامة التي تحكم علاقات العمل والدعاوى العمالية.
٣- مناقشة المبادئ القانونية التي تضمنها قرار النقض.

أولاً: الإجراءات التي تمت في القضية (ملخص القضية):-

من خلال تدقيق أوراق القضية تبين لنا ما هو آت:-
١- أقام المدعي تيسير (حج أسعد) رشيد الدحدوح القضية الصلحية الحقوقية رقم ٢٠٠٢/١١٢ أمام محكمة صلح نابلس ضد المدعى عليها نقابة المهندسين - فرع نابلس مطالباً فيها بمبلغ وقدره (أربعة آلاف ومائتان وخمسة وسبعون ديناراً) على التفصيل الآتي:-

فلـس	دينـار	
٠٠٠	١٣٥٠	مكافأة نهاية خدمة عملاً بأحكام المادة (٤٥) من قانون العمل
٠٠٠	٢٧٠٠	بدل فصل تعسفي عملاً بأحكام المادة (٤٧) من قانون العمل
٠٠٠	٢٢٥	بدل إجازة سنوية عن ستة أسابيع عملاً بأحكام المادة (١/٧٤) من قانون العمل
٠٠٠	٤٢٧٥	

٢- بتاريخ ٢٠٠٣/٩/٣٠ أصدرت محكمة صلح نابلس قرارها في القضية الصلحية الحقوقية رقم ٢٠٠٢/١١٢ والمتضمن الحكم بإلزام المدعى عليها نقابة المهندسين - فرع نابلس بأن تدفع للمدعي مبلغ وقدره (أربعة آلاف ومائتي دينار أردني) على التفصيل الآتي:-

فلس	دينار	
٠٠٠	١٣٥٠	مكافأة نهاية خدمة عملاً بأحكام المادة (٤٥) من قانون العمل رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠
٠٠٠	٢٧٠٠	بدل فصل تعسفي عملا بأحكام المادة (٤٧) من قانون العمل رقم ٧ لسنة ٢٠٠.
٠٠٠	١٥٠	بدل إجازة سنوية عن أربع أسابيع عملاً بأحكام المادة (١/٧٤) من قانون العمل رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠
٠٠٠	٤٢٠٠	

٣- لم ترتض المدعى عليها نقابة المهندسين – فرع نابلس بالقرار الصادر عن محكمة صلح نابلس فتقدم وكيلها بلائحة للطعن في القرار المذكور إلى محكمة بداية نابلس بصفتها الإستئنافية.

٤- بتاريخ ٢٠٠٤/٣/١٥ أصدرت محكمة بداية نابلس بصفتها الإستئنافية قرارها في القضية الإستئنافية رقم ٢٠٠٣/٦٥ والمتضمن فسخ القرار الصادر عن محكمة صلح نابلس بخصوص الشق المتعلق بمكافأة نهاية الخدمة والحكم بإلزام المدعى عليها/ المستأنفة بمبلغ وقدره (ثلاثة آلاف وسبعمائة وخمسون ديناراً) على التفصيل الآتي:-

فلس	دينار	
٠٠٠	٩٠٠	مكافأة نهاية خدمة
٠٠٠	٢٧٠٠	بدل فصل تعسفي
٠٠٠	١٥٠	بدل إجازة سنوية
٠٠٠	٣٧٥٠	

٥- لم يرتض طرفي القضية بالقرار الصادر عن محكمة بداية نابلس بصفتها الإستئنافية حيث:-

أ- تقدم وكيل المدعي/المستأنف عليه بلائحة طعن إلى محكمة النقض الموقرة.

ب- وتقدم وكيل المدعى عليها/المستأنفة بلائحة طعن إلى محكمة النقض الموقرة.

١- بتاريخ ٢٠٠٤/٤/١٠ أصدرت محكمة النقض الموقرة قرارها في القضية رقم ٢٠٠٤/٤١ والمتضمن:-

أ- رد الطعن المقدم من نقابة المهندسين – فرع نابلس شكلاً لعدم دفع الرسوم القانونية عن لائحة الطعن.

ب- أما بخصوص الطعن المقدم من المدعي/المستأنف عليه وحيث أن الهيئة في محكمة بداية نابلس بصفتها الإستئنافية مصدرة الحكم الطعين غير تلك التي إستمعت للمرافعات النهائية فيكون الحكم باطلاً عملاً بأحكام المادتين ١٧٠ و ١٦٧ من قانون أصول المحاكمات المدنية.

٢- كما أصدرت محكمة النقض الموقرة بتاريخ ٢٠٠٤/٤/١٤ قرارها في القضية رقم ٢٠٠٤/٤٩ بناء على الطعن المقدم من نقابة المهندسين-فرع نابلس – بعد دفع الرسوم – وجاء فيه نفس المبادئ التي تضمنها القرار رقم ٢٠٠٤/٤١.

٦- قررت محكمة بداية نابلس بصفتها الإستئنافية إتباع ما جاء بقرار النقض رقم ٢٠٠٤/٤١ تاريخ ٢٠٠٤/٤/١٠ وأصدرت ذات القرار المطعون فيه أمام محكمة النقض الموقرة.

٧- تقدم طرفي القضية بطعن بطريق النقض للمرة الثانية (نقض مكرر).

٨- بتاريخ ٢٠٠٥/١/٢٩ أصدرت محكمة النقض قرارها في القضية رقم ٢٠٠٤/١٨٢ والمتضمن:-

١- بخصوص الطعن المقدم من المدعي/الطاعن ت. ح. ر:-

١- نقض القرار الصادر عن محكمة بداية نابلس بصفتها الإستئنافية بخصوص مكافأة نهاية الخدمة والحكم للمدعي/الطاعن بمبلغ وقدره (ألف وثلاثمائة وخمسون ديناراً).

٢- نقض القرار الصادر عن محكمة بداية نابلس بصفتها الإستئنافية بخصوص بدل الإجازة السنوية والحكم للمدعي/الطاعن بمبلغ وقدره (مائتان وخمسة وعشرون ديناراً).

٣- نقض القرار الصادر عن محكمة بداية نابلس بصفتها الإستئنافية بخصوص عدم الحكم بالفائدة القانونية والحكم للمدعي/الطاعن بالفائدة القانونية من تاريخ الإدعاء وحتى السداد التام.

ب- بخصوص الطعن المقدم من المدعى عليها/الطاعنة نقابة المهندسين - فرع نابلس:-

نقض القرار الصادر عن محكمة نابلس بصفتها الإستئنافية - والمتضمن تصديق قرار محكمة صلح نابلس - المتضمن الحكم للمدعي/المطعون ضده ببدل الفصل التعسفي وعدم الحكم للمدعي/المطعون ضده بذلك.

٩- أعيدت القضية إلى محكمة نابلس بصفتها الإستئنافية للسير على هدى ما تضمنه قرار النقض إلا أنه وبتاريخ ٢٠٠٥/٢/٢٣ تمت المصالحة بين طرفي الدعوى بحيث تقوم المدعى عليها نقابة المهندسين - فرع نابلس بدفع مبلغ وقدره (ألفي دينار) تسوية ومصالحة شاملة للمبلغ المطالب به والرسوم وأتعاب المحاماة.

ثانياً: الإشارة لبعض المبادئ العامة التي تحكم علاقات العمل والدعاوى العمالية:-

على ضوء ما أثير خلال إجراءات المحاكمة أمام محكمة الصلح ومحكمة نابلس بصفتها الإستئنافية ومحكمة النقض الموقرة فإننا نشير لبعض المبادئ التي تحكم علاقات العمل والدعاوى العمالية وهي:-

١- أن نصوص قانون العمل تتصف بالصفة الآمرة، ومن أجل ضمان تطبيق ذلك نص القانون على نوعين من الجزاءات:-

١- الجـزاء المـدنـي:-

(المود ٦، ٦٥، ٢/٧٤) من قانون العمل رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠.

٢- الجـزاء الجـزائـي:-

(المواد ١٣١ وما بعدها من قانون العمل رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠).

بالإضافة للإهتمام بالتفتيش على العمل ومنح مفتشي العمل صفة الضابطة العدلية (المواد ١٠٧ وما بعدها من قانون العمل).

٢- أن قانون العمل الواجب التطبيق على المطالبات الواردة في لائحة الدعوى هو القانون المعمول به والنافذ بتاريخ إنتهاء خدمات العامل المدعي.

وحيث أن إنهاء خدمات المدعي تم بتاريخ ٢٠٠١/١٢/٣١ فإن قانون العمل رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ هو القانون الواجب التطبيق.

-جاء في القرار التمييزي رقم ٩٧/٢٢٧٩ صفحة ٣٨٢١ سنة ١٩٩٩ مجلة نقابة المحامين ما يلي:-

((أن الدفع بأن على محكمة الإستئناف تطبيق قانون العمل القديم رقم ٢١ لسنة ١٩٦٠ على مدة عمل المميز ضده من ١٩٩٥/٧/١ وحتى تاريخ ١٩٩٦/٦/١٦ لأن أثر القانون الجديد رقم ٨ لسنة ١٩٩٦ مباشر وليس بأثر رجعي هو دفع مستوجب الرد ذلك لأن قانون العمل رقم ٨ لسنة ١٩٩٦ النافذ المفعول في ١٩٩٦/٦/١٦ هو الواجب التطبيق على هذه الدعوى وذلك وفقاً للمادة الأولى منه)).

- جاء في القرار التمييزي رقم ٩٧/٢١٥٨ صفحة ٣٦٢٢ سنة ١٩٩٩ مجلة نقابة المحامين ما يلي:-

((إنتهاء عمل العامل أثناء سريان قانون العمل رقم ٨ لسنة ١٩٩٦ يوجب تطبيق أحكامه المتعلقة بالمطالبة بمكافأة نهاية الخدمة على دعواه عملاً بأحكام المادتين ٣٢ و ١٤١ من قانون العمل المذكور)).

- جاء في القرار التمييزي رقم ٩٩/٢٥٢٠ صفحة ٣٣٢ العدد الرابع المجلة القضائية سنة ٢٠٠٠ ما يلي:-

((٢- حيث أن الحقوق التي يطالب بها المميز ضده قد ترتبت في نهاية مدة عمله الواقعة بتاريخ ١٩٩٧/٥/١ مباشرة فيكون قانون العمل رقم ٨ لسنة ١٩٩٦ النافذ المفعول من ١٩٩٦/٦/١٦ هو القانون الواجب التطبيق وفقاً للمادة الأولى منه)).

- جاء في القرار التمييزي رقم ٩٩/١١٤٢ صفحة ٥٦٠ العدد الثامن المجلة القضائية سنة ١٩٩٩ ما يلي:-

((١- أن القانون الواجب التطبيق على المطالبة بالتعويض عن الفصل التعسفي هو القانون الساري المفعول عند تاريخ فصل العامل عن العمل.

وحيث أن المميزضدهم فصلوا من العمل بتاريخ ١٩٩٦/٦/١٦ فيكون القانون الواجب التطبيق هو قانون العمل الأردني رقم ٨ لسنة ١٩٩٦ الساري المفعول بتاريخ الفصل)).

- جاء في القرار التمييزي رقم ٩٧/٣٠٢ صفحة ١٩٩١ سنة ١٩٩٨ مجلة نقابة المحامين ما يلي:-

((من المتفق عليه فقهاً وقضاء أن كل قانون يصدر يحكم الوقائع القانونية التي تمت في ظله ما لم يرد نص بشمول وقائع سابقة لسريانه وعليه وطالما أن عقد العمل موضوع الدعوى قد تم في ظل قانون العمل رقم ٢١ لسنة ١٩٦٠ وأن فسخ العقد تم في ظل هذا القانون أيضاً فلا يرد القول بوجوب تطبيق قانون العمل الجديد على وقائع الدعوى إضافة إلى أن القانون تضمن أن أحكامه تبدأ في النفاذ بعد (٦٠) يوماً من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية أي أنه لا يسري على وقائع هذه الدعوى)).

٣- في الدعاوى المقامة للمطالبة ببدل الفصل التعسفي - والمطالبات الأخرى - يقع على عاتق صاحب العمل/المدعى عليه إثبات السبب القانوني والمشروع لإنهاء عمل العامل بحيث إذا عجز عن إثبات هذا السبب فإن إنهاء خدمات العامل يعتبر فصلاً تعسفياً بمعنى:-

ا- أن العامل المدعي لا يكلف بإثبات أن فصله من العمل كان فصلاً تعسفياً أي لايستند على أي مبرر قانوني أو مشروع.

ب- إذا أقر صاحب العمل بواقعة إنهاء الخدمات - في حال كون الإنهاء تم شفهياً- فإن

عبء إثبات السبب القانوني والمشروع لإنهاء الخدمات ينتقل على عاتق صاحب العمل.
لقد لاحظت ومن خلال تدقيق محضر المحاكمة أمام محكمة صلح نابلس أن وكيل المدعي طلب تقديم البينة لإثبات أن فصل المدعي كان فصلاً تعسفياً رغم أنه غير مكلف بذلك.

-جاء في القرار التمييزي رقم ٩٨/٣٩٣٢ صفحة ٣٩٧ سنة ١٩٩٩ مجلة نقابة المحامين ما يلي:-

((إقرار رب العمل (المميزه) أنها فصلت العامل من العمل بإدعاء أنه خالف تعليماتها دون أن تقدم أية بينة تثبت أنه خالف تعليماتها أو إرتكب أي مخالفة تبرر فصله يجعل من الحكم للعامل ببدل الفصل التعسفي في محله وموافقاً للقانون)).

- جاء في القرار التمييزي رقم ٩٩/٢٣١١ صفحة ٢٢٢ العدد الثاني المجلة القضائية سنة ٢٠٠٠ ما يلي:-

((٢- أن الفصل يكون تعسفياً إن لم يثبت رب العمل أنه تم وفق الإجراءات المنصوص عليها بالمادة ٣١ من قانون العمل أو المادة ٢٨ من نفس القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٦)).

- جاء في القرار التمييزي رقم ٩٨/١٨١٧ صفحة ٥٢٧ العدد الثاني المجلة القضائية سنة ١٩٩٩ ما يلي:-

((١- حيث أن محكمة الموضوع بعد أن تبين لها أن إنهاء خدمة المدعي لم يكن مبرراً وأن فصله كان تعسفياً حيث لم يثبت المدعى عليه خلاف ذلك بعد أن أعطي فرصة لتقديم بيناته قضت بإلزام هذا الأخير بأن يدفع للمدعي مبلغ ٤٢٠ دينار تعويضاً عن الفصل التعسفي.
وحيث أن هذا المبلغ الذي يمثل أجر المدعي عن ثلاثة اشهر يشكل الحد الأدنى للتعويض المنصوص عليه في المادة (٢٥) من قانون العمل فتكون المحكمة والحالة هذه لم تبالغ في الحكم بمقدار التعويض بل تقيدت بحكم القانون)).

٤- أن الكتاب الموجه من صاحب العمل إلى العامل والذي يعلمه فيه بإنهاء خدماته من العمل يجب أن يتضمن سبب إنهاء الخدمات لتمكين المحكمة التي تنظر دعوى المطالبة بالحقوق العمالية من بسط رقابتها فيما إذا توافر أي سبب من أسباب إنهاء الخدمات المنصوص عليها في المادة (٤٠) من قانون العمل رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ أم لا.

٥- إذا تم إنهاء خدمات العامل بموجب كتاب خطي مع منح العامل فترة إشعار فإن تاريخ إنهاء خدمات العامل هو تاريخ إنتهاء مدة الإشعار بمعنى أنه كان يتوجب أن تكون صيغة الكتاب الموجه من المدعى عليها نقابة المهندسين - فرع نابلس للمدعي بالشكل الآتي:-

٢٠٠١/١١/٢٩

((السيد ت. ح. المحترم،
تحية وإحتراماً وبعد،
نرجو أن نعلمك بإنهاء خدماتك من العمل إعتباراً من ٢٠٠١/١٢/٣١ وإعتبار الفترة من ١١/٢٩/ ٢٠٠١ ولغاية ٢٠٠١/١٢/٣١ فترة إشعار أو إنذار.

مع خالص الإحترام ،،،
عـ/نقابة المهندسين
فـرع نـابـلـس))

بينما الكتاب الموجه من المدعى عليها للمدعي أثار إشكال بسبب صياغته من حيث التاريخ حيث تمسكت المدعى عليها بأن إنهاء الخدمات تم بتاريخ ٢٠٠١/١١/٢٩ وإعتبار الشهر بعد ذلك ولغاية ٢٠٠١/١٢/٣١ فترة إشعار وطالبت بتطبيق قانون العمل رقم ٢١ لسنة ١٩٦٠ على موضوع الدعوى.

٦- أن المادة (٤٦)من قانون العمل رقم٧ لسنة٢٠٠٠ نظمت أحكام وقواعد الإشعار- رغم أن هذا التنظيم جاء قاصراً - ولا يعني ماتضمنته الفقرة (١) من المادة المذكورة أنه يجوز لأي من طرفي عقد العمل إنهاء عقد العمل غير محدد المدة دون توافر سبب قانوني أو مشروع أو دون منح العامل حقوقه.

٧- يبقى عقد العمل ساري المفعول خلال فترة الإشعار وتحسب فترة الإشعار من مدة خدمة العامل وبالتالي يترتب على هذه الفترة الآثار القانونية من حيث :-

ا- تحديد تاريخ إنهاء الخدمات.

ب- تحديد القانون الواجب التطبيق على الدعوى أو القضية.

- تنص المادة ٢/٤٦ من قانون العمل رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ على ما يلي:-

((٢- يحق للعامل الذي تلقى إشعاراً من صاحب العمل بإنهاء عقد العمل التغيب عن العمل طيلة النصف الثاني من أجل الإشعار ويعتبر تغيبه عملاً فعلياً في المنشأة)).

- تنص المادة ٢٣/ب من قانون العمل الأردني رقم ٨ لسنة ١٩٩٦ على ما يلي:-

((ب- يبقى عقد العمل ساري المفعول طوال مدة الإشعار وتعتبر مدة الإشعار من مدة الخدمة)).

٨- أن قانون العمل رقم ٢١ لسنة ١٩٦٠ وقانون العمل رقم ٨ لسنة ١٩٩٦ وقانون العمل الفلسطيني رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ لم يعرف أي منهم الفصل التعسفي بل يكتفي المشرّع بإيراد:-

ا- تطبيقات تشريعية للفصل التعسفي.

ب- ترك حيزاً ضيقاً للقضاء للبحث فيما إذا كان الفصل تعسفياً أم لا.

وبالتالي فإن تعريف الفصل التعسفي يترك للقضاء.

- جاء في القرار التمييزي رقم ٩٩/٥٥٧ صفحة ٥٤٤ العدد التاسع المجلة القضائية سنة ١٩٩٩ ما يلي:-

((١- أن الإجتهاد القضائي قد إستقر على أن الفصل التعسفي للعامل هو الذي يصدر عن صاحب العمل بإنهاء إستخدام العامل لديه في غير الحالات التي يجوز معها لصاحب العمل إنهاء خدمات العامل)).

ا- التطبيقات التشريعية للفصل التعسفي في قانون العمل الأردني رقم ٨ لسنة ١٩٩٦:-

تنص المادة ٢٥ من قانون العمل على ما يلي :-

((إذا تبين للمحكمة المختصة في دعوى أقامها العامل خلال ستين يوماً من تاريخ فصله أن الفصل كان تعسفياً ومخالفاً لأحكام هذا القانون ..... إلخ)).

وعليه نشير لبعض نصوص هذا القانون:-

١-إنهاء الخدمات خلافاً لأحكام المادة ٢٧ من قانون العمل يعتبر فصلاً تعسفياً.

٢-إنهاء الخدمات لعدم توافر أي حالة من الحالات المنصوص عليها في المادة (٢٨) من قانون العمل يعتبر فصلاً تعسفياً.
٣-إنهاء الخدمات دون مراعاة الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في المادة (٣١) من قانون العمل يعتبر فصلاً تعسفياً.
٤-إنهاء الخدمات بعد إنتهاء فترة التجربة المنصوص عليها في المادة (٣٥) من قانون العمل يعتبر فصلاً تعسفياً.
٥-إنهاء الخدمات خلال نظر النزاع العمالي الجماعي عملاً بأحكام المادة (١٣٢/ب) من قانون العمل يعتبر فصلاً تعسفياً.
والملاحظ أنه في الوقت الحاضر تلجأ المحاكم إلى التطبيقات التشريعية للفصل التعسفي.

- جاء في القرار التمييزي رقم ٩٧/٢٢٩٨ صفحة ١٨٥٦ سنة ١٩٩٨ مجلة نقابة المحامين ما يلي:-

((نصت المادة ٢٧/أ من قانون العمل صراحة على عدم جواز إنهاء خدمة المرأة العاملة الحامل إبتداءاً من الشهر السادس من حملها أو خلال إجازة الأمومة أو توجيه الإشعار بإنهاء الخدمة خلال تلك المدة وعليه لا يصلح التذرع بأن فصل المدعية لم يكن تعسفياً بمقولة أن المدعى عليها وجهت لها إشعار بإنهاء خدماتها.
ذلك أن نصوص قانون العمل فيما أمرت به أو نهت عنه لتحقيق مصلحة للعامل أو تقرير حق له هي من النظام العام التي لا يجوز الإتفاق على مخالفتها ويعتبر التصرف المخالف لهذه النصوص باطلاً ويحق للمحكمة إثارته والقضاء به من تلقاء نفسها.
وعلى ذلك فإن توجيه الإنذار للمدعية في نهاية شهر أيار ١٩٩٧ وقبل وضعها مولودها بخمسة عشر يوماً بإنهاء عملها إعتباراً من نهاية شهر حزيران أي وهي في إجازة الأمومة وخلافاً للمادة ٢٧/أ/١ من قانون العمل يجعل من فصلها من العمل تعسفياً وتستحق معه التعويض المنصوص عليه بالمادة (٢٥) من قانون العمل ويكون الحكم لها بأجر ستة أشهر موافقاً للقانون)).

- ونشر هذا القرار على الصفحة ٤٠٤ العدد الثالث المجلة القضائية سنة ١٩٩٩.

- جاء في القرار التمييزي رقم ٩٧/٩٧٨ صفحة ٣١٠٢ سنة ١٩٩٩ مجلة نقابة المحامين ما يلي:-

((حيث أن المادة ٢٨ من قانون العمل رقم ٨ لسنة ١٩٩٦ حددت الحالات التي يجوز لصاحب العمل فصل العامل دون إشعار.
وحيث أنه لم تتوفر أية حالة من الحالات الواردة بهذه المادة بحق المدعية فيكون فصلها من العمل فصلاً تعسفياً ويكون الحكم للمدعية ببدل الفصل التعسفي متفقاً وأحكام القانون)).

-جاء في القرار التمييزي رقم ٩٩/٥٥٧ صفحة ٥٤٤ العدد التاسع المجلة القضائية سنة ١٩٩٩ ما يلي:-

((٢- حيث أن المادة ٢٨ من قانون العمل رقم ٨ لسنة ١٩٩٦ الواجب التطبيق قد حددت على سبيل الحصر الحالات التي تجيز لصاحب العمل إنهاء إستخدام العامل.
وحيث أن أياً من هذه الحالات لم تتوافر في الدعوى فيكون إنهاء إستخدام المدعي غير مستند إلى مبرر ويعتبر فصلاً تعسفياً موجباً للتعويض)).

-جاء في القرار التمييزي رقم ٩٧/٢٨٤ صفحة ٢٢١٩ سنة ١٩٩٨ مجلة نقابة المحامين ما يلي:-

((يستفاد من المادة ٣١/أ من قانون العمل رقم ٨ لسنة ١٩٩٦ بأنه يجوز لصاحب العمل إنهاء عقود العمل غير محددة المدة كلها أو بعضها أو تعليقها إذا إقتضت ظروف إقتصادية أو فنية هذا الإنهاء أو التعليق شريطة إشعار وزارة العمل بذلك.

وعليه وحيث أن المدعى عليه قام بفصل المدعي من العمل دون سابق إنذار كما أنه لم يعلم وزارة العمل بالظروف الإقتصادية التي إقتضت إنهاء عقد عمل المدعي للتحقق من سلامة الإجراءات فعليه يكون فصل المدعي فصلاً تعسفياً ومن حق المدعي المطالبة ببدل الفصل التعسفي المقرر بالمادة ٢٥ من قانون العمل وكذلك ببدل إشعار الفصل من العمل)).

- جاء في القرار التمييزي رقم ٩٩/١٤٣٩ صفحة ٥٥٧ العدد الثامن المجلة القضائية سنة ١٩٩٩ ما يلي:-

((حيث أن البينات التي إستندت إليها محكمة الإستئناف في القرار المميز تؤدي إلى النتيجة التي توصلت إليها من أن فصل المدعي كان بسبب مرضه وأثناء إجازته المرضية وتوصلت من خلال ذلك إلى أن فصلها للعامل المدعي كان تعسفياً فإنه لا رقابة لمحكمة التمييز على محكمة الموضوع في وزنها للبينات والأخذ بها طالما أن ما إستخلصته منها كان سائغاً ومقبولاً)).

- جاء في القرار التمييزي رقم ٩٩/٤٢٩ صفحة ٥٧٨ العدد الثامن المجلة القضائية سنة ١٩٩٩ ما يلي:-

((٢- حيث أنه لم يثبت لمحكمة الموضوع أن المميز ضده قد إرتكب أياً من المخالفات المنصوص عليها في المادة (٢٨) من قانون العمل وإنتهت إلى أن فصله كان تعسفياً وأنه يستحق التعويض المنصوص عليه في المادة (٢٥) من القانون المذكور فإنه لا سلطان لمحكمة التمييز عليها في ذلك)).

- جاء في القرار التمييزي رقم ٩٩/١٣١ صفحة ٣٨٧ العدد الثالث المجلة القضائية سنة ١٩٩٩ ما يلي:-

((١- لما كانت المميزة رب العمل ملزمة بمقتضى المادة ٣١/أ من قانون العمل رقم ٨ لسنة ١٩٩٦ في حالة قيامها بتقليص حجم العمل والعمال نتيجة قيام ظروف إقتصادية معينة أن يشعر وزارة العمل بذلك،وحيث أن المميزة لم تقدم ما يثبت وقوع هذا الإشعار فيكون فصلها للمميز ضده فصلاً تعسفياً بالمعنى الوارد في المادة (٢٥) من قانون العمل التي تجيز التعويض على العامل المفصول فصلاً تعسفياً بأجر ثلاثة أشهر إلى ستة أشهر)).

- جاء في القرار التمييزي رقم ٩٧/١٩٩ صفحة ٤٧٢٤ سنة ١٩٩٧ مجلة نقابة المحامين ما يلي:-

((ترك العامل العمل بناء على طلب صاحب العمل بداعي أن العامل ينافس صاحب العمل في بيع البضاعة التي ينتجها صاحب العمل ليس من الحالات المنصوص عليها في المادة (١٧) من قانون العمل والتي تجيز لصاحب العمل فصل العامل دون إشعار أو مكافأة. ويكون ما توصلت إليه محكمة الموضوع أن العامل قد فصل من عمله وأن هذا الفصل مخالف لأحكام المادتين (١٦ و ١٧) من قانون العمل في محله)).

- جاء في القرار التمييزي رقم ٩٥/٨٥٥ صفحة ٢٤٠٤ سنة ١٩٩٦ مجلة نقابة المحامين ما يلي:-

((قناعة محكمة الموضوع بأن رب العمل فصل العامل فصلاً تعسفياً بدون سبب مشروع

ودون إشعار يوجب الحكم له ببدل الإشعار عملاً بالمادة (١٦) من قانون العمل وبدل الفصل التعسفي عملاً بالمادة (٢٠) من ذات القانون وبدل الإجازة السنوية عن السنتين الأخيرتين وبدل العطل الأسبوعية والرسمية)).

- جاء في القرار التمييزي رقم ٩٥/٢٧٣ صفحة ٢٣٦٥ سنة ١٩٩٦ مجلة نقابة المحامين ما يلي:-

((يعتبر إنهاء عمل العامل لغير الأسباب الواردة في المادتين ١٦ و ١٧ من قانون العمل فصلاً تعسفياً يستحق عنه بدل الفصل التعسفي وإن كان العامل قد توقف عن العمل من أول يوم من مدة شهر الإنذار)).

ب- التطبيقات القضائة الأردنية للفصل التعسفي:-

- جاء في القرار التمييزي رقم ٩٩/٢٢٠ صفحة ٢٤٧٣ سنة ١٩٩٩ مجلة نقابة المحامين ما يلي :-

((إستناد المميزة (شركة البوتاس العربية المساهمة المحدودة) لنص المادة (٦٦) من نظام موظفي شركة البوتاس العربية رقم (١) لسنة ١٩٨٨ بإنهاء عمل المميز ضده لا يمنع من تقرير المحاكم من أن هذا الفصل هو فصل تعسفي على ضوء أحكام قانون العمل رقم ٨ لسنة ١٩٩٦ إذ أن أنظمة وتعليمات الشركات وأرباب العمل لا تعطل ولا تؤثر على هذا القانون بإعتباره التشريع الرسمي المنظم لشؤون العمل بكافة نواحيه)).

- جاء في القرار التمييزي رقم ٢٠٠٠/٣٧١ صفحة ١٦٠ العدد الثالث المجلة القضائية سنة ٢٠٠٠ ما يلي:-

((٢- حيث أن محكمة الإستئناف توصلت إلى أن التهمة المنسوبة للمدعي من قبل صاحب العمل هي أنه كان يتردد على مكتب الشاهدة مها عبد الجليل ويقوم بنقل أخبار بعض الأشخاص بالشركة أو بعض المكاتب لا تشكل إحدى الحالات الموجبة للفصل دون إشعار والواردة على سبيل الحصر في المادة (٢٨) من قانون العمل وأعتبرت أن فصل المدعي كان فصلاً تعسفياً غير مبرر فتكون قد طبقت القانون على وقائع الدعوى تطبيقاً سليماً)).

ج- التطبيقات التشريعية للفصل التعسفي من قانون العمل الفلسطيني رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠:-

تنص المادة ٣/٤٦ من قانون العمل رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ على ما يلي:-

((٣- يعتبر تعسفياً إنهاء عقد العمل دون وجود أسباب موجبة لذلك)).

وبناء عليه يمكن القول أن التطبيقات التشريعية للفصل التعسفي هي:-

١-إنهاء الخدمات في أي حالة من الحالات المنصوص عليها في المادة (٣٩) من قانون العمل.

٢-إنهاء الخدمات دون توافر أي حالة من الحالات المنصوص عليها في المادة (٤٠) من قانون العمل.

٣-إنهاء الخدمات دون توافر الأسباب أو الشروط المنصوص عليها في المادة (٤١) من قانون العمل.

٤-إنهاء خدمات العاملة خلال إجازة الوضع المنصوص عليها في المادة (١٠٣) من قانون العمل.

ثالثاً: مناقشة المبادئ القانونية التي تضمنها قرار النقض رقم ٢٠٠٤/١٨٢ تاريخ ٢٠٠٥/١/١٩:-

بتدقيق قرار النقض رقم ٢٠٠٤/١٨٢ تاريخ ٢٠٠٥/١/٢٩ لاحظنا أنه تضمن المبادئ القانونية الآتية:-

١-طالما أن تاريخ إنهاء خدمات المدعي هو ٢٠٠١/١٢/٣١ وبدأ قانون العمل رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ بالسريان والنفاذ إعتباراً من ٢٠٠١/١٢/٢١ فإن هذا القانون هو الواجب التطبيق على المطالبات الواردة في لائحة الدعوى.

٢- يتوجب إحتساب مكافأة نهاية الخدمة للمدعي عن فترة تسع سنوات وفقاً لأحكام المادة ٤٥ من قانون العمل رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠.

٣- طالما أن خدمات المدعي بلغت تسع سنوات فإنه يستحق بدل إجازة سنوية ثلاثة أسابيع عن كل سنة ومن حقه المطالبة بهذا البدل عن سنتين عملاً بأحكام المادة (٧٤) من قانون العمل رقم ٨ لسنة ٢٠٠٠.

٤- من حق المدعي المطالبة بالفائدة القانونية عن المبلغ المحكوم به من تاريخ الإدعاء حتى السداد التام.

٥- أنه لا يجوز الحكم ببدل الفصل التعسفي لأنه وطالما أن العقد قابلاً للإنهاء بإعلان وأعطي الإعلان فإن هذا يكفي ولا يجوز للطرف الآخر أن يشكو من عدم وجود مبرر لدى الطرف المنهي للعقد.

١- بخصوص تحديد قانون العمل الواجب التطبيق:-

فإن قرار محكمة النقض بتحديد قانون العمل رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ هو القانون الواجب التطبيق جاء متفقاً مع القانون ومع الإجتهادات القضائية.

٢- بخصوص طريقة أو كيفية إحتساب مكافأة نهاية الخدمة:-

فإن قرار محكمة النقض بتطبيق نص المادة (٤٥) من قانون العمل رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ جاء متفقاً مع القانون ومع الإجتهادات القضائية.

٣- بخصوص طريقة أو كيفية إحتساب بدل الإجارة السنوية:-

فإن قرار محكمة النقض بتطبيق نص المادة (٧٤) من قانون العمل رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ جاء متفقاً مع القانون ومع الإجتهادات القضائية.

٤- بخصوص المطالبة بالفائدة القانونية عن المبلغ المحكوم به:-

فإن قرار محكمة النقض المتضمن إستحقاق المدعي للفائدة القانونية عن المبلغ المحكوم به جاء متفقاً مع القانون ومع الإجتهادات القضائية.

- جاء في القرار التمييزي رقم ٩٩/٤٠٤ صفحة ٥٨٥ العدد الثامن المجلة القضائية سنة ١٩٩٩ ما يلي:-

((من المستقر عليه أن الحقوق العمالية التي ترتبت للعامل بذمة صاحب العمل بعد إنتهاء عقد العمل هو دين في ذمة صاحب العمل، فإذا لم يقم بدفعها بعد مطالبته بذلك يحكم عليه بالفائدة إعتباراً من تاريخ المطالبة في لائحة الدعوى)).

٥- بخصوص عدم الحكم ببدل الفصل التعسفي:-

مع إحترامنا التام لقضاء محكمة النقض الفلسطينية فإننا نخالف ما توصلت إليه المحكمة الموقرة ونرى أنه كان يتوجب :-

١- رد الطعن المقدم من المدعى عليها/الطاعنة نقابة المهندسين - فرع نابلس بخصوص بدل الفصل التعسفي.

٢-تصديق قرار محكمة بداية نابلس بصفتها الإستئنافية والمتضمن تصديق قرار محكمة صلح نابلس المتضمن الحكم للمدعي ببدل الفصل التعسفي.

وذلك للأسباب والمبررات الآتية:-

١- أن الإجتهاد القضائي قد إستقر على أن الفصل التعسفي للعامل هو الذي يصدر عن صاحب العمل بإنهاء إستخدام العامل لديه في غير الحالات التي يجوز معها لصاحب العمل إنهاء خدمات العامل.

وهذا المعيار لإعتبار الفصل فيما إذا كان تعسفياً أم لا من شأنه تسهيل مهمة المحكمة التي تنظر دعوى المطالبة بالحقوق العمالية ومن ضمنها بدل الفصل التعسفي لأن ما على المحكمة في هذه الحالة إلا تدقيق سبب إنهاء الخدمات وتطبيق نصوص قانون العمل عليه.

٢- أن المشرّع نظم في المادة (٤٦) من قانون العمل رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ أحكام وقواعد الإشعار المتمثلة في:-

١- أن الإشعار مقصور على عقد العمل غير محدد المدة.

٢- أن الإشعار قد يصدر من العامل أو من صاحب العمل.

٣- أن الإشعار يجب أن يكون خطياً.

٤- أن الإشعار يجب أن يبلغ للطرف الآخر.

٥- أن الإشعار يجب أن يوجه قبل شهر من إنهاء العمل.

٦- أن من حق العامل الذي تلقى إشعاراً من صاحب العمل بإنهاء عقد العمل التغيب عن العمل طيلة النصف الثاني من أجل الإشعار.

٧- أن تغيب العامل عن العمل يعتبر عملاً فعلياً في المنشأة.

ولم يقصد المشرّع بالفقرة الأولى من هذه المادة أنه يجوز لطرفي عقد العمل إنهاء عقد العمل بإشعار دون توافر مبرر أو سبب قانوني.

٣- أن قيام أي من طرفي عقد العمل بإنهاء عقد العمل غير محدد المدة بإشعار يعفيه من دفع بدل الإشعار ولكن لا يعفيه من دفع ما يترتب عليه من حقوق بسبب هذا الإنهاء في حال عدم توافر مبرر قانوني ومشروع للإنهاء.

٤- أن المادة (٤٠) من قانون العمل رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ حددت الحالات التي يجوز فيها لصاحب العمل إنهاء عقد عمل العامل دون ترتيب أي مسؤولية على صاحب العمل.

فإذا لم تتوافر أي حالة من هذه الحالات فإن الإنهاء أوالفصل يعتبر فصلاً تعسفياً.

٥- أنه يتوجب الفصل في الشق من المطالبة المتعلقة ببدل الفصل التعسفي على ضوء الفقرة (٣) من المادة (٤٦) من قانون العمل ومن الواضح أن المدعى عليها نقابة المهندسين - فرع نابلس لجأت للمادة (١/٤٦) من قانون العمل رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ دون أن يتضمن كتابها أي مبرر قانوني أو مشروع للإنهاء مما يجعله فصلاً تعسفياً.

٦- أن تطبيق المادة (١/٤٦) من قانون العمل وسواء كان الإشعار من صاحب العمل أو العامل يشترط فيه توافر المبرر القانوني والمشروع على ضوء الفقرة الثالثة من المادة المذكورة.

٧- أنه لا مجال للإستعانة بنظرية التعسف في إستعمال الحق لتقرير فيما إذا كان إنهاء خدمة العامل يعتبر فصلاً تعسفياً أم لا لوجود نصوص واضحة وصريحة في قانون العمل توضح أن

إنهاء خدمات العامل في حالات غير منصوص عليها في هذا القانون يعتبر فصلاً تعسفياً.
٨-أن غالبية أصحاب العمل يحاولون تفسير نص المادة (١/٤٦) من قانون العمل رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ - والتي تقابل المادة (٢٣/أ) من قانون العمل الأردني رقم ٨ لسنة ١٩٩٦ - على أنها تجيز لصاحب العمل إنهاء عقد العمل غير محدد المدة بإشعار دون تحميله أي مسؤولية أو إلتزامه بأية حقوق تجاه العامل.
وقد تصدت محكمة التمييز الأردنية لذلك وأصدرت العديد من القرارات بخصوص المادة (٢٣/أ) من قانون العمل الأردني رقم ٨ لسنة ١٩٩٦.

- جاء في القرار التمييزي رقم ٩٩/٥٥٧ صفحة ٥٤٤ العدد التاسع المجلة القضائية سنة ١٩٩٩ ما يلي:-

((٣- أن ما تتذرع به الجهة المميزة بأن المادة ٢٣/أ من قانون العمل أجازت لصاحب العمل إنهاء عقد العمل بعد إشعار العامل لمدة شهر فإن هذا مشروط بألا يحرم هذا الإنهاء الحقوق العمالية التي رتبها قانون العمل للعامل.
والحالة الوحيدة التي أجاز فيها القانون لرب العمل إنهاء عقود العمل هو ما ورد بالمادة ٣١/أ من القانون وهي أن تقتضي الظروف الإقتصادية أو الفنية هذا الإنهاء وفق شروط محددة بالمادة المذكورة، وهذا غير متحقق في الدعوى سيما وأن مدير المدعى عليها أفاد بأن المدعي بعد إغلاق المكتب عمل لدى الشركة، وعليه يكون ما توصلت إليه محكمة الإستئناف واقعاً في محله)).
٩-أن فتح المجال أمام أصحاب العمل لتطبيق نص المادة (١/٤٦) من قانون العمل بإنهاء عقود العمل غير محددة المدة بإشعار ودون توافر أي مبرر أو سبب قانوني أو مشروع يلحق الضرر بالعمال ويحرمهم من حقهم بالمطالبة ببدل الفصل التعسفي.

وعليه وعلى ضوء ما تقدم فإننا نرى أنه كان يتوجب رد الطعن المقدم من المدعى عليها نقابة المهندسين - فرع نابلس بخصوص الشق من المطالبة المتعلق ببدل الفصل التعسفي وتصديق قرار محكمة بداية نابلس بصفتها الإستئنافية بهذا الخصوص.

التعليق على قرار محكمة النقض رقم ٢٠٠٤/١٨٢

المحامي الدكتور صلاح علي حسن
مدرس التشريعات الاجتماعية
كلية الحقوق- جامعة حلوان
مصر

أولا: الوقائع:

تتلخص وقائع الدعوى طبقا لما هو محدد بالأوراق الموجودة لدينا فيما يلي:

أولا: أن المدعو (ت. ح. ر) كان يعمل بنقابة المهندسين الفلسطينيين فرع نابلس وأنه بتاريخ ٢٠٠١/١٢/٣١ أصدرت النقابة قرارا بفصل العامل عن الخدمة بعد فترة عمل استمرت ما يقرب من تسع سنوات والتزمت النقابة بما ينص عليه قانون العمل الفلسطيني بإخطار العامل الذي يكون عقده غير محدد المدة قبل اتخاذ قرار الفصل، وتقدم العامل إلى رفع دعوى مطالبا بالآتي:

١) اعتبار فصل العامل فصلا تعسفيا مطالبا بالتعويض.

٢) كما طالب بالحصول على مقابل ما تبقى له من رصيد الأجازات طبقا لما يقرره القانون فى ذلك.

ثانيا: رفع العامل دعوى حقوقية سجلت تحت رقم ٢٠٠٢/١١٢ أمام محكمة صلح نابلس ضد نقابة المهندسين الفلسطينية لمطالبتها بمبلغ ٤٢٠٠ دينار أردني، وذلك عن التعويض عن الفصل التعسفي بمبلغ ٢٧٠٠ دينار وعن مكافأة نهاية الخدمة الممتدة إلى تسع سنوات مبلغ ١٣٥٠ دينار و٢٢٥ دينار بدل أجازات سنوية وفى تاريخ ٢٠٠٣/٦/٣٠ أصدرت محكمة صلح نابلس حكمها بإلزام المدعية عليها (نقابة المهندسين) بمبلغ ٤٢٠٠ دينار أردني مع الرسوم والمصاريف والفائدة القانونية من تاريخ المطالبة وحتى السداد التام بالإضافة إلى أتعاب المحاماة.

ثالثا: استأنفت نقابة المهندسين الحكم الصادر من محكمة صلح نابلس الابتدائي مستندة إلى الآتي:

أولا: أن محكمة صلح نابلس قد أخطأت عندما طبقت على الدعوى قانون العمل الفلسطيني الجديد رقم ٧ لسنة ٢٠٠١ والذي بدأ سريانه في ٢٥ /٢٠٠١/١١ وأن القانون الذي كان يجب الأخذ به هو القانون الملغى رقم ١٦ لسنة ١٩٦٥ على أساس أن عقد عمل العامل قد انتهى في ٢٠٠١/١٢/٣.

وتم إعطائه مهلة لتوفيق أوضاعه حتى ٢٠٠١/١٢/٣١ وبالتالي فواقعة الفصل قد تمت في ٢٠٠١/١١/٢٩ وليس في ٢٠٠٣/١٢/٣١ وهو ما يعني أن القانون واجب التطبيق على الدعوى هو القانون رقم ١٦ لسنة ١٩٦٥ الملغى وليس القانون ٧ لسنة ٢٠٠١.

ثانيا: أن محكمة صلح نابلس الابتدائي قد أخطأت في حساب مكافأة نهاية الخدمة طبقا لأحكام قانون العمل.

ثالثا: أيضا استندت نقابة المهندسين في طعنها على حكم محكمة نابلس الابتدائي على أنها

أخطأت حينما اعتبرت فصل العامل فصلا تعسفيا.
رابعا: نظرت محكمة نابلس الابتدائية بصفتها الاستئنافية الطعن المقدم من نقابة المهندسين بالدعوى رقم ٢٠٠٣/٦٥ المتعلق بالدعوى المدنية رقم ١١٢ /٢٠٠٢ حكم نابلس فأصدرت المحكمة حكمها في الدعوى بتاريخ ٢٠٠٤/١٠/٤ بإلزام الطاعنة (نقابة المهندسين) بدفع مبلغ ثلاثة آلاف وسبعمائة وخمسين دينارا للمطعون ضده وأيضا إلزام الطاعنة بالرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة ونقض الحكم المستأنف ضده فيما عدا ذلك من أمور.
خامسا: طعن كل من الطرفين في حكم محكمة بداية نابلس بصفتها الاستئنافية أمام محكمة النقض.
سادسا: تم قبول الطعنين من حيث الشكل.
أما من حيث الموضوع قد تم قبول الطعن أيضا وحكمت محكمة النقض بنقض الحكم المطعون وإعادة الأوراق لمحكمة بداية نابلس بصفتها الاستئنافية لإصدار القرار المقتضى لأسباب لنا فيها التعليق الآتي:

أولا: فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الدعوى أصابت محكمة النقض الحقيقة في إقرارها بأن الدعوى تخضع لقانون العمل ٧ لسنة ٢٠٠١ وأخذت ما ذهبت إليه محكمة استئناف نابلس في هذا الشأن.
ثانيا: فيما يتعلق بحساب مكافأة نهاية الخدمة نقضت محكمة النقض حكم محكمة الاستئناف فيما ذهبت إليه من حساب المكافأة طبقا لنص المادة (٤٥) من قانون العمل رقم ٧ لسنة ٢٠٠١ والتي حددت مكافأة نهاية الخدمة بأجر شهر عن كل سنة قضاها العامل في العمل على أساس آخر أجر تقاضاه دون احتساب ساعات العمل الإضافية، وبما أن الاستئنافية قد طبقت قانون العمل السابق وهو القانون ١٦ /١٩٦٥ وهو ما يعد خطأ من جانب محكمة الاستئناف لذلك فإن ما ذهبت إليه محكمة النقض في ذلك يعتبر صحيحا.
ثالثا: أن محكمة النقض قد أخطأت فيما ذهبت إليه من عدم توافر التعسف في فصل العامل.
ولنا في ذلك أبداء الملاحظات الآتية في هذه الجزئية طبقا لما ذهبت إليه المحكمة وطبقا لنص قانون العمل الفلسطيني:
١-أن المادة ٤٦ من قانون العمل الفلسطيني رقم ٧ لسنة ٢٠٠١ قد نصت في الفقرة (١) منها «يجوز لأي من طرفي عقد العمل غير محدد المدة إنهاءه بمقتضى شعار يرسل بعلم الوصول إلى الطرف الآخر قبل شهر من إنهاء العمل»، وفى الفقرة (٢) نصت المادة على أنه «يعتبر تعسفيا إنهاء عقد العمل دون وجود أسباب موجبة لذلك».
٢- أن محكمة النقض حينما ذهبت إلى عدم وجود تعسف في إنهاء العقد قد خلطت بين المسئولية التقصيرية والمسئولية العقدية، وذهبت إلى أن نظرية التعسف في إنهاء العقد قد بنيت على المسئولية التقصيرية، بينما المسئولية عن إنهاء العقد هي مسئولية عقدية وأيدت وجهة نظرها هذه بأحكام القضاء المصري ولنا في ذلك إبداء الآتي: أن استحقاق التعويض عن إنهاء عقد العمل غير محدد المدة إذا كان الإنهاء تعسفيا وهو يكون كذلك إذا لم تكن هناك أسباب موجبة لذلك بشرط تحقق الضرر عن الإنهاء، وهو ما لم تنتبه إليه محكمة النقض الفلسطينية ولم

توضحه في حكمها فالضرر من عناصر المسئولية التقصيرية كانت أو تعاقدية بحيث إذا انعدم الضرر المترتب على الفسخ انتفعت المسئولية عن التعويض عن الفسخ غير جائز قانونا. فقد ذهبت محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها بأن «الضرر ركن من أركان المسئولية وثبوته شرط لازم لقيامها والقضاء بالتعويض تبعا لذلك».

(نقض في ١٩٦٠/١/٧)

وبالتالي يجب التعويض عن الفسخ غير الجائز ثبوت توافر أركان المسئولية وفقا للقواعد العامة وهى الخطأ والضرر وعلاقة السببية.

وهنا فأنه في حالة إنهاء عقد العمل غير محدد المدة، فلا جدال في أنه ليس لصاحب الإنهاء وهو هنا نقابة المهندسين الفلسطينية مطالبة الطرف الآخر بأي تعويض عنه إذ أن الإنهاء إنما يرفع إلى محض إرادته ومن الواضح من أوراق الدعوى، أن فسخ العقد لم يكن على أساس عدم تنفيذ العامل لالتزاماته كما تقضي بذلك المادة ٤١ من قانون العمل الفلسطيني.

– ويقع عبء إثبات عناصر المسئولية على العامل طبقا للقواعد العامة في هذا الشأن لأنه هو الذي يطالب في دعواه بالتعويض عن الفسخ غير الجائز قانونا، فيكون عليه أن يثبت أن هذا الفسخ بغير مبرر مشروع وشابه تعسف وله إثبات ذلك بكل طرق الإثبات.

– تلك أمور كان يجب على محكمة النقض الفلسطينية تحقيقها ولذلك فأن ما ذهبت إليه المحكمة خطأ يستوجب التصحيح.

٣– استندت محكمة النقض الفلسطينية إلى ما ورد في القانون المدني الأردني في المادة ٢/٦٦ والقانون المدني المصري في المادتين ٥,٤ لتحديد المعايير الواجب توافرها لاعتبار إنهاء عقد العمل تعسفيا ودون أسباب موجبة لذلك، وانتهت المحكمة إلى أن نظرية التعسف قد بنيت على المسئولية التقصيرية وليس العقدية وقالت إن قواعد التعويض المستحقة عن الإخلال بالعقد أضيق مدى من قواعد التعويض عن الأذى التقصيري.

والحقيقة إنني لا أرى مبررا لما ذهبت إليه محكمة النقض في المقارنة بين المسئولية التقصيرية والمسئولية العقدية ذلك لأن كلا المسئوليتين موجودة ولهما أحكامهما الخاصة والمستقلة أحيانا والمتداخلة أحيانا أخرى.

مبادئ قضائيـة
وحـوارات قـانـونيـة

مبـادئ قضائيـة

- مبادئ القضاء الدستوري المصري
- مبادئ القضاء الإداري المصري

مبادئ القضاء الدستوري المصري

- الأندية الرياضية
- الجمعيات الخيرية
- حق الملكية الخاصة
- رقابة المحكمة الدستورية العليا

الأندية الرياضية

«النظام الأساسي للأندية الرياضية»
«البند ٤ م ٣٨ من قرار وزير الشباب رقم ٨٣٦لسنة ٢٠٠٠»
«اشتراط الحصول على مؤهل عال للترشيح لعضوية مجلس إدارة النادي الرياضي الذي يزيد عدد أعضائه على ألفي عضو»
عدم دستورية

باسم الشعب
المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة يوم الأحد ١٠ يونية سنة ٢٠٠٧م ، الموافق ٢٤ من جمادى الأولى سنة ١٤٢٨هـ
برئاسة السيد المستشار/ ماهر عبد الواحد رئيس المحكمة
وعضوية السادة المستشارين: ماهر البحيري ومحمد علي سيف الدين وإلهام نجيب نوار والسيد عبد المنعم حشيش وسعيد مرعي عمرو وتهاني محمد الجبالي
وحضور السيد المستشار/ رجب عبد الحكيم سليم رئيس هيئة المفوضين
وحضور السيد / ناصر إمام محمد حسن أمين السر
أصدرت الحكم الآتي
في القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ٨٥ لسنة ٢٨ قضائية «دستورية»

المقامة من
السيدة/ زينب محمود محمد سيد أحمد
ضـــد
١. السيد رئيس المجلس الأعلى للشباب والرياضة
٢. السيد مدير مديرية الشباب بالإسكندرية
٣. السيد رئيس مجلس إدارة نادي سموحة الرياضي

الإجراءات
بتاريخ العشرين من مايو سنة ٢٠٠٦ ورد إلى قلم كتاب المحكمة ملف الدعوى رقم ٥٥٠٠ لسنة ٦٠ قضائية بعد أن قضت فيها محكمة القضاء الإداري بالإسكندرية بحكمها الصادر بجلسة ٢٠٠٦/٢/٢٣ أولاً: بقبول الدعوى شكلاً وبوقف تنفيذ القرار المطعون فيه... ثانياً: بوقف الدعوى وإحالة أوراقها بدون رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في دستورية نص البند ٤ من المادة (٣٨) من قرار وزير الشباب والرياضة رقم ٨٣٦ لسنة ٢٠٠٠ باعتماد النظام الأساسي للأندية الرياضية.
وقدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلبت في ختامها رفض الدعوى.
وبعد تحضير الدعوى، أودعت هيئة المفوضين تقريراً برأيها.
ونظرت الدعوى على الوجه المبين بمحضر الجلسة، وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم.

المحكمة
بعد الاطلاع على الأوراق، والمداولة.
حيث إن الوقائع – على ما يبين من حكم الإحالة وسائر الأوراق – تتحصل في أن المدعية كانت قد أقامت الدعوى رقم ٥٥٠٠ لسنة ٦٠ قضائية أمام محكمة القضاء الإداري بالإسكندرية بطلب الحكم بوقف تنفيذ ثم إلغاء القرار السلبي بامتناع جهة الإدارة عن قبول أوراق ترشيحها لعضوية مجلس نادي سموحة الرياضي ، وما يترتب على ذلك من آثار؛ وذلك على سند من أنها عضو عامل بهذا النادي ومسددة لاشتراكاته ؛ وكان النادي قد أعلن عن فتح باب الترشيح لعضوية مجلس الإدارة عن الدورة ٢٠٠٦– ٢٠١٠ في الفترة من ١/١٧/ حتى ٢٠٠٦/١/٢٣؛ فتقدمت بطلب ترشيحها وقرينه الأوراق المطلوبة ؛ فتم رفضه على سند من أنها لا تحمل مؤهلاً عالياً.
وحيث إن المادة (٣٨) – فقرة رابعة – من قرار وزير الشباب والرياضة باعتماد النظام الأساسي للأندية الرياضية – تنص على أن:
« شروط الترشيح لمجلس الإدارة:
يتقدم المرشح بطلب باسم سكرتير أو مدير النادي مرفقاً به استمارة بيانات مستوفاة .....
ويتوافر في المرشح الشروط التالية:
١– ..... ٢– ..... ٣– .....
٤– أن يكون حاصلاً على مؤهل عال بالنسبة للترشيح للرئاسة وكذلك بالنسبة للمرشح للعضوية في الأندية التي يزيد عدد الأعضاء العاملين بها عن ألفي عضو .....».

وحيث إن نطاق الدعوى – في ضوء مصلحة رافعتها – ينحصر في الشطر الأخير من نص البند (٤) من المادة (٣٨) من القرار الوزاري سالف الذكر دون باقي النص الذي يشترط في المرشح الحصول على مؤهل متوسط على الأقل للعضوية بالنسبة للأندية التي يقل أعضاؤها عن ألفين.
وحيث إن حكم الإحالة ينعي على النص الطعين مخالفته لنص المادة ٤٠ من الدستور التي جعلت المواطنين لدى الدستور متساوين في حقوقهم وواجباتهم العامة دون تمييز.
وحيث إن المادة الأولى من الدستور المعدلة بعد أن وافق مجلس الشعب على التعديل الذي أجري في ٢٠٠٧/٣/٢٦ ونشر بالوقائع المصرية في ٢٠٠٧/٣/٢٨ تنص في مستهلها على أن «جمهورية مصر العربية دولة نظامها ديموقراطي يقوم على أساس المواطنة». وتنص المادة (٣) منه على أن « السيادة للشعب وحده وهو مصدر السلطات». وتنص المادة السابعة على أن « يقوم المجتمع على التضامن الاجتماعي». كما تنص المادة (٤٠) على أن « المواطنون لدى القانون سواء، وهم متساوون في الحقوق والواجبات، لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة ».
وحيث إن قيام المجتمع على مزيج من المواطنة والتضامن الاجتماعي يعني أن الجماعة في إيمانها بالانتماء إلى وطن واحد واندماجها في بنيان واحد وتداخل مصالحها واتصال أفرادها بعضاً ببعض حتى يكونوا كالبنيان المرصوص يشد بعضه أزر بعض، ولئن نص الدستور في المادة (٤٠) منه على حظر التمييز في أحوال معينة هي المنصوص عليها في متن هذا النص، إلا أن هذا الحظر لا يدل البتة على الحصر؛ وآية ذلك أن من صور التمييز التي غفل عنها النص رغم أنها لا تقل عن غيرها وزناً وخطراً؛ كالتمييز الذي يرتد إلى الجاه أو إلى الثروة أو الانتماء الطبقي أو الميل السياسي أو الحزبي، وبالجملة فإن قوام التمييز التي تناقض مبدأ المساواة أمام القانون، كل تفرقة أو تقييد أو تفضيل أو استبعاد ينال بصورة تحكمية من الحقوق والحريات التي كفلها الدستور أو القانون.
لما كان ما تقدم، وكان توكيد السيادة للشعب هو جوهر الديمقراطية، وأن الحق في الانتخاب والترشيح من الحقوق العامة التي كفلها الدستور وضمن ممارستها، وجعلها واجباً وطنياً يتعين القيام به، وأن هذين الحقين متكاملان لا ينفصلان، ومن غير المفهوم أن يطلق المشرع حق الاقتراع للمواطنين المؤهلين لمباشرة حقوقهم، وأن يتخذ موقفاً معاكساً تماماً من ترشيحهم لعضوية مجالس إدارة الأندية، متى كان ذلك كله، وكان النص الطعين باشتراطه في المرشح لعضوية مجلس إدارة النادي الذي يضم في عضويته ألفي عضو، دون النادي الذي يضم أقل من هذا النصاب قد فرق بين أعضاء أندية قد تكون متجاورة وهو ما يقوض حيوية الهيئة التي ينتمون إليها – فضلاً عن الوطن الكبير – ذلك أن المستبعدين سوف تملأ حقوقهم مرارة الازدراء، وربما يحسون الدونية رغم طاقات هائلة يستطيعون تقديمها لجمعهم هذا الصغير بما ينعكس على المجتمع في مجموعه بالحق والخير والجمال، الأمر الذي يكون معه النص الطعين قد خالف نصوص المواد ١و٣و٧و٤٠ من الدستور.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم دستورية البند (٤) من المادة (٣٨) من قرار وزير الشباب رقم ٨٣٦ لسنة ٢٠٠٠ باعتماد النظام الأساسي للأندية فيما تضمنه من اشتراط الحصول على مؤهل عال للترشيح لعضوية مجلس إدارة النادي الرياضي الذي يزيد عدد أعضائه على ألفي عضو.

أمين السر **رئيس المحكمة**

الجمعيات الخيرية

الملحـق رقم 14
حكم المحكمة الدستورية المصرية بعدم دستورية قانون الجمعيات

باسـم الشعـب

المحكمة الدستورية العليا:

بالجلسة العلنية المنعقدة يوم السب 3 يونيو سنة 2000 الموافق 30 صفر سنة 1421هـ.

برئاسة السيد المستشار/ محمد ولي الدين جلال، رئيس الجلسة.

وعضوية السادة المستشارين:فاروق عبد الرحيم غنيم وحمدي محمد علي والدكتور عبد المجيد فياض وماهر البحيري ومحمد على سيف الدين وعدلي منصور.

وحضور السيد المستشار/ عبد الوهاب عبد الرزاق، رئيس هيئة المفوضين.

وحضور السيد/ ناصر إمام محمد حسن.

أصدرت الحكمة الآتي:

في القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم 153 لسنة 21 قضائية "دستورية ".

بعد أن أحالت محكمة القضاء الإداري بطنطا بحكمها الصادر بجلسة 1999/7/27 ملف الدعوى رقم بجلسة 27/7/ 1999 ملف الدعوى رقم 4468 لسنة 2 قضائية المقامة من:

السيد : حمدي محمد عامر خض .

السيد : محمد حسين راغب عطية.

السيد : سعيد الدسوقي بدوي بدير.

السيد : وحيد طه أحمد لقلال.

السيد : السيد عامر حسن السخاوي.

ضـــــــد

السيد محافظ المنوفية.

السيد : وكيل وزارة الشؤون الاجتماعية بالمنوفية.

الإجراءات:

بتاريخ التاسع عشر من أغسطس سنة 1999، ورد إلى المحكمة ملف الدعوى رقم 4468 سنة6 قضائية، بعد أن قضت محكمة القضاء الإداري بطنطا بجلسة1999/8/28 بوقف الدعوى وإحالة الأوراق إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في دستورية المادة الثانية من القانون رقم 153 لسنة 1999 بإصدار قانون الجمعيات والمؤسسات الأهلية.

وقدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلبت في ختامها الحكم برفض الدعوى.

وبعد تحضير الدعوى، أودعت هيئة المفوضين تقريرا برأيها.

المحكمة:

بعد الاطلاع على الأوراق، والمداولة ....

وحيث أن المواثيق الدولية قد اهتمت بالنص على حق الفرد في تكوين الجمعيات ومن ذلك المادة 20 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي تمت الموافقة عليه وإعلانه بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة في1948/12/10 والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والذي حظر– بنص الفقرة الثانية من المادة 22 – أن يوضع من القيود عليها القانون وتشكل تدابير ضرورية في مجتمع ديمقراطي لصيانة الأمن القومي أو السلام العم أو النظام العام أو حماية الصحة العامة والآداب العامة أو حماية حقوق الآخرين وحرماتهم، كما عينت الدساتير المقارنة بالنص على هذا الحق في وثائقها، فهو مستفاد مما تضمنه التعديل الأول الذي أدخل على دستور الولايات المتحدة الأمريكية في 1791/12/15 والذي قرر الحق في الاجتماع، ونص عليه صراحة الدستور القائم في كل من ألمانيا والأردن وتركيا ولبنان والمغرب والكويت واليمن وسوريا والبحرين والجزائر، وجرت كذلك الدساتير المصرية المتعاقبة – ابتداء من دستور سنة 1923، وانتهاء بالدستور الحالي – على كفالة الحق في تأليف الجمعيات، وهو ما نصت عليه المادة 55 من دستور سنة 1971 بقولها أن " للمواطنين حق تكوين الجمعيات على الوجه المبين في القانون ...".

وحيث إن الدستور حرص على أن يفرض على السلطتين التشريعية والتنفيذية من القيود ما ارتآه كفلا بصون الحقوق والحريات العامة – وفي الصدارة منها حرية الاجتماع – كي لا تقتحم إحداهما المنطقة التي يحميها الحق أو الحرية أو تتداخل معها، بما يحول دون ممارستها بطريقة فعالة، وكان تطوير هذه الحقوق المتواصلة الساعية لإرساء مفاهيمها الدولية بين الأمم المتحضرة، مطلبا أساسيا توكيدا لقيمتها الاجتماعية، وتقديرا لدورها في مجال إشباع المصالح الحيوية

المرتبطة بها، وقد صاحب هذا السعي وعززه بروز المجتمع المدني ومنظماته – من أحزاب وجمعيات أهلية ونقابات مهنية وعمالية – في مجال العمل الجمعوي.

وحيث أن منظمات المجتمع المدني – وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة – هي رابطة العقد بين الفرد والدولة، إذ هي الكفيلة بالارتقاء بشخصية الفرد بحسبانه القاعدة الأساسية في بناء المجتمع، عن طريق بث الوعي ونشر المعرفة والثقافة العامة ومن ثم تربية المواطنين على ثقافة الديمقراطية والتوافق في إطار من حوار حر بناء، وتعبئة للجهود الفردية والجماعة لإحداث مزيد من التنمية الاجتماعية والاقتصادية معا، والعمل عبر الوسائل المشروعة على ضمان الشفافية، وترسيخ قيمة حرمة المال العام، والتأثير على السياسات العامة، وتعميق مفهوم التضامن الاجتماعي، ومساعدة الحكومة عن طريق الخبرات المبذولة، والمشروعات الطوعية على أداء أفضل للخدمات العامة، والحث على حسن توزيع الموارد وتوجيهها، وعلى ترشيد الانفاق العام، وإبراز دور القدوة. وبكل ذلك تذيع المصداقية، وتتحدد المسؤولية بكل صورها فلا تشيع ولا تذاع، ويتحقق العدل صفة وتتناغم قوى المجتمع الفاعلة، فتتلاحم على رفعة شأنه والنهوض به إلى درى التقدم.

وحيث إن من المقرر أن حق المواطنين في تكوين الجمعيات الأهلية هو فرع من حرية الاجتماع، وأن هذا الحق يتعين أن يتمخض تصرفا إداريا حرا لا تتداخل فيه الجهة الإدارية، يستقل عنها، ومن ثم تنحل هذه الحرية إلى قاعة أولية تمنحها بعض الدول – ومن بينها جمهورية مصر العربية– قيمة دستورية في ذاتها، لتكفل لكل ذي شأن حق الانضمام إلى الجمعية التي يرى أنها أقدر على التعبير عن مصالحه وأهدافه، وفي انتفاء واحدة أو أكثر من هذه الجمعيات – حال تعددها – ليكون عضوا فيها، وما هذا الحق إلا جزء لا يتجزأ من حريته الشخصية، التي أعلى الدستور قدرها، فاعتبرها – بنص المادة 41– من الحقوق الطبيعية، وكفل

– أسوة بالدساتير المتقدمة – صونها وعدم المساس بها، ولم يجز الإخلال بها من خلال تنظيمها.

وحيث إن ضمان الدستور – بنص المادة 47 التي رددت ما اجتمعت عليه الدساتير المقارنة – لحرية التعبير عن الآراء، والتمكين من عرضها ونشرها سواء بالقول أو بالتصوير أو بطباعتها أو بتدوينها وغير ذلك من وسائل التعبير: قد تقرر بوصفها الحرية الأصل التي لم يتم الحوار المفتوح إلا في نطاقها، وبدونها تفقد حرية الاجتماع مغزاها، ولا تكون لها فائدة، وبها يكون الأفراد أحرارا لا يهيبون موقفا، ولا يترددون وجلا، ولا ينتصفون لغير الحق طريقا، ذلك إن ما توخاه الدستور من خلال ضمان حرية التعبير– وعلى ما اطرد عليه قضاء هذه المحكمة – هو أن يكون التماس الآراء والأفكار وتلقيها عن الغير ونقلها إليه غير مقيد بالحدود الإقليمية على اختلافها ولا منحصر في مصادر بذواتها تعد من قنواتها، بل قصد أن تترامى آفاقها، وأن تتعدد مواردها وأدواتها، سعيا لتعدد الآراء، ابتغاء إرسائها على قاعدة من حيدة المعلومات ليكون ضوء الحقيقة منارا لكل عمل ومحورا لكل اتجاه، وعرض أوضاعها تبيانا لنواحي التقصير فيها، فقد أراد الدستور بضمانها أن تهين مفاهيمها على مظاهر الحياة في أعماق منابتها، بما يحول بين السلطة العامة وفرض وصايتها على العقل العام، وإلا تكون معاييرها مرجعا لتقييم الآراء التي تتصل بتكوينه، ولا عائقا دون تدفقها، ومن المقرر كذلك إن حرية التعبير، وتفاعل الآراء التي تتولد عنها، لا يجوز تقييدها بأغلال تعوق ممارستها، سواء من ناحية فرض قيود مسبقة على نشرها ، أو من ناحية العقوبة اللاحقة التي تتوخى قمعها، إذ يتعين أن ينقل المواطنون من خلالها – وعلانية – تلك الأفكار التي تجول في عقولهم ويطرحها عزما – ولو عارضتها السلطة العامة –إحداثا من جانبهم– بالوسائل السلمية – لتغيير قد يكون مطلوبا. ومن ثم وجب القول بأن حرية التعبير التي كفلها الدستور هي القاعدة في كل تنظيم ديمقراطي، فلا يقوم إلا بها، ولا ينهض مستويا إلا عليها.

وحيث إن حق الاجتماع– سواء كان حقا أصيلا أم بافتراض أن حرية التعبير تشتمل عليه باعتباره كافلا لأهم قنواتها، محققا من خلاله أهدافها – أكثر ما يكون اتصالا بحرية عرض الآراء وتداولها، كلما كون أشخاص يؤيدون موقفا أو اتجاها معينا جمعية تحتويهم، ويوظفون من خلالها خبراتهم ويطرحون آمالهم ويعرضون فيها كذلك لمصاعبهم، ويتناولون بالحوار ما يؤرقهم، ليكون هذا التجمع المنظم نافذة يطلقون منها على ما يعتمل في نفوسهم، وصرة حية لشكل من أشكال التفكير الجماعي، وكان الحق في إنشاء الجمعيات– وسواء أكان الغرض منها اقتصاديا أو ثقافيا أو اجتماعيا أو غير ذلك – لا يعدو أن يكون عملا اختياريا، يرمي بالوسائل السلمية إلى تكوين إطار يعبرون فيه مواقفهم وتوجهاتهم. ومن ثم فإن حق الاجتماع يتداخل مع حرية التعبير، مكونا لأحد عناصر الحرية الشخصية التي لا يجوز تقييدها بغير اتباع الوسائل الموضوعية والإجرائية التي يتطلبها الدستور أو كلفها القانون، لازما اقتضاء حتى لو لم يرد بشأنه نص في الدستور، كافلا للحقوق التي أحصاها ضمانات، محققا فعاليتها، سابقا على وجود الدساتير ذاتها مرتبطا بالمدينة في مختلف مراحل تطورها، كامنا في النفس البشرية تدعو إليه فطرتها، وهو فوق هذا من الحقوق التي لا يجوز تهميشها أو إجهاضها. بل أن حرية التعبير ذاتها تفقد قيمتها إذا جحد المشروع حق من يلوذون بها ي الاجتماع المنظم، وحجب بذلك تبادل الآراء في دائرة أعرض بما يحول دون تفاعلها وتصحيح بعضها البعض، ويعطل تدفق الآراء في دائرة أعرض بما يحول دون تفاعلها وتصحيح بعضها البعض، ويعطل تدفق الآراء التي تتصل باتخاذ القرار، ويعوق انسياب روافد تشكيل الشخصية الإنسانية التي لا يمكن تنميتها إلا في شكل من أشكال الاجتماع، كذلك فإن هدم حرية الاجتماع إنما يقوض الأسس التي لا يقوم بدونها نظام لحكم يكون مستندا إلى الإدارة الشعبية، ومن تم فقد صار لازما – وعلى ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة – امتناع تقييد حرية لاجتماع إلا وفق القانون، وفي الحدود التي تتسامح فيها النظم الديمقراطية،

وترتضيها القيم التي تدعو إليها، ولا يجوز – بالتالي – أن تفرض السلطة التشريعية على حرية الاجتماع قيودا من أجل تنظيمها، إلا إذا حملتها عليها خطورة المصالح التي وجهتها لتقريرها، وكان لها كذلك سند من ثقلها وضرورتها، وكان تدخلها – من خلال هذه القيود – بقدر حدة هذه المصالح ومداها.

وحيث أنه تبين من جميع ما تقدم أن حق المواطنين في تأليف الجمعيات الأهلية، بما يستصحبه – لزوما – مما سلف بيناه من حقوقهم وحرياتهم العامة الأخرى، هي جميعا أصول دستورية ثابتة، يباشرها الفرد متألفة فيما بينها، ومتداخلة مع بعضها البعض، تتساند معا، ويعضد كل منها الآخر في نسيج متكامل يحتل من الوثائق الدستورية مكانا سامقا.

وحيث أنه إذا كان ذلك، وكان الدستور قد عاهد – بنص المادة 55– إلى القانون لتنظيم الحق فبتكوين الجمعيات ووضع قواعد ممارسته، وكان القانون المطعون فيه قد احتوى تنظيما شاملا للجمعيات والمؤسسات الأهلية، رسم المشروع من خلاله لحق الأفراد في إنشائها وإدارة وتصريف شؤونها وانقاءها وتصفية أموالها، أطره وأحكام مباشرته، وكان هذا التنظيم قد عرض – بالضرورة – لما يرتبط ويتصل بهذا الحق من حقوقهم العامة في الاجتماع والحرية الشخصية وحرية التعبير عن الرأي، فإن التنظيم الوارد للقانون المشار غليه يكون متصلا – من ثم– في جوانبه تلك بهذا الأصول التي ما فتأت الوثائق الدستورية تحرص على إدراج قوادها كلية ضمن نصوصها، بما يضفي عليها الطبيعة الدستورية الخاصة، فضلا عما هو مقرر من أن تنظيم ولاية القضاء– والتي تناولها القانون المذكور في بعض نصوصه – تدخل ضمن المسائل التي تتصل بهذه الطبيعة أيضا، متى كان ذلك، فإن القانون المطعون فيه يكون قد توافر في شأنه العنصران الشكلي والموضوعي – المتقدم بيانهما – اللازمان لارتقائه إلى مصاف القوانين المكملة للدستور، وإذ كان البين من كتاب أمين عام مجلس الشورى رقم 83 بتاريخ 1999/11/7 م المرفق بالأوراق أن هذا القانون – بوصفه كذلك – لم يعرض

مشروع على مجلس الشورى لأخذ رأيه فيه، فإنه يكون مشوبا بمخالفة نص المادة 195 من الدستور.

وحيث أنه لما كان ما تقدم، وكان العيب الدستوري المشار إليه قد شمل قانون الجمعيات والمؤسسات الأهلية الصادر بقانون رقم 153 لسنة 1999 بتمامه، فإن القضاء بعدم دستوريته برمته يكون متعينا، وذلك دون الحاجة للخوض فيما اتصل ببعض نصوصه من عوار دستوري موضوعي باستلابه الأنزعة الإدارية الناشئة عنه من مجلس الدولة الذي اختصه الدستور بولاية الفصل فيها باعتباره قاضيها الطبيعي – فلهذه الأسباب.

حكمت المحكمة بعدم دستورية القانون رقم 153 لسنة 1999 بإصدار قانون الجمعيات والمؤسسات الأهلية.

حق الملكية الخاصة

أ.د يحيى الجمل
أستاذ القانون العام
جامعة القاهرة– مصر

أُنشئت المحكمة الدستورية العليا في ظل دستور ١٩٧١ وبمقتضى نصوصه. ودستور ١٩٧١ يمثل نقله نوعية بالنسبة للحياة العامة في مصر بما أضفاه من حماية على الحرية الشخص حتى وصفها بأنها حق طبيعي وبانحيازه إلى جانب حرية الفرد وحقوقه وكفالته لحق التقاضي وإهداره لكل موانعه وحمايته للملكية الخاصة ورفضه المصادرة العامة ونصه على أن المصادرة الجزئية لا تكون إلا بحكم قضائي.

وإذا كان حق الملكية هو أهم الحقوق الاقتصادية وكان ذلك الحق قد أصابه كثير من الضيم والحيف والانتقاص في الفترة السابقة على دستور ١٩٧١ وعلى إنشاء المحكمة العليا فإن محكمتنا الدستورية قد أعادت لذلك الحق اعتباره، وحمايته التي كفلها له الدستور ومنعت عنه عدوان المشرع في كثير من صور العدوان التي شاهدتها الستينات من هذا القرن.

وحاصل الأمر أن حراسات كثيرة كانت قد فرضت على أموال الأشخاص الطبيعيين ثم صدرت قرارات بأيلولة الأموال إلى الدولة وقدر الشارع لأصحاب تلك الأموال تعويضا جزافيا محددا بمبلغ معين بغير اخذ في الاعتبار للقيمة الحقيقية لتلك الأموال التي فرضت عليها الحراسة أولا ثم آلت ملكيتها إلى الدولة بعد ذلك.

وقد أتيح للمحكمة الدستورية العليا أن تقضي في هذا الأمر وان تحسمه لصالح العدالة واتفاقا مع أحكام الدستور.

ومن بواكير الأحكام وأوضحها في هذا الصدد الحكم الصادر بتاريخ ١٦ مايو ١٩٨١ في القضية رقم ٥ لسنة ١ قضائية دستورية.

وقد شارك في إصدار ذلك الحكم الهام أربعة ممن تولوا رئاسة المحكمة الدستورية العليا.

وقد حاكمت المحكمة في تلك القضية القانونية القرار بقانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٦٤ والقانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٧٤ وأولهما هو الذي قرر أيلولة أموال وممتلكات الأشخاص الطبيعيين الذين فرضت عليهم الحراسة إلى ملكية الدولة وثانيهما هو القانون الذي حاول تسوية بعض الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة – وبعد أن استعرضت المحكمة وقائع القضية ونصوص القانونين المشار إليهما والتي كانت محل طعن بعدم الدستورية أكدت المحكمة حرص الدساتير المصرية على تأكيد حماية الملكية الخاصة وعدم المساس بها إلا على سبيل الاستثناء وأشارت في ذلك إلى المادة ٣٤ من دستور ١٩٧١ والى المادة ٣٥ من ذات الدستور التي لم تجز التأميم إلا لاعتبارات الصالح العام وبقانون مقابل تعويض.

وذهبت المحكمة إلى أن أيلولة أموال وممتلكات الأشخاص الطبيعيين الذين فرضت عليهم الحراسة إلى ملكية الدولة طبقا للمادة الثانية من القرار بقانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٦٤ لا تعد من قبيل نزع الملكية للمنفعة العامة ولا من قبيل التأميم لافتقاره إلى الشرائط والعناصر التي يجب

أن تتوافر في كل من هذين النظامين القانونين.
ثم خلصت المحكمة إلى القول (لما كانت أيلولة وممتلكات الأشخاص الطبيعيين الذين فرضت عليهم الحراسة إلى ملكية الدولة لا تعد من قبيل نزع الملكية أو التأميم وتشكل اعتداء على الملكية الخاصة ومصادرة لها بالمخالفة لحكم كل من المادة ٣٤ من الدستور التي تنص على أن الملكية الخاصة مصونة والمادة ٣٦ التي تحظر المصادرة العامة ولا تجيز المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي.
واستطردت المحكمة إلى تقرير أن القول بأن القرار بقانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٦٤ والقانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٧٤ قد تضمنا تعويض الخاضعين للحراسة عن أموالهم وممتلكاتهم وان كون تقدير هذا التعويض يعد من الملاءمات السياسية التي يستقل بها المشرع لا يحول دون إخضاع هذين التشريعين للرقابة الدستورية لان كلا منهما قد تعرض للملكية الخاصة التي صانها الدستور.
وانتهت المحكمة الدستورية العليا إلى أن تحديد مبلغ جزافي لتعويض من فرضت عليهم الحراسة أو تحديد حد أقصى لما يرد من الأموال والممتلكات التي فرضت عليها الحراسة ينطوي على مخالفة لإحكام دستور ١٩٧١. واستنادا إلى ذلك كله حكمت المحكمة في هذه القضية الهامة:
أولا: بعدم دستورية المادة الثانية من القرار بقانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٦٤ فيما نصت عليه من أيلولة أموال وممتلكات الأشخاص الطبيعيين الذين فرضت عليهم الحراسة طبقا لأحكام قانون الطوارئ إلى ملكية الدولة.
ثانيا: بعدم دستورية المادة الرابعة من قانون تسوية الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة الصادر بالقانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٧٤ فيما نصت عليه من تعيين حد أقصى لما يرد إلى الأشخاص الذين شملتهم الحراسة وأسرهم.
وفي مجال صيانة حق الملكية وحمايته ورد العدوان عليه تعرضت المحكمة الدستورية العليا في هذا الصدد إلى نطاق أكثر حساسية ووعورة مما تقدم. ذلك انه من المعروف أن احد الأهداف الأساسية التي قامت من اجلها ثورة ١٩٥٢ كانت تصفية الإقطاع ووضع حد أقصى لما يجوز تملكه من الأرض الزراعية وبذلك جرى حكم الدساتير المتعاقبة وآخرها دستور ١٩٧١ الذي ينص في المادة ٣٧ منه على أن (يعين القانون الحد الأقصى للملكية الزراعية).
وقد اتجهت السياسية التشريعية إلى أن ما زاد على الحد الاقصى المقرر للملكية الزراعية يؤول الى الدولة دون أي تعويض مقابل هذه الزيادة. وعبرت عن ذلك المادة الاولى من القرار بقانون رقم ١٠٤ لسنة ١٩٦٤ التي نصت على أيلولة ملكية الأراضي الزراعية التي تم الاستيلاء عليها طبقا لقوانين الإصلاح الزراعي إلى الدولة دون مقابل.
وقد طعن بعدم دستورية هذه المادة أمام المحكمة الدستورية العليا وبتاريخ ٢٥ يونيه ١٩٨٣ وفي القضية رقم ٣ لسنة ١ قضائية دستورية عرضت المحكمة الدستورية العليا لهذا الأمر وقضت بأنه (إذ كانت المادة ٣٧ من الدستور قد سكتت عن النص صراحة عن تقرير حق التعويض بالنسبة للاستيلاء على الأراضي الزراعية المجاوزة للحد المقرر قانونا فإن ما استهدفه المشروع الدستوري من إيراد هذا النص هو تقرير مبدأ تعيين حد أقصى للملكية الزراعية بما لا يسمح بقيام الإقطاع .. وان ذلك النص الدستوري جاء (مقصورا على تقرير هذا المبدأ ومحصورا في إرساء حكمه) وأنه لم يكن من شأن هذه المادة تنظيم موضوع التعويض عن الأراضي التي تزيد عن الحد الأقصى

وتؤول ملكيتها إلى الدولة وإنما يترك الى ذلك الأحكام العامة والمبادئ الدستورية الأخرى.
وعلى ذلك قضت المحكمة بأن (القرار بقانون رقم ١٠٤ لسنة ١٩٦٤ المطعون فيه إذ نص في مادته الأولى على أيلولة ملكية الأراضي الزراعية التي تم الاستيلاء عليها طبقا لأحكام المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بالإصلاح الزراعي والقرارات بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بالإصلاح الزراعي ١٢٧ لسنة ١٩٦١ المعدل له إلى الدولة دون مقابل يكون قد جرد ملاك تلك الأراضي المستولي عليها من ملكيتهم لها بغير مقابل فشكل بذلك اعتداء على هذه الملكية الخاصة ومصادرة لها بالمخالفة لحكم كل من المادة ٣٤ من دستور ١٩٧١ التي تنص على أن الملكية الخاصة مصونة والمادة ٢٦ منه التي تحظر المصادرة العامة للأموال ولا تجيز المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي مما يتعين معه الحكم بعدم دستورية المادة الأولى من القرار بقانون رقم ١٠٤ لسنة ١٩٦٤).
وفي حكم من احدث أحكام المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ٢ أكتوبر ١٩٩٩ في القضية رقم ٢١٥ لسنة ١٩ قضائية دستورية قالت المحكمة:
« .. وحيث أن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن .. لحق الملكية خاصية تميزه عن غيره من الحقوق الشخصية منها أو العينية أصلية كانت أم تبعية وتتمثل هذه الخاصية في أن الملكية وحدها هي التي تعتبر حقا دائما وتقتضي طبيعتها ألا يزول هذا الحق بعدم الاستعمال ذلك انه أيا ما كانت المدة التي يخرج فيها الشيء من حيازة مالكه فإنه لا يفقد ملكيته بالتقاعس عن استعمالها، بل يظل من حقه أن يقيم دعواه للمطالبة بها مهما طال الزمن إلا إذا كسبها غيره وفقا للقانون، بما مؤداه أن حق الملكية باق لا يزول ما بقي الشيء المملوك منقولا كان أو عقارا، وبالتالي لا يسقط الحق في إقامة الدعوى التي تحميه بانقضاء زمن معين، ذلك انه لا يتصور أن يكون حق الملكية ذاته غير قابل للسقوط بالتقادم، ويسقط مع ذلك الحق في إقامة الدعوى التي يطلب بها هذا الحق، ومن ثم يكون نص الفقرة الأخيرة من المادة ١٢ سالفة الذكر فيما تضمنه من تقرير سقوط حق الملكية بفوات سنة من تاريخ النشر في الجريدة الرسمية دون تقديم طلب إلى اللجنة حسبما ورد بتلك المادة قد انتقص من الحماية التي كفلها الدستور لحق الملكية وجاء بالتالي مخالفا لأحكام المادة ٣٤ من الدستور التي تتضمن صون حق الملكية الخاصة وكفالة حق الإرث فيها».
وانتهت المحكمة إلى الحكم بعدم دستورية نص الفقرة الأخيرة من المادة ١٢ من القانون المشار إليه في مجال تطبيقها بالنسبة لحق الملكية.
وبهذه الأحكام أعادت المحكمة الدستورية العليا إلى حق الملكية الخاصة بحسبانه أهم الحقوق الاقتصادية وأساسها، حرمته وصيانته، وجعلت من حكم الدستور حقيقة قانونية واقعية وليست مجرد شعار يرفع في المناسبات.

الأمور التي احتجزها الدستور ليكون التشريع فيها بقانون صادر عن السلطة التشريعية لا يجوز تنظيمها أو تعديل أحكامها أو إلغاؤها بأداة تشريعية أدنى مرتبة

قضية رقم 4 لسنة 1 قضائية المحكمة العليا" دستورية"

باسم الشعب المحكمة العليا بالجلسة العلنية المنعقدة 3 من يوليو سنة 1971 م . برئاسة السيد المستشار بدوى إبراهيم حمودة رئيس المحكمة وحضور المستشارين : محمد عبد الوهاب خليل نائب رئيس المحكمة وعمر حافظ شريف نائب رئيس المحكمة وحسين حسين قاسم وحسين زاكى وأحمد طوسون حسين ومحمد بهجت عتيبة . أعضاء وحضور السيد المستشار عادل عزيز زخارى نائب رئيس المحكمة رئيس هيئة مفوضى الدولة وحضور السيد / سيد عبد البارى إبراهيم أمين السر أصدرت الحكم الآتى فى القضية المقيدة بجدول المحكمة العليا برقم 4 لسنة 1 قضائية عليا " دستورية " . (أ (ميعاد حسابه إذا صادف آخر الميعاد عطلة رسمية امتد إلى أول يوم عمل بعدها . (ب (اختصاص دستورية القوانين رقابة المحكمة العليا لدستورية القوانين تنبسط على التشريعات كافة على اختلاف أنواعها ومراتبها سواء كانت تشريعات أصلية صادرة من الهيئة التشريعية أو كانت تشريعات فرعية صادرة من السلطة التنفيذية الهدف من ذلك) . ج) المحاكم التأديبية طبيعتها هى جهات قضائية فى مفهوم المادة 153 من دستور سنة) . 1964 د) دستور الأمور التى احتجزها الدستور ليكون التشريع فيها بقانون صادر من السلطة التشريعية لا يجوز تنظيمها أو تعديل أحكامها أو إلغاؤها بأداة تشريعية أدنى مرتبة . (ه) اختصاص الطعون فى الجزاءات الموقعة على العاملين الخاضعين لقانون العمل رقم 91 لسنة 1959 دخولها فى اختصاص المحاكم العادية سلطة المحاكم العادية لدى الفصل فى هذه الطعون . (و) لائحة عدم دستورية المادة 60 من لائحة نظام العاملين بالقطاع العام سالفة الذكر مخالفتها للدستور فيما تضمنته من تعديل فى قواعد اختصاص جهات القضاء . (ز) تأديب العاملين بيان السلطات المختصة بتأديب العاملين بالقطاع العام والجهة القضائية المختصة بنظر الطعون فيها طبقاً لأحكام القانون رقم 117 لسنة 1958 بإعادة تنظيم النيابة الإدارية والمحاكمات التأديبية المعدل بالقانون رقم 19 لسنة 1959 وقانون مجلس الدولة رقم 55 لسنة 1959 وما تضمنته المادة 60 من نظام العاملين بالقطاع العام الصادرة بالقرار الجمهورى رقم 2309 لسنة

1966 المعدل بالقرار الجمهورى رقم 802 لسنة 1967 من تعديل فى اختصاص الجهات القضائية فى هذا الشأن .

(1) إنه من المقرر فى حساب المواعيد أنه إذا كان الميعاد محدداً لحصول إجراء فيه وكان مقدراً بالشهور فلا يحسب منه يوم التكليف أو حدوث الأمر المعتبر فى نظر القانون مجرياً للميعاد وأنه إذا صادف عطلة رسمية امتد الميعاد إلى أول يوم عمل بعدها .

(2) إن رقابة دستورية القوانين تستهدف صون الدستور وحمايته من الخروج على أحكامه باعتباره القانون الأساسى الأعلى الذى يرسى الأصول والقواعد التى يقوم عليها نظام الحكم ولما كان هذا الهدف لا يتحقق على الوجه الذى يعنيه المشرع فى المادة الرابعة من قانون إنشاء المحكمة العليا وفى مذكرته الإيضاحية إلا إذا انبسطت رقابة المحكمة على التشريعات كافة على اختلاف أنواعها ومراتبها وسواء أكانت تشريعات أصلية صادرة من الهيئة التشريعية أو كانت تشريعات فرعية صادرة من السلطة التنفيذية فى حدود اختصاصها الدستورى ذلك أن مظنة الخروج على أحكام الدستور قائمة بالنسبة إليها جميعاً بل أن هذه المظنة أقوى فى التشريعات الفرعية منها فى التشريعات الأصلية التى يتوافر لها من الدراسة والبحث والتمحيص فى جميع مراحل إعدادها ما لا يتوافر للتشريعات الفرعية كما أن منها ما ينظم حرية المواطنين وأمورهم اليومية مثل لوائح الضبط يؤيد هذا النظر أن التشريعات الفرعية (كاللوائح) تعتبر قوانين من حيث الموضوع وإن لم تعتبر كذلك من حيث الشكل لصدورها من السلطة التنفيذية وهذه الوسيلة أكثر ملاءمة لمقتضيات أعمال السلطة التنفيذية وتطورها المستمر ولو انحسرت ولاية المحكمة عن رقابة التشريعات الفرعية لعاد أمرها كما كان إلى المحاكم تقضى فى الدفوع التى تقدم إليها بعدم دستوريتها بأحكام قاصرة غير ملزمة يناقض بعضها بعضاً وأهدرت الحكمة التى تغياها المشرع بإنشاء المحكمة العليا والتى أفصحت عنها المذكرة الإيضاحية لقانون إنشائها كى تحمل دون سواها رسالة الفصل فى دستورية القوانين .

(3 (إن ما أثير حول طبيعة المحاكم التأديبية مردود بأن المشرع سواء فى قانون العاملين المدنيين الصادر بالقانون رقم 46 لسنة 1964 أو فى القانون رقم 117 لسنة 1958 بإعادة تنظيم النيابة الإدارية أو غيرها من التشريعات التى تناولت موضوع تأديب العاملين قد عالج هذا الموضوع علاجاً تشريعياً مستهدياً فى ذلك بالتشريعات الجنائية واستبدل بمقتضى القانون الأخير بمجالس التأديب التى كانت تتولى تأديب العاملين ويغلب على تشكيلها العنصر الإدارى محاكم

تأديبية نظمها تنظيماً قضائياً وغلب فيها العنصر القضائى لتوفير الثقة والضمانات للعاملين عند محاكمتهم تأديبياً وقد كان هذا هو الهدف الأصيل من إصدار القانون المذكور لإعادة تنظيم النيابة الإدارية والمحاكمات التأديبية ونظراً لهذا الطابع القضائى الذى أضفاه المشرع على هذه المحاكم التى أخضع أحكامها للطعن أمام المحكمة الإدارية العليا فقد أصبحت ملحقة بالقسم القضائى بمجلس الدولة الذى يتولى اليوم كافة شئونها ومن ثم تعتبر المحاكم التأديبية جهات قضائية فى مفهوم المادة 153 من الدستور .

(4) إن المادة 153 من الدستور الحالى تنص على أن " يرتب القانون جهات القضاء ويعين اختصاصها " . وقد نقل هذا النص عن المادة 176 من دستور سنة 1956 والمادة 21 من دستور سنة 1958 ومؤداه ومقتضاه أن يكون ترتيب جهات القضاء وتحديد اختصاصها بتشريع صادر من السلطة التشريعية وليس بأداة أدنى من ذلك وليس من شك فى أن الأمور التى احتجزها الدستور بنص صريح ليكون التشريع فيها بقانون صادر من السلطة التشريعية لا يجوز تنظيمها أو تعديل أحكامها أو إلغاؤها بأداة تشريعية أدنى من القانون وإلا كانت مخالفة للدستور . (5) إنه فى ظل هذا النص من الدساتير المتعاقبة صدر قانون العمل رقم 91 سنة 1959 وخول العاملين الخاضعين له حق الطعن أمام المحاكم العادية فى الجزاءات التى يوقعها أرباب الأعمال عليهم وهذه المحاكم تختص ببحث شروط الجزاء وتراقب سلطة رب العمل فى توقيعه وكافة ما تنبى عليه صحته وإعمال أثره أو تجاوزه لحدوده ورده إليها أو بطلانه ومحوه وغير صحيح بعد ذلك القول بأن اختصاص هذا القضاء يقتصر على المنازعة فى الحقوق المالية المترتبة على هذا الجزاء لأن تلك المنازعة لا تكون إلا فى الجزاءات المالية والفصل فيها يستلزم وجوباً الفصل أولاً فى ماهية الجزاء وكنهه وحدوده حتى يمكن تحديد ما يترتب عليه من آثار مالية تصفى على أساسها حقوق الطرفين هذا بالإضافة إلى اختصاص هذا القضاء صراحة بإلغاء جزاء الفصل من العمل إن ثبت أنه كان بسبب النشاط النقابى . (6) إنه يبين من مقارنة هذه النصوص المتعلقة بموضوع تأديب العاملين الواردة فى القانون رقم 117 سنة 1958 بإعادة تنظيم النيابة الإدارية والمحاكمات التأديبية المعدل بالقانون رقم 19 لسنة 1959 وبنصوص قانون مجلس الدولة رقم 55 لسنة 1959 ما يأتى : أولاً : إنه طبقاً لنص المادة الثانية من القانون رقم 19 لسنة 1959 بسريان قانون النيابة الإدارية المشار إليه على موظفى المؤسسات العامة والشركات والجمعيات والهيئات الخاصة كان اختصاص الجهات الرئيسية بالمؤسسات العامة

والوحدات الاقتصادية التابعة لها مقصوراً على توقيع عقوبتى الإنذار والخصم من المرتب مدة لا تجاوز خمسة عشر يوماً وذلك بالنسبة إلى العاملين الذين تجاوز مرتباتهم خمسة عشر جنيهاً أما العقوبات الأشد فإنها تدخل فى اختصاص المحاكم التأديبية دون غيرها ، وقد عدلت اللائحة من اختصاص المحاكم فى هذا الصدد بأن نقلت هذا الاختصاص إلى السلطة الرئاسية فى الحدود المبينة بالمادة 60 المشار إليها . ثانياً : أسندت المادة 60 من لائحة نظام العاملين بالقطاع العام إلى المحاكم التأديبية الاختصاص بنظر الطعون فى بعض القرارات التأديبية الصادرة من السلطات الرئيسية بالنسبة إلى هؤلاء العاملين وقد كان هذا الاختصاص منوطاً بجهتى القضاء العادى والإدارى وأياً كان الرأى فى شأن الجهة القضائية المختصة بنظر تلك الطعون فإن تعديل اختصاص الجهات القضائية يجب أن يكون بقانون . ثالثاً : منع البند " رابعاً " من المادة 60 سالفة الذكر الطعن فى القرارات الصادرة بالبت فى تظلمات العاملين وفى أحكام المحاكم التأديبية (عدا الأحكام الصادرة بعقوبة الفصل) وبذلك تكون قد ألغت اختصاص جهات القضاء بنظر الطعون فى القرارات التأديبية النهائية للسلطات الرئاسية كما ألغت اختصاص المحكمة الإدارية العليا بنظر الطعون فى أحكام المحاكم التأديبية فى هذا الخصوص وهو الاختصاص الممنوح لها طبقاً لنص المادة 3 من قانون النيابة الإدارية والمحاكمات التأديبية الصادر بالقانون رقم 117 سنة 1958 والمادة 15 من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم 55 لسنة 1959 . (7) إن المادة 60 من لائحة نظام العاملين بالقطاع العام قد عدلت اختصاص جهات القضاء سالفة الذكر بقرار جمهورى ولما كان هذا التعديل لا يجوز إجراؤه بغير القانون تطبيقاً للمادة 153 من الدستور ، ومن ثم يكون نص المادة 60 من لائحة نظام العاملين بالقطاع العام سالفة الذكر مخالفاً للدستور . الوقائع تتحصل الوقائع على ما يبين من الأوراق فى أن محمد محمد أحمد الشحات وهدان أقام الدعوى رقم 511 سنة 1969 كلى أسوان ضد الشركة المصرية للجباسات والمحاجر والرخام وقال فى صحيفتها أنه يعمل بالشركة فى وظيفة رئيس منطقة الرخام بدهميت بأجر شهرى قدره 25 جنيها و812 مليماً ، وفى 16 من فبراير سنة 1969 فوجئ بالقرار رقم 20 الصادر من الشركة بمجازاته بخصم خمسة عشر يوماً من راتبه وعدم إسناد أى عمل إليه من الأعمال التى يحتل فيها مركز القيادة . ولما كان هذا القرار قد شابه البطلان لعدم إعلانه بالمخالفة المنسوبة إليه قبل توقيع الجزاء خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ كشفها وخلو القرار من الأسباب التى استند إليها فى توقيع الجزاء . ولما كان القضاء المدنى رقيباً على صاحب العمل فى استعمال سلطة تأديب العمال والتحقق من توافر الشروط الشكلية والموضوعية لتوقيع الجزاء التأديبى فقد طلب المدعى الحكم ببطلان الجزاء سالف الذكر وإلزام

الشركة بالمصروفات ومقابل أتعاب المحاماة . وقد دفعت الشركة الدعوى بعدم اختصاص المحكمة بنظرها استناداً إلى أن القرار الجمهورى رقم 3309 سنة 1966 المعدل بالقرار الجمهورى رقم 802 سنة 1967 هو الذى ينظم جزاءات العاملين بالقطاع العام كما دفعت بعدم قبول الدعوى لأن القرار المطعون فيه قد تحصن بفوات ميعاد الطعن فيه . وردّ المدعى على هذا الدفاع فى شقه الأول بأن طعن بعدم دستورية القرار الجمهورى رقم 2309 سنة 1966 فيما تضمنه من تعديل فى طرق التظلم من الجزاءات التأديبية الموقعة على العاملين . وفى 5 من مارس سنة 1970 حكمت المحكمة بوقف الدعوى حتى يفصل فى الدفع بعدم دستورية القرار الجمهورى رقم 3309 سنة 1966 من المحكمة العليا وحددت للمدعى مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر من تاريخ الحكم ليرفع الدعوى أمام المحكمة العليا وإلا اعتبر الدفع كأن لم يكن وأبقت الفصل فى المصروفات . وفى 6 من يونيو سنة 1970 أقام المدعى هذه الدعوى وقيدت بجدول المحكمة برقم 4 سنة 1 قضائية عليا دستورية طالباً الحكم بعدم دستورية قرار رئيس الجمهورية رقم 3309 سنة 1966 المعدل بالقرار رقم 802 سنة 1967 فيما تضمنه من تقرير اختصاص القضاء الإدارى بنظر الطعون فى الجزاءات الموقعة على العاملين بالقطاع العام مع إلزام الشركة بالمصروفات ومقابل أتعاب المحاماة . وقدمت الحكومة مذكرة دفعت فيها أولاً بعدم قبول الدعوى لعدم رفعها إلى المحكمة العليا خلال الثلاثة الأشهر التى حددتها محكمة أسوان الابتدائية مما يترتب عليه اعتبار الدفع المقدم أمام تلك المحكمة كأن لم يكن وثانياً بعدم قبول الطلب لأن المحكمة العليا لا تختص إلا بالفصل فى دستورية القوانين دون غيرها من القرارات واللوائح ، وفى الموضوع دفعت الدعوى بأن لائحة العاملين المطعون فيها صدرت من رئيس الجمهورية بمقتضى الحق المخول له دستورياً فى إصدار اللوائح التنظيمية واللوائح المنفذة للقوانين ولم تتضمن أحكاماً تخالف قانون العمل رقم 91 لسنة 1959 لأن القضاء العادى لم يكن مختصاً بإلغاء الجزاءات الموقعة على العاملين ، وأضافت أن المحاكم التأديبية ليست جهات قضاء . وقدمت هيئة المفوضين تقريراً انتهت فيه إلى طلب رفض الدفع الأول بعدم قبول الدعوى لرفعها بعد الميعاد لأن ذلك الميعاد يضاف إليه ميعاد مسافة كما طلبت رفض الدفع الثانى بعدم قبول الدعوى لأن اختصاص المحكمة العليا بالفصل فى دستورية القوانين يشمل القوانين الصادرة من مجلس الأمة كما يشمل اللوائح التفويضية ولوائح الضرورة وهى قرارات جمهورية لها قوة القانون . وفى موضوع الدعوى انتهى التقرير إلى أن المادة 60 من القرار الجمهورى رقم 3309 سنة 1966 المعدل بالقرار الجمهورى رقم 802 سنة 1967 فيما تضمنته من تعديل اختصاص الفصل فى التظلمات من الجزاءات التى توقع على العاملين فىالقطاع العام تخالف المادة 153

من الدستور . وتحدد لنظر الدعوى جلسة 2 من يناير سنة 1971 وتداولت بالجلسات حيث نظرت على الوجه المبين بمحاضرها ثم تأجلت للنطق بالحكم لجلسة 5 من يونية سنة 1971 وفى هذه الجلسة قررت المحكمة مد أجل النطق بالحكم لجلسة اليوم . المحكمة بعد سماع المرافعة الشفوية والإطلاع على الأوراق والمداولة . عن الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها بعد الميعاد : من حيث أن مبنى هذا الدفع أن المدعى أقام الدعوى بعد انقضاء ميعاد الثلاثة الأشهر المحدد لرفعها بحكم محكمة أسوان الابتدائية المتقدم ذكره . ومن حيث أنه من المقرر فى حساب المواعيد أنه إذا كان الميعاد محدداً الحصول إجراء فيه وكان مقدراً بالشهور فلا يحسب منه يوم التكليف أو حدوث الأمر المعتبر فى نظر القانون مجرياً للميعاد وأنه إذا صادف آخر الميعاد عطلة رسمية امتد الميعاد إلى أول يوم عمل بعدها . ومن حيث أن حكم محكمة أسوان الابتدائية الذى يعتبر مجرياً للميعاد قد صدر فى 5 من مارس سنة 1970 بتحديد ميعاد ثلاثة أشهر من تاريخ صدوره لرفع الدعوى أمام هذه المحكمة ومن ثم فإن هذا الميعاد يبدأ من اليوم التالى لصدور الحكم وهو يوم 6 من مارس سنة 1970 وينتهى فى يوم 5 من يونية سنة 1970 ولما كان هذا اليوم يوافق يوم جمعة وهو يوم عطلة رسمية فإن الميعاد يمتد إلى يوم العمل التالى وهو يوم 6 من يونية سنة 1970 وإذ أقام المدعى دعواه أمام المحكمة فى هذا اليوم الأخير فإنه لم يجاوز الميعاد المحدد بحكم محكمة أسوان الابتدائية ويكون الدفع غير قائم على أساس سليم متعيناً رفضه . عن الدفع بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى : من حيث أن مبنى هذا الدفع أن اختصاص المحكمة العليا بنظر الدعاوى المتعلقة بدستورية القوانين مقيد بأن يكون التشريع المطعون فيه قانوناً صادراً من الهيئة التشريعية ولما كان الطعن المطروح على المحكمة غير موجه إلى قانون بالمعنى الشكلى بل إلى قرار جمهورى فإن ولاية المحكمة لا تتناوله . ومن حيث أنه يبين من استقصاء تاريخ رقابة دستورية القوانين فى مصر أنه رغم خلو الدستور والقوانين من أى نص يخول المحاكم سلطة رقابة دستورية القوانين فإنها قد أقرت حق القضاء فى التصدى لبحث دستورية القوانين إذا دفع أمامها بعدم دستورية قانون أو أى تشريع فرعى أدنى مرتبة يطلب أحد الخصوم تطبيقه فى الدعوى المطروحة عليها واستندت فى تقرير اختصاصها هذا إلى أنه يعتبر من صميم وظيفتها القضائية القائمة على تطبيق القانون فيما يعرض عليها من منازعات فإذا تعارض القانون المطلوب تطبيقه فى الدعوى مع الدستور وجب عليها أن تطبق حكمه وتغفل حكم القانون وذلك إعمالاً لمبدأ سيادة الدستور وسموه على التشريعات الأخرى وقصرت ولايتها فى هذا الصدد على الامتناع من تطبيق القانون المخالف للدستور ولم يكن قضاؤها فى موضوع دستورية القوانين ملزماً لها ولا لغيرها من المحاكم فكان لها أن تنقض فى الغد ما تبرمه اليوم وكان القانون يعتبر فى آن واحد دستورياً تطبقه بعض

المحاكم وغير دستورى تمتنع من تطبيقه محاكم أخرى ونظراً لما يترتب على اختلاف وجهات النظر بين المحاكم فى هذا الموضوع الخطير من اضطراب وعدم استقرار فى المعاملات والحقوق والمراكز القانونية فقد أنشأ المشرع المحكمة العليا بالقانون رقم 81 لسنة 1969 وخولها دون سواها ولاية الفصل فى دستورية القوانين (الفقرة الأولى من المادة الرابعة من القانون المذكور) كما أوجب نشر الأحكام الصادرة من المحكمة العليا فى الجريدة الرسمية وقضى بأن تكون هذه الأحكام ملزمة لجميع جهات القضاء (المادة 31 من القانون رقم 66 سنة 1970 بإصدار قانون الإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا) ، وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم 81 لسنة 1969 المتقدم ذكره تعليقاً على المادة الرابعة من هذا القانون أن المشرع قصر ولاية الفصل فى دستورية القوانين على المحكمة العليا دون سواها حتى " لا يترك البت فى مسألة على هذا القدر من الخطورة للمحاكم على مختلف مستوياتها حسبما جرى عليه العرف القضائى وحتى لا تتباين وجوه الرأى فيه . " وبذلك حسم المشرع الخلاف المترتب على تعدد جهات القضاء التى كانت تنظر على الشيوع بينها موضوع دستورية القوانين على الوجه المتقدم ذكره وكفل وحده النظام القانونى واستقراره وسد ثغرة عميقة فى نظامنا القضائى والقانونى . ومن حيث أن رقابة دستورية القوانين تستهدف صون الدستور وحمايته من الخروج على أحكامه باعتباره القانون الأساسى الأعلى الذى يرسى الأصول والقواعد التى يقوم عليها نظام الحكم ولما كان هذا الهدف لا يتحقق على الوجه الذى يعنيه المشرع فى المادة الرابعة من قانون إنشاء المحكمة العليا وفى مذكرته الإيضاحية إلا إذا انبسطت رقابة المحكمة على التشريعات كافة على اختلاف أنواعها ومراتبها وسواء أكانت تشريعات أصلية صادرة من الهيئة التشريعية أو كانت تشريعات فرعية صادرة من السلطة التنفيذية فى حدود اختصاصها الدستورى ذلك أن مظنة الخروج على أحكام الدستور قائمة بالنسبة إليها جميعاً بل إن هذه المظنة أقوى فى التشريعات الفرعية منها فى التشريعات الأصلية التى يتوافر لها من الدراسة والبحث والتمحيص فى جميع مراحل إعدادها مالا يتوافر للتشريعات الفرعية التى تمثل الكثرة بين التشريعات كما أن منها ما ينظم حرية المواطنين وأمورهم اليومية مثل لوائح الضبط يؤيد هذا النظر أن التشريعات الفرعية (كاللوائح) تعتبر قوانين من حيث الموضوع وإن لم تعتبر كذلك من حيث الشكل لصدورها من السلطة التنفيذية وهذه الوسيلة أكثر ملاءمة لمقتضيات أعمال السلطة التنفيذية وتطورها المستمر ولو انحسرت ولاية المحكمة عن رقابة التشريعات الفرعية لعاد أمرها كما كان إلى المحاكم تقضى فى الدفوع التى تقدم إليها بعدم دستوريتها بأحكام قاصرة غير ملزمة يناقض بعضها بعضاً وأهدرت الحكمة التى تغياها المشرع بإنشاء المحكمة العليا والتى أفصحت عنها المذكرة الإيضاحية لقانون إنشائها كى

تحمل دون سواها رسالة الفصل فى دستورية القوانين . ومن حيث أنه على مقتضى ما تقدم يكون الدفع على غير أساس سليم من القانون متعيناً رفضه . ومن حيث أن الطلب استوفى أوضاعه المقررة قانوناً . عن الموضوع : من حيث أن المدعى ينعى على المادة 60 من لائحة نظام العاملين بالقطاع العام الصادرة بقرار رئيس الجمهورية رقم 3309 سنة 1966 المعدل بقرار رئيس الجمهورية رقم 802 سنة 1967 مخالفة المادة 153 من الدستور وقال فى بيان ذلك أن قانون العمل رقم 91 سنة 1959 قد خول القضاء العادى سلطة الفصل فى تظلمات العاملين من القرارات الصادرة بتوقيع جزاءات تأديبية عليهم كما أن القانون رقم 32 سنة 1969 بإصدار قانون المؤسسات العامة وشركات القطاع العام لم ينقل هذا الاختصاص إلى القضاء الإدارى ولما كانت المادة 60 سالفة الذكر قد عدلت قواعد الاختصاص بنظر هذه التظلمات إذ أسندته إلى القضاء الإدارى " وهو يقصد القضاء التأديبى التابع للقضاء الإدارى " فإنها تكون مخالفة للمادة 153 من الدستور التى تقضى بأن يكون ترتيب جهات القضاء وتحديد اختصاصها بقانون فلا يجوز كلاهما بأداة أدنى منه . ومن حيث أن الحكومة دفعت الدعوى قائلة أن القرار الجمهورى المطعون فيه لا يتضمن أحكاماً مخالفة للدستور إذ أن جهات القضاء العادى لم تكن مختصة بالفصل فى تظلمات العاملين وإنما كان اختصاصها فى هذا الصدد مقصوراً على منازعات مالية فى الأجر كما أن المحاكم التأديبية التى أولاها المشرع سلطة التأديب بالقرار المطعون فيه لا يصدق عليها وصف الجهات القضائية ولا علاقة لها بالقضاء الإدارى ، كما أن التنظيم التشريعى الموضوع لتأديب العمال وما يتضمنه من تقرير طرق الطعن والتظلم من الجزاءات التأديبية لا يتصل بالنظام القضائى ومن ثم فهو لا يمس ولاية القضاء ولا ينطوى على اعتداء على اختصاصه المقرر قانوناً . ومن حيث أن ما أثارته الحكومة حول طبيعة المحاكم التأديبية مردود بأن المشرع سواء فى قانون العاملين المدنيين الصادر بالقانون رقم 46 لسنة 1964 أو فى القانون رقم 117سنة 1958 بإعادة تنظيم النيابة الإدارية أو غيرهما من التشريعات التى تناولت موضوع تأديب العاملين قد عالج هذا الموضوع علاجاً تشريعياً مستهدياً فى ذلك بالتشريعات الجنائية واستبدل بمقتضى القانون الأخير بمجالس التأديب التى كانت تتولى تأديب العاملين ويغلب على تشكيلها العنصر الإدارى محاكم تأديبية نظمها تنظيماً قضائياً وغلب فيها العنصر القضائى لتوفير الثقة والضمانات للعاملين عند محاكمتهم تأديبياً وقد كان هذا هو الهدف الأصيل من إصدار القانون المذكور لإعادة تنظيم النيابة الإدارية والمحاكمات التأديبية ونظراً لهذا الطابع القضائى الذى أضفاه المشرع على هذه المحاكم التى أخضع أحكامها للطعن أمام المحكمة الإدارية العليا فقد أصبحت ملحقة بالقسم القضائى بمجلس الدولة الذى يتولى اليوم كافة شئونها ومن ثم

تعتبر المحاكم التأديبية جهات قضائية فى مفهوم المادة 153 من الدستور . ومن حيث إن المادة 153 من الدستور الحالى تنص على أن " يرتب القانون جهات القضاء ويعين اختصاصها " . وقد نقل هذا النص عن المادة 176 من دستور سنة 1956 والمادة 21 من دستور سنة 1958 ومؤداه ومقتضاه أن يكون ترتيب جهات القضاء وتحديد اختصاصها بتشريع صادر من السلطة التشريعية وليس بأداة أدنى من ذلك وليس من شك فى أن الأمور التى احتجزها الدستور بنص صريح ليكون التشريع فيها بقانون صادر من السلطة التشريعية لا يجوز تنظيمها أو تعديل أحكامها أو إلغاؤها بأداة تشريعية أدنى من القانون وإلا كانت مخالفة للدستور . ومن حيث إنه فى ظل هذا النص فى الدساتير المتعاقبة صدر قانون العمل رقم 91 سنة 1959 وخول العاملين الخاضعين له حق الطعن أمام المحاكم العادية فى الجزاءات التى يوقعها أرباب الأعمال عليهم وهذه المحاكم تختص ببحث شروط الجزاء وتراقب سلطة رب العمل فى توقيعه وكافة ما تنبى عليه صحته وإعمال أثره أو تجاوزه لحدوده ورده إليها أو بطلانه ومحوه وغير صحيح بعد ذلك القول بأن اختصاص هذا القضاء يقتصر على المنازعة فى الحقوق المالية المترتبة على هذا الجزاء لأن تلك المنازعة لا تكون إلا فى الجزاءات المالية والفصل فيها يستلزم وجوباً الفصل أولاً فى ماهية الجزاء وكنهه وحدوده حتى يمكن تحديد ما يترتب عليه من آثار مالية تصفى على أساسها حقوق الطرفين هذا بالإضافة إلى اختصاص هذا القضاء صراحة بإلغاء جزاء الفصل من العمل إن ثبت أنه كان بسبب النشاط النقابى . ومن حيث أن المشرع نظم بعد ذلك وبالقوانين أرقام 117 سنة 1958 و19 سنة 1959 و55 سنة 1959 جهات القضاء المختصة بتوقيع الجزاءات على العاملين فى الهيئات والمؤسسات العامة وموظفى الجمعيات والهيئات الخاصة التى يصدر بتحديدها قرار من رئيس الجمهورية وموظفى الشركات التى تساهم فيها الحكومة بنسبة لا تقل عن 25% من رأسمالها أو تضمن لها حداً أدنى من الأرباح وذلك فى الأحوال المبينة فى تلك القوانين وأجاز لهؤلاء العاملين الطعن فى الأحكام الصادرة من المحاكم التأديبية أمام المحكمة الإدارية العليا . هذا بالإضافة إلى ما هو مقرر للعاملين فى المؤسسات والهيئات العامة من حق الطعن أمام القضاء الإدارى فى الجزاءات التى توقع عليهم من الجهات الإدارية فى غير تلك الأحوال . ومن حيث أن لائحة نظام العاملين بالقطاع العام صدرت بعد ذلك بالقرار الجمهورى رقم 3309 سنة 1966 الذى عدل بالقرار الجمهورى رقم 802 سنة 1967 ونصت فى المادة 60 منها على ما يأتى : " يكون توقيع الجزاءات التأديبية المبينة فى المادة السابقة وكيفية التظلم منها أو الطعن فيها وفقاً لما يأتى : أولاً : بالنسبة لجزاءات الإنذار أو الخصم من المرتب أو الوقف عن العمل مع صرف نصف المرتب أو الحرمان من العلاوات أو تأجيل موعد استحقاقها .

1تكون لرئيس مجلس الإدارة أو من يفوضه سلطة توقيعها على العاملين شاغلى الوظائف من أدنى الفئات حتى الفئة الثالثة ويكون التظلم من هذه الجزاءات إلى رئيس مجلس الإدارة أو إلى جهة التظلم التى يحددها قراره بالتفويض بتوقيع الجزاء وذلك خلال خمسة عشر يوماً من إخطار العامل بالجزاء الموقع عليه . 2 وتكون لرئيس مجلس الإدارة سلطة توقيعها على العاملين من الفئة الثانية وما يعلوها على أن يصدق على هذه القرارات من رئيس مجلس إدارة المؤسسة المختصة أو الوزير المختص حسب الأحوال ويكون التظلم من هذه الجزاءات للجهة التى قامت بالتصديق خلال خمسة عشر يوماً من إخطار العامل بالجزاء الموقع عليه . ثانياً : بالنسبة لسائر الجزاءات الأخرى عدا جزاء الفصل من الخدمة : 1 تكون لرئيس مجلس الإدارة سلطة توقيعها على العاملين شاغلى الوظائف من أدنى الفئات حتى الفئة السابعة ويكون الطعن فى هذه الجزاءات أمام المحكمة التأديبية المختصة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إخطار العامل بالجزاء الموقع عليه . 2 وتكون لرئيس مجلس الإدارة سلطة توقيعها على العاملين شاغلى الوظائف من الفئة السادسة حتى الفئة الثالثة على أن يصدق على هذه القرارات من رئيس مجلس إدارة المؤسسة المختصة أو الوزير المختص حسب الأحوال . ويكون الطعن فى هذه الجزاءات أمام المحكمة التأديبية المختصة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إخطار العامل بالجزاء الموقع عليه . 3 وتكون للمحكمة التأديبية المختصة سلطة توقيعها على العاملين شاغلى الوظائف من الفئة الثانية وما يعلوها . ثالثاً : بالنسبة لجزاء الفصل من الخدمة : 1 تكون لرئيس مجلس الإدارة سلطة توقيعه على العاملين شاغلى الوظائف من أدنى الفئات حتى الفئة السابعة ويكون الطعن فى هذا الجزاء أمام المحكمة التأديبية فى خلال ثلاثين يوماً من إخطار العامل بالجزاء الموقع عليه . 2 ويكون للمحكمة التأديبية المختصة سلطة توقيعه على العاملين شاغلى الوظائف من الفئة السادسة وما يعلوها . رابعاً : فى جميع الحالات السابقة تكون القرارات الصادرة بالبت فى التظلم وكذلك أحكام المحاكم التأديبية نهائية وغير قابلة لأى طعن ما عدا الأحكام التى تصدر بتوقيع جزاء الفصل من الخدمة على العاملين شاغلى الوظائف من الفئة السادسة وما يعلوها فيجوز الطعن فيها أمام المحكمة الإدارية العليا خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان العامل بالحكم . " ومن حيث أنه يبين من مقارنة هذه النصوص بالنصوص المتعلقة بموضوع تأديب العاملين الواردة فى القانون رقم 117 سنة 1958 بإعادة تنظيم النيابة الإدارية والمحاكمات التأديبية المعدل بالقانون رقم 19 لسنة 1959 وبنصوص قانون مجلس الدولة رقم 55 لسنة 1959 ما يأتى : أولاً : أنه طبقاً لنص المادة الثانية من القانون رقم 19 لسنة 1959 بسريان قانون النيابة الإدارية المشار إليه على موظفى المؤسسات العامة والشركات والجمعيات والهيئات الخاصة كان اختصاص الجهات الرئاسية بالمؤسسات العامة

والوحدات الاقتصادية التابعة لها مقصوراً على توقيع عقوبتى الإنذار والخصم من المرتب مدة لا تجاوز خمسة عشر يوماً وذلك بالنسبة إلى العاملين الذين تجاوز مرتباتهم خمسة عشر جنيهاً ، أما العقوبات الأشد فإنها تدخل فى اختصاص المحاكم التأديبية دون غيرها ، وقد عدلت اللائحة من اختصاص المحاكم فى هذا الصدد بأن نقلت هذا الاختصاص إلى السلطة الرئاسية فى الحدود المبينة بالمادة 60 المشار إليها . ثانياً : أسندت المادة 60 من لائحة نظام العاملين بالقطاع العام إلى المحاكم التأديبية الاختصاص بنظر الطعون فى بعض القرارات التأديبية الصادرة من السلطات الرئاسية بالنسبة إلى هؤلاء العاملين وقد كان هذا الاختصاص منوط بجهتى القضاء العادى والإدارى وأياً كان الرأى فى شأن الجهة القضائية المختصة بنظر تلك الطعون فإن تعديل اختصاص الجهات القضائية يجب أن يكون بقانون . ثالثاً : منع البند " رابعاً من المادة 60 سالفة الذكر الطعن فى القرارات الصادرة بالبت فى تظلمات العاملين فى أحكام المحاكم التأديبية (عدا الأحكام الصادرة بعقوبة الفصل) وبذلك تكون قد ألغت اختصاص جهات القضاء بنظر الطعون فى القرارات التأديبية النهائية للسلطات الرئاسية كما ألغت اختصاص المحكمة الإدارية العليا بنظر الطعون فى أحكام المحاكم التأديبية فى هذا الخصوص وهو الاختصاص الممنوح لها طبقاً لنص المادة 3 من قانون النيابة الإدارية والمحاكمات التأديبية الصادر بالقانون رقم 117 سنة 1958 والمادة 15 من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم 55 لسنة 1959 . ومن حيث أنه يبين مما سلف أن المادة 60 من لائحة نظام العاملين بالقطاع العام قد عدلت اختصاص جهات القضاء سالفة الذكر بقرار جمهورى ولما كان هذا التعديل لا يجوز إجراؤه بغير القانون تطبيقاً للمادة 153 من الدستور ، ومن ثم يكون نص المادة 60 من لائحة نظام العاملين بالقطاع العام سالفة الذكر مخالفاً للدستور على الوجه المتقدم بيانه .

فلهذه الأسباب حكمت المحكمة : أولاً : برفض الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها بعد الميعاد . ثانياً : برفض الدفع بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى . ثالثاً : وفى الموضوع : بعدم دستورية المادة 60 من لائحة نظام العاملين بالقطاع العام الصادرة بقرار رئيس الجمهورية رقم 3309 سنة 1966 المعدل بقرار رئيس الجمهورية رقم 802 سنة 1967 فيما تضمنته من تعديل فى قواعد اختصاص جهات القضاء على الوجه المبين بأسباب هذا الحكم ، وألزمت الشركة المدعى عليها المصروفات ومبلغ 20 جنيه مقابل أتعاب المحاماة . صدر هذا الحكم من الهيئة المبينة بصدره عدا السيد المستشار على أحمد كامل الذى سمع المرافعة وحضر المداولة ووقع مسودة هذا

مبادئ القضاء الإداري المصري

مجلس الدولة

بسم الله الرحمن الرحيم
باسم الشعب
مـجلس الدولـة
المحكمة الإدارية العليا
الدائرة الأولى ـ مـوضـوع

بالجلسة المنعقدة علناً في يوم السبت الموافق ٢٠٠٨/١/٢٦م.
برئاسة السيد الأستاذ المستشار/ السيد السيد نوفل رئيس مجلس الدولة ورئيس المحكمة وعضوية السادة الأساتذة المستشارين/ عصام الدين عبد العزيز جاد الحق ومصطفى سعيد مصطفى حنفي وعبد الحليم أبو الفضل أحمد القاضي وأحمد عبد الحميد حسن عبود. نواب رئيس مجلس الدولة بحضور السيد الأستاذ المستشار/ عبد القادر قنديل نائب رئيس مجلس الدولة ومفوض الدولة وحضور السيد/ كمال نجيب مرسيس سكرتير المحكمة
أصدرت الحكم الآتي:
في الطعن رقم ١٠٦١٧ لسنة ٥١ القضائية عليا
المقام من
شركة بولي باك «أشرف فتحي عطا الله وشركاه»
ضد
وزير المالية « بصفته الرئيس الأعلى لمصلحة الجمارك»
في الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري بالقاهرة
في الدعوى رقم ٩٢٤ لسنة ٥٨ ق بجلسة ٢٠٠٥/٢/٢٢

«الإجراءات»
في يوم الثلاثاء الموافق ٢٠٠٥/٤/١٢ أودع الأستاذ/ هلال فرغلي هلال المحامي بالنقض والإدارية العليا ، بصفته وكيلاً عن الشركة الطاعنة ، قلم كتاب هذه المحكمة تقرير طعن قيد بجدولها بالرقم عاليه في الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري بالقاهرة في الدعوى رقم ٩٢٤ لسنة ٥٨ ق بجلسة ٢٠٠٥/٢/٢٢ والقاضي في منطوقه « بقبول الدعوى شكلاً، ورفضها موضوعاً وألزمت الشركة المدعية المصروفات».
وطلبت الشركة الطاعنة – للأسباب الواردة في تقرير طعنها – الحكم بقبول الدعوى شكلاً وفي الموضوع بإلغاء الحكم المطعون فيه وبإلزام المطعون ضده بصفته برد مبلغ ٢٣٤٧٨٦,٤٣ جنيهاً للشركة الطاعنة، مع إلزامه بالفوائد القانونية من تاريخ المطالبة وحتى تمام السداد، مع إلزام المطعون ضده بالمصروفات ومقابل أتعاب المحاماة عن الدرجتين.
وجرى إعلان الطعن على النحو المبين بالأوراق.

وأودعت هيئة مفوضي الدولة تقريراً مسبباً برأيها القانوني في الطعن ارتأت في ختامه الحكم بقبول الطعن شكلاً، وفي الموضوع بإلغاء الحكم المطعون فيه، وبأحقية الشركة في استرداد المبالغ التي سددتها بدون وجه حق لمصلحة الجمارك، وإلزام الجهة الإدارية المصروفات.
وعينت جلسة ٢٠٠٦/١٠/١٦ لنظر الطعن أمام دائرة فحص الطعون وبجلسة ٢٠٠٧/٤/١٦ أحالته إلى هذه الدائرة لنظره بجلسة ٢٠٠٧/٧/١ حيث نظرته على النحو المبين بمحاضر جلساتها، إلى أن تقرر النطق بالحكم بجلسة اليوم، حيث صدر الحكم، وأودعت مسودته المشتملة على أسبابه عند النطق به.

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق، وسماع الإيضاحات، والمداولة قانوناً.
من حيث إن الطعن استوفى أوضاعه الشكلية المقررة.
ومن حيث إن عناصر هذه المنازعة تخلص – حسبما يبين من الأوراق – في أن الشركة الطاعنة كانت قد أقامت الدعوى رقم ٩٢٤ لسنة ٥٨ ق أمام محكمة القضاء الإداري بالقاهرة بتاريخ ٢٠٠٣/١٠/١٢ بطلب الحكم بإلزام المدعى عليه بأن يرد لها مبلغ ٢٣٤٢٨٦,٤٣ جنيهاً قيمة ما حصلته مصلحة الجمارك كرسوم خدمات عن مشمول الشهادات الجمركية محل التداعي بدون وجه حق مع الفوائد القانونية من تاريخ المطالبة القضائية حتى السداد على سند من القول بأن الشركة استوردت رسائل لأغراض الشركة بموجب الشهادات الجمركية المبينة تفصيلاً بصحيفة الدعوى وعند تقرير الرسوم الجمركية قام الجمرك بتحصيل رسوم خدمات تحدد مقدارها في المبلغ المطالب به بواقع ٣٪ من قيمة البضائع استناداً إلى القرارات الوزارية المطعون فيها والتي سبق إلغاؤها في الدعوى رقم ٣٤٤٥ لسنة ٤٨ ق المرفوعة من آخرين.
وبجلسة ٢٠٠٥/٢/٢٢ أصدرت المحكمة حكمها المطعون فيه تأسيساً على أن عبء إثبات الحق المدعى به يقع على عاتق المدعي، ولا ينقلب هذا العبء على عاتق الجهة الإدارية إلا إذا كان المدعي لا يملك إمكانية الحصول على المستندات المثبتة لحقه ، فإذا تقاعس المدعي عن تقديم الأدلة التي تثبت الحق المدعى به كانت الدعوى فاقدة السند القانوني ويتعين رفضها ... لما كان ذلك وكانت الشركة المدعية لم تقدم أي مستندات تثبت الواقعة المنشئة لاستحقاق هذا الرسم وهو استيرادها للبضائع التي استحقت عليها، ولم تقدم أي مستندات تثبت تحصيل المبلغ المطالب به سواء في أثناء تحضير الدعوى لدى هيئة مفوضي الدولة، أو أمام المحكمة..... ومن ثم تكون الدعوى فاقدة السند القانوني الذي يثبت وجود الحق المدعى به وهو ما يتعين معه رفضها.
ومن حيث إن مبنى الطعن الماثل أن الحكم المطعون فيه أخطأ في تطبيق القانون وشابه فساد في الاستدلال حيث سبق لمحكمة القضاء الإداري أن قضت في الدعوى رقم ٣٤٤٥ لسنة ٤٨ ق والمرفوعة من آخرين بإلغاء القرارين رقمي ٢٥٥ لسنة ١٩٩٣ و ١٩٣ لسنة ١٩٩٤ بتحصيل مقابل خدمات المواني والمنافذ الجمركية التي لم يصدر بشأنها نص خاص بالفئات الواردة في كل منهما، ثم صدر القراران رقما ١٢٠٨ لسنة ١٩٩٦ و ٧٥٢ لسنة ١٩٩٧ بتعديل مقابل الخدمات سالف الذكر إلى نسبة ٣٪ من قيمة الرسالة حيث قامت الشركة الطاعنة بسداد تلك النسبة (٣٪) لمصلحة الجمارك مع كل رسالة ترد إليها من الخارج وهو حكم له حجيته على الكافة إعمالاً لحكم المادة (٥٢) من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ وبالتالي يكون الحكم

المطعون فيه مجحفاً بحقوق الطاعنين ومخـالفاً للحقيقة، هذا فضلاً عن أن الشركة الطاعنة كانت قد أودعت حافظة مستندات طويت على صور إيصالات سداد الرسوم محل الدعوى والمسددة لمصلحة الجمارك عن كل رسالة وردت للشركة من الخارج وذلك بتاريخ ٢٠٠٤/٤/٢٤ بيد أن تلك الحافظة لم تودع بملف الدعوى أ مام الهيئة التي أصدرت الحكم المطعون فيه حيث إن الشركة لم تعلن بالجلسة المحددة لنظر الدعوى بعد ورود التقرير.

ومن حيث أن المحكمة الدستورية العليا قضت بجلستها المنعقدة في ٢٠٠٤/٩/٥ في القضية رقم ١٧٥ لسنة ٢٢ ق دستورية أولاً: بعدم دستورية الفقرتين الأولى والأخيرة من المادة ١١١ من قانون الجمارك رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ الصادر بقرار رئيس الجمهورية. ثانياً: بسقوط الفقرة الثانية من المادة ١١١ من قانون الجمارك سالف البيان. ثالثاً: بسقوط قرار وزير الخزانة رقم ٥٨ لسنة ١٩٦٣ والقرارين المعدلين له رقمي ١٠٠ لسنة ١٩٦٥ و٢٥٥ لسنة ١٩٩٣ وكذلك قرار وزير المالية رقم ١٢٣ لسنة ١٩٩٤ والقراران المعدلان له رقما ١٢٠٨ لسنة ١٩٩٦ و٧٥٢ لسنة ١٩٩٧... .

ومن حيث إنه من المستقر عليه في قضاء المحكمتين الإدارية العليا والدستورية العليا أن الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية – وهي بطبيعتها دعاوى عينية توجه فيها الخصومة إلى النصوص التشريعية المطعون عليها بعيب دستوري – تكون لها حجية مطلقة ، بحيث لا يقتصر أثرها على الخصوم في الدعوى التي صدرت فيها ، وإنما ينصرف هذا الأثر إلى جميع سلطات الدولة . كما استقر قضاء هذه المحكمة على أن الحكم بعدم دستورية نص مؤداه عدم تطبيق هذا النص ليس بالنسبة للمستقبل فحسب وإنما بالنسبة للوقائع والعلاقات السابقة على صدور هذا الحكم ، على أن يستثنى من ذلك الأثر الرجعي الحقوق والمراكز القانونية التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضي أو بانقضاء مدة التقادم .

لما كان ذلك وكان الثابت من مستندات الشركة الطاعنة أن الرسوم المطالب باستردادها جرى تحصيلها بمسند من قرارات وزير المالية المقضي بسقوطها بحكم المحكمة الدستورية العليا لصدورها استناداً إلى الفقرتين الأولى والأخيرة من المادة (١١١) من قانون الجمارك اللتين قضي بعدم دستوريتهما في ذات الحكم، المشار إليه، ومن ثم يغدو ما تم تحصيله غير مستند على أساس سليم قانوناً، متعيناً لذلك القضاء بإلزام الجهة الإدارية المطعون ضدها برد هذه الرسوم إلى الشركة الطاعنة.

ومن حيث إن الحكم المطعون فيه وقد انتهى إلى نتيجة مغايرة يكون قد جانبه الصواب وأضحى متعيناً القضاء بإلغائه وبأحقية الشركة الطاعنة في استرداد ما سبق تحصيله من مبالغ كرسوم خدمات استناداً إلى قراري وزير المالية رقمي ٢٥٥ لسنة ١٩٩٣ و ١٢٣٤ لسنة ١٩٩٤ والبالغة قيمتها ٢٣٤٢٨٦,٤٣ جنيهاً وإلزام الجهة الإدارية المطعون ضدها المصروفات.

ومن حيث إن من خسر الطعن يلزم مصروفاته عملاً بحكم المادة ١٨٤ مرافعات.

«فلهـذه الأسـباب»

حكمت المحكمة:

بقبول الطعن شكلاً، وفي الموضوع بإلغاء الحكم المطعون فيه وبأحقية الشركة المدعية في استرداد مبلغ ٢٣٤٢٨٦,٤٣ جنيهاً كرسوم خدمات سددتها لمصلحة الجمارك بدون وجه حق، وألزمت الجهة الإدارية المطعون ضدها المصروفات.

سكرتير المحكمة **رئيس المحكمة**

حـوارات قـانـونيـة

- رؤى حول مشروع قانون الأحكام العسكرية المقترح من قبل «مساواة»
- نظرة في القانون الأساسي الفلسطيني المعدل- الحاجة للتعديل

مشروع قانون الأحكام العسكرية المقترح من قبل «مساواة»*

رأي الأستاذ الدكتور مأمون سلامة- مصر
رأي الأستاذ الدكتور محمود طه- مصر

مشروع قانون الأحكام العسكرية

رقم ( ) لسنة ٢٠٠٨م.

المقترح من

المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء

" مساواة "

* يمكن الحصول و/أو الاطلاع على مشروع القانون من خلال زيارة المركز أو الموقع الالكتروني.

ملاحظات على مشروع قانون الأحكام العسكرية المقترح من قبل «مساواة»

أ.د مأمون سلامة
استاذ القانون الجنائي
رئيس جامعة القاهرة الأسبق- مصر

يلاحظ على هذا المشروع والمكون من ١٥٢ مادة انه متكامل ومتوازن ويحقق الغرض منه ولكن هناك بعض الملحوظات وهى كالاتى:

اولاً: المادة الخامسة من المشروع تعاقب كل شخص ارتكب خارج فلسطين فعلا يجعله فاعلا او شريكا او متدخلا او محرضا فى جناية او جنحة داخلة فى اختصاص المحاكم العسكرية يعاقب بمقتضى احكام هذا القانون ولو لم يعاقب عليها قانون البلد الذى وقعت فيه ومؤدى هذا ان النص سالف الذكر جعل الاختصاص القضائى للمحاكم العسكرية هو المناط فى اعمال القواعد العقابية الواردة فى احكام هذا المشروع بينما الاختصاص قد يتعلق بجرائم عسكرية بحتة أو مختلطة وهى جرائم لا يرتكبها إلا المخاطبون بقانون الاحكام العسكرية وجرائم القانون العام يرتكبها العسكريون وغيرهم وتطبق فى شأنهم الاحكام الواردة فى قانون العقوبات وليس فى قانون الاحكام العسكرية .

ولذلك يقترح ان يكون النص كالاتى « كل شخص خاضع لاحكام هذا القانون ارتكب فعلاً خارج فلسطين يجعله فاعلاً او شريكاً او متدخلاً او محرضاً فى جناية او جنحة منصوص عليها فى هذا القانون يعاقب بمقتضى احكامه ولو لم يعاقب عليها قانون البلد الذى وقعت فيه.

واذا كانت الجريمة من جرائم القانون العام الداخلة فى اختصاص المحاكم العسكرية فأنه يعاقب وفقاً لاحكام قانون العقوبات العام ولو لم يعاقب عليها قانون البلد الذى وقعت فيه.

ثانياً: يلاحظ على المادة السادسة انها نفت الاختصاص عن المحاكم العسكرية وهذا لا يتفق وفن الصياغة التشريعية الذى يتطلب النص على الاختصاص وليس على عدم الاختصاص ولذلك يقترح تعديل الصياغة بأن المحاكم العسكرية تختص بالنظر فى جرائم القانون العام التى يرتكبها الخاضعون لاحكامه ما لم يكن معهم شريك او مساهم من المدينين . فاذا كانت الجريمة قد وقعت بالاشتراك مع مدينين يكون الاختصاص للمحاكم النظامية وتطبق الاحكام العامة الواردة فى قانون العقوبات.

ولذلك يعترض على الفقرة الاخيرة من المادة السادسة من المشروع : والتى تنص على ان « تطبق المحاكم النظامية المختصة العقوبات الواردة فى هذا القانون على الخاضعين لاحكامه». الذى يختص بتطبيق العقوبات المنصوص عليها فى قانون الاحكام العسكرية على الخاضعين لاحكامه هى المحاكم العسكرية اما المحاكم النظامية فقد يتعذر عليها تطبيق عقوبات عسكرية منصوص عليها فى القانون كعقوبات الطرد من الخدمة والتنزيل لرتبة اقل او اكثر وغيرها.

ثالثاً: فيما يتعلق باختصاص المحاكم العسكرية بتعدادها الوارد بالمادة ١٦ فبعد ان حددت المادة ١٨ اختصاص المحكمة المركزية بأنها تختص بالجرائم الداخلة فى اختصاص المحاكم العسكرية والمرتكبة من افراد قوى الامن برتبة مساعد اول مما دونه اورد بالمادة ٢٠ اختصاص المحكمة الخاصة بالنظر والفصل فى كافة الجرائم التى تدخل فى اختصاص المحاكم العسكرية التى يرتكبها الضباط من رتبة رائد فأعلى ولذلك لم يتعرض المشروع للمحكمة المختصة للجرائم التى يرتكبها الضباط من رتبة اقل من رائد.

كما يلاحظ على المادة (٢٢) ان اختصاص المحاكم الدائمة يشمل كافة الجرائم وهى بذلك تختلط باختصاص المحاكم المركزية والمحاكم الخاصة.

رابعاً: تعرض الباب الثانى للاجراءات الجزائية وبدأت المادة ٦١ بتحديد اختصاص مأمور الضبط القضائى فى حالة الجناية او الجنحة المتلبس بها بتفتيش الاشخاص وكان يتعين ان تتناول بداية حالات القبض ثم التفتيش، هذا بالاضافة الى ان عباراتها عامة اذ اجاز تفتيش الشخص فى حالة الاشتباه بأنه فاعل او شريك او حائز لاشياء او مخفياً لشخص له علاقة بالجريمة وحالة الاشتباه هذه لا تكفى اذ يلزم ان يكون هناك دلائل قوية وامارات تجيز له هذا الاجراء.

خامساً: المادة (٦٢) أجازت لمأمور الضبط القضائى فى الجنايات والجنح حق التفتيش فى المعسكرات او المناطق او الثكنات او السفن او المركبات العسكرية او الاماكن التى يشغلها افراد قوى الأمن لصالح قوى الأمن أينما وجدت وذلك بعد اخطار قائد الوحدة التى يجرى فيها التفتيش والحصول على اذن من النيابة وفقا للقانون.

ويلاحظ على هذه المادة انها خلطت بين التفتيش القضائى للبحث عن جريمة وادلتها وبين التفتيش الادارى اذ ان التفتيش القضائى الذى يتطلب الحصول على اذن من النيابة وفقا للقانون له متطلبات فى المكان الذى يجرى التفتيش فيه وان يكون محددا او قابلا للتحديد اما التفتيش الادارى فهو يملكه مأمور الضبط القضائى فى مثل هذه الاماكن بعد إخطار قائد الوحدة كى يتثبت من حسن تطبيق القانون والاجراءات بهذا المكان، ولا يحتاج فيه لاذن من النيابة.

سادساً: المادة (٦٤) نصت على انه فى الاحوال التى يجوز فيها قانوناً القبض على المتهم يجوز تفتيشه وقائياً ويلاحظ على هذه المادة انها لم تحدد حالات القبض فضلاً عن ان التفتيش الوقائى لا يحتاج الى نص لانه من الاحوال التى تقتضيها الضرورة.

سابعاً: المادة (٦٩) من المشروع نصت فى فقرتها الثانية على انه لا يجوز ان تزيد مدد التوقيف على ثلاثة اشهر والا يفرج فوراً عن المتهم ما لم تتم احالته الى المحكمة المختصة لمحاكمته، ونقترح اضافة «وتحتسب الثلاثة اشهر من تاريخ القبض على المتهم».

كما يلاحظ على الفقرة الثالثة منها انها نصت على ان لا يجوز ان يستمر توقيف المتهم المقبوض عليه فى جميع الاحوال اكثر من مدة الحد الادنى للعقوبة المقررة للجريمة الموقوف بسببها .

وهذه الفقرة لامحل لها الا اذا كان القانون يحدد الجرائم التى يجوز فيها الحبس الاحتياطى مستعينا بالحد الادنى المقرر قانونا للعقوبة، اما هذه الفقرة بحالتها هذه فإنها تفيد انه لا يجوز التوقيف فى الجرائم المعاقب عليها بالحبس دون تحديد حد ادنى له حيث يكون الحد الادنى له ٢٤ ساعة.

ثامناً: المادة (٩٥) تنص على انه اذا زادت العقوبة المقضى بها عن السجن لمدة خمس سنوات تحال الدعوى حكما الى محكمة الاستئناف او اذا كان الحكم الصادر عنه يقضى بعقوبة تزيد عن ٥

سنوات فانه يكون مطعون به حكما امام محكمة النقض.
وهذه المادة بحالتها تتطلب تفصيل اجراءات عرض الدعوى على محكمة الاستئناف واجراءات عرضها على محكمة النقض فى الحالتين المذكورتين فيها ومن الذى يقوم بعرض القضية والمدة التى يجب العرض فيها.
تاسعاً: نصت المادة ٩٥ ايضا على ان تخضع الاحكام الصادرة عن محاكم الاستئناف والمحاكم الدائمة الاستئنافية لرقابة محكمة النقض ومن الافضل ان يوجد نص عام فى شأن الطعن بالنقض ينظم اجراءات الطعن بالنقض والجرائم الصادر فيها احكام من المحاكم العسكرية التى يجوز الطعن فيها بالنقض اذ ان هذه الجرائم منها ما هو متعلق بقانون العقوبات ومنها ما يشكل جرائم عسكرية بحتة أو مختلطة وقد يكون من الملائم ان يقتصر الطعن بالنقض على الاحكام الصادرة فى جرائم القانون العام من العسكريين وغيرهم.

ملاحظات على مشروع قانون الأحكام العسكرية المقترح من قبل «مساواة»

أ.د/ محمود أحمد طه
أستاذ القانون الجنائي
وكيل كلية الحقوق جامعة طنطا
المحامى بالنقض- مصر

بسم الله الرحمن الرحيم
سعادة الأستاذ/ إبراهيم البرغوثى

تحياتي وتقديري لكم ولكافة القائمين والمهتمين بأعمال المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء«مساواة» لجهودكم الرائدة في مجال التشريع.داعيا المولى عز وجل أن يعصمكم من أي مكروه، وأن يصون وحدة الفلسطينيين جميعا، وأن ينعم علىشعبنا الفلسطيني العظيم بالاستقلال وإقامة الدولة الفلسطينيةعما قريب باذن الله.

وبعد

أتشرف بأن أرسل إلى سيادتكم رؤيتي المتواضعة لمشروع قانون «الأحكام العسكرية « فى ثوبه الجديد بعد ادخال العديد من التعديلات الجوهرية والرائدة بحق فى ارساء ضمانات العدالة واحترام حقوق الانسان فى القوانين الخاصة وهو ما أشرت اليه فى تقريرى تحت بند الايجابيات.

وانطلاقا من رغبة الانسان الغيور على وطنه وعلى أمته العربية والاسلامية والمتشدق دائما نحو ارساء أكبر لضمانات العدالة، فاننى أشير فى تقريرى هذا الى بعض النقاط القليلة التى أتمنى اعادة النظر فيها بنفس الروح والحرص الذى عهدناه فيكم فى التعديلات التى أدخلتموها على المشروع السابق وهو ما أشرت اليه فى تقريرى تحت بند السلبيات.

آملا أن أكون بالجهد الضئيل الذي بذلته في هذه الدراسة التقييمية لهذا المشروع فى ثوبه الجديد أن أكون قد ساهمت ولو بالقليل في وضع إحدى لبنات الدولة الفلسطينية الحبيبة.

وأعرب لكم جميعا عن استعدادي الكامل لأي تعاون في المجال القانوني معكم.

وأخيرا وليس بآخر أترككم جميعا في رعاية الله وأمنه.

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

أخوكم
أ.د/ محمود أحمد طه

أولا: الايجابيات:

١- تغيير مسمى مشروع القانون الحالى « قانون الأحكام العسكرية « (م١)، بالمقارنة بالمشروعين السابقين ٢٠٠٧ « قانون المحاكم العسكرية وأصول المحاكمات العسكرية الفلسطينى « و» قانون القضاء العسكرى».

٢- اعتبار المحاكم العسكرية قضاء استثنائي يختص بالجرائم التي يقترفها العسكريون، مخرجا من مضمار الخضوع له المدنيون، حيث يتصدى القضاء الطبيعي «النظامي بالنظر فيما ينسب إليهم من جرائم بوصفه صاحب الولاية العامة على جميع المنازعات والجرائم إلا ما استثني منها بنص خاص، ولم يكتف بذلك بل أخرج المشروع من اختصاص المحاكم العسكرية جميع الجرائم التي يشترك في ارتكابها مدنيين إلى جانب عسكريين فمنح الاختصاص في النظر والفصل في هذه الجرائم للمحاكم النظامية التي عليها أن تطبق العقوبات الواردة في هذا القانون على العسكريين، ومنح سلطة التحقيق والملاحقة فيها للنيابة العامة (م ٦).

٣- كفل حق الدفاع واعتبره من الحقوق المصانة: أحقية المتهم أمام القضاء العسكري بتوكيل محام أثناء التحقيق، وحق الأخير بالإطلاع على الأدلة والمستندات المتعلقة بما ينسب لموكله من تهم. كما أوجب على النيابة العسكرية أثناء فترة التحقيق وعلى المحكمة العسكرية عند عرض المتهم عليها تكليف محام ليقوم بالدفاع عن المتهم غير المقتدر. (م٨٦،٨٢،٧٥، ٩٤).

٤- أجاز المشروع للمجني عليه ولكل ذي مصلحة في هذا الخصوص الطعن لدى محكمة الاستئناف العسكرية فى قرارات النيابة العسكرية المتعلقة بأن لا وجه لإقامة الدعوى.

٥- كرس مبدأ استقلالية القاضي فجعله في حصن منيع وهو على سدة القضاء، وقال بعدم قابلية القضاة للعزل إلا في حالات معينة أوردها على سبيل الحصر وبيّن إجراءاتها بوضوح.(م١١، ١٤).

٦- وضع القضاة العسكريين على سوية واحدة مع القضاة النظاميين في الحقوق والواجبات(م ٣٨).

٧- اقرار أحكام وإجراءات تنحي ورد ومخاصمة القضاة وأعضاء النيابة العسكرية محيلا بهذا الشأن إلى الأحكام الواردة في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية.

٨- عدم جواز القبض على القضاة وأعضاء النيابة العسكرية إلا بعد أخذ إذن هيئة القضاء العسكري فيما يتعلق بالقضاة وأخذ إذن النائب العام العسكري فيما يتعلق بعضو النيابة العسكرية.

٩- ضرورة تسبيب أحكام المحاكم العسكرية بصورة علنية وغير قابلة للمراجعة، حيث ألغى نظام التصديق على أحكامها النهائية من قبل القائد الأعلى لقوى الأمن.

١٠- اقرار التقاضي على درجتين، فاستحدث لهذه الغاية محكمة الاستئناف العسكرية، مع اقرار الاحالة التلقائية للأحكام الصادرة بالسجن أكثر من خمس سنوات (م ٩٥).

١١-إخضاع الأحكام الصادرة عن محاكم الاستئناف العسكرية لرقابة محكمة النقض، مع اقرار الطعن التلقائى للأحكام الصادرة منها بأكثرمن خمس سنوات سجن أمام محكمة النقض(م٩٥).

١٢- اختصاص محكمة النقض بالبت في مسائل تنازع الاختصاص بين القضاء النظامي

والقضاء العسكري وبين النيابة العامة «المدنية» والنيابة العسكري (م١٠).
١٣- وجوب الرجوع الى قانون العقوبات وقانون الاجراءات الجزائية كلما شاب قانون المحاكم العسكرية فيما عُرض له من نقص أو إبهام أو غموض (م٨).
١٤- عدم اقرار تقادم الدعاوى المتعلقة بجرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الخيانة، ولا نظام العفو (م٢/٩).
١٥- إلزام وزير الداخلية أو من ينيبه ورئيس هيئة القضاء العسكري أو من ينيبه والنائب العام العسكري أو من ينيبه والمفوض العام للهيئة المستقلة لحقوق الإنسان- ديوان المظالم أو من ينيبه مسؤولية تفقد أماكن التوقيف ومراكز الإصلاح والتأهيل لقوى الأمن.

ثانيا: السلبيات

١- استبدال مسمى النيابة الواردة بالمادة الأولى من هذا المشروع بمسمى النيابة العسكرية، لمنع الخلط بين النيابة العامة والنيابة العسكرية ، وكذلك الواردة فى المادة العاشرة.
٢- وجوب اقرار عقوبة الإعدام على مرتكبى الجرائم الخطيرة الماسة بكيان الدولة مثل الخيانة وجرائم الحرب لما لها من خطورة على كيان الدولة، خاصة وأن الشريعة الاسلامية تقر عقوبة الاعدام على الجرائم الخطيرة.
٣- الغاء مسمى المحاكم الخاصة لما في التسمية من إشارة إلى الطابع الاستثنائي لها (ومن ثم تعدل المواد ١٦، ١٩، ٢٠).
٤- تدنى رتبة رئيس المحكمة العسكرية الدائمة لذا يفضل أن يكون من الرتب الأعلى، كي يكون أكثر خبرة في المجال القضائي.
٥- يقترح إسناد الاختصاص بمحاكمة الضباط من رتبة رائد فما فوق إلى محكمة الاستئناف العسكرية، وما دون رتبة الرائد إلى المحاكم العسكرية الدائمة.
٦- يعدل مسمى سلطة تعيين رئيس هيئة القضاء العسكري من مسمى القائد الأعلى لقوات الأمن الوطني إلى مسمى رئيس السلطة الوطنية، إذ بالرغم من أن الشخص واحد إلا أن تسمية القائد الأعلى توحي بالصفة العسكرية لسيادته مما يشير إلى التدخل العسكري في شئون القضاء، على عكس التسمية الثانية: رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية فذلك أمر طبيعي لكون سيادته رئيسا للدولة الفلسطينية. وأطالب بتعديل هذا المسمى في كافة نصوص هذا المشروع (تعدل المواد ٣٦، ٣٧، ٣٩، ٥٣، ٩٧).
٧- الغاء أي دور لوزير الأمن الوطني في القضاء العسكري في أي مادة من مواد هذا المشروع على أن يحل محلها رئيس الهيئة القضائية المشار اليها فى المادتين ٢٥ ، ٣١.
٨- تعديل المادة ٦٨ من المشروع ليقتصر الالتزام بالإبلاغ على الجرائم الخطيرة مثل الخيانة وجرائم الحرب لخطورتها على كيان الدولة، وليست كل الجرائم المنصوص عليها في الفصل الثاني من الباب الثاني من هذا المشروع، لأن الأصل هو عدم الالتزام بالإبلاغ عن الجرائم ، لذا ينبغي قصره في أضيق نطاق.
٩-تعديل بعض مواد هذا المشروع بهدف الحد من جزاء الطرد من الخدمة، لما ينطوي عليه هذا الجزاء من خطورة على الحياة الاجتماعية للمحكوم عليه، ولخشيته أن يكون له تأثير

سلبي على سلوكياته الأمر الذي قد يضعفه أمام دوافع الجريمة. لذا يقترح تعديل المواد ١٠٤، ١٠٧، ١٠٨ من المشروع بما من شأنه أن يحد من نطاق توقيع هذه العقوبة لخطورتها، ويقترح وضع ضابطين لهذه العقوبة: الأول يتعلق بنوع العقوبة : تكون وجوبية بالنسبة لعقوبة السجن ، بينما تكون جوازية بالنسبة لعقوبة الحبس متى كانت أكثر من سنة، الثانية: تتعلق بنوعية الجريمة التي صدر فيها العقوبة إذ يشترط أن تكون من الجرائم المخلة بالشرف والأمانة، ومن ثم تلغى عقوبة الطرد فى الحالات التى توقع فيها عقوبة السجن فى المادتين ١٠٨، ١٣٢ لعدم ملائمة عقوبة الطرد من الخدمة للجريمة التي ارتكبها الضابط .كما تلغى عقوبة الطرد بالنسبة للمحكوم عليهم بالحبس سنة فأقل، وكذلك المحكوم عليهم بالحبس لأكثر من سنة متى كانت فى جريمة غير مخلة بالشرف والأمانة.

١٠- زيادة مدة ممارسة مهنة المحاماة كى يمكن تعيين المحامى قاضيا في المحاكم العسكرية عن خمس سنوات، إذ لا يعقل أن نسوى بين الخبرة فى أعمال التحقيق والخبرة فى مجال المحاماة، لذا يقترح تعديل المادة ٥/٣٨.

نظرة في القانون الأساسي الفلسطيني المعدل - الحاجة للتعديل

د. أنيس مصطفى القاسم
عضو لجنة إعداد مشروع القانون الأساسي
بريطانيا

مقدمة:

ا- القانون الاساسي وضع أصلا لمرحلة انتقالية، وهذا واضح من نصوصه، ولم يكن متصورا أن المرحلة الانتقالية ستصبح مرحلة شبه دائمة. ومع ذلك فان الظروف التي كانت قائمة عند وضعه لم تتغير بصورة ذات أهمية خاصة، فالاحتلال ما زال قائما، وسلطات الاحتلال هي المتحكمة في الاوضاع بطريقة مباشرة، وتتصرف دون أدنى احترام حتى للمبادئ التي نص عليها، بل وهي قادرة على تعطيل أحكامه حسبما تمليه سياساتها بما تتخذه من اجراءات تعسفية، كاعتقال أعضاء المجلس التشريعي، الأمر الذي شل سلطة كاملة من السلطات الثلاث، وهي قادرة باستمرار على ممارسة التعطيل وفق ما تراه. ونتيجة لذلك فان الاوضاع القانونية تظل غير مستقرة، وستبقى كذلك ما دام الاحتلال قائما. هذا من جهة، ومن جهة أخرى فان ما قد يبدو خللا في القانون الاساسي ليس مرجعه دائما عجزا في النصوص بقدر ما هو عجز في الارادة السياسية لدى القائمين بالامر في السلطة الفلسطينية في الالتزام بأحكامه وما تفرضه طبيعة النظام الذي اختاره الشعب الفلسطيني وهو النظام النيابي التعددي القائم على تداول السلطة والتعددية الحزبية. يضاف الى ذلك التدخلات الاجنبية التي لا تحترم مقتضيات هذا النظام والنتائج التي قد يفرزها. وبناء على هذه الوقائع فان المشرع لا يستطيع أن يحتاط مسبقا لجميع هذه العناصر التي تخرج عن الاطار القانوني وتدخل في عالم السياسة. وهذه هي المشكلة التي يواجهها موضوع تعديل القانون الاساسي. فالقانون مرتبط بالاستقرار وعلى هذا الأساس تحدد قواعده وضوابطه، أما المتغيرات التي لا يحكمها ضابط، مثل الاحتلال، الذي لا يحترم قاعدة قانونية، أو التدخلات الاجنبية، التي لا تحترم حتى ما تنادي به، فليس من اليسير وضع ضوابط قانونية يلتزم بها الجميع ويحتكم اليها . ولذا فان التعديلات المقترحة قد تحل بعض المشاكل، ولكنها بكل تأكيد تعجز عن حلها جميعا وتعجز عن التنبؤ بما قد يستجد نتيجة للاوضاع الشاذة التي يعيشها الشعب الفلسطيني. وكثير من المشاكل يمكن تجاوزها اذا صدقت النوايا. ومع هذا سنحاول، وأرجو أن يستشار آخرون حول ما يرونه من تعديلات تعالج الاوضاع الحالية وما قد يستجد .

تعديلات مقترحة:

مادة 1: يلاحظ على هذا النص تميزه بأن نص على أن "الشعب العربي الفلسطيني جزء من الأمة العربية" ولم ينص على أن الشعب الفلسطيني جزء من الامة العربية، وذلك حرصا على تمتع الأقليات غير العربية من المواطنين بانتمائهم لعروقهم وثقافاتهم. ولذا فان استعمال كلمة "العربي" سليمٌ في هذا المقام، ويكون غير سليم في مواضع أخرى قد تفسر على أنها عنصرية أو استفصائية لقوميات أخرى يتكون منها المجتمع الفلسطيني. وقد يغيب هذا المفهوم عن البعض، ولذا يحسن التأكيد عليه بنص يضمن حقوق الاقليات سواء كانت عرقية أو دينية أو ثقافية. وقد يكون المكان

المناسب لذلك هو في باب الحقوق والحريات العامة. ويستحسن الاستفادة من قرارات الامم المتحدة بشأن الاقليات.

مادة 4 : يحسن النص على الحق في استعمال اللغة غير العربية في غير الامور الرسمية، كما يحسن النص على جواز اعتماد أية لغة أخرى كلغة رسمية ثانية. والتعديلان المقترحان لهذه المادة والمادة 1 ينسجمان مع احترام مبادئ حقوق الانسان، وخاصة حقوق الاقليات.

مادة 12: يحسن النص على فترة زمنية ملزمة للابلاغ بالتهمة تجنبا للتعسف في استعمال هذه السلطة.

مادة 13(1): يحسن وضع معيار للمعاملة اللائقة مثل "تحترم كرامته الانسانية".

مادة 14: هذه المادة تنص على "محاكمة قانونية" دون أن تنص على نوعية المحكمة، ولذا يحسن النص على ذلك تجنبا للتعسف في اختيار المحكمة، مع مراعاة مبدأ أن الانسان له قاض طبيعي يحاكم أمامه، والمحاكم الاستثنائية التي تؤسس بقانون ليست المحاكم الطبيعية.

مادة 18: يحسن النص على حرمة أماكن العبادة وحرية الوصول اليها لاتباعها.

مادة 29: يحسن مراجعة الاتفاقية الدولية بشأن حقوق الطفل لتضمين أهم مواده، أو مقتضاها على الأقل، في النظام الاساسي.

ملاحظة عامة على هذا الباب الثاني: يحسن مراجعة الوثائق الدولية الخاصة بحقوق الانسان مثل الاعلان العالمي لحقوق الانسان والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية والعهد الدولي للحقوق الاجتماعية والاقتصادية والاتفاقيات الدولية حول التمييز ضد المرأة والاتفاقية الدولية للقضاء على التمييز العنصري واتفاقية حقوق الطفل والاتفاقية ضد التعذيب بحيث يستفاد منها في مراجعة نصوص هذا الباب أو استكمالها.

مادة 34: يحسن النص على حظر الجمع بين عضوية اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير الفلسطينية أو رئاستها وبين رئاسة السلطة الوطنية ليتفرغ كل منهم لدوره ولكي لا تختلط الاختصاصات، خاصة وأن لكل من اصحاب هذه الادوار مرجعيته الخاصة المسئول أمامه والتي تعينه أو تستبدل به غيره.

مادة 36: تحدد مدة الرئاسةبفترة زمنية، وينص على عدم جواز اعادة الترشح أو الانتخاب لأكثر من فترتين زمنيتين متتابعتين، وهذا ما نص عليه المشروع الاصلي للقانون الاساسي.

مادة 37(ب): لا يصح ارغام أحد على البقاء في منصبه عندما يقرر الاستقالة منه، ولذا يحسن الغاء قيد موافقة المجلس التشريعي على استقالة الرئيس. يحسن اضافة فقرة فرعية (د) للفقرة I تعالج موضوع اقالة الرئيس (impeachment) والاسباب التي تدعو الى ذلك واجراءاته. واذا منح المجلس التشريعي هذا الحق ومنح الرئيس حق حل المجلس التشريعي فان التوازن بين السلطتين يتحقق بقدر ما.

مادة 39: يحسن تعريف القوات الفلسطينية المعنية في هذه المادة بحيث تستبعد قوات الامن الداخلي المسئولة عن حفظ النظام والتي يجب أن تتبع وزارة الداخلية، والا فإن الوزير يكون مشلول اليد في القيام بالواجب المناط به في القانون الاساسي بهذا الشأن.

مادة 43: هذا النص سليم عندما تكون للمجلس التشريعي دورات منتظمة نص عليها القانون الاساسي نفسه، أو عندما تكون الأوضاع طبيعية، غير أن القانون الاساسي بنصه الحالي لم يحدد للمجلس دورات انعقاد لها بداية ونهاية، ولا يغني عن ذلك ما قد يكون قد ورد في هذا الشأن في النظام الداخلي للمجلس. فالنظام الداخلي هذا لا يرقى الى مستوى الدستورية حتى وإن وضع بناء على نص في القانون الاساسي. ومن جهة أخرى فان الاوضاع غير الطبيعية في ظل الاحتلال تجعله قادرا في أية لحظة على منع عقد دورات منتظمة أو غير منتظمة. هذه قضية تحتاج الى نظر. وعلى أي حال فانه عندما يوجد نص يحدد الدورات بمواعيدها فانه يمتنع على الرئيس استعمال هذا الحق الا خارج الدورات المحددة دستوريا. أما ممارسة هذه السلطة في التشريع في غير هذه الحالة فغير جائز، لأن سلطات الاحتلال مثلا تستطيع دائما تعطيل عمل المجلس التشريعي، كما تستطيع الأحزاب أو بعضها مقاطعة جلسات المجلس، فيتعذر حصول النصاب، وبذلك يفتح المجال أمام الرئيس للانفراد بالسلطة التشريعية لمدة غير محددة، وهذا يتنافى مع مبدأ الفصل بين السلطات، ومع المفهوم السليم لنص وفلسفة المادة 43 هذه. فالسلطة التي خولتها المادة 43 للرئيس مقيدة بمدة لممارستها، وهي المدة ما بين الدورات الذي يفترض أن القانون الاساسي ينص عليها، كما أنها محددة بشرط الضرورة التي تفرض التصرف دون انتظار لانعقاد المجلس. أي أنها سلطة مقيدة وليست مطلقة، في حين أنها قد تصبح مطلقة اذا مورست خلافا لهذين القيدين اللذين يجعلان من ممارسة هذه السلطة من جانب الرئيس استثناء، والاستثناء لا يقاس عليه.

مادة 46: لم يرد في القانون الاساسي نصوص تبين كيفية هذه المساعدة وأداتها القانونية ، ولا الاداة القانونية التي يستعملها الرئيس في ممارسة اختصاصاته، ويحسن معالجة هذين الامرين.

مادة 47(3): يعاد النظر في مدة المجلس، بحيث يتم تحديدها.

مادة 48(2): يحسن البحث في طريقة لمعالجة الوضع الشاذ الذي تعتقل فيه سلطات الاحتلال أعضاء في المجلس التشريعي، فتحول بذلك دون توفر نصاب قانوني للاجتماع.

مادة 52: يحسن النص على فترة زمنية يتعين دستوريا خلالها انعقاد الدورة الاولى للمجلس بعد اعلان نتيجة الانتخابات بحيث لا يترك أمر دعوة المجلس الجديد للانعقاد سلطة تقديرية في يد الرئيس، كما هو حال هذا النص. ويحسن النص على أن المجلس الجديد ينعقد حكما اذا لم يُدع للانعقاد خلال تلك الفترة الزمنية المحددة. كما يحسن معالجة موضوع الدورات بالنص عليه في مواد تالية. وحيث أن نص هذه المادة ينحصر في الدورة العادية الاولى للمجلس، وهي دورة يدعو اليها ويفتتحها الرئيس، فانه يحسن النص على اجراءات الدعوة للدورات الاخرى، وكذلك الدورات الاستثنائية التي قد تدعو الضرورة لعقدها.

مادة 53: يحسن اضافة عبارة "مع مراعاة أحكام الفقرة الرابعة من هذه المادة" في مطلع هذه الفقرة لسباب واضحة.

مادة 61(1): يحسن النص على وجوب استمرار الدورة الى حين الانتهاء من اقرار الموازنة العامة.

ملاحظة: يحسن النظر في امكانية تخويل رئيس السلطة الحق في حل المجلس التشريعي واجراء انتخابات جديدة، في موازاة حق المجلس التشريعي في اقالة الرئيس اذا نص على هذا الحق، على أن ينص على الفترة الزمنية التي يتعين خلالها اجراء الانتخابات. ونظرا لظروف الاحتلال فقد يحسن النظر في كيفية معالجة الوضع اذا حالت سلطات الاحتلال دون اجراء الانتخابات في موعدها.

مادة 67: يحسن الجمع بين هذه المادة والمادة 79(4) في هذه المادة ليكون نصا عاما.

مادة 80(1): لماذا تقدم هذه البيانات للرئيس وتودع عنده ولا تقدم ولا تودع لدى المحكمة العليا كما هو الحال مع اعضاء المجلس التشريعي؟

مادة 84(1): يحسن النظر في تحديد الجهة التي تتبع لها في ضوء الاختصاصات التي حددها القانون الاساسي لحسم الصراع على الاختصاص بين الرئيس ومجلس الوزراء (وزير الداخلية).

مادة 94: تستبدل كلمة "أو" في آخر المادة بـ "و".

مادة 97: تحذف كلمة "العربي" في السطر الأخير حيث أن الاحكام تعلن وتنفذ باسم الشعب الفلسطيني كله بغض النظر عن الانتماءات العرقية.

مادة 98: يحسن مراجعة الشروط والمعايير التي وضعتها الامم المتحدة لاستقلال القضاء والاهتداء به بنصوص في هذا الخصوص.

مادة 100: يحسن النظر في كيفية تشكيل مجلس القضاء بحيث تضمن استقلاليته، ويجب الابتعاد عن الاقتداء بما هو معمول به في قوانين بعض الاقطار العربية التي تنص على رئاسة رئيس السلطة للمجلس وعضوية وزير العدل مثلا. المجلس يجب أن يتكون من قضاة فقط، حيث أنه يمثل السلطة القضائية.

مادة 103(1)(أ): عبارة "وغيرها" لا محل لها في باب الاختصاصات، ويجب التحديد.

مادة 103(2): لم تنص على الآثار المترتبة على احكام المحكمة الدستورية، ومع ذلك جاءت المادة 104 لتنص على أن المحكمة العليا تتولى اختصاص المحكمة الدستورية الى حين تشكيلها. فما هي الاثار التي تترتب على احكام المحكمة العليا في قضايا دستورية في غياب نصوص عن الاثار القانونية لهذه الاحكام، وهي آثار قد ترك تحديها لتشريع لم يصدر بعد؟

مادة 107(2): تحذف كلمة "العربي" لنفس الاسباب الواردة بشأن المادة 97. ويجب مراعاة ذلك في جميع التشريعات الفلسطينية حتى لا نتهم بالعنصرية والتمييز بين المواطنين على أساس العرق أو الانتماء القومي ونعطي بذلك الذريعة والدليل القانوني لما تطالب به اسرائيل من الموافقة على يهوديتها.

مادة 111: هذا النص يترك الباب مفتوحا لاساءة استعمال السلطة حيث أنه لا ينص على ضوابط يحتكم اليها. ولذا يحسن استكمال هذه المادة بنص يشير الى ضرورة صدور قانون طوارئ، ويحدد هذا القانون الاجراءات التي يجوز اتخاذها بشكل يحول دون التعسف فيها.

مادة 113: منعا لسوء التفسير يحسن النص في هذه المادة على عدم جواز تعليق العمل بالقانون الاساسي أو تعديله فضلا عن عدم جواز حل المجلس التشريعي أو تعطيله، تأكيدا لما جاء في المادة 120 والتي وضعت القاعدة العامة لاجراءات التعديل.

مادة 116: تحذف كلمة "العربي".

مادة 120: هذه المادة التي وردت في باب الاحكام العامة تحدد كيفية تعديل القانون الاساسي بنص صريح آمر، وازاء هذا فان الاحتجاج بالمادة 113 لتعديل النظام الاساسي احتجاج خاطئ، حيث أنه لا اجتهاد في مواجهة النص، كما لايجوز الاعتماد على نص خاص بخالة معينة لاستبعاد نص عام يتعلق بموضوع آخر. فحل المجلس التشريعي جزئية محددة تتعلق باجراء محدد، ولا يصح الاستنتاج

أن كل شيء آخر في القانون الاساسي يصبح مباحا، علما بأن المادة 113 مادة مقيدة وليست مبيحة، فيكون امتناع التعرض لجزئية منعا للتعرض لما هو أكبر، لا اجازة له، خاصة مع وجود نص صريح يتعلق بالتعديل ورد في باب الاحكام العامة.

قضايا أخرى:

1- الاستفتاء: لم ينص القانون الاساسي على الاستفتاء. واذا أريد النص عليه فيجب ملاحظة أن القانون الاساسي هذا هو للسلطة الوطنية الفلسطينية التي لا تستطيع طرح استفتاء الا فيما يتعلق بما يدخل في اختصاصها، ويخرج عن اختصاصها مثلا القضايا الخاصة بالحل النهائي للقضية الفلسطينية أو أي اتفاق حول أي جانب من جوانب هذا الحل. هذا الاختصاص منوط بمنظمة التحرير الفلسطينية، وليس في النظام الاساسي لمنظمة التحرير الفلسطينية أي نص يتعلق بالاستفتاء، وسلطة البت محصورة في المجلس الوطني الفلسطيني. هذا من جهة، ومن جهة أخرى اذا أريد النص على جواز الاستفتاء فيجب وضع ضوابط له بحيث لا يساء استعماله ويصبح وسيلة في يد من يقرره لتمرير أمور تحتاج الى دراسة ونقاش معمق تستبعد منها الهيئات القادرة على ذلك، كالمجلس التشريعي.

2- العلاقة مع منظمة التحرير: النص المتوفر لدي من القانون الاساسي لا يتعرض للعلاقة بين السلطة والمنظمة، فارجو ارسال ما يتوفر من نصوص، إن وجدت.وعلى أي حال يجب تنظيم هذه العلاقة.

3- توزيع الاختصاصات: إن إعطاء الرئيس اختصاصات أوسع أمر غير مرغوب فيه لأن الرئيس ليس مسئولا أمام أحد الا اذا جاءت نصوص صريحة حول جواز اقالته، في حين أن مجلس الوزراء والوزراء مسئولون أمام الرئيس والمجلس التشريعي، وبالتالي فانهم يخضعون للمحاسبة والمساءلة والاقالة وسحب الثقة. و هذا فارق في غاية الأهمية.